

C-578-95

Sentencia No. C-578/95

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Validez en el orden interno/BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tienen valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la Constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.

OBEDIENCIA DEBIDA

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. El principio no absoluto de obediencia debida que prohíja la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede.

ORDEN DEL SERVICIO

DEBER DE OBEDIENCIA

Pueden identificarse en el derecho y la doctrina comparadas, elementos comunes a los distintos regímenes jurídicos en la materia. 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 contenido de la orden.

DERECHOS FUNDAMENTALES-No son absolutos

Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. Con mayor razón, la eximente de responsabilidad del militar subalterno, que tiene un sentido puramente orgánico y funcional, debe ser relativizada, de suerte que se garantice su campo de acción

racional y razonable, donde pueda desempeñar el cometido que la inspira, pero sin poner en peligro la vigencia de la Constitución. De lo contrario, lo que es un simple medio para asegurar la eficacia de las fuerzas militares y la disciplina, se convierte en un fin en sí mismo, dislocado completamente de su objetivo constitucional.

OBEDIENCIA DEBIDA-Límites/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social.

RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MILITAR

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.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO/IUS COGENS

El derecho internacional humanitario ni se agota ni depende de que los tratados acojan sus reglas y principios, pues, al hacerlo simplemente adquieren tales instrumentos valor declarativo y no constitutivo. La Corte ya había reconocido el carácter de ius cogens del derecho internacional humanitario.

RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MILITAR-Improcedencia de exoneración/ORDENES MILITARES

No siendo compatible con el derecho internacional humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal que la Corte examina y que incorpora dicha regla, claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales. El inciso primero del artículo 15 del D.L 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto. En consecuencia, la Corte declarará que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana, no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad. En este evento, no se remite a duda que el militar subalterno que se abstiene de observar una orden

militar que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles, no podrá ser objeto de sanción penal o disciplinaria.

DEBER DE ADVERTENCIA

El deber de advertencia permite tanto a las fuerzas militares como a sus integrantes, recordar y ser fieles a su misión primordial y, por consiguiente, no puede sino redundar en su beneficio. Antes de que se desencadene la acción, que en ciertos casos podría ser inconstitucional o ilegal, esto es, contraria a su finalidad esencial, resulta en verdad procedente que se examine en el interior de la fuerza pública su juridicidad, así sea de la manera expedita y célere como se prevé en el decreto - por lo demás, un trámite distinto cercenaría la eficacia que deben mantener y desplegar las fuerzas militares -, de modo que aquélla no sea disonante ni extraña respecto de su indicada misión.

DEBER DE ADVERTENCIA/FUERZA PUBLICA-Carácter no deliberante

El deber de advertencia no se opone al carácter no deliberante de la fuerza pública. La función de garante material de la democracia, que es un sistema abierto de debate público, le impide a la fuerza pública y a sus miembros - que ejercen el monopolio legítimo de la fuerza - intervenir en el mismo. El deber de advertencia es ajeno a dicho debate y se relaciona con un aspecto de la ejecución de una orden militar directamente relacionada con el servicio. Se interpreta erróneamente el carácter no deliberante de la fuerza pública si se estima que sus integrantes deban permanecer mudos y ciegos frente a órdenes militares abiertamente antijurídicas. Las virtudes militares son las primeras en sucumbir si se impone la idea de una fuerza independiente de toda constricción.

DEBER DE ADVERTENCIA-Ejercicio ilegítimo

El deber de advertencia, como toda institución, puede ser objeto de abuso y en este caso lastimar la disciplina y la moral militar. Sin embargo, la utilización desviada que pueda tener este deber, no es argumento para declarar su inexequibilidad. Es evidente que el ejercicio ilegítimo del deber de advertencia, el cual es patente cuando se apela a él no en razón de una sincera y objetiva creencia o duda sobre su juridicidad sino de un deseo de dilatar y entorpecer su ejecución, acarrea para el subalterno consecuencias negativas y la posibilidad de sancionar penalmente su conducta como desobediencia. El deber de advertencia no tiene por objeto paralizar la respuesta de la fuerza pública. Lejos de perseguir la inhibición, lo que se propone es asegurar el ejercicio responsable de la fuerza.

DEBER DE CUMPLIMIENTO DE ORDEN ILEGAL

Obligar a un militar a cumplir una orden manifiestamente ilegal, pese a la advertencia formulada en este sentido, por lo tanto, equivale a renunciar a la idea más cara al constitucionalismo que no es otra que la sumisión del poder al derecho. Los controles internos que con miras al adecuado cumplimiento de sus fines establezca la ley, no podrán ser desvirtuados de modo que se tornen inocuos y desposeídos de sentido. La ejecución forzosa de la orden militar notoriamente ilegal, pese a la advertencia hecha sobre ése carácter, desvaloriza en términos absolutos todo asomo de obediencia a la ley y la reviste de un elemento de contumacia que falsifica el correcto y legítimo ejercicio de la acción militar

en el Estado social de derecho.

FUNCION ADMINISTRATIVA-Principios son aplicables a la fuerza pública

Los principios de la función administrativa son aplicables a las fuerzas militares. La eficacia con la cual debe desempeñarse la fuerza pública, no puede en ningún momento desconocer el marco que le impone el principio de legalidad, el cual tiene en su caso idéntica obligatoriedad que en relación con las demás esferas de la administración pública.

Ref.: Proceso D-958

Actor: Jaime Córdoba Triviño

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) del Decreto Ley 85 de 1989

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., Diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Aprobado por Acta N°

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente José Gregorio Hernández Galindo y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de constitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 0085 de 1989 “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

DECRETO NUMERO 0085 DE 1989

(ENERO 10)

“por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 05 de 1989:

REGLAMENTO DE REGIMEN DISCIPLINARIO PARA LAS FUERZAS MILITARES

(...)

CAPITULO III

De las órdenes

(...)

“ARTICULO 15°. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

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

(Se subraya la parte demandada).

II. ANTECEDENTES

1. Preliminares.

1. El Presidente de la República expidió el Decreto 0085 de 1989, con base en las facultades conferidas en la Ley 05 de 1989.

2. El 19 de mayo de 1995 el señor Defensor del Pueblo, Dr. Jaime Córdoba Triviño, presentó ante la Corte Constitucional demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto 0085 de 1989 “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”.

3. Intervinieron en el proceso los ciudadanos Gonzalo Suárez Beltrán en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, quien impugnó la demanda; Luis Manuel Lasso en nombre de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, quien presentó memorial en defensa de la demanda; el General Hernando Camilo Zúñiga Chaparro, el Almirante Holdan Delgado Villamil, el Mayor General Harold Bedoya Pizarro y el Mayor general Guillermo Zúñiga Cabrera, en su calidad de Comandante General de las Fuerzas Militares, Comandante de la Armada Nacional, Comandante del Ejército Nacional y Comandante Encargado de la Fuerza Aérea, respectivamente, quienes solicitan la declaratoria de inexecutable de la norma acusada; y William Alvis Pinzón, quien solicita a la Corporación que declare la constitucionalidad condicionada del precepto acusado.

4. Mediante escrito fechado el día 21 de julio de 1995, el señor Procurador General de la Nación (E) rindió el concepto de rigor, de conformidad con el artículo 242-2 de la Constitución.

2. Cargos e intervenciones

Cargo del demandante

El Cargo y su sustentación: la expresión “toda” del inciso primero del artículo 15 del D.L.

0085 de 1989, así como la frase “si éste insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito”, que aparece en el segundo inciso de la misma disposición, violan los artículos 1, 2, 6, 18, 91 y 95 de la C.P.

Según el demandante, en principio, las órdenes militares que imparten los militares deben ser cumplidas por sus subordinados en el tiempo y del modo indicados, sin que éstos últimos puedan evaluar y discutir su legalidad, oportunidad y conveniencia. Por esta razón, en virtud del principio de obediencia debida, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que dio la orden y no en el subalterno que la ejecutó (C.P. art. 91). Solo así se garantiza la disciplina y cohesión internas del cuerpo castrense, las que son condición esencial de la existencia y del correcto funcionamiento de la fuerza pública.

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

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

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

Concepto del Procurador General de la nación (E)

Las expresiones demandadas son inexecutable, pero también lo es la parte del texto no demandado de la norma acusada que, sin aquéllas, carece de sentido. En síntesis, las

siguientes razones apoyan la solicitud de inexequibilidad que eleva el Procurador General de la Nación: (1) El superior no está habilitado para dictar órdenes ilegítimas (D-L 85 de 1989, art. 16) y, en este caso, el subalterno no se encuentra obligado a observarlas y tiene el deber incluso de evaluarlas y apartarse de ellas cuando pese a ser formalmente legítimas materialmente sea contrarias a derecho, “sin que por dicha conducta pueda ser considerado [el inferior] como sujeto de reproche”. En el evento de que el subalterno, a sabiendas de la ilegalidad de la orden, decida darle cumplimiento, toda vez que ha “contado con la posibilidad de apartarse de su contenido violatorio del orden jurídico”, no podrá obtener la exoneración de su propia responsabilidad. Por tanto, la obediencia debida opera únicamente respecto de las órdenes legítimas impartidas con ocasión de actos de servicio, vale decir, las que se sujeten a las prescripciones constitucionales, legales, estatutarias o reglamentarias. (2) El militar subalterno, como ser humano libre y digno, no está obligado a actuar en contra de sus convicciones, y, como servidor público, está sometido a la Constitución y debe proteger la vida, honra, derechos y bienes de las personas. (3) Varios tratados suscritos por Colombia, vigentes en el derecho interno y de los que se derivan pautas obligatorias de interpretación (C.P., art. 93), introducen excepciones al principio de obediencia debida con el fin de proteger a la población civil y a las víctimas de conflictos armados, prevenir y sancionar el genocidio, la tortura, la imposición de penas crueles y degradantes. (4) La libertad de conciencia del militar subordinado (C.P. art. 18), como lo ha reconocido la Corte Constitucional (sentencia T-409 de 1992), constituye un límite a la discrecionalidad de quien manda. A fin de conciliar la disciplina castrense con el respeto a los derechos humanos, debe relativizarse el principio de obediencia debida de suerte que este no implique un seguimiento ciego a las instrucciones impartidas por el superior.

La norma demanda es exequible. La disciplina, la obediencia y la sumisión, son las bases fundamentales de las fuerzas militares, sin las cuales no es posible garantizar el cumplimiento de su misión constitucional consistente en la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional (C.P. art. 217). A diferencia de los cuerpos civiles, el militar se enfrenta por la índole de sus tareas a diversas y constantes “situaciones límite”, “en las cuales desobedecer, modificar o cuestionar la orden de un superior puede generar o empeorar una crisis”. De hecho, la desobediencia tiene el carácter de delito en el código penal militar.

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

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

militar -, sino la manifestación de la objeción a la orden y el derecho que se tiene a no ejecutarla hasta tanto el “superior no haya insistido en la misma y haya transmitido la orden por escrito”.

Posición de los comandantes de las fuerzas militares

Los comandantes de la Fuerza Aérea, Ejército Nacional, Armada Nacional y el comandante general de las fuerzas militares, solicitan se declare la inexecutableidad de la totalidad del artículo 15 del Decreto 85 de 1989. El principio de responsabilidad que abarca tanto a quien imparte una orden como al agente que la ejecuta, cuando quiera que ella comporte la infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, consagrado en el inciso primero del artículo 91 de la Constitución Política, sufre una excepción en el segundo inciso tratándose de los militares en servicio activo, en cuyo caso la responsabilidad recae exclusivamente en el militar ordenante y no en el militar subalterno ejecutor. La anotada excepción excluye que las órdenes militares puedan ser objeto de deliberación, cuestionamiento o rechazo por parte de los subalternos, puesto que de lo contrario, éstos se harían “co-responsables” con sus superiores y, además, no podrían ser eximidos de responsabilidad, ya que ejecutarían la orden a sabiendas de su inconstitucionalidad.

La norma demandada, por las razones expuestas, viola el artículo 91 de la C.P., que no contempla respecto del personal militar que se cuestionen las órdenes del servicio - máxime en atención a su carácter no deliberante (C.P., art. 219) -, lo cual quebranta la relación jerárquica y la disciplina y favorece su incumplimiento. De otra parte, el precepto constitucional agotó la materia - responsabilidad militar -, y sustrajo al Congreso de su regulación.

La norma crea un vacío funcional y disciplinario que perjudica la organización y el servicio de la defensa nacional. En efecto, establece la persona responsable por la orden y el deber de cuestionar su validez, pero nada dispone sobre la obligación del superior de reiterar la orden o del inferior de cumplirla una vez ella fuere reiterada.

“Consideramos - expresan los comandantes - que el artículo 91 constitucional hace relación a la obediencia debida, por esta razón, coadyuvamos la demanda del Defensor del Pueblo, y aún, vamos más allá, en la pretensión que la Corte declare la inexecutableidad de la totalidad del artículo 15 del Decreto 085/89, como unidad normativa inseparable, que en nuestro sentir, puede contener una obediencia ciega” (las negrillas y subrayas no son de la Corte).

Posición de la Consejería Presidencial para los derechos humanos

En un escrito enviado a la Corte Constitucional, por instrucciones del Consejero Presidencial, se transcriben unos apartes del discurso del Presidente de la República pronunciado en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, que se refieren al tema de la obediencia debida y al proyecto de ley por medio de la cual se tipifica como delito la desaparición forzada de personas. El texto es el siguiente:

“El Gobierno Nacional no comparte la objeción por inconstitucionalidad al inciso 4º del artículo 8º del proyecto de ley, según el cual “tampoco podrá alegarse como eximente de

responsabilidad la obediencia debida”.

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

No obstante, la obediencia debida, figura sobreviviente de la Constitución de 1886, debe ser interpretada en el contexto de los profundos cambios que trajo consigo la Carta de 1991 y entre ellos la explícita asignación de unos determinados fines al Estado “servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”, que no pueden ser desvirtuados en ningún caso por otra norma, independientemente de su rango jurídico. Por otro lado, no hay que olvidar que según el artículo 5º de la nueva Constitución, “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...”, y que el artículo 12 consagra expresamente el derecho a no ser “sometido a desaparición forzada”.

Por otro lado, según el artículo 93 de la Constitución vigente “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Pues bien: Existen dos tratados internacionales aprobados por el Congreso mediante la Ley 28 de 1959 referente a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y la Ley 70 de 1986 relativa a la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en los cuales se excluye la obediencia debida como eximente de responsabilidad. Siendo considerada la desaparición forzada de personas por la doctrina internacional y por la propia ley que se ha venido comentando, en su encabezamiento, como un delito de esa humanidad, tanto como el genocidio o la tortura, los tratados referentes a estos últimos trazan pautas de interpretación de imprescindible aplicación a la desaparición forzada. En consecuencia, debe concluirse que la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad en relación con la desaparición forzada, no contraviene las disposiciones de la Carta fundamental”.

Posición del ciudadano William Alvis Pinzón (Corporación S.O.S. Colombia-viva la ciudadanía)

A tenor de una interpretación sistemática de la Constitución, cabe concluir que la obligatoriedad absoluta de las órdenes militares, viola la libertad de conciencia del militar subalterno quien, en ciertos casos - “violación flagrante de derechos fundamentales, a través de prácticas como la tortura, la desaparición forzada, el genocidio y los homicidios fuera de combate, entre otros” -, tiene el derecho a objetar la orden y el deber de hacerlo (C.P., arts. 2, 5, 11 y 12). La convención contra la tortura, de otro lado, establece que “no podrá invocarse una orden de funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

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

III. FUNDAMENTOS

Competencia

1. En los términos del artículo 241-5 de la C.P., esta Corte es competente para conocer de la presente demanda.

Problema planteado

2. Las tesis expuestas por quienes han intervenido en el proceso, pueden reducirse a tres. La primera, limita la eximente de responsabilidad - que puede reclamar para sí el militar subalterno que ejecuta, en detrimento de una persona, una orden manifiestamente inconstitucional impartida por el superior (C. P., art. 91) -, a los eventos en que las órdenes fueren legítimas, esto es, relacionadas con el cumplimiento de los fines constitucionales encomendados a la fuerza pública y que no impliquen la comisión de un acto delictivo, inmoral, auténtica o deliberadamente opuesto a principios de justicia universalmente reconocidos. La segunda, entiende la eximente de responsabilidad, consagrada en el artículo 91 de la C.P., como un corolario necesario del principio de obediencia debida que rige en el campo militar, y, en cuya virtud, el inferior, no puede deliberar ni discutir acerca de una orden dada por el superior. La tercera rechaza ambos extremos. De una parte, niega que el campo de la eximente se contraiga a la ejecución de órdenes legítimas. De otro lado, encuentra un límite a la consecuencia que se seguiría de la segunda tesis - obediencia ciega -, que consiste precisamente en la posibilidad que la norma demandada brinda al inferior para manifestar su posición sobre la legalidad de la orden, la que sólo se ejecutará si el superior la reitera y la confirma por escrito.

En este orden de ideas, quienes preconizan la primera tesis solicitan la inexecutable parcial o total de la disposición acusada, pues ella cobija tanto las órdenes legítimas como las ilegítimas; los que prohíjan la segunda tesis, piden la inexecutable total de la norma, ya que a su juicio estimula el cuestionamiento de las órdenes militares por parte de los inferiores, lo que entraña una violación grave a la disciplina y la jerarquía consustanciales al estamento castrense; finalmente, el ciudadano que aboga por la tercera tesis, solicita la declaratoria de exequibilidad, como quiera que la norma encierra una fórmula conciliatoria entre la obediencia debida ciega y la reflexiva, que permite a la vez la exoneración de la responsabilidad del inferior y el mantenimiento de la disciplina militar.

El problema de fondo que, según la primera tesis, debe resolver esta Corte se refiere al límite que en el ámbito constitucional tiene la ejecución de órdenes militares ilegítimas. Se parte de la premisa de que la eximente de responsabilidad, contemplada en el segundo inciso del artículo 91 de la C.P., supone que la orden del superior sea legítima. Si por "orden legítima" se entiende la que se ajusta a derecho, tanto su emisión como su ejecución, corresponderían al ejercicio de un deber constitucional y legal y no podría darse el caso de "infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona" (C.P., art. 91). El artículo 91 de la C.P., no regula directamente los requisitos o condiciones de la orden militar, sino la responsabilidad que cabe deducir contra el militar subalterno cuando, a raíz de la ejecución de un mandato superior, se infringe un precepto constitucional en detrimento de alguna persona. En este evento, la Constitución hace recaer la responsabilidad en el superior que dio la orden que, al ser ejecutada, causó agravio a una persona. Particularmente, el

segundo inciso de la norma demandada, se ocupa de regular un momento previo a la ejecución de la orden militar y del daño que ésta puede ocasionar a terceros. Por esta razón conviene desplazar el problema hacia el estadio que antecede a la ejecución de la orden militar que, además de coincidir con la hipótesis que define la norma demandada, obliga a precisar si toda orden de esta clase debe o no ejecutarse, así como la responsabilidad que se deriva de su cumplimiento.

La tercera tesis, a juicio de la Corte, al igual que las anteriores, no acierta a formular con exactitud la controversia central que suscita la norma demandada. El conflicto queda circunscrito a la conciencia del ejecutor de la orden y se plantea en términos de obediencia ciega y obediencia reflexiva, sin trascender a la relación bipolar ejecutor-ordenante. El resultado de la tensión planteada, que considera satisfactoriamente solucionado en la ley, no alcanza a superar la simple manifestación de la conciencia reflexiva, pues, de todas maneras, se impone la orden del superior. En todo caso, el antagonismo o colisión virtual que en esta situación se da entre el obedecimiento al derecho y el obedecimiento a la autoridad que lo desconoce, no se considera. Ignorar los extremos reales de la confrontación - superior e inferior, de un lado y, de otro, imperio del derecho o de la autoridad -, le resta toda coherencia y sentido a esta tesis.

3. El problema constitucional que surge de una demanda de inexecutable, se configura en términos de confrontación entre la disposición acusada y las normas de la Constitución. Es conveniente, por lo tanto, precisar la estructura de los dos órdenes normativos, sobre los cuales se realizará el cotejo constitucional.

3.1 La norma que contiene las expresiones demandadas, tiene dos partes. En la primera, se consagra una regla de responsabilidad: "La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta". En la segunda, se impone al subalterno que recibe la orden militar dos deberes. Uno consiste en el "deber de advertencia": "Cuando el subalterno que la recibe [la orden militar] advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior". El otro es el "deber de cumplimiento": "Si éste insiste [el superior que emite la orden], el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito".

Antes de introducir el marco constitucional que conforma la pauta suprema de control de la ley, la Corte no puede dejar de anotar que las partes y contenidos de la norma legal guardan entre sí una relación íntima, hasta el punto de que el fallo que se dicta será inocuo sino abarca la totalidad del precepto. Por consiguiente, se acoge la petición del Procurador General de la Nación y de los Comandantes de las fuerzas militares, en el sentido de estudiar el precepto en su integridad, habida cuenta de la unidad de materia que presenta.

3.2 La materia propia de las órdenes militares es el uso de la fuerza con el objeto de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. Esa actividad del Estado está sujeta a la Constitución y a las normas del derecho internacional humanitario que con la primera integran, para estos efectos, el bloque de constitucionalidad. El derecho internacional humanitario lo integran las normas

internacionales de naturaleza convencional – plasmadas, entre otros instrumentos, en los convenios de Ginebra y en sus dos protocolos – o consuetudinaria, en las que se concretan los principios y reglas, mínimos e inderogables, histórica y positivamente emanados de la conciencia jurídica de la humanidad, destinados a regular los conflictos armados internacionales o no internacionales, mediante la limitación de los medios y métodos bélicos utilizados y la protección de personas y bienes que puedan resultar afectadas, con el fin de proscribir la barbarie y el exceso, lo mismo que el sufrimiento y el daño innecesarios. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, además de servir como parámetro interpretativo de los derechos y garantías contenidos en la Constitución, en el caso de los tratados y convenios que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno (C.P., art. 93). De ahí que el artículo 214-2 de la C.P. disponga que, aún bajo los estados de excepción, “se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

La doctrina constitucional de esta Corporación, de manera reiterada, ha reconocido la fuerza vinculante del derecho internacional humanitario. En la sentencia C-574 de 1992, expresó:

“c) El derecho internacional humanitario y el *ius cogens*:

fuerza vinculante.

El derecho internacional público está compuesto no sólo por normas de carácter dispositivo, como los son todos los acuerdos interestatales que se apartan del derecho internacional común, siempre y cuando no afecten los derechos de los terceros Estados, sino también por normas obligatorias. Incluso antes de la entrada en vigencia de la Carta de la O.N.U. – dice Alfred Verdross – eran nulos los tratados que se opusieran a las buenas costumbres (contra bonos mores).

Luego de la entrada en vigencia de la Carta de Naciones Unidas, son obligatorias todas las normas relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales y a la prohibición del uso de la fuerza (Art. 2-4).

Esta idea ha sido recogida por el artículo 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969, según el cual es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general, entendiendo por ello, “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”.

Con base en estos supuestos Eduardo Suárez¹ – representante mexicano en la Convención de Viena – define el *ius cogens* como:

“aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensable para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”.

En opinión del doctor José Joaquín Caicedo Perdomo², hacen parte del *ius cogens* las

siguientes normas imperativas:

“1) Normas relativas a los derechos soberanos de los Estados y de los pueblos (igualdad, integridad territorial, libre determinación etc.);

3) Normas sobre la libertad de la voluntad contractual y la inviolabilidad de los tratados;

4) Normas sobre protección de los derechos del Hombre y

5) Normas relativas al uso del espacio terrestre y ultraterrestre perteneciente a la comunidad de Estados en su conjunto”.

En relación con la protección de los derechos humanos es necesario hacer algunas precisiones. En primer lugar, se trata de un derecho ampliamente codificado: en lo planetario en La Declaración Universal de 1948 y los Pactos internacionales de 1966 y en lo continental en la Declaración Americana de 1948 y en la Convención Americana de 1968.

En segundo lugar, el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados. De ahí su carácter de legislación civilizadora y humanizadora, aplicable en los conflictos armados tanto nacionales como internacionales.

De otra parte, existe una estrecha conexión entre el derecho internacional humanitario y el *ius cogens*. Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el fallo sobre el Estrecho de Corfú y de manera más precisa aún en el fallo del 27 de junio de 1986 relativo al caso de las actividades militares y paramilitares emprendidas por los Estados Unidos contra Nicaragua. En este último caso, la Corte se refirió al *ius cogens* en vista de la reserva presentada por el gobierno de los Estados Unidos en relación con los tratados multilaterales. Teniendo presente esta reserva, la Corte³ fundó su decisión en el derecho consuetudinario y no en los convenios pertinentes.

“El hecho de que los principios de derecho consuetudinario – dice el tribunal internacional – estén codificados o incorporados en convenios multilaterales no significa que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario.” (Énfasis fuera de texto)

Los actos denunciados, según la Corte, se encontraban condenados por los principios generales del derecho humanitario, entendidos como consideraciones elementales de humanidad, como un mínimo aplicable en todas las circunstancias independientemente de las normas convencionales existentes.

Las ideas anteriores se encuentran reforzadas por la universal aceptación del derecho internacional humanitario en el ámbito internacional. En efecto, la fuerza moral y jurídica de los protocolos I y II, – los cuales representan, en opinión del profesor Hernando Valencia Villa, la última versión de la noble y antigua tradición de las leyes y costumbres de la guerra –, se deriva del hecho de su aceptación.

Según el último informe del Comité Internacional de la Cruz Roja⁴ hasta el 31 de diciembre de 1991, 168 Estados eran parte de los Convenios de Ginebra, 108 del Protocolo I y 98 del

Protocolo II. De ahí que el citado autor⁵ afirme que:

“Estas cifras ponen de manifiesto la amplia acogida que en la comunidad de los Estados han tenido los instrumentos humanitarios y en especial los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que constituyen el conjunto con mayor número de Estados partes en toda la historia del derecho de gentes, al punto que superan a la propia Carta de Naciones Unidas. La idea de que el conflicto puede ser librado de manera humanitaria es, entonces, el valor ético y jurídico que más consenso ha conseguido concitar entre los miembros del sistema internacional”.

En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle mas adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo (Corte Constitucional, sentencia C-574/92 M.P. Ciro Angarita Barón).

La Ley 137 de 1994, “por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”, reitera la prevalencia en el orden interno de los tratados sobre derechos humanos ratificados en Colombia y la vigencia irrestricta de las reglas del derecho internacional humanitario. El artículo tercero del respectivo proyecto de ley era del siguiente tenor. “Prevalencia de Tratados Internacionales. De conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Congreso de Colombia prevalecen en el orden interno. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario, como lo establece el numeral 2o. del artículo 214 de la Constitución. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. En caso de guerra exterior, las facultades del Gobierno estarán limitadas por los convenios ratificados por Colombia y las demás normas de derecho positivo y consuetudinario que rijan sobre la materia, atendiendo al principio de reciprocidad por parte del Estado con el cual exista conflicto”.

“La Constitución no solamente ordena respetar el derecho internacional humanitario durante los estados de excepción, sino que también permite que se apliquen las normas internacionales sobre derechos, que sean inherentes a la persona humana, a pesar de que no los consagre el Ordenamiento Supremo, lo cual quedó consignado en el artículo 94 *ibídem*, que prescribe: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en

los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

De allí se deduce, entonces, la competencia para que los jueces protejan derechos fundamentales no estatuidos en la Carta, siempre y cuando sean de aquéllos inherentes a la persona humana.

Finalmente cabe agregar que las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados. Estas normas también pueden aplicarse en los eventos de conflictos bélicos internos.

El inciso 2o. del artículo 3o. del proyecto de ley objeto de revisión, contempla que en caso de guerra exterior, las facultades del Gobierno están limitadas por los convenios ratificados por Colombia y las demás normas de derecho positivo y consuetudinario que rijan sobre la materia, “atendiendo el principio de reciprocidad por parte del Estado con el cual exista conflicto” .

Para la Corte Constitucional es evidente que el aparte subrayado lesiona el artículo 212 de la Constitución Nacional, disposición ésta que no consagra limitación a las atribuciones con que cuenta el Gobierno durante el estado de guerra exterior, distintas a las “estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad”; en consecuencia, el legislador no podía válidamente estatuir otras, como la de la “reciprocidad”. Por tanto, la expresión “atendiendo el principio de reciprocidad por parte del Estado con el cual exista conflicto”, será declarada inexecutable por infringir abiertamente el mandato constitucional primeramente citado (Corte Constitucional, sentencia C-179/94 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz).

La citada ley estatutaria enumera en su artículo 4º los derechos que durante los estados de excepción tienen el carácter de intangibles. Reza así la disposición: “Derechos Intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles; el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia; de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados”. Parágrafo 1. Garantía de la libre y pacífica actividad política. Los derechos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellas, a participar en sus actividades legítimas y a hacer oposición, podrán ser ejercidos libremente dentro del respeto de la Constitución Política y sin recurrir a ninguna forma de violencia”. Parágrafo 2. Para asegurar la efectividad del derecho a la paz, en ejercicio de las facultades derivadas del Estado de Conmoción Interior, se podrá expedir medidas exceptivas encaminadas a facilitar la reincorporación de delincuentes políticos a la vida civil y para remover obstáculos de índole administrativa, presupuestal o jurídico”.

La Corte Constitucional, con ocasión de la revisión del proyecto del indicado proyecto, sentó la siguiente doctrina:

“En este artículo el legislador, valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia una serie de derechos que califica de intangibles, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario, ya que se consideran como bienes imprescindibles para la dignidad de la persona humana.

Durante los estados de excepción, es de común ocurrencia que se afecten ciertos derechos que la misma Constitución permite restringir o limitar en épocas de normalidad, valga citar: el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad de circulación, etc.; sin embargo, existen otros que en ninguna época pueden ser objeto de limitación, como los contenidos en la disposición legal que se estudia, los cuales son considerados como inafectables (Corte Constitucional, sentencia C-179/94 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz).

A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tienen valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad. Sobre este particular, la Corte precisó su pensamiento en los siguientes términos:

La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad.

“11- Una vez analizada la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país.

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de

humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados⁶”.

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”⁷. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados⁸”.

12- A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (C.P. art. 4^º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4^º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado⁹, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4^º y 93 de nuestra Carta.

Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutableidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946.

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

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

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores” (Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

La norma demandada, en conclusión, debe contrastarse con la integridad de la Constitución y las reglas y principios que conforman el derecho internacional humanitario. Adicionalmente, considera la Corte, que al bloque de constitucionalidad se incorporan las normas pertinentes de la ley estatutaria sobre los estados de excepción. Según el artículo 214-2 de la C.P., “Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales”. La citada ley, junto a las normas de la Constitución, integra el bloque de constitucionalidad, que sirve para decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten al amparo de los estados de excepción. Es evidente que las normas que, en dichas situaciones extremas en las que el uso de la fuerza legítima puede llegar hasta el máximo límite permitido en un Estado de derecho, no pueden adoptarse bajo ningún concepto, como las que afectan los derechos que se

califican como “intangibles”, a fortiori no podrán expedirse mediante la legislación ordinaria llamada a regir durante la normalidad institucional. En este sentido, las normas contenidas en la ley estatutaria que regula los estados de excepción que establecen límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o suspensión de derechos, durante la anormalidad, se convierten en pauta de control de las leyes que tratan sobre el uso de la fuerza en el escenario de la normalidad. Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.

4. Teniendo presente el bloque de constitucionalidad - Constitución Política, Derecho Internacional Humanitario, Ley Estatutaria sobre los estados de excepción, en lo pertinente -, la Corte debe entrar a resolver si la norma demandada se ajusta o no a sus disposiciones. En primer término, se analizará si una disposición legal ordinaria referida a la actividad militar, puede exonerar de toda responsabilidad al subalterno que ejecuta la orden y atribuirle exclusivamente al superior que la imparte. En segundo término, se precisará si el deber de advertir la ilegalidad de una orden militar, que la norma radica en el inferior, viola una regla o principio que haga parte del bloque de constitucionalidad. Finalmente, se establecerá si vulneran aquellas reglas o principios, el deber que la disposición acusada impone al subalterno de cumplir la orden militar reiterada y confirmada por escrito por el superior después de que el primero hubiere advertido sobre su presunta ilegalidad.

Responsabilidad por la emisión y ejecución de las órdenes militares

5. La regla de responsabilidad que contiene el primer inciso de la norma examinada, postula: “La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta”.

La responsabilidad absoluta que se endilga al militar que imparte la orden, no es objeto de controversia. La absoluta exoneración de responsabilidad que cobija al militar que la ejecuta, en cambio, deberá analizarse con mayor detenimiento. En las fuerzas militares, la disciplina es una condición esencial de su existencia (DL 85 de 1989). La disposición que ocupa la atención de la Corte, tiene una relación íntima con el deber profesional de obediencia que los subalternos, en el ámbito militar, deben a sus superiores. Precisamente, en virtud del principio de disciplina y jerarquía militares, el superior, dentro de sus atribuciones, puede dictar órdenes al subalterno que “dentro de sus obligaciones”, debe proceder a cumplir en el tiempo y del modo indicado “con exactitud y sin vacilación” (D.L. 85, arts 3 y 14), so pena de incurrir en el delito de desobediencia (D.L 2550 de 1988). No es, en verdad, concebible que las fuerzas militares puedan cumplir su misión constitucional, sino se garantiza y mantiene una estricta disciplina en su seno que, sin lugar a dudas, es superior a la existente en cualquiera otra organización estatal.

Sin perjuicio de aceptar la validez general del principio de jerarquía y de estricta obediencia en el campo militar, con las consecuencias vistas, se pregunta la Corte si las órdenes manifiestamente antijurídicas - lo son aquellas que de manera notoria violan la Constitución Política, las reglas y principios del derecho internacional humanitario y las prohibiciones o restricciones absolutas que deben observarse incluso bajo los estados de excepción, deben

ser obedecidas por el subalterno y ejecutadas por éste “con exactitud y sin vacilación”, aún en el evento de que sea consciente de la antijuridicidad de la orden o que deba serlo por las circunstancias en que se produce su emisión o ejecución y si por consiguiente, en este caso, compromete, junto al superior, su responsabilidad.

La tesis de la irresponsabilidad absoluta del subalterno que ejecuta la orden presupone un deber profesional suyo que le obliga a una obediencia igualmente absoluta e incondicional de todos los mandatos del superior, independientemente de que sean legales o ilegales y que las trazas de su antijuridicidad o arbitrariedad que su cumplimiento envuelva sean notorias o se oculten a su conocimiento. De otro lado, la tesis que admite la exoneración de responsabilidad del subalterno, salvo en los casos de notoria antijuridicidad de las órdenes militares impartidas que no escape a su entendimiento, presupone que el deber profesional de obediencia no es ciego sino reflexivo.

Si a la luz de la Constitución, el deber de obediencia militar tiene forzosamente carácter absoluto, inclusive en las circunstancias excepcionales anotadas, no cabe duda de que en ningún caso el subalterno que ejecuta la orden impartida por su superior podrá ser considerado responsable por el daño y las consecuencias que se sigan de la misma. Si, por el contrario, según la Constitución, el deber de obediencia, pese a poder ser estricto, no tiene el carácter de absoluto o ciego – en el sentido de abarcar las acciones antijurídicas más abiertamente antijurídicas y arbitrarias cuyo carácter y connotación no desconoce el ejecutor -, no podrá sostenerse la pretensión de una eximente absoluta de responsabilidad que beneficie al subalterno, en esta situación excepcional, no ajena a la violación del ordenamiento.

5.1 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. Con apoyo en la libertad de conciencia del subalterno (C.P., art. 18), sostuvo la Corte lo siguiente:

“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.

No podría interpretarse de otra manera el concepto de orden justo, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar “en todas las circunstancias”, existen infracciones graves, contra las cuales

los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, “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” (artículo 50).

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

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” (Corte Constitucional, sentencia T-409/92 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Esta misma tesis fue más tarde reiterada por la Corte al revisar la constitucionalidad del protocolo II adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. En esta ocasión se expresó que la relativización del principio de obediencia debida, era una consecuencia de las prohibiciones del derecho internacional humanitario. Es oportuno reiterar, a este respecto, el siguiente pasaje de la sentencia de la Corte:

“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 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 mencionados.

La Corte considera que estas prohibiciones encuentran perfecto sustento constitucional, pues no sólo armonizan con los principios y valores de la Carta, sino que incluso prácticamente reproducen disposiciones constitucionales específicas. Así, los mandatos de los literales a) y e) coinciden con la protección a la dignidad y a la vida, y la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes establecidos por la Carta (C.P. arts 11 y 12). Y, el

literal f) sobre la esclavitud es prácticamente idéntico al artículo 17 de la Constitución.

Estas prohibiciones del derecho internacional humanitario, por su vínculo evidente y directo con la protección a la vida, la dignidad y la integridad de las personas, tienen además una consecuencia constitucional de gran trascendencia, puesto que ellas implican una relativización, en función de estos trascendentales valores constitucionales, del principio militar de obediencia debida consagrado, por el inciso segundo del artículo 91 de la Carta. 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” (Corte Constitucional, sentencia C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

5.2 La doctrina de la Corte Constitucional, que juzga incompatible con la Constitución la idea de una obediencia militar ciega y absoluta, la cual tiene el riesgo de terminar por convertir al subalterno en instrumento pasivo de actos arbitrarios, se inspira en la evolución que la noción de obediencia debida ha tenido en la historia de los pueblos que la han acogido como necesaria, pero siempre sujeta a ciertos límites impuestos por las exigencias superiores nacidas del imperio del derecho y de la justicia.

La historia registra el desarrollo y particularidades del principio de la obediencia debida en las diversas épocas y civilizaciones. La tensión autoridad-ley se traduce en una relación jerárquica entre quien ordena y quien obedece. La dialéctica histórica de estos valores, en situaciones límite eventualmente contrapuestos, permite comprender las sucesivas transformaciones de la institución de la obediencia debida, a partir de la sumisión ciega e incondicional del esclavo ateniense hasta la obediencia reflexiva del militar en el Estado Social de derecho.

La evolución filosófico-jurídica de la obediencia debida demuestra que en la actualidad esta institución conserva la limitación de la eximente de responsabilidad penal del inferior en relación con los delitos atroces - atrocitatem facinoris -, no tanto porque con ello se vulnere alguna ley divina, sino con fundamento en la existencia de una conciencia individual y en el conocimiento de la ilegitimidad de la orden. En efecto, la obediencia ciega a las órdenes del superior fue abandonada en el derecho romano ante delitos atroces, en opinión de algunos como Bettioli, por estar en contradicción con el alto concepto que los romanos tenían del servicio militar y de la posición honorable del soldado en el seno de la sociedad (Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo VI, Ed. Losada, B. Aires, 1962, p.838). El derecho penal liberal, construido sobre la autonomía y responsabilidad individuales, excluye la exención de la obediencia debida en los casos en que el inferior tuvo conocimiento de la ilegalidad de la orden, o ha debido tenerlo entre otras razones por constituir un delito manifiestamente atroz, aspecto que se analizará con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

5.3 El principio no absoluto de obediencia debida que prohíja la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que

la doctrina del derecho penal le concede.

5.3.1 El primer aspecto que en la doctrina se puntualiza es el referido a la necesidad de que la orden militar que el subalterno ejecuta se contraiga a una "orden del servicio". Por lo tanto, no cualquier orden implica acatamiento por parte del inferior. Maggiore, advierte: "La orden de cometer un delito, aunque este ocasionada por relaciones de servicio no constituye materia tocante al servicio ni pertenece a la esfera de la autoridad superior. No es sustancialmente distinta de la de cualquier otro empleado la posición jurídica del militar, que recibe de su superior propio la orden de falsificar documentos administrativos del servicio militar" (Maggiore Derecho Penal Tomo I, Ed. Temis, Bogotá 1989, pág. 401).

En el mismo sentido anota Carlos J. Colombo que no hay insubordinación por fuera de los actos del servicio, y, agrega, no es acto de servicio cualquiera que se cumple en ejecución de una orden. Una orden del servicio será aquella cuyo contenido entraña la ejecución de un acto del servicio. Por acto del servicio, se comprende "tan solo aquel que es inherente a la calidad del militar, que es inseparable de ese carácter; en el sentido [de] que el contenido del mandato se halle inspirado en las exigencias del servicio". Si el contenido de la orden es abiertamente ilegítimo y atenta contra los intereses que la institución defiende - como aquella que dispone la ejecución de una tortura o un genocidio y que, en consecuencia, quebranta los valores más importantes del orden constitucional -, no se reputará orden del servicio y el inferior que la deja de observar no podrá ser juzgado por desobediencia. (C.J. Colombo. El derecho penal militar y la disciplina. Librería jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires pág. 189).

La orden del servicio es la 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. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones que se enuncian, a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales.

5.3.2 En la mayoría de los países, la obediencia debida opera como eximente de responsabilidad penal tanto en el derecho penal común como en el derecho penal militar. Las distintas normas penales, por lo general, disponen, que quien obra por orden de un superior jerárquico puede, siempre que se cumplan ciertos requisitos, quedar exento de reproche penal. Las condiciones a las que se alude para que la eximente pueda invocarse, constituyen su propio límite.

En la actividad militar el deber de obediencia es más necesario y estricto y, por lo tanto, las consecuencias de su incumplimiento se castigan con mayor severidad que en el derecho común. Sin embargo, la doctrina sostiene que la naturaleza jurídica de la eximente es idéntica en los dos ámbitos, salvo tal vez en lo que atañe a la capacidad de quien recibe la orden para examinarla y cuestionarla.

Con independencia de la polémica existente entre quienes aseveran que la obediencia debida es una causal de justificación del hecho, a la que se unen los autores que la tratan como una eximente autónoma, la doctrina coincide en señalar, no sólo en el ámbito del

derecho común sino, especialmente en el ámbito militar, una serie de límites al deber de obediencia.

Quienes consideran que el cumplimiento de una orden del superior jerárquico obra como causal de justificación, supeditan su eficacia y validez al hecho de que el mandato que el superior imparta al inferior sea jurídicamente obligatorio. Este sector de la doctrina parece aceptar la posibilidad de que existan mandatos ilegítimos jurídicamente obligatorios - de otra manera la causal carecería de sentido -, pero manteniendo como requisito esencial la exigencia de que no resulten manifiestamente antijurídicos, dado que en este evento no existiría el deber de obedecer, al desaparecer para el subordinado la presunción o apariencia de legalidad del mandato.

Para que el sistema jurídico democrático pueda válidamente consagrar un deber específico de obediencia y excusar las consecuencias penales de la acción de quien lo lleva a cabo, se requiere que el contenido de la orden tenga, al menos, una apariencia de juridicidad. Es evidente que no en todos los casos la obligación de obedecer puede estar condicionada a su contenido intrínseco, bastando para el efecto la mera apariencia de legalidad. En efecto, no siempre es fácil para el subordinado apreciar la ilegalidad de la orden, incluso cuando ésta implica la comisión de un delito. De otro lado, se desconocerían los principios básicos que rigen la estructura de las fuerzas armadas, si se pretendiese restringir el deber de obediencia sólo a aquéllas ordenes cuyo contenido fuese intrínsecamente legítimo. De ahí que se limite el deber de obediencia únicamente respecto de las órdenes manifiestamente ilegítimas.

Esta tesis se sustenta, en primer término, en la premisa inconcusa de que el ordenamiento jurídico no puede prohibir una conducta y, al mismo tiempo, imponer la obligación de ejecutarla. Si el ordenamiento penal obliga a abstenerse de realizar determinadas conductas, no es razonable suponer que el ordenamiento y el estamento militar puedan obligar legítimamente a sus miembros a que, en cumplimiento de una orden, se ejecuten los mismos comportamientos prohibidos por el primero. En segundo término, la doctrina expuesta resuelve el conflicto de deberes que el cumplimiento de una orden puede suscitar - obediencia al superior u obediencia a la ley - , dando precedencia a la observancia de la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento, la que sin hesitación desplaza la orden que la contradice que, por ese motivo, queda desposeída de la presunción de legalidad que la amparaba y, asimismo, de todo atisbo de obligatoriedad.

La anotada restricción al principio general de la obediencia debida y la consiguiente limitación de la respectiva eximente de responsabilidad, que anula su validez y eficacia cuando la orden militar resulta manifiestamente antijurídica, se justifica tanto por razones políticas y morales como por otras de índole legal, derivadas del régimen militar. Las legislaciones militares de la mayoría de los Estados constitucionales consagran como primer deber de los miembros de la institución la fidelidad a la patria, a la Constitución y a las leyes (en Colombia, D.L. 85., art. 19) y, en especial, al respeto de los derechos esenciales de la persona humana (en Colombia artículo, C.P., art. 5). En todo caso, esta doctrina postula la cesación del deber de obediencia si la ejecución de la orden puede traducirse en la comisión de un delito. Se admite sin dificultad que si resulta ostensible o evidente que la ejecución de la orden entraña la comisión de un delito, el análisis sobre su legitimidad es inmediato y demanda, no una tarea de reflexión profunda sobre su contenido, sino un ejercicio elemental

y primario, casi automático, de valoración. Esta actividad intelectual mínima no puede rehusarse, en un Estado de derecho, a ningún ciudadano, so pena de comprometer los valores básicos de todo régimen constitucional. Como lo puso de presente Hans Kelsen: “una privación absoluta del derecho de examen (o poder de inspección) y decisión del órgano ejecutivo es positivamente imposible” (Hans Kelsen, Teoría General del Estado, Pag. 374).

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. En este sentido se manifiestan autores como Jescheck, quien señala: “Los criterios de los que depende la obligatoriedad son de naturaleza formal y material: a) Presupuesto formal de la obligatoriedad es la competencia abstracta del superior para impartir la directriz, como también lo es la observancia de la forma prescrita. b) Presupuesto material de la obligatoriedad es el hecho de que la orden no vulnere manifiestamente el ordenamiento jurídico, puesto que de ser así resultaría evidente la antijuridicidad. Por otra parte no será vinculante por razones materiales la directriz que suponga la imposición de un comportamiento que lesione la dignidad humana, o se oponga a las reglas generales de Derecho Internacional. El supuesto más importante de falta de carácter vinculante en la directriz se da cuando concurre punibilidad del comportamiento ordenado. Ello resulta extensible al ámbito militar, así como al servicio de ejecución” (Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981).

Otra parte de la doctrina considera que el cumplimiento de una orden que comporta la comisión de una conducta típica, es causal de inculpabilidad y no, como se expuso arriba, de justificación del hecho punible. Para estos autores el mandato que tiene como consecuencia la vulneración de un bien tutelado por el derecho penal o constitucional, puede dar lugar a una eximente de responsabilidad si se prueba el error del subordinado que obra ciñéndose a la orden impartida, en cuyo caso se configura una causal de inculpabilidad.

Se justifica el deber de obediencia y la correlativa exoneración de responsabilidad siempre que el subordinado no conozca la ilicitud de la orden. Esta tesis se fundamenta en la capacidad del inferior jerárquico para reflexionar sobre el contenido de la orden y, de otro lado, en el deber de desobedecer las ordenes ilegítimas. Tan sólo la ignorancia o el error invencible sobre el contenido de la orden puede servir de eximente de responsabilidad penal al funcionario que cumple la orden antijurídica. La diferencia entre esta causal y la que se construye sobre el error invencible reside en que la primera se alega cuando el inferior actúa en virtud de un mandato jerárquico y, la segunda, cuando el sujeto obra según su propia voluntad, aunque desconociendo que su conducta acarrea un hecho punible.

Quienes sostienen esta postura no pasan por alto el hecho de que en el campo militar, la capacidad del inferior jerárquico para estudiar el contenido de una orden puede, en muchos casos, ser casi inexistente o puramente formal. Aun así, señalan que la ilegitimidad manifiesta de la orden, puede ser conocida de manera instantánea por el subordinado sin que para detectarla se requiera normalmente de mayor capacidad analítica o reflexiva. La evidente delictuosidad del contenido de ciertas órdenes excluye de plano la posibilidad de que el subordinado pueda esquivar su responsabilidad amparándose en el error invencible o incluso en el error vencible. En este sentido, Jiménez de Asúa expresa: “El asunto estriba en determinar en qué caso el soldado que obedece una orden ilegal, esta justificado. El militar, como el agente civil, no siempre debe obedecer pasivamente, no podrá invocar, en todo caso, para obtener la eximente el mandato del superior. Es indudable que en el ejército, el principio de disciplina es fundamental y la pronta obediencia regla necesaria; el soldado, bajo las armas, contrae deberes particulares y sus deberes son más rigurosos aún en tiempo de guerra que en tiempo de paz. Pero, en modo alguno es posible concebir al soldado reducido al papel de un instrumento ciego. Al menos debe comprender el mandato dado, y saber si la orden emana verdaderamente de su superior; es un ciudadano dotado de inteligencia y voluntad y, por lo tanto, conserva su parte de responsabilidad. Si la legalidad de la orden es dudosa, puede obedecer; pero si es evidente no ha de hacerlo sin incurrir en pena (Luis Jiménez de Asúa. Tratado de derecho penal. Tomo VI, Ed. Losada, Buenos Aires 1962, pág. 839).

La tesis que aquí se estudia fija otras condiciones necesarias para que opere la eximente de obediencia debida, que son semejantes a los requisitos señalados por la corriente antes estudiada: (1) debe existir dependencia jerárquica entre quien manda y quien obedece; (2) debe existir un mandato proferido en uso de las facultades ordinarias - competencia general - de quien lo imparte; (3) la orden debe encontrarse revestida de las formalidades que para el efecto establezca la ley.

Pese a las posiciones contrapuestas sobre la naturaleza jurídica de la eximente que se analiza, la doctrina es unánime en señalar que en el campo penal y, especialmente, en el ámbito penal militar, la orden manifiestamente antijurídica constituye un límite al deber de obediencia y, en este caso, no es apta como causal de justificación del hecho ni como causa de inculpabilidad del sujeto activo, que no obstante su carácter de ejecutor del mandato ha de responder junto a su emisor.

En síntesis, pueden identificarse en el derecho y la doctrina comparadas, elementos comunes a los distintos regímenes jurídicos en la materia. 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 contenido de la orden.

Los criterios rectores descritos se encuentran recogidos en los principios y las reglas que sirvieron de base a los tribunales que se constituyeron para juzgar los crímenes cometidos en la segunda guerra mundial. La jurisprudencia de los mencionados tribunales exoneró de responsabilidad a los inferiores cuando la ilicitud de la orden no era manifiesta. En cambio, se impusieron condenas a los militares subalternos cuando el hecho ordenado era

ostensiblemente inhumano, como en los casos de asesinatos y torturas.

6. De lo expuesto se desprende que la regla de responsabilidad, contenida en la norma examinada, vulnera el bloque de constitucionalidad, si se interpreta en sentido absoluto.

6.1 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.

Las cautelas y procedimientos especiales para reformar la Constitución, necesarios para distinguir la esfera reservada a la obra de la función constituyente y la propia de los poderes constituidos, serían incompletos y no garantizarían esa necesaria parcelación de atribuciones, si se mantuviese la exoneración absoluta de responsabilidad de quien ejecuta una orden militar. Paradójicamente, dicho subalterno, munido de una irresistible patente de corso - garante de su impunidad -, en la realidad y en la medida en que puede ser objeto de la más intensa instrumentalización, podría convertirse en el vehículo material para socavar todas y cada una de las instituciones constitucionales.

La seguridad de que finalmente la responsabilidad de la actuación antijurídica del subalterno, se radica y juzga en cabeza del superior, no contribuye a aplacar ni a morigerar las consecuencias negativas que se derivan de la concepción absoluta de la exoneración de responsabilidad. La condena posterior del superior y la orden de resarcir los daños eventuales producidos por el inferior, no previenen ni sancionan la vulneración y el sacrificio de los derechos de las personas que el subalterno encuentra a su paso y conculca, a sabiendas de lo que hace y de lo que significan sus actos. La afectación de las instituciones constitucionales, perpetrada por el inferior consciente de la ilicitud de su obrar, tampoco se previene, sanciona o disuade con el mero desplazamiento de la responsabilidad en la escala del mando.

La eximente absoluta de responsabilidad opera trasladando inclusive la acción dolosa del militar subalterno, al espacio de lo jurídicamente irrelevante, de lo "ajurídico", pese a que pueda tener la virtualidad y la eficacia suficiente para desvertebrar el ordenamiento constitucional. La Corte ha sostenido que los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. Con mayor razón, la eximente de responsabilidad del militar

subalterno, que tiene un sentido puramente orgánico y funcional, debe ser relativizada, de suerte que se garantice su campo de acción racional y razonable, donde pueda desempeñar el cometido que la inspira, pero sin poner en peligro la vigencia de la Constitución. De lo contrario, lo que es un simple medio para asegurar la eficacia de las fuerzas militares y la disciplina, se convierte en un fin en sí mismo, dislocado completamente de su objetivo constitucional. Es evidente que la disciplina en la que se apoya la regla de responsabilidad que la Corte analiza, es un medio al servicio de la misión que la Constitución encomienda a las fuerzas militares, la cual, a su vez, es asimismo el medio material que garantiza la vigencia del Estatuto superior. La tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno - aún si obra con dolo -, significa exacerbar la protección del medio hasta el grado de sacrificar o poner en peligro de extinción del fin al cual sirve. La Corte, en su función de guardiana de la integridad de la Constitución, no puede privilegiar una interpretación aislada de un mecanismo constitucional que conduce a tamaña irracionalidad.

Puede concluirse que la norma legal examinada es inconstitucional si se interpreta en sentido absoluto. La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas (C.P., arts, 2 y 6). También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social.

6.2 La regla legal que exonera de manera absoluta al militar que ejecuta la orden del superior, genera para el subalterno una especie de dispensa jurídica para violar todo tipo de normas. Aunque ningún órgano constitucional puede, por vía normativa o material, ni siquiera bajo los estados de excepción, afectar los derechos considerados intangibles en la Ley 137 de 1994 - que para los efectos de este proceso integra el bloque de constitucionalidad -, el militar subalterno sí lo podría hacer sin enfrentar ninguna consecuencia. En desarrollo del mandato constitucional, la ley estatutaria sobre los estados de excepción se propuso establecer un límite absoluto al máximo ejercicio legítimo de la fuerza que el Estado de derecho está dispuesto a tolerar y, por esta razón, se enumeraron los derechos que deberían considerarse inafectables por concretarse en ellos de la manera más intensa el principio de la dignidad humana. La regla legal examinada, por su carácter general e irrestricto, permite que el militar subalterno pueda, en la realidad, apelando al uso de la fuerza, hacer lo que está vedado a los órganos constitucionales del Estado, esto es, violar los derechos intangibles que, como su nombre lo indica, deberían permanecer intocados aún en situación de guerra exterior, conmoción interior o emergencia. A la luz de esta consideración, la Corte tampoco puede acoger el planteamiento de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno.

6.3 La exposición que se ha hecho sobre el derecho internacional humanitario - que para los efectos de este proceso integra el bloque de constitucionalidad -, permite concluir, con toda seguridad, 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.

Aparte de 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, de manera específica, se han prohibido en varios tratados suscritos por Colombia, que prevalecen en el derecho interno (C.P., art. 94). En efecto, La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986, dispone: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (art., 2, numeral 3). 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” (Art., IV) (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Ley 28 de 1959).

Los protocolos I y II, adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, no consagran en favor de los militares, superiores o inferiores, que violen sus normas la eximente de la obediencia debida. Por el contrario, en ambos se dispone que “nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual” (Protocolo I, art. 75-4-b y Protocolo II, art. 6-b). En el primer protocolo, se ordena en el artículo 87, lo siguiente: “1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que estén a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes. 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo. 3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”.

Es importante reiterar que el derecho internacional humanitario ni se agota ni depende de que los tratados acojan sus reglas y principios, pues, al hacerlo simplemente adquieren tales instrumentos valor declarativo y no constitutivo. La Corte ya había reconocido el carácter de *ius cogens* del derecho internacional humanitario. A este respecto en la sentencia C-574 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), expresó: “Los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario”.

En materia de castigo de crímenes de guerra, sin duda, el precedente más relevante lo constituye el juzgamiento de los militares pertenecientes al régimen nazi. En esta ocasión no se aceptó el alegato de que las órdenes superiores exoneraban de toda responsabilidad a sus ejecutores. El estatuto del tribunal militar internacional creado en 1945, prescribía: “El hecho de que el acusado actuara en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior no lo eximirá de responsabilidad, pero puede considerarse como atenuante de la pena si el Tribunal determina que así lo requiere la justicia”. El tribunal de Nuremberg, sobre el particular anotó: “Las órdenes superiores, aún dadas a un soldado, no pueden considerarse como un atenuante cuando se han cometido crímenes espantosos y enormes consciente, cruelmente y sin excusa o justificación militar (...). La participación en crímenes como éstos no se ha requerido nunca de un soldado, y éste no puede ampararse detrás de un requisito mítico de obediencia militar a toda costa como excusa para la comisión de estos crímenes” (L. Oppenheim, tratado de derecho público internacional, tomo II, vol. II, pag. 121).

Recientemente, en virtud de las resoluciones 808 y 827 emanadas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de la organización, se creó el Tribunal Internacional que en la actualidad investiga y juzga las violaciones al derecho Internacional Humanitario en la antigua Yugoslavia. El estatuto del mencionado tribunal confirma la vigencia y validez de los principales componentes del derecho internacional humanitario como derecho consuetudinario. En esa ocasión el Secretario General de las Naciones Unidas destacó que el principio *nullum crimen sine lege* requiere que “el Tribunal Internacional deba aplicar las reglas del derecho internacional humanitario que con toda certeza pertenezcan al derecho consuetudinario, de modo que el problema de la vinculación de algunos, pero no de todos los Estados, a convenciones específicas no se suscite”. En este sentido, para el Secretario General, integran el derecho internacional humanitario de base consuetudinaria “fuera de toda duda”: “el derecho de los conflictos armados incorporado en las Convenciones de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra del 12 de agosto de 1949; la Convención de La Haya sobre el Derecho y las Costumbres de la Guerra Terrestre y las regulaciones anexas, de octubre 18 de 1907; la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948; y la Carta del Tribunal Internacional Militar del 8 de agosto de 1945”. En su informe agrega el Secretario General que las convenciones de Ginebra constituyen “el núcleo del derecho consuetudinario aplicable a los conflictos internacionales”. (Citado por Theodor Meron, en *War Crimes in Yugoslavia and the development of international law*. *American Journal of International Law*, January 1994, Vol. 88 N° 1 Pag. 79).

No siendo compatible con el derecho internacional humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su

responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal que la Corte examina y que incorpora dicha regla, claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el inciso primero del artículo 15 del D.L 85 de 1989, quebranta el bloque de constitucionalidad si se interpreta en sentido absoluto. En consecuencia, la Corte declarará que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

En este evento, no se remite a duda que el militar subalterno que se abstiene de observar una orden militar que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles, no podrá ser objeto de sanción penal o disciplinaria. Para los anteriores efectos, la Corte prohija la definición de derechos fundamentales intangibles, establecida en el artículo 4º de la Ley 137 de 1994, cuyo texto es el siguiente:

“ARTICULO 4º. Derechos intangibles: De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de la penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad; de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al Habeas Corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados.

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

De conformidad con el literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de estos Estados.

Parágrafo 1. Garantía de la libre y pacífica actividad política. Los derechos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellas, a participar en sus actividades legítimas y a hacer oposición, podrán ser ejercidos libremente dentro del respeto a la Constitución Política y sin recurrir a ninguna forma de violencia”.

El deber de advertencia

7. El segundo inciso del artículo 15 del D.L 0085 de 1989, dispone: “Cuando el subalterno que

la recibe [“toda orden militar”] advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior”. Se pregunta la Corte si el referido deber de advertencia, como se insinúa en una de las intervenciones, viola el artículo 91 de la C.P., que por el contrario estaría ligado a la noción de obediencia estricta y no deliberante.

La norma constitucional citada regula un momento posterior a la emisión de la orden militar y se ocupa de determinar el agente que debe responder por las consecuencias dañosas producidas por su ejecución. El deber de advertencia, en cambio, claramente se configura en el período que antecede a la ejecución de la orden militar.

La regla de responsabilidad que acoge la Constitución, naturalmente se inspira en el principio de disciplina y obediencia que caracteriza a las fuerzas militares. No obstante, la idea y modalidades precisas de dicha obediencia y disciplina, es asunto que incumbe determinar al legislador que, al hacerlo, ha considerado oportuno introducir el denominado “deber de advertencia”. El mencionado deber, a juicio de esta Corte, no viola la Constitución ni erosiona el principio de disciplina y obediencia.

El deber de advertencia permite tanto a las fuerzas militares como a sus integrantes, recordar y ser fieles a su misión primordial y, por consiguiente, no puede sino redundar en su beneficio. Antes de que se desencadene la acción, que en ciertos casos podría ser inconstitucional o ilegal, esto es, contraria a su finalidad esencial, resulta en verdad procedente que se examine en el interior de la fuerza pública su juridicidad, así sea de la manera expedita y célere como se prevé en el decreto – por lo demás, un trámite distinto cercenaría la eficacia que deben mantener y desplegar las fuerzas militares -, de modo que aquélla no sea disonante ni extraña respecto de su indicada misión.

El deber de advertencia no se opone al carácter no deliberante de la fuerza pública (C.P., art. 219). La función de garante material de la democracia, que es un sistema abierto de debate público, le impide a la fuerza pública y a sus miembros – que ejercen el monopolio legítimo de la fuerza – intervenir en el mismo. El deber de advertencia es ajeno a dicho debate y se relaciona con un aspecto de la ejecución de una orden militar directamente relacionada con el servicio. Se interpreta erróneamente el carácter no deliberante de la fuerza pública si se estima que sus integrantes deban permanecer mudos y ciegos frente a órdenes militares abiertamente antijurídicas. Las virtudes militares son las primeras en sucumbir si se impone la idea de una fuerza independiente de toda constricción.

El deber de advertencia, como toda institución, puede ser objeto de abuso y en este caso lastimar la disciplina y la moral militar. Sin embargo, la utilización desviada que pueda tener este deber, no es argumento para declarar su inexecutable. Es evidente que el ejercicio ilegítimo del deber de advertencia, el cual es patente cuando se apela a él no en razón de una sincera y objetiva creencia o duda sobre su juridicidad sino de un deseo de dilatar y entorpecer su ejecución, acarrea para el subalterno consecuencias negativas y la posibilidad de sancionar penalmente su conducta como desobediencia. Por el contrario, el ejercicio legítimo del deber de advertencia, reivindica al militar como sujeto ético libre, capaz por lo tanto de asumir compromisos y de entender cabalmente su significado. Negar esta condición

subjetiva para el militar - a ello conduciría abolir la posibilidad de que se advierta sobre la ilegalidad de las órdenes -, lo convierte en simple máquina de violencia, lo que contradice flagrantemente su dignidad y desvirtúa el propósito que anima el uso de la fuerza en el Estado social de derecho, siempre mediatizada por fines superiores. La relación de sujeción especial, a la cual está sometido el militar, implica para éste una serie de restricciones y limitaciones, que son necesarias para que las fuerzas militares puedan cumplir de manera eficaz sus funciones, pero se deben interpretar de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como quiera que aquél conserva la calidad de sujeto de derechos fundamentales que sólo en la medida en que sea indispensable pueden restringirse. El cumplimiento del deber de advertencia, siempre que no se abuse de su ejercicio, favorece a la institución militar, en cuanto evita la comisión de transgresiones y, al mismo tiempo, permite al militar subalterno obrar de acuerdo a su dictamen de conciencia que le indica el comportamiento más ceñido a sus convicciones, en este caso, coincidentes, con el pleno respeto a la Constitución y a la ley.

El deber de advertencia no tiene por objeto paralizar la respuesta de la fuerza pública. Lejos de perseguir la inhibición, lo que se propone es asegurar el ejercicio responsable de la fuerza. Sobre este particular, Richard T. De George, ha señalado:

“Si consideráramos la contención como una virtud moral aristotélica, estaría a medio camino entre la incapacidad para actuar, en un extremo, y la precipitación, en el otro. La contención no es timidez. Es hija del poder y la responsabilidad. Es menos necesaria para los débiles, y totalmente necesaria para los fuertes. Los que poseen el monopolio de la fuerza en nuestra sociedad deben ejercer la contención en alto grado, y requieren de esta virtud en una medida que no se requiere de los demás. Las fuerzas armadas en general tienen una obligación moral específica de contención, y cada uno de sus miembros comparte esta obligación con su pertenencia activa al grupo. Cada uno de los miembros tienen no sólo la obligación de responder a las pautas castrenses sino de asegurarse de que otros miembros también lo hagan. Como la sociedad da a los militares el monopolio de la fuerza, es obligación de cada militar no solo utilizar esa fuerza en forma adecuada, sino ver que otros militares hagan lo propio. La responsabilidad por el uso adecuado de la fuerza es tanto responsabilidad de cada oficial militar como de las fuerzas armas en conjunto” (Un Código ético para oficiales, por Richard T. De George, tomado de Manuel M Davenport y James B. Stockdale, ética Militar, Ed. Sudamericana, Buenos Aires 1989, Pág. 27).

Las consideraciones anteriores son suficientes para considerar que el deber de advertencia es constitucional.

El deber de cumplimiento

8. La parte final de la norma examinada, reza: “Si éste insiste [el superior que emite la orden], el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito”. Las razones que en relación con el primer inciso de la norma se expresaron para sustentar su constitucionalidad condicionada, militan para proceder de idéntica manera respecto del pasaje transcrito. En efecto, la norma es constitucional, salvo en el evento de que el militar que ejecuta la orden lo haga no obstante conocer su antijuridicidad, en cuyo caso comprometerá su responsabilidad.

Adicionalmente a los argumentos expuestos, la Corte considera necesario reafirmar que las fuerzas militares están sujetas al principio de legalidad y al de subordinación a la autoridad civil.

La Constitución y las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, tienen carácter plenamente vinculante para las fuerzas militares (C.P., arts 4 y 6). El Estado de derecho no ofrece solución de continuidad ni crea espacios en la sociedad o el Estado, a cuya sombra puedan subsistir y actuar poderes independientes o autónomos a sus dictados. Admitir esta posibilidad, privaría de todo sustento a la anotada cualidad ontológica del Estado colombiano. Si en las fuerzas militares la potestad de mando es más intensa, ello es así porque la Constitución y la ley lo han establecido. Obligar a un militar a cumplir una orden manifiestamente ilegal, pese a la advertencia formulada en este sentido, por lo tanto, equivale a renunciar a la idea más cara al constitucionalismo que no es otra que la sumisión del poder al derecho.

De otro lado, las fuerzas militares, desde el punto de vista orgánico, pertenecen a la rama ejecutiva y de ellas dispone como Comandante Supremo el Presidente de la República (C.P., art. 189-3). Dentro de la rama ejecutiva, no se confunde la autoridad civil con la militar – tanto desde el punto de vista funcional como organizativo –, pero ésta última está sujeta a la potestad de mando supremo que se radica en cabeza de la primera, con el objeto de garantizar la defensa del Estado y de las instituciones sin menoscabo de la libertad. Bajo la dirección del Presidente de la República, que ha jurado cumplimiento a la Constitución y a las leyes (C.P., art. 188), en su condición de Comandante Supremo de las fuerzas militares, no se concibe ni puede tolerarse que éstas se aparten deliberadamente de su observancia.

Los principios de la función administrativa, señalados en los artículos 6 y 209 de la C.P., son aplicables a las fuerzas militares. La eficacia con la cual debe desempeñarse la fuerza pública, no puede en ningún momento desconocer el marco que le impone el principio de legalidad, el cual tiene en su caso idéntica obligatoriedad que en relación con las demás esferas de la administración pública. En consecuencia, los controles internos que con miras al adecuado cumplimiento de sus fines establezca la ley, no podrán ser desvirtuados de modo que se tornen inocuos y desposeídos de sentido (C.P., art. 209). La ejecución forzosa de la orden militar notoriamente ilegal, pese a la advertencia hecha sobre ése carácter, desvaloriza en términos absolutos todo asomo de obediencia a la ley y la reviste de un elemento de contumacia que falsifica el correcto y legítimo ejercicio de la acción militar en el Estado social de derecho.

Por lo expuesto, con la salvedad señalada, se declarará la constitucionalidad condicionada del artículo 15 del D.L 0085 de 1989.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional,

R E S U E L V E

Declarar la EXEQUIBIBILIDAD del artículo 15 del Decreto 0085 de 1989, “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, siempre que se

entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 José Joaquín Caicedo Perdomo. "La teoría del *ius cogens* en el derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados." En Revista de la Academia

Colombiana de Jurisprudencia. Enero-Junio 1975, pp. 261-274.

3 International Court of Justice. "Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua." Judgement of June 27, 1987.

4 Citado por Hernando Valencia Villa, Cfr. Opinión, Cfr. Fls. 171-172

5 Fls. 171-172.

6 Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

7 Sentencia C-295/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz

8 Sentencia C-179/94. MP Carlos Gaviria Díaz.

9 Sobre esta noción, ver Louis Favoreu "El bloque de constitucionalidad" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales., No 5 pp 46 y ss. Igualmente Javier Pardo Falcón. El Consejo Constitucional Francés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 115 y ss.