

INSUBORDINACIÓN. Estructura dogmática.

"... se trata de un tipo penal especial, dada las condiciones específicas del sujeto activo y su relación con el superior que también debe ostentarlas; es un injusto propio de las legislaciones penales militares del mundo, la que tiene su origen en la disciplina y obediencia..."

(...)

"Esta conducta punible se ha concebido como una desobediencia calificada y busca proteger precisamente el bien jurídico de la disciplina, categoría esencial para la existencia de la Fuerza Militar, pues a través de ella no sólo se cohesiona la institución militar, se disciplina, sino que se logra alcanzar los cometidos estatales que justifican la efectividad de la Fuerza Pública. El reato de insubordinación es de mera conducta y de naturaleza eminentemente dolosa, con lo cual, y de cara a la estructura del delito previsto en el artículo 15, debe tenerse en cuenta que al establecerse que el sólo nexo causal no explica la transgresión de la tipicidad subjetiva ni el elemento cofundante de la antijuridicidad, en la hipótesis de la insubordinación; se requiere además la verificación de un elemento adicional, como lo es el vínculo normativo.

Debe tenerse en cuenta que por Insubordinación se entiende *"la falta de subordinación, aquel que rechaza la subordinación"*; de igual forma subordinación es sujetar a alguien a la dependencia

de otro, "sujeción a la orden, mando o dominio de alguien". Nuestro legislador cualificó la conducta, para diferenciarla de la desobediencia, bajo el prurito que edifica el elemento subjetivo: "actitudes violentas" y la relacionó con la desatención de la orden legítima, esto es, no basta desobedecer, sino que se estilen actos violentos que se orienten a expresar con ello el no cumplimiento de la orden, el desatender la subordinación, pero, rigurosamente que la orden debe estar relacionada con el servicio".

NATURALEZA DE UN INFORME. Análisis relativo a si la desatención de presentar un informe ordenado por el Superior tiene la entidad suficiente de estructurar un injusto penal que protege la disciplina.

"Así las cosas, la solicitud de un informe por parte de un superior a un subalterno puede concebirse como un acto propio del servicio, lo que de suyo sugiere su legitimidad¹; el punto de discusión está, en si la desatención a ese requerimiento tiene la entidad suficiente para realizar el injusto contra la disciplina, lo que significa analizar si ello tiene la entidad para generar un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de cara a lo dispuesto por el

¹ Al respecto esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia han insistido que las labores administrativas de Perogrullo son actos del servicio, como aconteció en el caso del ataque al inferior de un suboficial a un soldado que no cumplió la orden de llenar unos sacos de arena, y no dar unas vueltas que le ordeno; o del homicidio del soldado profesional al soldado regular que no trajo el agua para el almuerzo. Ver sentencias: RAD. 28761 del 25 de junio de 2008. MP. Augusto Ibáñez. Rad 39872 del 17 de octubre de 2012 MP Fernando Castro, cuyos hechos se contraen a: "El Soldado Profesional Carmelo Bravo Bravo, en su calidad de Ecónomo de la Sección, subió los víveres hasta el cerro del Alto de las Cruces – donde se encontraba acantonado la Compañía 'Aniquilador' – y allí le solicitó al Soldado José Freyler Asprilla Cuestas que le llevara agua para preparar la limonada, obteniendo una respuesta inadecuada, por lo que aquél informó a su Comandante de lo ocurrido, motivo por el cual cuando el segundo de los citados arribó al lugar por el requerimiento del superior y colocó el fusil en el piso, el Soldado Bravo le disparó en varias ocasiones, produciéndole la muerte"

artículo 15 del Código Penal Militar. En consecuencia, se debe valorar la entidad y el nivel de contenido del informe, así como los efectos que tiene en el tráfico social de la praxis militar, esto es, en el nivel estratégico, operacional, táctico, administrativo, de guarnición, etc.; y si frente a los principios de antijuridicidad material, lesividad y *última ratio* del derecho penal, la desatención de ese tipo de orden tiene la entidad suficiente de estructurar un injusto penal que protege la disciplina.

Ahora bien, si el informe es sobre un asunto exiguo pero que de alguna manera puede comprometer el buen nombre de la administración, el concepto servicio o el ejercicio de la disciplina, sin trascendencia penal, es allí donde precisamente se dimensiona el concepto de *última ratio* y protagoniza el derecho disciplinario como la jurisdicción llamada a regular el caso.

Bajo esta consideración, concluimos que el requerimiento de un informe por un superior a un subalterno orientado a ejercer la acción de comando o la hipótesis de denunciar una conducta delictiva cometida en situación o no del servicio, es una de sus manifestaciones, que al ser desatendida demanda una valoración si con ello se quebranta la esfera del derecho disciplinario o la penal. Con lo cual debemos insistir que no existe una tarifa para establecerlo, sino que son los hechos, el contexto, la naturaleza de la conducta y su real afectación al

servicio o la disciplina lo que determina el juicio de ponderación que permite arribar a esta conclusión.

El modelo descriptivo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal Militar, prevé una forma de comportamiento activo, no omisivo como erradamente lo concibe el impugnante, y esa conducta está condicionada, para que sea jurídicamente relevante, a que sea la respuesta a una orden del servicio y su negativa mediante actitudes violentas a cumplirla, a impedir que otros la acaten o que el superior la imparta, vale decir, el Legislador cualifica el comportamiento humano para evitar el desborde del derecho penal a límites insospechados, generando ingredientes normativos que demandan juicios de valor jurídico o extrajurídico, sobre los cuales se edifica los elementos subjetivos del tipo. En este orden de ideas, la Sala encuentra que la razón está de parte del juzgador primario, pero no porque la orden no tenga relación con el servicio, sino por ausencia del tipo subjetivo en relación con la conducta endilgada, esto es, porque la referida "*actitud violenta*", no se orientó a la desatención de la orden, pues en últimas el requerimiento del informe fue cumplido, sino por reaccionar ante la presión que realizaba el suboficial..."

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Cuarta de Decisión
Magistrado Ponente: CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Radicación: 158274-7189-XIV-551-FAC.
Procedencia: Juzgado ante Comando Aéreo 122
Procesado: SLA. OROBIO BAUTISTA CHRISTIAN JAVIER
Delito: Insubordinación agravada
Motivo de alza: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Confirma

Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de dos mil quince (2015)

I. OCUPA A LA SALA

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Penal Militar, contra la sentencia calendada veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), mediante la cual el Juez ante Comando Aéreo 122 absolvió de responsabilidad penal al soldado de aviación Orobio Bautista Christian Javier, acusado por el reato de insubordinación agravada.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se desprende de la actuación que el 15 de octubre de 2014, a eso de la 01:45 de la madrugada, en el núcleo fluvial del Comando Aéreo de Combate No. 1, destacado en Puerto Salgar, Cundinamarca, el AT. Molina Molina le dio la orden al SLR. Orobio Bautista de elaborar un informe en el que le explicara las razones por las cuales estaba utilizando un aparato electrónico cuando prestaba turno de centinela, pero éste reacciona con agresiones verbales, físicas y le indica al Suboficial que lo haría a primera hora del día siguiente. Luego el bajo banderas se desplaza hasta el alojamiento y, ante la insistencia de su superior que le preguntaba por qué le había contestado de mala manera, toma su arma de dotación, la carga y al intentar dispararla varios compañeros lo impidieron, pero el fusil detonó en dirección al techo del recinto.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Tras conocerse los hechos referidos en precedencia, denunciados por el AT. Molina Molina Andrés Felipe, el Juzgado 123 de Instrucción Penal Militar apertura investigación formal², el 06 de noviembre de 2014, contra el SLA. Orobio Bautista Christian Javier, por el delito de insubordinación agravada; vinculándolo al proceso a través de indagatoria³ el 19 de noviembre siguiente, en la que se le imputa, además del citado injusto, la presunta comisión del reato de homicidio en la modalidad de

² Folio 39 C.O.

³ Folio 59 C.O.

tentativa; tras la culminación de dicha diligencia, el despacho dispone el encarcelamiento⁴ del encartado en el Centro Carcelario del Comando Aéreo de Combate No. 1.

La situación jurídica provisional⁵ del SLA. Orobio Bautista fue resuelta el 24 de noviembre del mismo año, con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por la presunta comisión del injusto de insubordinación agravada y se abstuvo de afectarle respecto del otro delito endilgado, librando la respectiva boleta para que continuara privado de la libertad⁶.

Recibido el sumario por la Fiscalía 122 ante Comandos Aéreos, tras clausurar el ciclo investigativo, califica el mérito del sumario el 11 de marzo de 2015, con resolución de acusación⁷ en disfavor del SLR. Orobio Bautista, como autor del punible de insubordinación agravada; y cesación de procedimiento respecto del delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

La etapa de juicio fue iniciada por el Juzgado ante Comandos Aéreos 122, despacho que al pasar revista el 01 de junio de 2015 al centro de reclusión donde estaba privado de la libertad el SLR. Orobio Bautista, se enteró que éste se había fugado de dicho lugar el 30 de mayo anterior, desplazándose hasta la ciudad de Bogotá, donde

⁴ Folio 66 CO.

⁵ Folio 67 CO.

⁶ Folio 86 CO.

⁷ Folio 159 CO.

voluntariamente decide presentarse en el Comando Aéreo de Transporte Militar - CATAM- el 01 de junio siguiente, por lo que el Juez de Conocimiento libra orden de encarcelamiento en su contra ante esta Unidad, y en tal condición fue retornado al centro carcelario del Comando Aéreo de Combate No. 1 el 05 de junio del mismo año⁸.

Continuando con los actos propios de la Jurisdicción Especializada y tras celebrarse la audiencia de corte marcial, el 26 de junio dicta sentencia absolutoria⁹ a favor del sumariado, y consecuente con ello dispone la libertad definitiva e incondicional del mismo, decisión apelada por el Fiscal ante Comandos Aéreos 122 (E) y que hoy es objeto de estudio por la Sala.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Fallador primario argumenta su decisión absolutoria exponiendo que, conforme al acervo probatorio obrante y lo deprecado por la Procuraduría y la Defensa en la vista pública, si bien es cierto Orobio Bautista recibió la orden de un superior consistente en rendir un informe en el que explicara las razones por las cuales había utilizado un aparato electrónico durante el lapso que estuvo prestando de centinela en la madrugada de aquel 15 de octubre de 2014, también lo es, que dicho mandato no constituye una orden idónea de cumplir dentro del estamento militar, toda vez que

⁸ Folio 273 CO.

⁹ Folio 409 CO.

la misma estaba encaminada a que el procesado plasmara la ocurrencia de un hecho que comprometía su responsabilidad en la presunta comisión de una falta disciplinaria o penal, como lo adujo el representante de la sociedad en la corte marcial, y lo refirió el SLA. Orobio Bautista al reconocer la prohibición plasmada en el reglamento de servicio de guarnición, relacionada con el uso de elementos de este tipo cuando se está de facción.

Agrega que con el requerimiento que le hiciera el AT. Molina Molina Andrés al hoy procesado, el día de los hechos investigados, se ve vulnerado el *"principio del debido proceso, el derecho de defensa y de legalidad"*, así como el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, lo que refulge cuando el enjuiciado suscribe un informe en el que indica *"que él intentó matar al suboficial Molina ese 15 de octubre de 2014"*, documento allegado como prueba al infolio y que frente al derecho resulta imposible de ser valorado por su ilicitud e ilegalidad, pues a todas luces el contenido del informe, que insistentemente le requirió el Suboficial al soldado le rindiera, a pesar de la orden carecer de legalidad y efectos jurídicos, fue lo que desbordó la paciencia de éste y lo hizo reaccionar con actitudes violentas hacia aquél.

Aduce que si bien es cierto hubo actitudes violentas de parte del procesado, reflejadas en el uso de un arma de fuego en momento diferente al de impartirle la orden el AT. Molina, también lo es que

dicho mandato se tornó en ilegítimo por cuanto se exigió *"la declaración en medio documental de un hecho ilegal e ilícito, el cual sería cumplido por el procesado en hora futura, por ende, el rechazo de cumplir la orden como tal nunca existió"*, solamente necesitó el subordinado un tiempo prudente para realizar el informe debido al cansancio que lo agobiaba en aquel momento, máxime que este dicho no fue desvirtuado por la Fiscalía, por lo que así debe considerarse.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente solicita revocar la decisión objeto de análisis y en su lugar proferir fallo condenatorio contra el SLA. Orobio Bautista, bajo el argumento que así la orden impartida por el AT. Molina al hoy procesado hubiese sido ilegítima, ello no lo facultaba para ejercer violencia en contra del superior.

Considera que el informe requerido por el AT. Molina al SLA. Orobio estaba encaminado a corregir actos disciplinarios, protagonizados por éste durante un servicio de centinela, no a que se autoincriminara, como lo arguye el fallador primario, hecho que se torna intangible para decir que la orden es ilógica por ser ilícita, máxime si se tiene en cuenta que *"lo que se está investigando no es lo que decía el informe sino el incumplimiento de una orden relacionada con el servicio, la cual fue impartida por un superior a un subalterno"*.

Motivo suficiente para aseverar que la orden si fue legítima, puesto que la misma atañe a una función propia del militar, razón por la cual su rechazo o desconocimiento implica el menoscabo de la disciplina militar.

Refiere que está suficientemente probado en el infolio que el enjuiciado rechazó la orden, de informar los motivos por los cuales tenía en su poder un dispositivo electrónico durante su turno de guardia, dada por su superior jerárquico, desatendiendo con ello el deber de obediencia que le demandaba la disciplina castrense que rige su servicio y que le imponía el acato de las órdenes en el tiempo y modo indicado por el suboficial.

Respecto de la existencia del elemento subjetivo doloso del tipo penal de insubordinación agravada, endilgado al SLA. Orobio Bautista, argumenta que el acervo probatorio militante permite colegir sin asomo de duda la presencia de una actitud violenta por parte de éste, concretada en la producción de un disparo con el fusil que había recibido como elemento de dotación para ejercer su actividad de seguridad, que ciertamente corresponde a un acto que intimida al superior para oponerse al deber de disciplina reclamado por el suboficial a su subalterno. Detonación que hizo con el único propósito de refutar el mandato por aquel impartido, que, como se ha dicho, consistía en informar la novedad presentada durante la facción del soldado.

VI. MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público, conceptúa que no está llamado a prosperar el recurso de apelación, al compartir los argumentos esbozados por el Juez de Conocimiento, el representante de la sociedad durante sus alegatos en la vista pública y el defensor, toda vez que la orden emitida por el AT. Molina al SLA. Orobio Bautista es a todas luces "ilegítima e ilegal", ya que estaba dirigida a vulnerar derechos fundamentales de éste, al debido proceso y a la defensa, pues con ella se buscaba pre constituir una prueba para que dentro de un proceso se demostrase la responsabilidad del bajo banderas; luego la obediencia debida no existe en el ámbito militar cuando se trasgrede tales derechos.

VII. CONSIDERA LA SALA

Conforme lo establecido en el artículo 203.3 del Código Penal Militar, en armonía con lo estipulado en el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, corresponde al Tribunal Superior Militar conocer del presente recurso de apelación.

Dadas las temáticas que se plantean tanto en el recurso como en la decisión del Juez de Primera Instancia, la Sala para resolverlas abordará los problemas esbozados en el siguiente orden: i) estructura dogmática del delito de insubordinación, ii) la naturaleza jurídica de un informe y su tensión con el artículo 33 de la Constitución

Política de Colombia iii) la ausencia de realización del injusto.

i) estructura dogmática del delito de insubordinación: se trata de un tipo penal especial, dada las condiciones específicas del sujeto activo y su relación con el superior que también debe ostentarlas; es un injusto propio de las legislaciones penales militares del mundo, la que tiene su origen en la disciplina y obediencia, que se observa desde los romanos, quienes sancionaban fuertemente incluso con pena de muerte¹⁰, concibiendo desde entonces la hipótesis de ausencia de responsabilidad cuando se obedece la orden superior; lo propio se planteaba en el derecho germánico donde se concebía el "quebramiento" del deber oficial de fidelidad al superior cuando se desatendía la orden, siendo sancionado con pena de muerte y confiscación¹¹

Con algunas diferencias en cuanto al bien jurídico llamado a ser objeto de protección, por ejemplo en el caso del Código de Justicia Militar de Chile¹² se dispone en el Título VII como "*Delitos de Insubordinación*", lo que permite inferir que más allá de un bien jurídico, por antonomasia lo que se propende proteger es la subordinación de las tropas; este adverbio estructura el fundamento básico de carácter normativo para el diseño de conductas típicas consagradas en los artículos 334 a 345 que regulan modalidades del reato de desobediencia y que

¹⁰ La obediencia debida en el ámbito penal militar. Guillermo J. Fierro. Editorial Depalma Pág. 5.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Aprobado mediante Decreto 2562 del 19 de abril de 2010

convergen en la verificación del elemento normativo del tipo: *"orden relativa al servicio"* y su incumplimiento y modificación, generando consecuencias punitivas que van desde la pena de reclusión militar perpetua a muerte, a reducciones punitivas a partir del máximo imponible, en la hipótesis de la prisión perpetua, hasta la pérdida del estado militar.

Por su parte, el Código Penal Militar y Policial Peruano, denominado como *"Texto Único Ordenado de la Ley y Funciones del Fuero Militar y Policial"*, Ley 29182 de 2008 y Decreto Legislativo 1096 de Agosto 31 de 2010, prevé en su artículo 115 el delito de insubordinación, que protege el bien jurídico de la *"Integridad Institucional"* el cual establece: *"El Militar o el policial que se niegue a cumplir órdenes legítimas del servicio emitidas por un superior con las formalidades legales, o impide que otro la cumpla o que el superior las imparta u obligue a este a impartirlas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de cinco años (...)"*. El diseño de la norma sugiere una modalidad pluricomportamental, en la que se dispone como agravante, el estar frente al adversario, en enfrentamiento o empleando armas.

Para el caso Colombiano la descripción comportamental estaba dispuesta desde las Ordenanzas de Carlos III y reafirmadas en el Código de Santander, pero con mayor riqueza descriptiva en el artículo 136 del Código Penal Militar de 1958,

Decreto 250; posteriormente reiterado en el artículo 97 del Decreto 2550 de 1988, así como en el artículo 112 de la Ley 522 de 1999, y hoy en el canon 93 del Código Penal Militar actual -Ley 1407 de 2010-, que preserva, a pesar del paso de la historia, el núcleo esencial de su redacción desde 1958. El tipo penal que hoy nos convoca lo dispone así el Legislador de 2010:

"ARTICULO 93. -Insubordinación. El que mediante actitudes violentas en relación con orden legítima del servicio emitida con las formalidades legales, la rechace, impida que otro la cumpla, o que el superior la imparta, o lo obligue a impartirla, incurrirá en prisión de TRES (3) a seis (6) años.

ARTICULO 94. -Causales de agravación. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el hecho se realiza:

1. Con el concurso de otros
2. Con armas
3. Frente a tropas formadas"

Esta conducta punible se ha concebido como una desobediencia calificada y busca proteger precisamente el bien jurídico de la disciplina, categoría esencial para la existencia de la Fuerza Militar, pues a través de ella no sólo se cohesiona la institución militar, se disciplina, sino que se logra alcanzar los cometidos estatales que justifican la efectividad de la Fuerza Pública. El reato de insubordinación es de mera conducta y de naturaleza eminentemente dolosa, con lo cual, y de cara a la estructura del delito previsto en el artículo 15, debe tenerse en cuenta que al

establecerse que el sólo nexo causal no explica la transgresión de la tipicidad subjetiva ni el elemento cofundante de la antijuridicidad, en la hipótesis de la insubordinación; se requiere además la verificación de un elemento adicional, como lo es el vínculo normativo.

Debe tenerse en cuenta que por Insubordinación se entiende *"la falta de subordinación, aquel que rechaza la subordinación"*¹³; de igual forma subordinación es sujetar a alguien a la dependencia de otro, *"sujeción a la orden, mando o dominio de alguien"*¹⁴. Nuestro legislador cualificó la conducta, para diferenciarla de la desobediencia, bajo el prurito que edifica el elemento subjetivo: *"actitudes violentas"* y la relacionó con la desatención de la orden legítima, esto es, no basta desobedecer, sino que se estilen actos violentos que se orienten a expresar con ello el no cumplimiento de la orden, el desatender la subordinación, pero, rigurosamente que la orden debe estar relacionada con el servicio.

A diferencia del modelo Chileno y Peruano nuestra legislación busca proteger la disciplina, y conductas adicionales a lo aquí referido no son modalidades estructurantes del tipo subjetivo, sino circunstancias que agravan el juicio normativo de culpabilidad cuando se realiza en concurso con otros, con armas, y frente a tropas formadas, siempre y cuando el agravante no se predique *per se*,

¹³ Diccionario de la Lengua Española

¹⁴ Ídem

sino que sea consustancial a la realización del injusto de insubordinación.

Consecuente con lo anterior, corresponde recordar que la orden militar dinamiza y realiza el servicio a través del mando y control, y tanto aquella como éste, se ejecutan y tienen fuerza vinculante cuando se imparte de forma verbal o escrita. La orden, encuentra su fundamento en el Manual de Estado Mayor que determina que las órdenes se refieren a hechos concretos y contienen tareas específicas que deben acatarse en un periodo de tiempo determinado y que se clasifican en rutinarias y operacionales. Las primeras comprenden instrucciones administrativas normales en guarnición o en eventos de operaciones, con carácter permanente o transitorio; y las segundas, que contengan detalles particulares orientados a lograr el objetivo de la misión e intensidad que se persigue con la operación militar. Todas ellas tienen fuerza vinculante y su desatención conlleva en específicas circunstancias a la realización del delito de desobediencia.

Con estas sucintas citas se ha de afirmar que la insubordinación no es la respuesta al simple incumplimiento de un lábil mandato, sino que en ella se conjugan los principios de lesividad y gravedad, cuando se realizan actos violentos para no cumplir una orden, para evitar que otros la cumplan o para impedir o exigir que se emita la misma, pues en tal acción no sólo se atenta contra el contenido de la

orden y lo que se busca con ella; sino que se rechaza la superioridad funcional de quien la imparte legítimamente y se constriñe la capacidad legal de decisión mediante la violencia, lo que sin duda socava la disciplina y tiene efectos en la eficacia del servicio. Por ello se ha de comprender su severa sanción, como también el rigor en la observancia de todos y cada uno de los elementos del modelo descriptivo para poder imputar y sancionar.

Ahora bien, no puede desatenderse que la orden que se imparte y que se rechaza debe tener relación con el servicio, lo que comporta recordar que por servicio se ha de entender: *"la sumatoria de misiones, tareas, objetivos menesteres, acciones que la constitución y la ley le asignan a la Fuerza Pública necesarias para cumplir la función constitucional y legal y que justifican su existencia"*¹⁵.

Bajo esta premisa, entender el servicio demanda una lectura sistemática de la Constitución, la ley y los reglamentos que regulan la actividad militar y de la Policía Nacional; lo que a manera de ejemplo encierra las labores de incorporación, instrucción y entrenamiento, inteligencia, operaciones, operativos policiales, logísticas y administrativas, contrainteligencia, relaciones cívico militares, las tareas propias de guarnición y régimen interno, las comisiones administrativas, etc. Por ello con razón la Corte Constitucional

¹⁵ Sentencia C-358 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

precisa que la Justicia Militar no conoce de actos del servicio, porque el acto del servicio, per se, es lícito, lo que conoce la jurisdicción especializada es de delitos cometidos en actos del servicio¹⁶, es decir, valerse del servicio, de cualquiera de esas múltiples actividades que se realizan para cometer el injusto, para extralimitarse en el ejercicio de la función.

Así las cosas, la solicitud de un informe por parte de un superior a un subalterno puede concebirse como un acto propio del servicio, lo que de suyo sugiere su legitimidad¹⁷; el punto de discusión está, en si la desatención a ese requerimiento tiene la entidad suficiente para realizar el injusto contra la disciplina, lo que significa analizar si ello tiene la entidad para generar un desvalor de acción y un desvalor de resultado, de cara a lo dispuesto por el artículo 15 del Código Penal Militar. En consecuencia, se debe valorar la entidad y el nivel de contenido del informe, así como los efectos que tiene en el tráfico social de la praxis militar, esto es, en el nivel estratégico, operacional, táctico, administrativo, de guarnición, etc.; y si frente a los principios de antijuridicidad material,

¹⁶ Ídem

¹⁷ Al respecto esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia han insistido que las labores administrativas de Perogrullo son actos del servicio, como aconteció en el caso del ataque al inferior de un suboficial a un soldado que no cumplió la orden de llenar unos sacos de arena, y no dar unas vueltas que le ordeno; o del homicidio del soldado profesional al soldado regular que no trajo el agua para el almuerzo. Ver sentencias: RAD. 28761 del 25 de junio de 2008. MP. Augusto Ibáñez. Rad 39872 del 17 de octubre de 2012 MP Fernando Castro, cuyos hechos se contraen a: "El Soldado Profesional Carmelo Bravo Bravo, en su calidad de Ecónomo de la Sección, subió los víveres hasta el cerro del Alto de las Cruces – donde se encontraba acantonado la Compañía 'Aniquilador' – y allí le solicitó al Soldado José Freyler Asprilla Cuestas que le llevara agua para preparar la limonada, obteniendo una respuesta inadecuada, por lo que aquél informó a su Comandante de lo ocurrido, motivo por el cual cuando el segundo de los citados arribó al lugar por el requerimiento del superior y colocó el fusil en el piso, el Soldado Bravo le disparó en varias ocasiones, produciéndole la muerte"

lesividad y *última ratio* del derecho penal, la desatención de ese tipo de orden tiene la entidad suficiente de estructurar un injusto penal que protege la disciplina.

Ahora bien, si el informe es sobre un asunto exiguo pero que de alguna manera puede comprometer el buen nombre de la administración, el concepto servicio o el ejercicio de la disciplina, sin trascendencia penal, es allí donde precisamente se dimensiona el concepto de *última ratio* y protagoniza el derecho disciplinario como la jurisdicción llamada a regular el caso.

Bajo esta consideración, concluimos que el requerimiento de un informe por un superior a un subalterno orientado a ejercer la acción de comando o la hipótesis de denunciar una conducta delictiva cometida en situación o no del servicio, es una de sus manifestaciones, que al ser desatendida demanda una valoración si con ello se quebranta la esfera del derecho disciplinario o la penal. Con lo cual debemos insistir que no existe una tarifa para establecerlo, sino que son los hechos, el contexto, la naturaleza de la conducta y su real afectación al servicio o la disciplina lo que determina el juicio de ponderación que permite arribar a esta conclusión.

El modelo descriptivo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal Militar, prevé una forma de comportamiento activo, no omisivo como

erradamente lo concibe el impugnante, y esa conducta está condicionada, para que sea jurídicamente relevante, a que sea la respuesta a una orden del servicio y su negativa mediante actitudes violentas a cumplirla, a impedir que otros la acaten o que el superior la imparta, vale decir, el Legislador cualifica el comportamiento humano para evitar el desborde del derecho penal a límites insospechados, generando ingredientes normativos que demandan juicios de valor jurídico o extrajurídico, sobre los cuales se edifica los elementos subjetivos del tipo. En este orden de ideas, la Sala encuentra que la razón está de parte del juzgador primario, pero no porque la orden no tenga relación con el servicio, sino por ausencia del tipo subjetivo en relación con la conducta endilgada, esto es, porque la referida "*actitud violenta*", no se orientó a la desatención de la orden, pues en últimas el requerimiento del informe fue cumplido, sino por reaccionar ante la presión que realizaba el suboficial. Veamos:

ii) la naturaleza jurídica de un informe y su tensión con el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia. Resulta por demás interesante la postura del Juez primario cuando en su línea argumentativa plantea que si bien es cierto Orobio Bautista recibió la orden de un superior consistente en rendir un informe en el que explicara las razones por las cuales había utilizado un aparato electrónico durante el lapso que estuvo prestando de centinela en la madrugada de aquel 15 de octubre de 2014, también lo es, que dicho mandato no constituye

una orden idónea de cumplir dentro del estamento militar, toda vez que la misma estaba encaminada a que el procesado plasmara la ocurrencia de un hecho que comprometía su responsabilidad en la presunta comisión de una falta disciplinaria o penal, como lo adujo el representante de la sociedad en la corte marcial, y lo refirió el SLA. Orobio Bautista al reconocer la prohibición establecida en el reglamento de servicio de guarnición, relacionada con el uso de elementos de este tipo cuando se está de facción. Agregó que en el requerimiento que le hiciera el AT. Molina Molina Andrés al hoy procesado, el día de los hechos investigados, se ve vulnerado el "*principio del debido proceso, el derecho de defensa y de legalidad*", así como el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse. Al respecto ha de decirse que en el marco del estado social y democrático de derecho uno de los pilares fundamentales que sugieren garantías de los individuos contra el poder punitivo del Estado es la prohibición de la autoincriminación, lo que permite que la persona no pueda ser **obligada** a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. La cláusula de garantía del artículo 30 prevé el irrestricto respeto en un sistema garantista, lo que implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra, cuestión distinta es que el procesado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado en sentencia C-258/11:

" (...) GARANTIA DE NO AUTOINCRIMINACION

Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido "solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía", pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas.

(...)

En cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados, aproximación ésta que ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados.

(...)

Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su

vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad (...) "¹⁸.

Bajo este entendido, si el fundamento de la acusación ha de basarse sólo en el nexo causal, como erradamente los concibe el apelante, al repudiar incluso el concepto de prueba ilegal, pues mal se hace cuando desconoce los elementos subjetivos del tipo de insubordinación que se han de demostrar no sólo desde el fenómeno causal sino normativo, lo que no se logra cuando se pretende involucrar el momento de la solicitud del informe, con la aducción probatoria y la valoración como prueba en que se ha de fundamentar la responsabilidad. Cada uno de ellos puede llevar conclusiones y soluciones diferentes dependiendo del momento procesal en que se valora, pero en últimas, hay un punto de encuentro, cuando surge la cláusula de salvaguarda de prohibición de auto incriminación; que conlleva a considerar inexistente la efímera prueba, para efectos de responsabilidad.

iii) la ausencia de realización del injusto.

Tal y como se ha señalado en precedencia, el solo nexo causal no explica el delito, no basta con que objetiva y naturalísticamente se haya realizado una conducta típica, sino que se requiere que subjetivamente se demuestre el querer cometer el injusto, postulado que no demostró el ente

¹⁸ Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 06 de abril de 2011

investigador menos aun el ente fiscal. Lo que advierte el Colegiado, como lo señaló en acápite anterior, es que de una parte no hay relación nexo causal entre la reacción del soldado con su arma de dotación al hacer un disparo y su aparente negativa a cumplir una orden, pues Orobio nunca reveló su intención de no rendir el informe, a contrario lo entregó; por lo que, se insiste, la reacción de accionar su arma de dotación no es la manifestación violenta de no acatar la orden; y de otra parte porque la rebeldía del hoy procesado obedece a causa distinta a la que exige el artículo 91 del Código Penal Militar, esto es, corresponde es a poner fin al desborde de acoso y persecución de que era objeto por parte del suboficial Molina; actitud que tampoco es digna de halago y si de censura pero conllevaría a la readecuación de la conducta. Luego, al no traducirse la conducta del enjuiciado en los elementos estructurales del tipo penal de insubordinación, al prevalecer el principio de consonancia entre acusación y sentencia y la realización de la justicia material; lo procedente era entrar a absolver al procesado como en efecto lo hizo el juez de conocimiento.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE:

DESATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, confirmar la sentencia calendada veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015), mediante la cual el Juez ante Comando Aéreo 122 absolvió de responsabilidad penal al soldado de aviación Orobio Bautista Cristián Javier, acusado por el reato de insubordinación agravada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**
Magistrado Ponente

Coronel (RA) **PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA**
Magistrado

Capitán de Navío (RA) **CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria

