

LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL DERECHO PENAL MILITAR PERUANO

JOSÉ DU PUIT

Sumario: I. Introducción. II. La obediencia debida conforme al Código Penal. III. Regulación legislativa. 1. Antecedentes. 2. Persona que dicta la orden. 3. Persona obligada a obedecer. 4. Relaciones entre quien manda y quien debe obedecer. 5. Mandato. 6. Comisión de un delito. 7. Cumplimiento de una orden lícita. 8. Cumplimiento de una orden ilícita. IV. Obediencia en el marco de relación jerárquica militar. V. Conclusiones.

I. Introducción

El análisis de la obediencia debida¹ supone tener presente los diferentes problemas que conciernen, en general, a la obediencia al derecho. Éste sirve de fundamento al orden social institucionalizado y regula el funcionamiento del aparato del Estado. A su vez, el ejercicio del poder estatal recurre a las técnicas del derecho. Dicho poder consiste, en parte, en dictar normas jurídicas, decidir sobre los conflictos y ejecutar las decisiones adoptadas. Todo esto implica el establecimiento de un sistema de autoridades públicas. Éstas tienen la función de proteger los intereses de la comunidad y la obligación de actuar de acuerdo a la competencia que el orden jurídico les fija. De esta manera, además, se determinan los procedimientos para que las autoridades ejerzan sus potestades y se delimita el contenido material de estas últimas. Este es el marco en el que

1 La bibliografía sobre el tema es numerosa. Entre las obras consultadas, fuera de los Tratados o Manuales de derecho penal – parte general, hay que indicar las siguientes: ARNDT, p. 145 ss; JESCHECK, 1965, p. 63 ss; STRATENWERTH, 1958; LENCKNER, 1993, p. 223.

se ejerce el poder público en un Estado de derecho. La índole del presente trabajo impide exponer, aún brevemente, lo esencial de la cuestión.

Con base en la Constitución², se declara que la República del Perú «es democrática, social, independiente y soberana» (art. 43), se prescribe que quienes ejercen el poder del Estado «lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». Respecto a los funcionarios y servidores públicos, se dispone, expresamente, que «están al servicio de la Nación». De modo que todo el sistema tiende a garantizar que el poder público sea ejercido dentro de los límites constitucionales y legales, así como a proteger los intereses individuales y colectivos.

Los mandatos legales, tanto legislativos como administrativos, deben ser manifestaciones del ejercicio legítimo del poder público. En este contexto, se plantea la cuestión de la obediencia debida a la ley y a los mandatos dictados. Si los límites constituciones y legales no son respetados, los mandatos dictados serán ilícitos y, por tanto, su cumplimiento no es obligatorio. El carácter ilícito se debe a que no reúnen las formalidades exigidas, a la falta de competencia y/o a la incorrección de su contenido. Problema más complicado, que sobrepasa claramente la materia tratada, es la desobediencia a las leyes arbitrarias o inconstitucionales. Sin embargo, hay que destacar que la Constitución misma, igualmente sobre la base del fundamento de la legalidad del sistema, declara que «nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes» (art. 46). Al mismo tiempo, en la misma disposición, estatuye que «son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas». En este sentido, hay que deducir que el mandato ilícito dictado por una autoridad, caso que supone el ejercicio indebido del poder público, es semejante a un acto de usurpación de poder y, en consecuencia, tampoco debe ser obedecido, por ser nulo.

II. LA OBEEDIENCIA DEBIDA CONFORME AL CÓDIGO PENAL

Entre las eximentes de responsabilidad penal, se prevé, en el art. 20.9, la circunstancia de que el agente cometa el hecho punible en cumplimiento de un mandato dictado por autoridad competente. Se ha discutido mucho sobre la

2 RUBIO/BERNALES, p. 244.

explicación y la justificación de esta eximente. Pero, actualmente ya no se le considera como objeto principal de estudio³. Si bien se estima que ha sido suficientemente estudiada y que existe amplio acuerdo sobre sus elementos esenciales, las divergencias subsisten en cuanto a considerarla como causa de justificación o como circunstancia que excluye la culpabilidad. Nos estamos refiriendo, evidentemente, a lo sucedido fuera de nuestro país, pues entre nosotros son breves y diferentes las exposiciones sobre la obediencia debida.

Comentando el Código de 1863, Viterbo Arias⁴ explica de manera general la obediencia debida. Así, sostiene, inicialmente, que «sin subordinación y disciplina toda asociación se desconcierta y marcha a disolución. No puede, pues, haber responsabilidad en quien hace un mal obedeciendo órdenes superiores». Pero, luego, admitiendo que no se puede considerar a las personas cómo máquinas o simples y pasivos instrumentos de «inspiraciones ajenas», afirma que «el ejecutor de decisiones superiores ha de examinar si ellas están o no dentro de la órbita en que ha de moverse el que las expide, y si revisten las formas externas que deben legalmente tener para ser obedecidas». De modo que sólo el cumplimiento de órdenes lícitas puede eximir de responsabilidad.

En los escritos sobre el Código de 1924 y el Código vigente, se ha interpretado la disposición referente a la obediencia a mandato de autoridad competente (regulada de la misma manera en ambos códigos) sin tener en cuenta debidamente el carácter lícito o ilícito de la orden y, así mismo, la existencia o no de una relación jerárquica entre las personas concernidas. Cornejo⁵, comentando el Código de 1924, afirma que la regulación de la «orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones, no hace sino obscurecer el concepto que también expresaba el Código derogado [1863]». En el que, según este autor, se preveía que «el que obra en virtud de obediencia debida a un superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones y concurren los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida». Así, critica el hecho de que, en el Código de 1924, no se haya hecho referencia a la relación jerárquica y a las condiciones en que debe dictarse la orden.

De la misma manera, en comentarios recientes, se sostiene, interpretando el art. 20.9 del Código Penal de 1991, que «una persona obra en virtud de obediencia debida, a los efectos justificantes, en el campo punitivo, cuando realiza un acto ilícito cumpliendo órdenes recibidas de su superior jerárquico»⁶ y que

3 LENCKNER, p. 224, s.; cf., ya en este sentido, MÜLLER-RAPPARD, p. 1 s.

4 VITERBO ARIAS, T. I, p. 81.

5 CORNEJO, p. 315.

6 BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, p. 175

«el hecho de que la obediencia exima de pena al subordinado no excluye de responsabilidad al superior jerárquico, pues éste actúa como autor mediato si lo hizo con dolo (o simplemente como autor culposo)»⁷. Peña⁸ afirma inicialmente que la obediencia debida es una «causa de inculpabilidad». Sin embargo, luego sostiene que ésta se configura «si se obra al amparo de orden lícita»; explicación que sirve más bien para afirmar que se trata de una causa de justificación.

Aún autores que, inicialmente, parecen partir realmente del hecho de que el texto legal se refiere, en general, al cumplimiento de un mandato de autoridad competente, luego lo explican, en particular, con relación a la obediencia jerárquica. Así, Zuñiga⁹, después de decir con razón que «el fundamento dogmático de la obediencia debida está alrededor de la permisibilidad o no de mandatos antijurídicos obligatorios, esto es, del carácter vinculante de las órdenes antijurídicas y de las condiciones de su tratamiento en Derecho Penal», afirma que «es de centrarse en el deber de obediencia de los funcionarios públicos [...], puesto que es sólo respecto a ellos que rige la eximente en estudio, ya que [...], el deber jurídico de obedecer debe provenir del Derecho Público».

En el caso de Cornejo, parece que el peso de la práctica y de la doctrina basadas en el Código de 1863 determinó que, en su breve comentario, se limitará a aludir a la obediencia jerárquica. En los demás autores, nos parece que el factor decisivo es la manera como se aborda la interpretación de la disposición legal. En lugar de partir, principalmente, del texto legal, se tiene sobre todo en cuenta la discusión teórica, la misma que ha tenido lugar en el extranjero. Al proceder así, no se considera que, muchas veces, esa doctrina está elaborada sobre textos legales diferentes al nuestro. Por ejemplo, en el Código argentino, art. art. 34.5, se dispone como eximente que el agente «obrar en virtud de obediencia debida»; mientras que, de manera más detallada, el legislador uruguayo prevé, en el art. 29 de su Código Penal, que está exento de responsabilidad el que «ejecuta un acto por obediencia debida». La misma que debe reunir las siguientes condiciones: «a) Que la orden emane de una autoridad; b) Que dicha autoridad sea competente para darla; c) Que el agente tenga la obligación de cumplirla». La referencia a la existencia de una relación de jerarquía es hecha al establecer, en la misma disposición, como debe apreciarse el error. Al respecto se dice que éste «será apreciado por el Juez teniendo en cuenta su jerarquía administrativa, su [del agente] cultura y la gravedad del atentado». Por el contrario, el Código español no contiene más una norma referente a la

7 VILLAVICENCIO, p. 131.

8 PEÑA, p. 452, 454.

9 ZUÑIGA, 1992, p. 197, 199.

obediencia debida. Esto se debe, en particular, ha que se ha impuesto la concepción que afirma el carácter superfluo de esta eximente, porque los casos comprendidos por ella ya son resueltos teniendo en cuenta el estado de necesidad, la coacción o el error de prohibición.

La perspectiva adoptada por los autores nacionales citados no es original en la medida en que también es adoptada por juristas que comentan leyes foráneas semejantes al art. 20.9 del Código Penal. Uno de los factores decisivos es que la eximente de la obediencia debida está íntimamente relacionada con los crímenes cometidos por regímenes dictatoriales y respecto a los cuales sus posibles autores se excusan alegando no haber hecho otra cosa que obedecer a sus superiores. Así, Zuñiga¹⁰ inicia su artículo antes citado haciendo referencia a los juicios por delitos contra la humanidad posteriores a la Segunda Guerra Mundial y citando el art. 8 del Estatuto y Acuerdo de constitución del Tribunal Militar Internacional. También se refiere a dichos crímenes Mac Lean en un breve trabajo¹¹, en el que a pesar del título no trata el derecho nacional. Así mismo, aun cuando comienza señalando de manera general que el problema es la obediencia de todo aquel que debe obedecer a una orden, se limita a tratar el caso de la obediencia jerárquica, especialmente en el ámbito militar.

El problema trascendental de la represión efectiva de los crímenes de guerra y contra la humanidad, cometidos mediante o al amparo de sistemas organizados jerárquicamente, no debe hacer olvidar otros hechos más frecuentes y que explican que se siga regulando la obediencia debida como una circunstancia eximente común.

III. REGULACIÓN LEGISLATIVA

1. Antecedentes

El art. 8, inc. 10, del Código Penal de 1863, establecía que estaba exento de responsabilidad criminal «el que obra en virtud de obediencia debida a un superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones, y concurren los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida». De manera breve, el art. 85, inc. 5, del Código derogado disponía lo mismo respecto al «que obra por [...] orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio

10 ZUÑIGA, 1992, p. 193.

11 MAC CLEAN, p. 209 ss. Por la legislación presentada y la bibliografía consultada, es un trabajo en el que no se hace ninguna referencia al derecho peruano.

de sus funciones ». En el Proyecto de oct. 1984, art. 27, se regulaba como circunstancia excluyente de culpabilidad, art. 30, que el hecho punible sea «cometido bajo coacción irresistible o en estricta obediencia a una orden, no manifiestamente ilegal, del superior jerárquico». En este caso, se concluía afirmando que «sólo es punible el autor de la coacción o de la orden». En el Proyecto de 1986, se retomaba esta disposición en el art. 30. El Código vigente (art. 20, inc. 9) reproduce textualmente la regla del Código de 1924. La misma se hacía en los Proyectos de enero de 1991 (art. 20.9) y abril de 1991 (art. 20.9).

En razón de la índole especial de la actividad militar, se ha considerado siempre necesario prever una legislación penal especial para los militares y, a su interior, normas particulares relativas a la obediencia jerárquica y a delitos especiales como los de desobediencia. Esta particularidad del derecho penal militar se evidencia, por ejemplo, desde que se determina lo que debe ser considerado como delitos militares. En esta perspectiva, se habla de delitos de función militar. Noción no prevista en la legislación militar, pero discutida en la doctrina. En el Proyecto de Ley Orgánica de la Justicia Militar¹², art. V del Título Preliminar, se le define como «aquel que sólo puede ser cometido por personal militar y policial en situación de actividad o disponibilidad, cuando realiza un acto de servicio o en ejercicio del cargo o empleo. Los delitos de función militares son aquellos estrictamente vinculados a la función castrense y están circunscritos exclusivamente a los hechos previstos y penados en el Código de Justicia Militar».

Según el art. 163.5 del CJM de 1898, del 20 de diciembre de 1898, se establecía que está exento de responsabilidad criminal «el que procede en ejercicio legítimo de obediencia debida a superior». En el art. 270 de este mismo Código, se prevenía el delito de desobediencia, consistente en negarse a obedecer «cualquiera orden relativa al servicio».

La exigente fue prevista de manera menos precisa en el art. 170.7 del CJM de 1939 (Ley N°8991, del 16 de octubre de 1939). En esta disposición se decía: «el que procede en virtud de obediencia debida al superior». La fórmula «en virtud de» reemplazó la expresión «en ejercicio legítimo de». Por el contrario, en su art. 294, se precisaba mejor la definición de desobediencia. Según está disposición incurrir en este delito «los que dejan de dar cumplimiento a una orden de servicio, sin causa justificada». Disposición que debe ser interpretada teniendo en cuenta ciertos casos de abuso de autoridad, previstos en el art. 317.

12 Proyecto elaborado por el Ministerio de Defensa, en El Peruano, 1 de julio de 2001, separata especial, p. 1.

Por ejemplo, en el inciso 4, se considera el hecho de que los superiores exijan «al inferior la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones o le impidiesen llevarlo a cabo». Así mismo, en el inciso 7, se prevé el hecho que, con fines de provecho personal, los superiores den a sus inferiores «órdenes que no tengan relación con el servicio». De modo que el inferior víctima de este comportamiento no está obligado a cumplir con lo dispuesto por el superior por que no existe «obediencia debida». Por tanto, no sería reprimido por desobediencia porque la orden no es legítima; de donde se deduce que su desobediencia, en términos del art. 294, es debida a una «causa justificada».

En el Código de Justicia Militar vigente, la regulación de la obediencia debida fue modificada en la medida en que, a lo dispuesto en el Código precedente, se agregó la frase: «siempre que la orden de éste no sea notoriamente ilícita». Con lo que, implícitamente, se consideró que existían órdenes no manifiestamente ilícitas que debían ser obedecidas. Caso en el que no se reprime al subordinado por el hecho punible que comete en cumplimiento de ese mandato ilícito. En relación con la realización de un delito al ejecutar una orden notoriamente ilícita, el inferior es plenamente responsable; pero el juez puede atenuar la pena si hubiera «ejecutado el delito a consecuencia de seducción de un superior por razón de influjo o autoridad» (art. 20.5). En esta línea, se define la desobediencia como el hecho de dejar «de cumplir una orden del servicio sin causa justificada» (art. 158).

La obediencia debida es regulada de manera diferente en el Proyecto Parlamentario de 2001 (inciso 7 del art. 25), siguiendo al Proyecto del Ministerio de Defensa del mismo año. Por un lado, se hace mención expresa tanto a la «autoridad», como al «superior» y, por otro, se dice que orden no debe ser «ilegal o manifiestamente ilícita». De manera confusa, respecto a ésta condición, además deficientemente expresada, sólo se alude a la «orden impartida por el superior». Por el contrario, se limita a repetir el texto vigente referente a la circunstancia atenuante del actuar por «seducción de un superior por razón de influjo o autoridad» (art. 26.5). También se regula de manera semejante al Código derogado el delito de desobediencia (art. 170).

2. Persona que dicta la orden

Los artículos 20.9 del Código Penal común y 25.7 del Código de Justicia Militar no regulan de la misma manera la eximente. En ambos se trata de un deber de obedecer, por la manera cómo han sido redactados, aparece como si las órdenes no fueran dictadas por las mismas personas. Sin embargo, la interpretación

sistemática de la noción de autoridad permite llegar a la conclusión que mediante los términos de autoridad y superior se designan a las mismas personas. En este sentido, como lo señalamos anteriormente, las dos categorías son explícitamente mencionadas en el Proyecto de reforma del Código de Justicia Militar.

Autoridad es quien ejerce el poder público conforme a la Constitución y a las leyes. Por tanto, el derecho público (constitucional y administrativo) constituye el marco en el que debe determinarse quién ejerce esta potestad¹³. No obstante, el derecho penal, de acuerdo con sus fines, proporciona también criterios para precisar quién debe ser considerado autoridad. El Código penal, parte general, no contiene elementos que permitan establecer cómo debe ser comprendida la expresión «autoridad» utilizada en el art. 20.9. Por el contrario, en la parte especial, contiene los delitos de abuso de autoridad, delitos especiales en los que sólo puede ser autor la persona que ejerce el cargo de autoridad, la misma que debe actuar «abusando de sus atribuciones». En los arts. 376 a 381, se indican como agentes de estos delitos a los funcionarios y servidores públicos, así como a los policías (art 378). En el art. 366, se establece que el autor del delito de violencia y resistencia a la autoridad debe actuar contra una «autoridad», un «funcionario o servidor público». Estas referencias que deben ser consideradas teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 425, disposición común del Título XVIII, intitulado: Delitos contra la administración de justicia. Según esta disposición, se consideran funcionarios o servidores públicos a quienes «están comprendidos en la carrera administrativa»; «desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular»; «mantiene[n] vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce[n] funciones en dichas entidades u organismos»; así como «los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares», «los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional» y «los demás indicados por la Constitución Política y la ley». Esta enumeración no puede ser tomada, sin más, en cuenta para delimitar quienes son autoridad competente para dictar mandatos que generan el deber de obediencia. Pero resulta útil en la medida en que, tácitamente, supone que se trata, en principio, de personas que ejercen funciones públicas. Circunstancia de la que se deduce que hay que admitir que autoridad es una persona que ejerce uno de estos cargos, salvo el caso de «los administradores y depositarios». Esta referencia se explica porque el objetivo del art. 425 es el de «completar las disposiciones agrupadas en el Título XVIII, de los Delitos contra la administración pública».

13 GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, T. I, p. 419

La mención a los militares es confirmada por el hecho que también en el Código de Justicia Militar, al regular los delitos de abuso de autoridad, se dispone que éstos consisten en «excederse arbitrariamente en el ejercicio de sus atribuciones en perjuicio del subalterno o de cualquiera otra persona; u omitir, rehusar a hacer o retardar, en perjuicio de los mismos, un acto correspondiente a su cargo».

En la legislación administrativa, hay que destacar, por ejemplo, que se considera funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Además, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha establecido, de manera constante, que «es funcionario o servidor público la persona que, jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya integrado a un organismo o entidad pública, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que éste tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación»¹⁴. En este sentido, se debe, igualmente, recordar que el derecho penal «asimila de facto, e inobserva racionalmente el resto de características para equiparar a los particulares vinculados por formas específicas (temporales y/o ocasionales) el manejo de fondos públicos o de compromiso social»¹⁵. La discusión generada por lo dispuesto en Ley la 26713 del 27 de diciembre de 1996, que modifica los arts. 425.3 y 348 CP, conforme al art. 40.2 de la Constitución, así como algunas decisiones de la Corte Suprema, tampoco resultan aplicables a la obediencia debida. Por tanto, no deben excluirse empleados de las empresas estatales o sociedades de economía mixta¹⁶.

3. Persona obligada a obedecer

La delimitación de la noción de autoridad de quién debe ser considerado destinatario del mandato y, por tanto, obligado a cumplirlo. De manera general, toda persona está obligada a cumplir los mandatos de las autoridades. El factor decisivo es identificar el tipo de dependencia que existe entre quien manda y el que debe obedecer. Esta relación es de orden público en la medida en que el sometimiento no depende del consentimiento del destinatario de la orden, como sucede en el ámbito privado. Además, no siempre es de la misma intensidad, ni

14 Ej. Supr. 8 de abril de 1998, exp. N° 1556-96 Ica, in p. 35.

15 ROJAS, p. 39.

16 Con referencia a las repercusiones de esta cuestión en relación con los delitos contra los deberes de función, cfr ROJAS, p. 52 ss. Igualmente, la ejecutoria Suprema del 12. 8. 94, Exp. 1688-94 Lima, impunidad y del 12. 12. 96, Exp. 710-95-B Ica, citada por el mismo autor.

corresponde al mismo tipo de subordinación. La que caracteriza la organización militar es más estricta que la existente en el ámbito civil entre la autoridad (militar o no) y cualquier miembro de la comunidad civil. En este caso, el destinatario del mandato está obligado a cumplir con la orden de la autoridad competente, porque ésta actúa en ejercicio de un poder que la faculta a dictar mandatos obligatorios y no porque exista una relación jerárquica especial entre ellos.

4. Relaciones entre quien manda y quien debe obedecer

Para determinar el ámbito de aplicación del art. 20.9, hay que tener en cuenta el tipo de relación que existe entre quien dicta la orden y el que debe obedecerla. Primero, debe señalarse la relación de tipo general que existe entre la autoridad y toda persona que está sometida al ejercicio de la potestad pública. Por ejemplo, entre un alcalde o un prefecto y los comerciantes o los usuarios de las vías públicas. Esta relación queda evidenciada en la manera como se reprime el delito contra la autoridad previsto en el art. 368 del Código Penal común. Comete este delito quien «desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención». Como se puede comprender, no se trata de un delito especial, pues cualquiera puede cometerlo.

Segundo, la relación que se da dentro del sistema de la administración pública, el cual está jerárquicamente organizado y en donde la disciplina y la obediencia a lo dispuesto por los superiores desempeña un papel significativo. Por el cargo superior que ocupa el director general de un Ministerio, sus órdenes deben ser cumplidas por sus subordinados, por ejemplo, su adjunto o secretaria. En el Código penal no existe norma que regule de manera especial, como en el ámbito militar, los casos en los que los funcionarios o empleados inferiores de la administración cometan un delito con ocasión de cumplir un mandato de sus superiores. Por lo que es de considerar que se encuentran implícitamente comprendidos en el art. 20.9, cuya aplicación se explica por una interpretación extensiva.

Por último, el vínculo existente entre superiores y subordinados en el ámbito militar y policial. La índole especial de esta relación explica que en Código Penal Militar se prevea un delito de desobediencia. Lo que no sucede en relación con la desobediencia de órdenes en la administración pública civil, la cual es, generalmente, prevista como infracciones de orden disciplinario.

5. Mandato

En esta perspectiva, se debe comprender por mandato¹⁷ la orden dictada por una autoridad, en el ejercicio de sus funciones, en el ámbito de su competencia y cumpliendo tanto los requisitos formales y materiales que, conforme al orden jurídico, la legitiman. No basta que quien dicta la orden cumpla con las formalidades exigidas, sino que el contenido de su mandato sea lícito. En este marco, la licitud de la orden es, justamente, el fundamento de la existencia de un deber de obedecer. Hecho que permite hablar de obediencia debida.

El carácter lícito de la orden se deduce, a contrario, de los dispuesto, por ejemplo, en el art. 368, por el que se reprime, a título de abuso de autoridad, al funcionario público (autoridad) «que, abusando de sus atribuciones, comete u ordene, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera». Por tanto, en este caso la orden dictada es ilícita por arbitraria, ya que el funcionario público abusa de sus atribuciones. A contrario, el art. 358 implica que la autoridad o el funcionario público debe dictar sólo mandatos lícitos, en la medida en que exige que debe hacerlo «en el ejercicio de sus atribuciones». De lo que se desprende que el destinatario del mandato (víctima de ese comportamiento) puede desobedecer un mandato ilícito y, en particular, cuando su cumplimiento implique la ejecución de un delito. Por tanto, no incurre en delito contra la autoridad previsto en el art. 368, porque su comportamiento es atípico.

En consideración de la manera como se ha regulado, separadamente, la obediencia a un mandato de autoridad competente y la obediencia a una orden de superior jerárquico en nuestro ordenamiento jurídico, no se puede analizar el art. 20.9 como si fuera una regulación general de todos los casos de obediencia debida. Por esto, una vez explicada la manera como debe ser interpretada esta disposición, se debe pasar a analizar la obediencia jerárquica de acuerdo a lo dispuesto en el art. 27.5 del Código de Justicia Militar; circunstancia especial para el ámbito militar. De modo que, en ningún caso y bajo ningún pretexto, podría ser aplicada en el derecho penal común.

6. Comisión de un delito

El problema consiste, sin embargo, en que mediante el cumplimiento de la orden se debe realizar un comportamiento, respecto al cual se plantea la cuestión

17 Ej. supr. 21. 2. 85, Exp. 290-85-Piura, en la que se manifiesta que el mandato, dictado por la autoridad en ejercicio de sus funciones, presupone su ejecución actual o inminente., cfr. ROJAS, p. 575.

de saber si el ejecutor del mandato responde o no penalmente. Por esto, el comportamiento ejecutado por éste debe cumplir con los requisitos de un tipo legal. Su autor debe saber que comete el acto ordenado y querer ejecutarlo. Una vez comprobada la tipicidad, deben analizarse los demás elementos de la infracción, es decir, su carácter contrario al orden jurídico y la culpabilidad del agente.

Salvo cuando la desobediencia a un mandato de la autoridad constituye un elemento del tipo legal, caso en el que el hecho de obedecer la orden hace desaparecer la tipicidad, la cuestión es la de saber si el ejecutar un hecho típico en cumplimiento de una orden excluye la antijuricidad del comportamiento o sólo elimina la culpabilidad. En este punto resulta decisivo el hecho de si la orden a cumplirse es lícita o ilícita. Aspecto que no se ha puesto debidamente de relieve, en la medida en que se admite que se trata del cumplimiento de una orden formal y materialmente lícita o de que sólo concierne a las órdenes ilícitas.

7. Cumplimiento de una orden lícita

Cuando la orden es formal y materialmente lícita, quien cumple con lo ordenado actúa, en realidad, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ya que no hace sino acatar un mandato que es conforme a este ordenamiento¹⁸. Dicho de otra manera, no haría sino cumplir con lo mandado por la ley. Razón por la cual su comportamiento es, igualmente, lícito.

Como lo hemos señalado anteriormente la obediencia es debida en la medida en que la orden es plenamente lícita. Sobre este punto, además de lo indicado de manera general, inicialmente, en relación con el marco constitucional y legal, hay que recordar que nuestro ordenamiento jurídico consagra el principio de la no-obligatoriedad del mandato ilícito. No está de más, al respecto, indicar que, por ejemplo, el art. 21.g del D. Leg. 276, del 6 de marzo de 1984, los servidores públicos tienen el deber de «informar a la superioridad de los actos delictivos o de inmoralidad cometidos en el ejercicio de la función pública». De modo que no puede imponérseles este deber y, al mismo tiempo, obligárseles a que cumplan una orden ilícita de sus superiores. Además de considerarse como falta a «la reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores».

Si el deber de obediencia sólo concierne los casos de mandatos lícitos, debe considerarse que la regla prevista en el art. 20.9 es superflua, pues se trataría

18 SANCINETTI, p. 467.

de una de las eximentes reguladas en el inciso 8 de esta misma disposición (por ejemplo, la de obrar por disposición de la ley).

8. Cumplimiento de una orden ilícita

La eximente de la obediencia debida tendría sentido, de acuerdo con lo dicho anteriormente, si se admitiera que, en algunas circunstancias, se debe obedecer una orden ilícita¹⁹. Hipótesis en la que el comportamiento típico realizado daría lugar a plantearse la cuestión si la obediencia excluye su antijuricidad o si sólo impide que se declare culpable al autor. Por ejemplo, un alcalde ordena al gerente de una empresa industrial que arroje los deshechos de su producción en un terreno baldío, ubicado al borde de un río. El cumplimiento de este mandato, sin embargo, contaminará las aguas del río (art. 304). Si se admitiese que basta la legitimidad formal del mandato, podría afirmarse que el empresario comete un acto típico pero no ilícito; ya que el mandato sería obligatorio y justificaría su acto típico. La responsabilidad recaería sólo en el alcalde que dictó la orden. Pero si como lo hemos sostenido, la orden debe ser tanto formal como materialmente legítima, el empresario no debería sin más someterse al mandato del alcalde. Para salvar su responsabilidad, tendría que oponerse por las vías legales alegando, justamente, la evidencia de que se cometerá un delito contra el medio ambiente. Si el alcalde, ante esta oposición, recurre a los medios coercitivos de que dispone en razón de su cargo y logra doblegar la resistencia del empresario, éste habrá cometido un comportamiento típico; pero no será responsable porque ha sido coaccionado o porque se encontró en estado de necesidad. La responsabilidad del empresario también puede ser excluida en caso de haber actuado bajo el influjo de un error de prohibición inevitable, pues no sería culpable. El alcalde será responsable como autor mediato si logra hacer del ejecutor un instrumento y tener el dominio del hecho o instigador, si el ejecutor comete el delito intencionalmente.

Al interior de la relación existente entre miembros de la administración pública civil, donde tampoco existe el deber de obedecer a órdenes ilícitas, ni la relación específica que caracteriza la organización castrense, hay que aplicar igualmente, de acuerdo con las circunstancias personales y materiales del caso concreto, los criterios de coacción, error o estado de necesidad. Por ejemplo, el funcionario de un Ministerio que, aceptando un donativo de un tercero y de acuerdo a las atribuciones de su función, ordena a uno de sus subordinados que practique un acto propio de su cargo (art. 394). Si éste cumple la orden de su

19 LENCKNER, p. 225 ss; ZUÑIGA, p. 203.

superior, sabiendo que su superior ha recibido una ventaja, participa en la comisión de la infracción. Por tratarse de una orden ilícita, el subordinado debe desobedecer a su superior corrupto. Si no lo hace asume, al menos a título de cómplice, una responsabilidad penal. Si no sabe que su superior actúa motivado por la dádiva recibida, el subordinado actuará bajo la influencia de un error de tipo y, por tanto, sin dolo. En caso de haberlo sabido, pero amenazado por el superior, por ejemplo, con que no será ratificado en su puesto, tampoco será responsable por que ha actuado bajo coacción.

IV. OBEDIENCIA EN EL MARCO DE RELACIÓN JERÁRQUICA MILITAR

A diferencia del art. 20.9 del Código Penal común, el art. 19.7 del Código de Justicia Militar supone, como es lógico en el campo militar, una relación de jerarquía entre quien dicta la orden (el superior) y el que procede en cumplimiento de ésta (subordinado). No se puede calificar de debida a la obediencia, como se hace con relación al Código Penal común. Esto se explica por el requisito que agrega, consistente en que la orden no debe ser notoriamente ilícita²⁰. De esta manera, se admite que la orden debe ser acatada aun cuando sea ilícita, pero a condición que esta característica no sea evidente. En esto radica la diferencia esencial con el derecho penal común, ya que, como lo hemos visto, en éste la orden dictada debe ser lícita. Como esta afirmación se deduce de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, la cuestión es de si se justifica o, al menos, cómo se explica la excepción respecto al régimen militar.

Esta diferencia entre el derecho penal común y el derecho penal militar no puede descartarse mediante la simple afirmación, como se hace en la exposición de motivos del Código Penal de 1991²¹, de que «aun cuando la fórmula de la obediencia jerárquica del Proyecto (artículo 20, inc.9), es exactamente igual a la del Código Penal [derogado] (artículo 85, inc. 5), cabe destacar que la Comisión Revisora interpreta, que, con las locuciones ‘orden obligatoria’, ‘autoridad competente’ y ‘ejercicio de sus funciones’ se alude tácitamente, pero de manera suficiente, a que la orden superior no debe ser manifiestamente ilícita, no siendo necesario, en tal sentido, indicarlo así *expressis verbis* en el

20 Respecto al derecho argentino, cf., SANCINETTI, p. 484 ss.

21 Código Penal, El Peruano, abril de 1991, p. 8.

art. 20.9». Hubiera sido mejor que se hubiese dicho expresamente para dejar claro lo que se buscaba establecer.

En buena cuenta, los redactores de la exposición de motivos hicieron bien sin darse cuenta, ya que, como lo hemos visto, la regulación del art. 20.9 supone, de acuerdo con la Constitución, que no hay deber de cumplir con órdenes ilícitas. Dicho de otra manera, que no existe la obligación ciega o absoluta a los mandatos que dicten las autoridades o los superiores jerárquicos. Lo que supone, así mismo, que éstos, como todo ciudadano, están sometidos al derecho. Por lo tanto, no les está permitido dictar órdenes ilícitas, ni es deber de sus destinatarios cumplirlas automáticamente.

La aplicación de esta regla general implica que quien ejecuta la orden pueda ser responsabilizado cada vez que ejecuta un mandato ilícito, ya que esta circunstancia impide que pueda considerarse su comportamiento como adecuado al derecho. Esto sólo acaecería, como lo hemos visto, si la orden es formal y materialmente lícita. En caso contrario, no será responsable que si se presenta alguna otra eximente.

Si en el ámbito civil resulta comprensible que quien debe obedecer controle el carácter lícito o ilícito de la orden que recibe, lo es menos en el dominio militar. En éste, la cohesión de la institución, se dice, requeriría una disciplina más estricta, de modo que el subordinado debe confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que obedece, salvo que la orden sea manifiestamente ilícita. Esto supondría que el subordinado sólo podría ser reprimido cuando tuvo consciencia del carácter ilícito del mandato y, por tanto, del comportamiento que ejecutaba en su cumplimiento. Es decir que se aplicaría la teoría del dolo, según la cual actúa dolosamente sólo quien es consciente de que comete un acto contrario al ordenamiento jurídico. El subordinado, en este caso, no es responsable penalmente porque no ha obrado con dolo²².

Según el art. 20.9, la situación es diferente porque quien recibe la orden debe controlar si ésta es o no lícita. En caso de no hacerlo, actuaría creyendo que se trata de un mandato lícito que debe acatar. Incurriría así en un error de prohibición, cuya influencia en la represión depende si era inevitable o no. De haber sido evitable, será reprimido de manera atenuada, conforme el art. 14, segundo párrafo. Así, se pone en evidencia que la regulación del art. 20.9 se conforma a la teoría de la culpabilidad, de acuerdo a la cual el dolo no requiere

22 ZUÑIGA, p. 206, s. Sobre el derecho foráneo, cf. MÜLLER, p. 36, 138 y 170 ; MIR PUIG, p. 432 s; CEREZO MIR, 1982, p. 249; BUSTOS, 1989, p. 256.

la consciencia de la ilicitud del comportamiento y de que para la culpabilidad basta que el agente tenga la posibilidad de conocer el carácter ilícito del acto.

Sin embargo, la regulación del Código de Justicia Militar debe interpretarse conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. De modo que no puede considerársele como una excepción a la regla de que no hay deber de obedecer órdenes ilícitas. Debe más bien procederse, como punto de partida, a una interpretación sistemática del mismo Código militar. Así, hay que tener en cuenta que el delito de desobediencia, conforme al art. 158, supone que el subordinado no cumpla la «orden del servicio sin causa justificada». Lo que deja la posibilidad de que el subordinado alegue, precisamente, que la orden es ilícita para explicar su desobediencia. También hay que considerar que se reprime, por ejemplo, como abuso de autoridad, art. 180.8, el hecho de que se «den órdenes que no tengan relación con el servicio». En este caso, la víctima del abuso (subordinado) no tiene la obligación de obedecer y esto sólo es factible sólo si tiene la posibilidad de controlar el carácter indebido de la orden en cuestión.

Además, hay que tener en cuenta la manera cómo debe comprenderse la locución «notoriamente ilícita». Para lo cual debe tenerse en cuenta los criterios que se aplican con relación al error de prohibición. En este sentido, es evidente que con dicha expresión se está aludiendo, en principio, a los delitos más graves, los mismos que constituyen una violación a las reglas fundamentales de la convivencia social. Así, ningún subordinado puede alegar que no sabía que era ilícita la orden por la que su superior le ordenó privar de la libertad y matar a una persona, violar una mujer o asaltar un banco. Los problemas surgen en relación con mandatos cuya realización supondría la ejecución de comportamientos delictivos de menor gravedad o de índole bastante compleja. La solución, en nuestra opinión, sólo puede darse si se precisan los alcances de la expresión «notoriamente ilícita».

Por la manera como ha sido redactada la norma del Código de Justicia Militar, dicha circunstancia es un elemento objetivo de la descripción de la obediencia jerárquica. Pues, en el art. 19.7 del Código de Justicia Militar no se dice que el subordinado haya actuado conociendo la notoriedad del carácter ilícito de la norma. Hay que considerar más bien si una persona con buen sentido común y colocada en la misma situación del subordinado hubiera considerado como lícita la orden. Lo que significaría, en buena cuenta, aplicar el criterio de

la apreciación paralela practicada por un profano, que es admitido para precisar en qué consiste la consciencia de la antijuricidad.

La fórmula del Código de Justicia Militar implica únicamente que el militar, ciego ante la notoriedad del carácter ilícito del mandato, no puede disculparse afirmando que no conocía el carácter ilícito de su comportamiento. Lo que implica establecer un criterio para identificar cuándo el error sobre la prohibición era evitable, puesto que cualquier persona razonable podía darse cuenta de la antijuricidad de tal mandato.

Lo que no puede admitirse, en armonía con nuestro sistema jurídico, es que se niegue, supuestamente de acuerdo con la fórmula utilizada, que el subordinado tiene el deber de reflexionar, antes de obedecer, sobre la antijuricidad de la orden. Admitir este deber tiene el efecto de reforzar la actitud atenta y responsable de los subordinados, al mismo tiempo que debilita la tendencia a favorecer el hábito de obedecer, fomentado por la idea que el militar debe obedecer «sin dudas ni murmuraciones». Una disciplina de este tipo no es compatible con el Estado de derecho.

En esta perspectiva, hay que admitir que tanto en el ámbito civil como en el militar, invocar la obediencia a una orden supone que quien debe ejecutar la orden cree que tiene el deber de cometer el acto ordenado, por un lado, porque no conocía que la orden y, por tanto, el comportamiento mismo eran ilícitos. Por otro, porque suponía que estaba amparado por una causa de justificación. De este modo, se alega, principalmente, el haber actuado bajo la influencia de un error relativo al deber de obediencia y, de manera subsidiaria, que se ha actuado coaccionado o en un estado de necesidad creada en razón de las circunstancias particulares en que tiene lugar la actividad militar.

Los militares permanecen sometidos al principio general de que el deber de obedecer está basado en la ley. El superior sólo debe esperar ser obedecido cuando dicta órdenes lícitas y el subordinado no debe obedecer los mandatos contrarios al ordenamiento jurídico. Si ambos incurren en error de apreciación su responsabilidad será determinada de acuerdo con las reglas sobre el error de prohibición. Fuera de estos casos, debe considerarse que no deben darse la coacción (obediencia debida impuesta), ni las condiciones de un actuar en estado de necesidad (obediencia debida resignada).

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto, nos parece interesante destacar los siguientes puntos:

1. De acuerdo con los principios del Estado de Derecho consagrados en la Constitución y concretizados en el ordenamiento jurídico en general, no existe el deber de obedecer órdenes cuyo cumplimiento comporte la ejecución de comportamientos punibles.
2. La regla prevista en el art. 20.9 del Código Penal común se refiere, por tanto, a la obediencia debida de mandatos que son formal y materialmente lícitos.
3. El cumplimiento de una orden lícita, dictada por autoridad competente, constituye una eximente de pena en la medida en que implica, en buena cuenta, actuar conforme a lo ordenado directamente por la ley o a un deber reconocido por el ordenamiento jurídico.
4. En esta perspectiva, la regla prevista en el art. 20.9 resulta superflua porque está comprendida en la disposición contenida en el art. 20.8.
5. Si la orden cumplida es ilícita, quien ejecuta un acto típico obedeciéndola no será sancionado, según las circunstancias, por haber actuado bajo coacción, en estado de necesidad o influenciado por un error de prohibición inevitable.
6. En la hipótesis señalada, quien dictó la orden ilícita, conforme a las circunstancias personales y materiales, podrá ser responsable a título de autor mediato o instigador.
7. La regla establecida en el art. 19.7 del Código de Justicia Militar se distingue, fundamentalmente, de la prevista en el art. 20.9 del Código Penal Común porque establece la condición de que la orden sea notoriamente ilícita.
8. Esta regulación especial se explica en principio por la índole particular de la organización y de la actividad militares. Éstas requerirían que la obediencia sea inmediata y basada en la confianza que debe tener el subordinado en su superior, mejor formado y obligado a dictar sólo órdenes conforme a sus atribuciones.
9. La diferencia en la regulación de la obediencia debida tendría la consecuencia de que en derecho penal militar se admita que actúa dolosamente sólo quien tiene la consciencia del carácter ilícito de la orden y, en consecuencia, del acto típico que consuma. Mientras que en el derecho penal común prima la teoría de

la culpabilidad y, por tanto, basta que el agente tenga la posibilidad de conocer la ilicitud para ser declarado culpable.

10. Esta contradicción entre ambos derechos es inadmisibles en la medida en que la institución militar y los actos de sus miembros deben respetar la Constitución y, en general, el ordenamiento jurídico. Por tanto, tampoco existe en el derecho militar el deber de cumplir órdenes que sean ilícitas, pero en apariencia de ser lícitas.

11. Los militares no están obligados a obedecer ciega y automáticamente los mandatos de sus superiores. En la medida en que no cuestionan la licitud de la orden recibida, asumen la responsabilidad por el acto típico que cometan en cumplimiento de dicha orden.

12. Resulta contraproducente admitir que la orden ilícita, en caso de no ser notorio su carácter ilícito, haga desaparecer el carácter ilícito del acto cometido por el subordinado en cumplimiento de dicha orden, por el simple hecho de que se trate de un mandato dictado por el superior.

13. Así mismo, es inadmisibles que el subordinado que, conociendo el carácter ilícito de un mandato no sea responsable por el simple hecho que dicho carácter ilícito no lo sea de manera notoria. En este caso, él comete, consciente y voluntariamente, el comportamiento ilícito cuya realización exige el mandato ilícito o participa a su realización.

14. Esta responsabilidad podrá ser excluida si el subordinado ha actuado al amparo de cualquier otra eximente: coacción, estado de necesidad o error de prohibición inevitable.

15. De esta manera, se logra, sin desnaturalizar lo dispuesto en el art. 20.9, interpretar el art. 19.7 del Código de Justicia Militar de manera a conservar la coherencia del ordenamiento jurídico, tomar en cuenta los principios constitucionales y reforzar el Estado de Derecho.

16. Por último, esto pone en evidencia la necesidad de plantearse la cuestión sobre la conveniencia de contar, junto al Código Penal común, con un conjunto de normas de derecho penal material como las contenidas en el Código de Justicia Militar vigente. En caso de que la respuesta fuera positiva, habría aún que decidir si sólo deberían preverse disposiciones, generales y especiales. propiamente militares.

