

## EL CASO PRIEBKE Y LA SENTENCIA DE LA CORTE MILITAR<sup>1</sup>

BARTOLO PASQUALE

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La masacre de las Fosas Ardeatine. 3. El primer proceso (llamado, Kapler). 4. El segundo proceso (denominado Priebke). 5. La sentencia de la Corte Militar de Apelación. 6. Las ventajas y los defectos de la sentencia comentada. 7. Las cuestiones «prejudiciales». 7.a. Los límites subjetivos del juzgamiento penal. 7.b. El art. 238 bis del Código de procedimientos penales. 8. La parte débil de la sentencia comentada. 8.a. La « necesidad » y el « motivo justificado ». 8.b. El carácter « vinculante » de la orden. 9. La valoración de las circunstancias. 10. Algunas consideraciones de *iure condendo*.

### 1. INTRODUCCIÓN

Tres razones justifican que se preste especial atención a la sentencia Priebke. En primer lugar, porque en ella se describe detalladamente la masacre de las Fosas Ardeatine, hecho de gran interés histórico. En segundo lugar, debido a que plantea numerosas cuestiones de derecho procesal, las mismas que presentan diversos aspectos que motivan a reflexionar de *iure conditio*, espe-

---

1 Publicado en Índice penale, Año II, N° 3, 1999, p. 1037-1076. Traducción a cargo de Joséph du Puit

cialmente, sobre la eficacia del juzgamiento penal, la función del art. 238 bis del Código de Procedimientos Penales (en adelante cpp), la aplicabilidad de los incisos 3 y 4 del art. 51 del Código Penal (cp) y de la atenuante prevista en el art. 59, inc. 1, n. 1 del Código Penal Militar de Paz (cpmp). Por último, porque si se la compara con las otras sentencias pronunciadas, antes de la sentencia comentada, sobre la masacre de las Fosas Ardeatine, permite poner de relieve algunas de las más importantes deficiencias de nuestro ordenamiento penal. Deficiencias que deben ser tomadas en cuenta, actualmente, en razón de la atención que se presta, cada vez con mayor intensidad, a la reforma del Código Penal.

## 2. LA MASACRE DE LAS FOSAS ARDEATINE

A pesar de que los hechos son bastante conocidos, resulta conveniente recordarlos presentándolos de manera resumida.

El 23 de marzo de 1944, en Roma, calle Rasella, un grupo de guerrilleros hizo explotar una bomba en el momento en que una columna de camiones pasaba por esa calle, resultando muertos treintidós militares alemanes y lesionados otros.

En represalia, los alemanes decidieron matar diez civiles por cada militar muerto en el atentado. La orden fue dictada desde Berlín y cumplida por la compañía de los SS estacionada en Roma y dirigida por Kappler, quien tenía a Priebke como uno de sus más estrechos colaboradores.

La noche del atentado, para establecer la lista de las personas que debían ser ejecutadas, el comando alemán decidió que la represalia debía llevarse a cabo mediante el fusilamiento de detenidos que habían sido procesados y condenados a muerte o que habían sido acusados por delitos reprimidos con la pena de muerte. El número de detenidos merecedores de la pena de muerte (*Todeswürdige*), algunos de ellos por delitos comunes, llegaba, sin embargo, a doscientos veinte. Por ello, la lista fue completada con cincuentisiete judíos detenidos con ocasión de un rastrillaje y a la espera de ser enviados a un campo de concentración.

Las otras cincuenta personas fueron escogidas entre los detenidos que estaban en poder de la policía italiana, a la que Kappler explicó los criterios apli-

cados por el comando alemán para establecer la lista de los que deberían ser fusilados.

El 24 de marzo de 1944, en la mañana, Kappler ordenó a uno de sus oficiales que ubicara un lugar adecuado para llevar a cabo las ejecuciones. En las siguientes dos horas, el oficial encargado encontró una cueva en la Via Ardeatina; la misma que fue escogida por Kappler debido a que existía en ella una galería, en la que los cadáveres podían ser escondidos rápidamente, y que permitía la destrucción de la entrada mediante explosivos.

En la tarde, las víctimas fueron sacadas de las cárceles en las que estaban detenidas, conducidas en camiones al lugar escogido y desembarcadas en la explanada delante de las fosas. Priebke cumplió con tener la lista de nombres.

Los condenados fueron llamados de cinco en cinco y cada grupo fue llevado al interior de las fosas, acompañado por cinco militares.

En el interior, los prisioneros fueron obligado a arrodillarse. El militar que les acompañaba mató uno a uno, como había ordenado Kappler, disparándole en la nuca, pero sin tocar el cráneo. Este mismo había dispuesto, además, que todos los componentes de la compañía, oficiales o suboficiales, debían matar, al menos, a dos de los condenados. Asimismo, indicó que quien se negase a cumplir la orden fuese fusilado inmediatamente en el mismo lugar.

Las ejecuciones duraron toda la tarde. Muchas de las víctimas murieron tras haber sido obligadas a subir a la cueva y arrodillarse sobre los cadáveres de los ya ejecutados. En la noche, para esconder los cuerpos, la entrada de la cueva fue destruida con explosivos.

El día posterior a la masacre, el 25 de marzo de 1944, los periódicos italianos difundieron la noticia del atentado de la calle Rasella y se refirieron a que «diez comunistas bandoleros habían sido fusilados por cada uno de los treintidós soldados alemanes muertos».

### **3. EL PRIMER PROCESO**

Al finalizar la guerra, el Procurador de la República solicitó al Tribunal Militar de Roma que incoara un proceso penal en torno a la masacre de las Fosas Ardeatine.

En 1948, Kappler fue procesado, junto a otros siete oficiales, suboficiales y militares, que habían participado en la masacre.

El delito imputado a todos los procesados fue el previsto en el art. 185 del Código Penal Militar de Guerra (en adelante CPMG), es decir, el delito de «concurso en homicidio continuado cometido por militares enemigos en perjuicio de ciudadanos italianos»<sup>2</sup>. En razón de que, «perteneciendo a las fuerzas armadas alemanas enemigas del Estado italiano», «con sucesivas acciones ejecutivas del mismo designio criminal, sin necesidad ni motivo justificado, por causas no ajenas a la guerra y, precisamente, en represalia por el atentado cometido por dos desconocidos el 23 de marzo en la calle Rasella de Roma, ocasionaron, mediante tiros de armas de fuego en la nuca, la muerte de 335 personas. Las mismas que eran en gran parte ciudadanos italianos, militares y civiles, que no tomaban parte en las operaciones militares». Los actos fueron cometidos aprovechando circunstancias de tiempo, de lugar y de personas, con el fin de obstaculizar la defensa pública y privada. Tuvieron lugar en Roma, en el marco del estado de guerra entre Italia y Alemania y con la intervención de cerca de 40 ó 50 militares de las SS alemanas, miembros del mismo comando, la mayoría de los cuales eran de grado inferior al de los procesados. Además, actuaron con crueldad contra las personas.

Se les acusó de haber matado a trescientos treinticinco personas, cuyos cadáveres fueron encontrados en el interior de las fosas al final de la guerra. Esta cantidad no coincide con las informaciones periodísticas que se refirieron a diez personas fusiladas por cada uno de los treintidós militares muertos en el atentado.

Posteriormente, en el curso de los debates, se confirmó que las víctimas fueron trescientos treinticinco. Kappler, al saber, la mañana siguiente al atentado, que durante la noche había fallecido uno de los militares alemanes herido en el atentado, ordenó que se ejecutasen trescientos treinta civiles. Las cinco otras personas fueron muertas, probablemente, por un simple error cometido por Priebke, quien, en la etapa de la ejecución, no verificó cuantas personas habían sido sacadas de la cárcel y trasladadas a las Fosas Ardeatine.

---

2 Los artículos mencionados expresamente en el acta de acusación fueron: 81, cpv. 110, 112 del Código Penal; 47 n. 2 y 58 Código Penal Militar de Guerra y 185, incs. 1 y 2 del Código Penal Militar de Paz, en relación con el art. 13 del mismo Código penal militar, y los arts. 575, 577, n. 3, 577 n. 4, del Código Penal en relación con el mismo código y 61 n. 5 Código Penal con referencia al art. 1 letra a de RDL del 30 de noviembre de 1942, n. 1365.

El proceso concluyó con la condena de Kappler y la absolución de todos los otros acusados. Según los jueces, no se logró probar que los imputados habían actuado dolosamente, ya que no fue posible esclarecer si en el cumplimiento de la orden los militares tuvieron consciencia de su manifiesta ilegitimidad.

Sólo Kappler fue condenado al ergastolo por considerársele culpable de la muerte de los diez civiles ejecutados en cumplimiento de la orden que él había dado en la mañana del 24 de marzo de 1944. Orden que dictó al enterarse que durante la noche había muerto uno de los militares heridos en el atentado. Fue condenado también por la muerte de cinco personas, cometida por sus subordinados, debido a un mero error, al seguir la orden que él había impartido<sup>3</sup>.

#### **4. EL SEGUNDO PROCESO**

En 1984 Priebke, contra quien el Procurador Militar de Roma había dictado una orden de captura en 1946 y que no había sido procesado por haberse fugado al final de la guerra, concede una entrevista a la televisión americana en la que «confesó» que, desde el fin de la guerra, vivía tranquilamente en Bariloche, una pequeña localidad de Argentina. La entrevista fue difundida en Italia y el Procurador Militar de Roma reabrió el caso.

Italia demandó y obtuvo la extradición de Priebke, quien, el 4 de abril de 1996, fue sometido a juicio ante el Tribunal Penal Militar de Roma<sup>4</sup>, para que responda de los mismos delitos imputados en 1948 a Kappler y a los otros procesados<sup>5</sup>.

- 
- 3 La sentencia, en verdad, en la parte de los motivos no explica, debido a que tratan sólo de Kappler, por qué los imputados debían ser absueltos. Además, habiendo afirmado en la motivación que no había prueba de que Kappler hubiese obrado con plena consciencia de que la orden de matar diez civiles por cada militar muerto era ilegítima, en la parte dispositiva no dice expresamente que Kappler debía ser absuelto por la muerte de trescientos veinte víctimas ejecutados por orden procedente de Berlín y recibida el mismo día del atentado, si bien esto aparece sin dudas de la exposición de motivos.
  - 4 Antes que se disponga el reenvío a juicio, el GUP destacado ante el Tribunal Militar de Roma plantea un conflicto de jurisdicción debido a que por los mismos hechos está pendiente otro proceso ante el GIP del Tribunal —común— de Roma, el mismo que, el 3 de abril de 1996, plantea la propia falta de jurisdicción, considerando que no se configura el delito de masacre señalado por el Procurador ante el Tribunal —ordinario— de Roma.
  - 5 La acusación, cuando el proceso es fusionado con el seguido contra Hass, es formulada en los siguientes términos: « participación en violencia con homicidio agravado y continuado en perjuicio de ciudadanos italianos » (art. 13 y 185, inc. 1 y 2 Código Penal Militar alemán, con

El proceso de primera instancia concluyó el 1 de agosto de 1996, con una resolución de no haber lugar, fundada por el Tribunal en la prescripción de la acción penal.

El 15 de octubre del mismo año, la Corte de Casación anuló esta sentencia, admitiendo un recurso de recusación presentado por la parte civil.

El nuevo proceso de primera instancia terminó, aún antes de comenzar, con una declaración en la que se señalaba la falta de jurisdicción del Juez Militar y se disponía que el expediente sea remitido al Fiscal del Tribunal (Civil y Penal) de Roma. Mientras tanto, el Juez de las investigaciones preliminares del Tribunal Militar, había transferido a ese mismo Tribunal de Roma otro proceso iniciado contra Karl Hass, militar alemán, acusado, como Priebke, de haber tomado parte en la masacre de las Fosas Ardeatine.

El Juez común considerando, en este punto, que el Tribunal Militar era competente, remitió los expedientes a la Corte de Casación para que ésta resuelva el conflicto de competencia en favor de dicho Tribunal.

El 14 de abril de 1997, el proceso contra Hass fue acumulado al de Priebke. Entonces se inició un nuevo proceso en primera instancia ante el Tribunal Penal Militar de Roma. Dicho proceso concluyó con la condena de ambos imputados, considerándoseles responsables de los delitos que se les imputaba, a la pena de diez años<sup>6</sup> y ocho meses de reclusión y de quince años de reclusión<sup>7</sup>, respectivamente.

En apelación, la sentencia de primera instancia fue reformada, reemplazándose la pena impuesta por la de ergastolo.

---

relación a los arts. 81, 110, 575 y 577, n. 3 y 4, así que 61 n. 4, Código Penal) « por haber, perteneciendo a las fuerzas armadas alemanas, enemigas del Estado italiano, en concurso con Kappler y otros militares alemanes (algunos ya juzgados), con diversas acciones ejecutivas provenientes del mismo designio delictuoso y obrando con crueldad hacia las personas, ocasionaron la muerte de 335 personas, en su mayoría ciudadanos italianos, militares y civiles, que no participaban en las operaciones bélicas, con premeditación y usando armas de fuego; en Roma, localidad «Cuevas Ardeantine», el 24 de marzo de 1944, durante el estado de guerra entre Italia y Alemania ».

6 Para Hass la pena fue determinada así: pena base, ergastolo (pena privativa de libertad), reducida cf. art. 62 bis Código Penal, a 21 años, reducida cf. art. 59, n. 1, Código Penal Militar procesal, a 14 años, reducida aún cf. art. 59 n. 1, Código Procesal Penal Militar, con un aumento de ocho meses por el carácter continuado del delito.

7 Para Priebke la pena fue determinada así: pena base, ergastolo reducida cfr. Art. 62 bis Código Penal a 21 años de reclusión, reducida cfr. Art. 59 n. 1 Código Procesal Militar Penal a 14 años, con aumento de un año por el carácter continuado del delito.

A fines de 1998, la sentencia de apelación devino cosa juzgada porque la Corte de Casación rechazó los recursos interpuestos por los dos condenados.

## **5. LA SENTENCIA DE LA CORTE MILITAR DE APELACIÓN**

La sentencia por la que se condena a Hass y Priebke al ergastolo es extensa y, por tanto, antes de estudiarla conviene presentar brevemente su contenido. La argumentación puede ser resumida de la siguiente manera.

La sentencia dictada en 1948, en el proceso Kappler, no puede ser considerada como una causa de «improcedencia».

En el plano procesal, además, nada impide que los hechos sean reconstruidos de manera diferente a como se hizo en el primer proceso (denominado Kappler).

Para proceder a esta reconstrucción y teniendo en cuenta los elementos reunidos, no sólo debe considerarse, como se hizo en la sentencia de primer grado, lo establecido en la sentencia dictada en 1948.

Es cierto que la orden de matar diez civiles por cada militar muerto en el atentado fue impartida desde Berlín, sin embargo, Kappler ha desempeñado un papel decisivo en el dictado y la transmisión de esta orden.

Tampoco existe duda de que Priebke y Hass, en la época de los hechos, eran personajes influyentes en el interior del comando SS estacionado en Roma, y que participaron en la masacre. Además, se tiene la certeza de que, especialmente, Priebke desempeñó también un papel importante en la organización de esta operación, porque intervino en la elaboración y conservación de la lista de condenados.

Esta fuera de duda, igualmente, que los hechos, así reconstruidos, están comprendidos en el tipo legal de violencia cometida en tiempo de guerra por militares contra particulares enemigos, art. 185 cpmg; disposición que se aplica también, según el art. 13 cpmg, a los militares de las fuerzas armadas enemigas.

También es cierto que, respecto al caso *sub iudice*, esta norma debe ser aplicada en lugar del art. 575 del Código Penal, el mismo que reprime el homicidio. El art. 185 cpmg es una norma especial respecto a la norma relativa al homicidio, tanto porque el sujeto activo del delito de violencia contra un particu-

lar enemigo puede sólo ser un «militar», como porque el art. 185 cpmg castiga sólo el homicidio cometido por «causa no ajena a la guerra».

Además, no son aplicables las eximentes especiales previstas en el indicado art. 185 cpmg, el cual reprime al militar que, en tiempo de guerra, usa violencia contra un particular sólo cuando «obra sin necesidad o motivo justificado».

En primer lugar, la «necesidad» a la que hace referencia la eximente sólo puede ser la «necesidad militar». Pero la necesidad de las operaciones militares puede justificar el uso de la violencia contra la población, siempre y cuando ésta, bien armada, está a punto de ejecutar una acción apropiada para modificar la evolución de la guerra, o si la persona contra la que se usa la violencia desarrolla una actividad en favor de una de las partes en conflicto. Este no era el caso cuando fue cometida la masacre, pues la gente no se «levantó en armas» sino que, entre los muertos, muchos habían permanecido siempre ajenos al conflicto.

En segundo lugar y aún admitiendo que la «represalia»<sup>8</sup> o la aplicación de una «pena colectiva» pueden constituir un «motivo justificado», la masacre perpetrada en las Fosas Ardeatine no puede ser considerada como una represalia, ni como una sanción colectiva<sup>9</sup>. Esto debido a que el atentado no podía ser

---

8 La razón por la que la sentencia no considera, en definitiva, que la masacre no puede considerarse una represalia es la de que el atentado no puede ser atribuido, formalmente, al Estado italiano y esto se debe a que, según la misma sentencia, « la población civil del Estado italiano jamás hubiera podido ser considerada sujeto pasivo de la indicada represalia » (p. 126). Pero para excluir cualquiera duda, al respecto, la sentencia, refiriéndose a la vieja resolución en el proceso Kappler, en la que se había prestado especial atención al tema, no deja de destacar que, en el caso de especie, de todas maneras, no puede tratarse de una « represalia » porque entre la agresión producida y la respuesta dada no existe ninguna proporción (Ver sobre la represalia como instituto del derecho internacional, PAU, 1987, p. 410 ss., en particular p. 414 y 415. Ver además el art. 8 del Decreto Real 8.7.1938, n. 1415, «Aprobación de los textos de la ley de la guerra y de la ley de la neutralidad», Alegato A).

9 La consideración que se invoca, en la sentencia, para excluir que la masacre de las Fosse Ardeantine puedan calificarse de pena colectiva consiste en que, aún si se admitiese que pueden considerarse como tales penas diversas a las penas pecuniarias, no es posible admitir como penas colectivas aquellas que se imponen personas individuales (Ver sobre la « sanciones colectivas » aplicables en tiempo de guerra, el art. 50 del Reglamento sobre las leyes y los usos de guerra terrestre, aprobado en La Haya, en 1907, citado en la sentencia, así como el art. 65 del Alegato A, del R.D. citado). No obstante, para interpretar correctamente la fórmula utilizada en el art. 185 citado se debe tener en cuenta lo establecido por la legislación sobre la guerra y ante todo el Decreto Real del 8 de julio de 1938, n. 1415, y en especial el Título II de esta ley. El mismo que al regular las «operaciones bélicas», después de haber precisado el concepto de «belligerentes legítimos», individualiza los « actos de hostilidad », estableciendo, sobre todo, en el art. 34, que «el uso de la violencia en la guerra es lícito siempre que sea



atribuido al Estado italiano y, por tanto, la población no podía ser sujeto pasivo de la represalia. Al respecto, hay que considerar que las sanciones colectivas consisten, normalmente, en penas pecuniarias, las cuales no afectan, en algún modo, a personas individuales como ha sucedido en este caso.

Sin duda Priebke y Hass obraron con dolo. Sin embargo, una indagación profunda sobre el elemento subjetivo resulta indispensable para demostrar por qué no puede ser aceptada la conclusión que se establece en la sentencia de 1948. Decisión por la que se absolvió a los imputados estimando que no existía prueba alguna de que ellos habían actuado con consciencia de que la orden era ilegítima.

Además, en la sentencia se afirma que Priebke y Hass no actuaron debido a que atribuyeron a la orden que recibieron una eficacia «vinculante». Priebke y Hass se han «adherido» a la orden y la han seguido espontáneamente, sin coacción alguna. Por esto, en buena cuenta, a Priebke y a Hass no se les puede aplicar ni el art. 51, inc. 4 c.p., ni el art. 40 cpmp, que aunque ya derogado, podía, en teoría, tomarse en cuenta porque al momento de cometerse el hecho estaba aún vigente. El haber obrado en cumplimiento de una orden puede «eximir» sólo si existe la consciencia de que la orden es ilícita y si, no obstante esto, se le obedece para no violar el deber de obediencia. Por esto, el art. 40 cpmp estableció que el manifiesto carácter delictuoso de la orden constituía un límite expreso, según el cual el deber de obediencia no hubiera debido jamás conducir a obrar contra dicha consciencia. El hecho que Priebke y Hass formaran parte de los SS y, por tanto, de una «organización muy rígida», en la que se adquiría fácilmente el hábito mental de obedecer rápidamente», no puede considerarse *per se* relevante para aceptar que los imputados han actuado con dolo, porque si se aceptase tal razonamiento se terminaría justificando todo crimen. La causa de la licitud de haber obrado en cumplimiento de una orden que no está permitido discutir, además, no puede estimarse aplicable ni siquiera en el nivel putativo, pues los imputados sabían perfectamente el motivo por el que se había decidido el fusilamiento. Así y por la manera como éste ha sido exigido, los imputados no podían dejar de darse cuenta que dicho comportamiento de ninguna manera podía ser justificado.

Kappler, al informar a sus oficiales, no los amenazó, sino les solicitó su «plena colaboración». E incluso, durante la reunión sostenida con ellos, dijo a los oficiales que si alguno rechazaba ejecutar la orden sería ejecutado inmedia-

---

admitida en los límites en que está justificada por la necesidad y no sea contraria al honor militar».

tamente en el mismo lugar, Kappler se refirió a los soldados y no a los oficiales. Por esto Priebke y Hass no han actuado para salvarse o salvar a terceros de un peligro inminente de sufrir un daño grave personal (vid. art. 54 cp).

Además, ambos deben ser considerados responsables a título de participación material y no sólo moral, de la muerte de las trescientos treinticinco víctimas, porque con su conducta han «facilitado» la comisión del delito y, por tanto, «contribuido» a que se realice.

El delito ha sido cometido con premeditación, vid. art. 577, n. 3, cp y, con los agravantes de haber obrado con particular crueldad contra las personas, vid. art. 61 n. 4 y 577, inc. 1, n. 4. Cp. Por el contrario, las agravantes de haber actuado en concurso con un inferior, vid. art. 58, inc. 1 cpmp, y de haber participado más de cinco personas no pueden ser tomadas en cuenta por falta de pruebas.

Tampoco puede aplicarse a Priebke, ni a Hass, la atenuante de haber cometido el delito por haber sido determinados por un superior, vid. art. 59 n. 1 cpmp. Así mismo, Hass no puede ser beneficiado con la atenuante prevista en el art. 59 n. 2 cpmp, ni la prevista para el militar, consiste en el hecho de haber desempeñado un papel de mínima importancia en la preparación o ejecución del delito.

El art. 62 bis cp, es en teoría aplicable, a pesar, por un lado, de haber entrado en vigor después que el hecho haya sido cometido y, por otro, de que para las leyes militares rige el principio de ultractividad, previsto en el art. 23 del cpmg. Pero a los imputados no se les puede aplicar las atenuantes genéricas debido a que ni la vida precedente, ni la conducta subsecuente, ni la edad avanzada y ni el largo tiempo transcurrido desde la comisión del hecho justifican este beneficio.

La pena prevista es el ergastolo y, por tanto, el delito no puede ser declarado prescrito.

## **6. LOS MÉRITOS Y LOS DEFECTOS DE LA SENTENCIA COMENTADA**

Después de haber reconstruido, aun rápidamente, los hechos, la historia judicial de la masacre de las Fosas Ardeatine y la argumentación desarrollada en la sentencia comentada, sólo queda analizar los méritos y los defectos de la sen-

tencia de la Corte Militar de Apelación, que es, como ya se ha dicho, aquella que condenó a Priebke y a Hass a la pena de ergastolo.

Ahora bien, de una primera lectura resulta evidente que la sentencia comentada tiene muchos aspectos positivos. El esquema seguido, así como la manera como está dividida -en capítulos autónomos, pero relacionados entre sí- demuestra que es el resultado de una profunda reflexión. La reconstrucción detallada de los hechos revela que todas las pruebas recogidas en todos los procesos han sido debidamente evaluadas. Además, a cada una de las cuestiones de derecho planteadas se le presta, casi siempre, la atención debida. Para esto se sigue un esquema que sólo es adoptado en sentencias de juicios de legitimidad, ya que antes de decidir sobre el asunto, en la sentencia se reconstruye el cuadro normativo para extraer las premisas del silogismo judicial. Así, por ejemplo, antes de precisar porqué, en el caso examinado, no se puede aplicar a los imputados la causa de la exclusión de la punibilidad, consistente en haber obrado cumpliendo una orden incuestionable, se esclarece cuál es, en abstracto, el ámbito de aplicación del art. 51 inc. 3 y 4 cp; y, antes de declarar no aplicable al caso analizado la atenuante de haber obrado en ejecución de una orden superior, se precisa cuál es la verdadera naturaleza de esta circunstancia y cuándo la disposición del art. 59, inc. 1, n. 1, cpmp, debe -en teoría- ser aplicada.

Junto a los diversos méritos indicados, hay que señalar algunos «defectos» o, mejor dicho, una serie de puntos «débiles», pues a pesar de la amplia y aguda argumentación desarrollada no convence del todo.

Si se reflexiona atentamente sobre todos los «aspectos» de la motivación, en efecto, no puede dejarse de indicar que ésta no convence plenamente cuando, *in limine*, se ocupa de la eficacia del juzgamiento y del art. 238 bis cpp, tampoco cuando al tratar el fondo, sostiene que no es aplicable, en el caso analizado, el art. 51, inc. 1, cp, ni la atenuante prevista en el art. 59, inc. 1, n. 1, cpmp.

En verdad, no es fácil destacar estos «defectos» porque la amplia y clara exposición logra ocultarlos muy bien, así mismo porque los argumentos utilizados son poco conocidos por los estudiosos del derecho penal, que no se ocupan específicamente del derecho penal militar.

Pero, justamente debido a esto, resulta muy interesante estudiar los «defectos», así como los méritos de la sentencia comentada.

Además, precisamente los «defectos» que presenta son aspectos interesantes a los efectos de reflexionar sobre viejas y nuevas cuestiones del derecho penal sustantivo y procesal.

## 7. LAS CUESTIONES «PREJUDICIALES»

La sentencia comentada para prevenir las críticas debió haber, ante todo, prestado más atención a las «excepciones procesales» presentadas por la defensa, porque justo al estudiar estas excepciones desarrolla toda una serie de consideraciones que no convencen del todo.

### a. Los límites subjetivos del juzgamiento penal

Esto es cierto, en particular, respecto a la primera «excepción» que analiza la sentencia y que planteó la defensa de Priebke. Según esta excepción, la declaración de inocencia emitida en el lejano 1948 (respecto a los procesados acusados por los mismos hechos) constituiría una causa de «improcedencia» en cuanto a Priebke y Hass.

Las breves consideraciones desarrolladas en la sentencia dan la clara impresión de que la Corte no ha logrado precisar los términos exactos de la cuestión planteada por la defensa de Priebke.

Para darse cuenta en qué medida la sentencia se ha confundido sobre este punto, en verdad, basta comparar los amplios argumentos desarrollados por la defensa con la brevedad con que se ha motivado la decisión.

En resumen, la excepción planteada era la siguiente. Priebke se encuentra en una situación idéntica a la de quienes fueron absueltos en el proceso Kappeler (por haber obrado «sin darse cuenta de que la orden que les habían dictado era ilegítima»), por esto no debe dejar de ser absuelto de acuerdo con los arts. 649 (según el cual el imputado absuelto mediante sentencia irrevocable no puede ser sometido a nuevo proceso por el mismo hecho y que «si a pesar de esto se inicia otro proceso penal, el juez en cualquier estado debe pronunciar sentencia de absolución o decretar no haber lugar») y 669, inc. 8, cpp (que dispone, expresamente, que si en relación con el mismo imputado se pronuncian, por los mismos hechos, una sentencia de absolución y otra de condena, el juez debe ordenar la ejecución de la primera y revocar la segunda), ya que estas dos normas deben ser aplicadas por analogía *in bonam partem*, aún en el

caso de concurso de personas en el delito y que uno de los coimputados es absuelto y el otro condenado.

Esta es, sin embargo, sólo una brevisísima síntesis de la tesis de la defensa, porque hay que reconocer que ésta ha planteado una serie de argumentos que deben ser considerados, siempre que no se quiera cometer el mismo «error» en que ha incurrido la sentencia comentada.

La absolución solicitada por la defensa de Priebke, en efecto, se basa sobre un examen detallado de toda una serie de normas; las mismas que son interpretadas recurriendo a una especie de silogismo, en el que la premisa mayor y la premisa menor están relacionadas entre sí de modo que conducen necesariamente a la síntesis antes expuesta.

De acuerdo con la defensa de Priebke, para establecer claramente los términos de la cuestión planteada, es indispensable tomar como punto de partida el art. 630, letra c, cpp. Dicho precepto establece cuándo el imputado tiene derecho a pedir la revisión del proceso, en el caso de que los hechos en los que se basa una sentencia condenatoria son inconciliables con aquellos que sirven de fundamento a otra sentencia con fuerza de cosa juzgada. El art. 630, letra c, cpp, verdaderamente, es considerado como una norma clave al interior de nuestro ordenamiento procesal, debido a que sirve para resolver las contradicciones internas del sistema y satisfacer la exigencia «abstracta» de la coherencia lógica entre decisiones judiciales, respecto a la cual carece de importancia el aspecto subjetivo, pudiendo subsistir el carácter inconciliable también entre decisiones judiciales emitidas contra personas distintas. En otras palabras, por lo tanto, si el art. 639, letra a, en la regulación de los casos del denominado conflicto teórico entre decisiones judiciales, reconoce al condenado el derecho de obtener la revisión del proceso cada vez que la sentencia condenatoria está basada en hechos que resultan inconciliables con aquellos establecidos en otra sentencia (absolutoria o condenatoria), se debe admitir que en nuestro ordenamiento procesal, en línea de principio, lo que prima sobre todo es la certeza del derecho en el sentido formal; es decir, la certeza basada en el principio de la no contradicción, considerando la ley también en relación con el eventual conflicto entre sentencias con fuerza de cosa juzgada.

Pero para la defensa de Priebke, esto es sólo el punto de partida de la compleja argumentación antes indicada. Por esto, para comprender todo el problema es indispensable tener en cuenta el marco normativo. El art. 630, letra a, cpp, en efecto, no es la única norma de nuestro ordenamiento que regula el llamado conflicto entre decisiones judiciales. También los arts. 649,

inc. 1, y 669, inc. 8, cpp, sirven, respectivamente, para evitar dicha contradicción y resolver el conflicto práctico entre decisiones judiciales; mientras que el art. 630, letra a, sirve para resolver los conflictos teóricos entre decisiones judiciales.

Si las tres disposiciones regulan los casos de conflicto entre decisiones judiciales, hay que reconocer que entre ellas existe una estrecha relación funcional y que, por lo tanto, la *ratio* en la que se inspira el art. 630, letra a, cpp no puede sino ser común a dichas tres normas.

Por esto, si el art. 630, letra a, cpp, como hemos visto, está destinado a garantizar la coherencia «lógica» del sistema, o mejor aún, a colmar una exigencia de coherencia del sistema, exigencia sólo de carácter formal y abstracto, es evidente que también las otras dos normas antes señaladas (arts. 649, inc. 1, y 669, inc. 8, cpp) sólo pueden servir al mismo fin, esto es garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, entendido éste también en sentido formal y, en consecuencia, abstracto. En nuestro ordenamiento, por tanto, también el «derecho viviente», constituido por todas las sentencias firmes, relacionadas con situaciones válidas sólo para los individuos y específicas respecto a los casos examinados por los jueces cada vez, debe actuar desde el respeto a este principio dirigido a satisfacer la exigencia de coherencia lógica formal y abstracta.

Sólo después de haber examinado todas las normas que regulan los denominados conflictos entre decisiones judiciales citadas por la defensa de Priebke, es posible abordar y resolver la cuestión planteada.

Una vez establecidas estas premisas, cierto, por la defensa de Priebke, no se puede ignorar que, en nuestro ordenamiento jurídico, la sentencia definitiva de absolución con fuerza de cosa juzgada, en principio, trasciende el ámbito del proceso en el que ha sido pronunciada. Y, por tanto, puede producir efectos aún en relación con otros imputados por el mismo hecho en otro proceso. En este caso, se considera que la realización de un «nuevo» proceso resultaría del todo superfluo por dos razones. Ante todo, porque si en el «nuevo» proceso, al reconstruirse los hechos, debe de tenerse en cuenta lo ya establecido en la otra sentencia ya firme, sólo puede concluirse con otra sentencia absolutoria. En segundo lugar, porque si el «nuevo» proceso termina con una condena, esta decisión debe ser revocada por el juez de ejecución. Éste, por analogía, debe aplicar –al condenado, incluso en este caso– la regla fijada en el art. 669, inc. 8, cpp. Además, si no lo hiciera, el imputado tiene el derecho de pedir la revisión del proceso, la que sólo podría terminar con la anulación de la sentencia conde-

natoria. Por último, debido a que los arts. 629 ss cpp prevén sólo la revisión de una sentencia condenatoria, el proceso de revisión jamás puede concluir con la anulación de la sentencia absolutoria, aunque ésta haya sido pronunciada contra otros imputados.

Justamente, para evitar procesos inútiles, en estos casos, siempre según la defensa de Priebke, se puede también aplicar, por analogía, la regla contenida en el art. 649, inc. 2, cpp. Según esta disposición, como es sabido, si ya ha sido pronunciada una sentencia que adquiere fuerza de cosa juzgada y, no obstante esto, «se inicia un proceso penal por los mismos hechos, el juez en cualquier estado y grado del proceso debe pronunciar sentencia absolutoria o declarar que no hay lugar a proceso».

Ahora bien, volviendo a la sentencia comentada, hay que destacar que si en la sentencia se hubiese prestando atención suficiente a esta tesis, no se hubiera limitado, como ha sucedido, a destacar que la tesis de la defensa, si bien «sugestiva», no podía ser aceptada. No tanto en razón de que era imposible compartir, ni siquiera en teoría, la manera como la defensa de Priebke ha interpretado las normas procesales invocadas, sino porque, en el caso concreto, la sentencia con fuerza de cosa juzgada (es decir, la dictada al final de la guerra en el proceso Kappler), había no sólo ratificado que el hecho histórico había sucedido, sino también confirmado su carácter ilícito. Razón por la que se condenó a Kappler y se absolvió a los demás imputados en consideración a la cuestión del dolo.

Ante todo, para resolver el problema planteado por la defensa no basta afirmar, como se ha hecho en la sentencia comentada, que en la sentencia de 1948, con valor de cosa juzgada, se había declarado el hecho ilícito, condenado a Priebke y absuelto a los demás.

A parte del hecho que la sentencia de 1948, como se ha indicado antes, ha reconocido la responsabilidad de Kappler sólo por la muerte de quince personas<sup>10</sup> y ha absuelto a todos los demás porque habían obrado por «orden superior»<sup>11</sup>; un dato firme es que dicha sentencia absolvió a todos los demás que se

---

10 Aún sí en la parte dispositiva de la sentencia no dice expresamente que Kappler debe ser considerado culpable de la muerte de quince de las trescientos treinticinco personas matadas, no puede reconocer una contradicción entre la parte dispositiva y la motivación por la que no se condena a Kappler por el delito imputado.

11 Sobre este punto, en verdad, no pueden subsistir dudas ya que la sentencia pronunciada por el Tribunal Militar de Roma ha declarado, en la parte dispositiva, a Kappler culpable por delito de «homicidio continuado», sin precisar que el mismo debe ser considerado culpable del delito imputado, y que del tenor de los motivos resulta de otro modo evidente que Kappler

encontraban en la misma situación que Priebke. Y en cuanto a la cuestión de la «prejudicialidad», como ha sido planteada por la defensa de Priebke, no tiene importancia alguna cual haya sido la fórmula absolutoria. Lo mismo se puede decir respecto a que, mediante la sentencia ya firme, se haya admitido que el comportamiento ha sido cometido y que era ilícito.

Para los fines de la «prejudicialidad penal» lo que importa es sólo la alternativa entre absolución y condena. Esto resulta evidente, igualmente, de acuerdo con los arts. 630, 649 y 669 cpp, a los que se ha referido la defensa de Priebke. Todos estos artículos, en efecto, tratan siempre de sentencia absolutoria y no distinguen entre las diversas fórmulas eventualmente utilizadas al dictarlas.

Se trata de una alternativa: o la tesis de la defensa es exacta y entonces es de atribuir eficacia «prejudicial» a la sentencia absolutoria de 1948, o esta tesis es equivocada *in astratto*.

Afirmar, como se hace en la sentencia comentada, que, aún si la tesis propuesta por la defensa fuera fundada en teoría, la «excepción» en este caso no merecía ni siquiera ser tomada en consideración porque en la sentencia de 1948 se había admitido que el hecho se ha verificado y que era ilícito. Lo anterior, significa, no haber prestado la atención debida a los alcances exactos del problema.

Para demostrar que el pronunciamiento efectuado en 1948 no representaba una causa de improcedencia, la sentencia comentada debía haber demostrado que la tesis sostenida por la defensa de Priebke no podía ser compartida en línea de principio. Pero esto no ha sido efectuado.

Probablemente, en la sentencia estudiada no se ha considerado que la tesis sustentada por la defensa de Priebke no es otra cosa que una apreciación orientada hacia la vieja y muy recurrida teoría de la eficacia *erga omnes* de las decisiones penales. La misma que ha sido propuesta, en este caso, a partir del

---

no ha sido considerado culpable de la muerte de 320 personas, producida en cumplimiento de la orden impartida por sus superiores, y se ha absuelto a los otros inculcados del «delito continuado indicado en el inicio de la acusación en la medida en que actuaron por orden de un superior». Para eliminar toda duda al respecto, vale la pena de recordar que en la sentencia Kappler se dice, textualmente (p. 60), que los elementos reunidos «obligan al Colegiado a considerar que no puede afirmarse con seguridad que Kappler había tenido consciencia y voluntad de obedecer a una orden ilegítima»; y, luego de inmediato, que «diversa es, por el contrario, la posición del imputado por el fusilamiento de 10 hebreos, dispuesta por él, como se ha visto, por haber tomado conocimiento que había muerto otro soldado alemán y sin que hubiera existido alguna otra orden. *Por esta acción su responsabilidad es plena tanto subjetiva como objetivamente*» (letra cursiva del autor).



examen de las normas del nuevo código de procedimientos penales, las mismas que regulan los llamados conflictos entre decisiones judiciales, en su versión «circumscriba» sólo a las sentencias absolutorias<sup>12</sup>.

Si se hubiese tenido en cuenta esto, se habría podido demostrar fácilmente porqué esa tesis no podía ser aceptada.

La razón por la que esta tesis no puede ser admitida, en verdad, está simplemente en el hecho que, como ha sido ampliamente demostrado por la doctrina más autorizada, en nuestro ordenamiento jurídico no se discute que la decisión penal no tiene efectos en relación con otro imputado respecto al mismo hecho en otro proceso, ni siquiera en el caso en que haya sido dictada sentencia que ya tiene valor de cosa juzgada y en la que se afirma que el hecho no existe<sup>13</sup>.

Además, la cosa juzgada tiene una función de «garantía» porque sirve para tutelar la «libertad del individuo» y no la «coherencia lógica del ordenamiento», o la abstracta exigencia de «asegurar la concordancia entre las decisiones»<sup>14</sup>.

Ni se puede reconocer, con el objeto de demostrar lo contrario, que el art. 630, letra a, tenga una función fundamental.

La revisión de la sentencia, como ha sido destacado en particular, representa sólo una excepción a la regla de la irrevocabilidad de la sentencia definitiva, mediante la cual, la ley quiere estar segura que pueda ser corregido un error en que se ha incurrido<sup>15</sup>.

De lo previsto en el art. 630, letra a, por tanto, no se puede deducir que el principio que importa a nuestro ordenamiento jurídico sea el de la certeza del derecho, entendido en sentido formal, cual mero principio de la falta de contradicción.

El conflicto teórico entre sentencias, en efecto, otorga al imputado el derecho de demandar y obtener la revisión, pero no el de ser absuelto<sup>16</sup>.

Por esta razón, la incompatibilidad lógica entre dos sentencias sólo puede significar «el indicio de la presencia de un error que deberá ser en concreto destacado y verificado»<sup>17</sup>.

---

12 Ver las espléndidas y siempre actuales páginas escritas sobre este tema por DE LUCA, 1963, p. 10 ss.

13 Ver en tal sentido LOZZI, 1969, *passim* y en particular p. 919 a 920.

14 Ver respecto a todo DE LUCA, p. 89 ss.

15 En este sentido ver VANNI, p. 157 ss; cfr. SPAGHER, p. 135.

16 Ver LOZZI, en particular p. 919; además DE LUCA, p. 104 ss.

17 DE LUCA, p. 104 ss.

Aun cuando la sentencia precedente hubiese sido plenamente absolutoria nada habría cambiado respecto al caso analizado.

En caso de conflicto entre sentencias que, respecto a los mismos hechos, involucran a diversos imputados, corresponde al juez de la revisión, aún cuando en la primera sentencia se haya afirmado que el hecho no existe, decidir sobre la incompatibilidad eventual de las premisas que sirven de fundamento a las dos sentencias. Poco importa que la segunda sentencia haya devenido definitiva. Además, no se puede descartar que el juez de la revisión no declare nula la sentencia condenatoria afirmando que la reconstrucción efectuada en la sentencia absolutoria es incongruente<sup>18</sup>.

Así mismo, no es posible invocar el art. 630, letra a, para aplicar analógicamente al cómplice la regla de los arts. 649 y 669 cpp, porque la primera de estas disposiciones introduce una verdadera y propia excepción a la regla relativa a la eficacia subjetiva de la sentencia<sup>19</sup>.

### **7.b. El art. 238 bis del Código de procedimientos penales**

La sentencia tampoco convence cuando afirma, en forma de un *obiter dictum*, que «el material probatorio admitido, conforme el art. 238 bis cpp, no puede provenir por la fuerza de las cosas de una sentencia en sí, esto es de la descrip-

---

18 Ver también las claras y puntuales consideraciones presentadas por COPPI, 1969, p. 209 ss, especialmente p. 281 a 285.

19 La diversa conclusión que ha admitido la doctrina a inicios del siglo pasado, llegando a sostener la eficacia erga omnes de las sentencias absolutorias, reconociendo además parecida eficacia sólo a aquellas conceptae in rem, en verdad, encontraba un apoyo comfortable en la previsión contenida en los arts. 538 a 543 del Código de procedimientos de 1913, según los cuales «la imposibilidad de conciliar los hechos establecidos en una sentencia absolutoria y en una condenatoria producía automáticamente la anulación de la segunda sentencia sin reenvío». Y esta norma al regular las hipótesis de conflicto práctico entre juzgamientos no prevenía expresamente (es de señalar que CORDERO, op. cit. p. 1026, escribe: «Los artículos 538, n. I, y 543, inciso 2, del Código de 1913, prevén sentencias irrevocables sobre el mismo hecho, a cargo de la misma persona» —la letra cursiva es del autor—, pero el Código consultado —Códigos y leyes complementarias al cuidado de Protto y Trompeo, Athenaeum, Rameae MCMXIII— no se refiere a la misma persona) que el conflicto podía surgir sólo entre sentencias que recaían sobre el mismo imputado (por el mismo hecho). Además, a falta de una regulación expresa el conflicto teórico era resuelto aplicando analógicamente la regla prevista para el conflicto práctico. Pero esta concepción, ya había sido abandonada por la doctrina mayoritaria cuando estaba en vigor el viejo Código de procedimientos penales (sobre todo esto ver DE LUCA, passim), no puede ser retomada actualmente (cfr. CRISTIANI, 1970, p. 103 ss) porque también el nuevo Código no ha aportado modificación substancial alguna a la regulación del conflicto teórico entre juzgamientos (cfr. JANNELLI, p. 324 ss.)

ción y del razonamiento inductivo ahí desarrollado, los cuales no constituyen «prueba» sino «situaciones judiciales sobre las pruebas».

La razón por la que esta afirmación no convence, en verdad, es doble. Por un lado, la sentencia con tal afirmación no sólo plantea una interpretación que deroga el art. 238 bis cpp; sino que, por otro, establece las premisas para lograr que se niegue a la sentencia Kappler cualquier valor de «prueba». Tan es así que, inmediatamente después de haber establecido esta premisa, la sentencia comentada señala que, «por tanto», lo que puede «filtrarse» en el proceso Priebke «con valor probatorio» son únicamente «las ... pruebas recogidas en el proceso que ha dado lugar a la sentencia» Kappler.

Ahora bien, no es exacto sostener, como lo hace la sentencia, en otros términos, que el art. 238 bis citado sirve sólo para que fluyan en el proceso -aún *in itinere*- las «pruebas» reunidas en el proceso concluido con sentencia firme.

El art. 238 bis cpp, como se ha señalado, prevé que «las sentencias irrevocables pueden ser reconocidas con la finalidad de probar el (*rectius* del) hecho en ellas constatado y son valoradas conforme a las normas de los arts. 187 y 192, inc. 3».

La norma incluida en el código mediante el d. l. 8.6.92, n° 396, modificado mediante la ley del 7.8.92, n° 356, quiere evitar que se pierdan los datos ya obtenidos<sup>20</sup>.

Pero esto no quiere decir que dicha norma sirva sólo para transferir las pruebas de un proceso a otro.

La transferencia de las pruebas de un proceso a otro es regulada en el art. 238 cpp, que se refiere precisamente a las actas de la prueba de otro procedimiento<sup>21</sup>.

Según el art. 238 bis cpp, la sentencia será considerada en la parte que admite un hecho como prueba del hecho en cuestión: una prueba que se debe valorar de acuerdo con el principio de la libre convicción, en el sentido del art. 187 cpp. En el caso que fuese, al menos, un mero «indicio» debe de considerarse, según el art. 192, inc. 3 cpp, en todo caso como una «prueba»<sup>22</sup>.

---

20 Ver las observaciones del Ministerio de la Gracia y Justicia de la época sobre el d.l. 8.6.92, p. 306, publicado Sole 24 Ore del 10.6.1992, inserto, p. 12. In *giurisprudenza* cfr. Cass. II, 10.6.94, p. 105, m. 198.107.

21 Cfr. GERRUA, *Anamorfosi* p. 166.

22 Cfr. Cass. I, 29.7.95 (ud. 25.5.95), Cas. Pen., 1996, p. 3673, m. 2058, con comentario de PARLATO.

Es verdad que una prueba puede transferirse de un proceso a otro, también mediante una sentencia firme y, por tanto, no sólo a través de la forma establecida en el art. 238 cpp. Pero también es verdad que mediante una sentencia firme puede transferirse de un proceso a otro «un juicio histórico sobre un hecho»<sup>23</sup>.

Debido a esto, el juez del proceso, en el cual viene utilizada (según el vid. art. 238 bis cpp) la sentencia devenida firme, no está vinculado por las apreciaciones históricas contenidas en la sentencia definitiva. Esto se debe a que si bien se trata de una «prueba», ésta debe ser valorada por el juez, quien puede admitirla como mero indicio de que un hecho ha tenido lugar. Pero, sobre la base de sólo esto, no se puede sostener, como parece hacerlo la sentencia comentada, que la sentencia firme sólo sirva para transferir la «prueba» del proceso ya concluido al proceso todavía en curso.

Una sentencia que ha admitido un determinado hecho es por sí misma una «prueba» del hecho. Así, aún «el juicio sobre el hecho» prueba el hecho<sup>24</sup>.

Sólo así, por lo demás, se puede lograr una interpretación que no tenga el efecto de derogar y que justifique la expresa remisión que la norma hace al art. 187, así como al art. 192, inc. 3, cpp<sup>25</sup>.

Como ha sido justamente indicado, todo esto es absurdo, porque no se comprende como una sentencia puede funcionar como prueba de un determinado hecho<sup>26</sup>, pero una norma no puede, sólo por «absurda», ser considerada *tamquam non esset*.

## 8. LA PARTE DÉBIL DE LA SENTENCIA COMENTADA

Si la sentencia no convence, a veces, es debido principalmente a que, en algunos pasajes, no logra presentar los hechos en una perspectiva histórica, esto es teniendo en cuenta el dato objetivo de que los sucesos, materia del procedimiento concluido en 1998, acaecieron en 1944, es decir, cincuenta años antes.

---

23 La opinión diferente de estudiosos como CALAMANDREI es eficazmente recordada por PARLATO, p. 3675.

24 Cfr. NAPPI, p. 197.

25 Cfr. PARLATO, p. 3674 s.

26 Sobre la inutilidad y lo «absurdo» de esta norma ver CORDERO, p. 12, 1995, p. 693.

Esta objeción tiene, además, particular importancia en relación con dos aspectos, a los cuales hay que prestar atención.

### **8.a. La « necesidad » y el « motivo justificado »**

Después de haberse resuelto las cuestiones procesales, en la sentencia, como ya lo hemos recordado, se aborda el problema de la adecuación de los hechos al art. 185 del cpmg (que castiga «al militar, que, sin necesidad o, al menos, sin motivo justificado, por causa no ajena a la guerra, emplea violencia contra personas enemigas, que no toman parte en las operaciones militares»). Así mismo, se presta particular atención a la expresión «sin necesidad o, al menos, sin motivo justificado», y se considera que la «necesidad»<sup>27</sup> y el «motivo justificado» constituyen dos eximentes de criminalidad.

---

27 La «necesidad» a la que hace referencia el art. 185 citado es sin discusión, como lo dice la sentencia, la «necesidad militar», entendida como la «necesidad de las operaciones militares», y que por esto «los casos en los cuales la necesidad sería admitida para legitimar la violencia contra la población civil son aquellos en los cuales la situación concreta es señalada por ser objetivamente impuesta» por «causa de guerra». Pero esto no quiere decir, como lo afirma la sentencia inmediatamente después, que «esto es reconocible sólo cuando el sujeto pasivo del delito, que no toma parte directamente en las «operaciones militares», desarrolla una actividad vinculada a éstas y en favor de una de las partes en conflicto, o llega a encontrarse en una relación tan estrecha con los beligerantes ... de modo a no poder dejar de ser comprendido en las operaciones militares». Entre la «necesidad» de la que habla el art. 185 citado y la actividad desarrollada por el ciudadano no beligerante no existe ninguna relación. Es verdad que la cláusula no puede ser interpretada ni en sentido amplio, ni menos en sentido subjetivo, como indica la sentencia, porque si se interpreta en el sentido amplio todo podría ser considerado como necesario, aún la eliminación, sic et simpliciter, de toda la población que se encuentra en un territorio militarmente ocupado; mientras que si se interpreta subjetivamente se dejaría, de hecho, al militar la posibilidad de decidir ad libitum. Pero es verdad que no se puede sólo por esto optar por la solución adoptada en la sentencia porque ésta no tiene apoyo en el elemento normativo. La participación directa o también sólo indirecta del ciudadano no beligerante a las operaciones militares es un elemento de hecho típico, al que la norma hace expresa referencia en la última parte del primer inciso, y esto ahí donde establece que la violencia cometida por el militar, sin necesidad o sin motivo justificado, por causa no extraña a la guerra, es castigado si se sitúa en las confrontaciones de los «enemigos privados, que no toman parte en las operaciones militares». El texto literal sólo permite distinguir entre «enemigos privados, que no toman parte en las operaciones militares» y enemigos privados que, por el contrario, toman parte en dichas operaciones, tertium non datur. La «necesidad» de recurrir a la violencia, por tanto, no significa que no pueda subsistir aún en el caso en el que la violencia sea ejercida frente a ciudadanos que no desarrollan actividad en favor de una de las partes en conflicto. Si no fuese así, por ejemplo, el militar obligado a ejercer violencia sobre ciudadanos que no quieren dejarlo entrar en una casa, aun cuando obrase porque sólo así puede esconderse y no ser capturado, sería culpable de violencia en perjuicio de «enemigos privados». «Necesario» es todo lo que es indispensable para alguna cosa. Por esto, la «necesidad» según el art. 185 citado sólo puede ser entendida en sentido absoluto, debiéndose considerar inofen-

La sentencia no explica, en verdad, porqué estos dos requisitos negativos deben ser considerados como eximentes.

La solución, desde el punto de vista dogmático, en cualquier caso, no puede ser considerada equivocada<sup>28</sup>.

En realidad, en torno a la motivación de la sentencia surge una duda porque a pesar de que se considera la «necesidad» y el «justificado motivo» como eximentes, no se toma, sin embargo, en consideración el problema de la eventual importancia putativa de estas dos eximentes.

La sentencia debió haber enfrentado este problema fundamentalmente porque el hecho de valorar la mencionada importancia putativa de estas eximentes hubiera requerido una apreciación *ex ante*, un pronóstico posterior, y, por tanto, una valoración en virtud de la cual la sentencia habría tenido que actuar en el marco pasado y en el actual.

Estas dudas guardan relación, especialmente, con las consideraciones planteadas en la sentencia en torno a la «represalia».

El hecho de que en este caso no pueda hablarse de «represalia», porque el atentado de la Via Rasella no puede ser calificado de acto ilegítimo del Estado, no resuelve el problema del carácter putativo. Sin duda alguna, la eximente se

---

sivo únicamente el uso de la violencia que no sea indispensable, o cuando no representa el sólo medio posible para hacer frente a la «necesidad de las operaciones militares». Además, la «necesidad» a la que se hace referencia en el art. 185 debe ser proporcionada al tipo de violencia que es practicada. La masacre de las Fosas Argentinas, por tanto, no puede ser considerado justificado por una «necesidad» sea porque la situación provocada por el atentado de la Via Rasella hubiera podido ser enfrentada mediante otras medidas, sea porque la violencia ejercida puede ser considerada como del todo desproporcionada respecto a la situación que se había producido.

- 28 Si se admite la concepción «realista» del delito, el discurso podría ser efectuado de manera diferente. En efecto, los dos requisitos negativos del art. 185 podrían ser considerados dos elementos negativos del hecho típico, así como de las incriminaciones. Desde esta óptica, en efecto, se podría también sostener que los militares que obran por «necesidad» o «por un motivo justificado» comete un acto atípico, bajo el perfil de la necesaria lesividad. Pero esto sería sostenible sólo el interés tutelado por el art. 185 no fuese el de la población que no participa en el conflicto, y esto es en cuanto a este delito, como en todos los otros previstos en la misma sección del Código penal militar de guerra relativa a los actos ilícitos contra las personas de enemigos privados o de daño a los bienes enemigos, como ha sido sostenido: «el desvalor de la conducta incriminada es (rectius fuese) vinculado a la violación de las prescripciones que aseguran la protección de determinadas personas o cosas» (así BRUNELLI-MAZZI, p. 685). Pero esta tesis no convence. El interés tutelado por esta norma no puede ser el indicado, aunque lo que deja perplejo y no se explica es el porqué la norma habla de «enemigos privados», como si la violencia debiese ser ejercida contra una pluralidad de personas.

aplicaría si se admitiese que quienes ordenaron la represalia procedieron convencidos por error de que el atentado era un acto ilegítimo del Estado italiano. Por otro lado, no puede excluirse de manera expeditiva la posibilidad de que la acción de la Via Rasella pudo haber sido considerada, aunque erróneamente, una conducta atribuible al Estado italiano, aún si sólo se considera que la sentencia de 1948 ha excluido esta hipótesis únicamente porque ha estimado desproporcionada la reacción frente al perjuicio, y a pesar de que las decisiones pronunciadas recientemente sobre la responsabilidad de quienes colocaron las bombas en la Via Rasella han estimado este «atentado» como una acción de guerra<sup>29</sup>.

La misma apreciación puede hacerse con referencia a la existencia de un peligro efectivo de que la población estuviese lista para rebelarse y tomar las armas. También en relación con esta circunstancia, antes de excluir la importancia putativa de la eximente, hubiera sido necesario esclarecer si los alemanes, en ese periodo, no temían realmente que la población estuviese por rebelarse o por tomar las armas.

Este problema tampoco puede ser considerado resuelto mediante los argumentos planteados sobre la «desproporción», porque todo lo afirmado sobre este punto, en la sentencia, en lugar de resolver el problema lo complica. Esto se debe a que lo expuesto en la parte dedicada al exceso culposo merecía mucho más atención.

### **8.b. El carácter « vinculante » de la orden**

La falta de perspectiva «histórica» se evidencia plenamente, de algún modo, cuando en la sentencia se examina el delicado punto de la aplicabilidad de los art. 40 cpmp y 51 cp.

El problema era establecer si Pribke y Hass habían, por error, considerado la orden como legítima (art. 51, inc. 3, cp) o, si habiéndose dado cuenta que la orden era ilegítima, la cumplieron por que la consideraron «vinculante» (art. 51, inc. 4 cp).

Ciertamente, lo que no convence no es la conclusión a la cual se llega, sino sobre todo el *iter* lógico seguido en la motivación.

Las consideraciones desarrolladas en la sentencia sobre este punto, en efecto, aparecen afectadas por una suerte de distonía. Así y tras haber destacado justamente que, en el caso en cuestión no puede no aplicarse el art. 40 cpmp,

---

29 Ver por último Cass. I, 18.3.1999 (c.c. 23.2.1999), NAPPI, p. 65 ss.

vigente en el momento en que fue cometido el hecho y actualmente derogado, interpreta esta norma en un sentido que se ha confirmado progresivamente a partir de los años 70. Tal interpretación, en substancia, se ha atribuido, primero, a la previsión contenida en el mismo art. 40 y tras su derogación, a los dos últimos incisos del art. 51 cp, con un alcance diferente al que se otorgaba a esta norma cuando el hecho fue cometido.

La «tesis» sostenida en la sentencia comentada puede resumirse de la siguiente manera.

Los arts. 51 cp y 40 cpmp han sido siempre consideradas como normas «complementarias». El art. 40 cpmp, fue introducido para confirmar, esencialmente, los principios previstos en el art. 51 cp. En consecuencia, aún en el supuesto en que aplicara al caso analizado el art. 40 cpmp (derogado), hay que recurrir al art. 51 cp para determinar si los imputados han actuado porque, equivocadamente, consideraron que la orden era legítima o porque no requería ser controlada. El inciso 3 del art. 51 cp debe interpretarse, siempre según la sentencia comentada y como lo señala la doctrina más reciente, como circunstancia de impunidad y, concretamente una causa de exclusión del dolo. Mientras tanto, la disposición contenida en inciso siguiente sólo es una hipótesis meramente residual (respecto a la indicada en el inciso precedente). Ésta sólo puede ser aplicada en el caso en el que quien ejecuta la orden, sin darse cuenta de que la orden es ilegítima, la hubiese ejecutado después de haber percibido un conflicto «interno», en el que el deber de obedecer ha prevalecido sobre la «consciencia» que impulsaba a desobedecer la orden por ser ilegítima.

Ahora bien, la cuestión no consiste en descubrir si esta interpretación del factor normativo es o no correcta; luego veremos cuales son las dudas que una interpretación de este tipo suscita. Lo que merece destacarse es que este proceder constituye una interpretación «forzada».

No es materia de discusión el hecho que el juez, al aplicar la ley, no está obligado a interpretarla de la misma manera como era interpretada en el momento de cometerse los hechos.

Sin embargo, éste no es el problema. La cuestión es que la interpretación de la norma antes señalada representa una conquista de los últimos lustros y postula, además, una evolución normativa y cultural que era inimaginable en la época en que fueron cometidos los hechos.



Para darse cuenta de la importancia de esta constatación basta recordar las etapas de la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, cuyo resultado es la renovación notable en el ámbito de aplicación de las normas antes recordadas.

### **8.b.1. La ley penal siempre ha previsto un tratamiento «especial» para el militar que comete un delito al obedecer una orden<sup>30</sup>.**

A fines del siglo pasado, durante la vigencia del Código Zanardelli<sup>31</sup>, el militar que en cumplimiento de una orden cometía un delito respondía por el delito cometido (conjuntamente con quien había dictado la orden), sólo si la orden era «criminoso»<sup>32</sup>. El militar, sin embargo, no tenía poder alguno para controlar la orden ni formal, ni substancialmente, salvo para valorar su carácter «criminoso»<sup>33</sup>. Sólo si la orden era delictiva, efectivamente, el militar podía desobedecerla sin incurrir en la severa sanción prevista para los delitos de desobediencia<sup>34</sup>.

Precisamente por ello, el inciso 4 del art. 51, del Código Rocco, preveía expresamente, en 1930, que «no era punible quien ejecuta una orden ilegítima, cuando la ley no le permite control alguno sobre la legitimidad de la orden»<sup>35</sup>.

---

30 Cfr. CARRARA, p. 289 s.

31 El art. 49 del Código de Zanardelli, previsto en el Título dedicado «a la imputabilidad y a las causas que la excluyen», preveía la no punibilidad de quien hubiese cometido el hecho en ejecución de una «orden» que estaba «obligado a ejecutar», la misma que debía haber sido emitida «por autoridad competente», precisando también que «si el hecho cometido en ejecución de una orden de un oficial público» constituía delito, «la pena establecida para el mismo» se aplicaba «al oficial público» que había «dado la orden». La disposición inserta, primero, en la parte especial del Código (art. 199) fue desplazada a la parte general durante los trabajos preparatorios (ver Progetto del codice penale, allegato alla legge 22.11.1888, Roma, 1889, Verballi della commissione, p. 164).

32 Ver por todo MANZINI, 1908, p. 208 ss, quien afirma que «sólo la perpetración de una orden imponiendo la ejecución de un delito previsto por cualquier ley penal deja intacta, por tanto, la responsabilidad del subordinado militar» (p. 216).

33 Cfr. CRIVELLARI, p. 494 ss, quien señala que «el vínculo de la disciplina es una necesidad entre los militares» y que «no puede negarse el vínculo de la disciplina imponga el deber de obediencia pasiva, pero este deber no puede ser impuesto de modo absoluto, debiendo ser limitado a aquellos hechos que tienen una relación inmediata con el servicio militar; especialmente en tiempo de guerra. Entonces el soldado es una máquina; el soldado que discute las ordenes superiores es la peste de los ejércitos» (p. 499). Cfr. También MAJNO, p. 130, pero que no se limita en particular al problema de la responsabilidad de los militares. En jurisprudencia, ver Cas. 14.5.1917, Riv. Pen. LXXXVI, p. 563.

34 Ver MANZINI, 1908, p. 216, quien se refiere expresamente sea al art. 112 del Código penal del ejército de 1869, sea al art. 130 del Código penal militar de la marina de 1869, que penaban la desobediencia por entonces.

35 El art. 51 del Código de Rocco representa, en el momento en que es promulgado el Código de 1930, una simple «clarificación del art. 49, n. 1, del Código penal de 1889, porque —como se lee en la exposición de motivos— los principios fijados en el art. 51 sirven para cristalizar

Para los redactores del Código Rocco, no cabía duda que el militar que, al obedecer una orden, cometía un delito sólo podía ser penado si la orden era «delictiva»<sup>36</sup>.

La *ratio* de esta norma es, por otro lado, clara.

Para el Estado totalitario, el «estado ético», el respeto de la jerarquía y el deber de obediencia constituyen valores fundamentales<sup>37</sup>.

La orden es un «mandato» que presupone la existencia de una relación jerárquica, por ello, quien se encuentra en una situación de subordinación en el marco de esa relación, tiene el deber de obedecer<sup>38</sup>.

El militar, en particular, tiene un deber de obediencia absoluta, por cuanto no se le permite revisar (ni formal, ni materialmente) la legitimidad de la orden<sup>39</sup>.

---

«aquellos acogidos por la doctrina y la jurisprudencia» cuando era vigente el anterior código. Ver la Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, p. 93, citada también por MANZINI, 1961, p. 303, n. 2.

36 Ver MANZINI, 1961, p. 330. Se nota que inmediatamente después de entrado en vigencia el Código se agrega, que la incriminación del inciso 4 citado debía aplicarse también en el caso en que la orden sea manifiestamente delictuosa (cfr. FALCHI, p. 196 ss.)

37 Cfr. DELITALA, p. 570, quien al abordar el problema de la fuerza vinculante de la orden ilegítima escribe: «En el ordenamiento jerárquico de la administración existen quien es llamado a impartir ordenes y quien debe ejecutarlas. Y no es concebible, si no se quiere correr el riesgo de subvertir el principio de jerarquía y de paralizar la actividad del Estado, que quien debe sólo ejecutar una orden pueda cuestionar la intrínseca legalidad, aún si la ejecución de aquella orden lesiona un interés penalmente tutelado que la ley consiente a sacrificar sólo en circunstancias particulares y bajo determinados presupuestos. La valoración de tales circunstancias y presupuestos es exigida sólo al superior; al inferior no le queda, por tanto, que proceder a la ejecución de las ordenes que deben presumir legítimas, aun cuando no lo fuera» (la cursiva es del autor).

38 Ver MANZINI, 1961, p. 323 ss. Para una indagación más profunda sobre lo que debe entenderse por orden, ver en particular SANTORO, p. 29 ss.

39 Cfr. Ver la Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, I, p. 95, en la que se lee: «alguno había deseado que se sometiese explícitamente la no punibilidad del agente a la condición que la orden provenga de la autoridad *competente*, aun cuando la ley cuando la ley no admite ningún cuestionamiento sobre la legitimidad de la orden. Tal propuesta contiene una contradicción manifiesta, porque la exclusión de todo cuestionamiento no puede consentir evasión de cualquier tipo de parte de quien debe obedecer. Si éste fuese autorizado para indagar y valorar el respeto de los límites de la competencia en la emanación del acto, estaría fuera de la hipótesis prevista en el último inciso examinado, el que, con la enérgica expresión: *alcun sindacato*, quiere precisamente identificare la persona indicada por la ley para obedecer, sin facultad de cualquier control sobre la medida del poder de quien dicta la orden (el cursivo es del autor).

El militar debe «presumir» la legitimidad de la orden, tan es así que su deber de obediencia tiene sólo un límite, el cual es fijado por la ley penal.

El militar, por tanto, debe ejecutar todas las órdenes, a excepción de la orden delictiva, puesto que si desobedece tal orden no responde por el delito de desobediencia<sup>40</sup>.

A partir de 1941, el art. 40 del código penal militar de paz reconoce al militar el poder de revisar la legitimidad formal de la orden; de modo que transforma la excepción prevista en el art. 51, inc. 4, cp, en una regla general; y aclara, además, que quien comete un delito con ocasión de la ejecución de una orden responde del delito cometido sólo si la orden era manifiestamente criminosa<sup>41</sup>.

El art. 40 cpmp, por tanto, precisa que el militar no puede «presumir» la legitimidad de la orden que se le ha impartido, ya que tiene el deber de controlar, ante todo, que ésta sea formalmente legítima (esto es, impartida por el superior competente) y, así mismo, sobre todo, que el militar que recibe la orden formalmente legítima está obligado a obedecer, salvo si ejecutarla constituye «manifiestamente un delito».

Así mismo, del tenor de esta disposición resulta claro, por un lado, que el militar no tiene ningún poder para revisar la legitimidad substancial de la orden; y, por otro, que está obligado a ejecutarla a pesar de ser substancialmente ilegítima, siempre que la ejecución no constituya de modo manifiesto un delito.

El esquema es claro: deber de revisar la legitimidad formal de la orden; prohibición de revisar la legitimidad substancial de la orden; prohibición de obedecer la orden que constituye manifiestamente un delito.

En este marco, lo que es difícil de establecer es cuál es la regla para los casos en que el militar ejecuta una orden que no es manifiestamente delictiva pero sí es evidentemente ilegítima desde el punto de vista substancial.

Respecto a esta hipótesis, se hace referencia al art. 173 cpmp, el cual castiga la desobediencia del militar. Además, se considera, de manera justa, que la causa de exclusión de la punibilidad, prevista para el militar que, al ejecutar una

---

40 Para darse cuenta de cuan radical es esta idea basta con indicar que SGUBBI, p. 485, veinte años después de la entrada en vigor de la Constitución, escribe: «que la ley penal militar no consiente, ni impone, a diferencia de la ley común, ningún control sobre la forma exterior de la orden; si el subordinado, responde del delito común cometido en ejecución de una orden formalmente legítima, no será castigado por el delito militar que ha cometido en ejecución de una orden del indicado tipo».

41 Cfr. BRUNELLI-MAZZI, p. 97 ss.

orden ilegítima, comete un delito, opera en los límites mismos en que se aplica el tipo relativo al delito de desobediencia<sup>42</sup>. Ambas normas se presentan como las dos caras de Jano<sup>43</sup>.

La única certeza que siempre ha existido es la siguiente: el ámbito del tipo incriminador de la desobediencia no puede superponerse al de la causa de exclusión de la punibilidad, la cual sirve precisamente para dar garantías a quien, por obedecer una orden, está «obligado» a cometer un delito<sup>44</sup>.

Precisamente, este es el motivo de porqué la concepción seguida en la sentencia comentada se concreta sólo después de comenzar a interpretar de manera moderna el art. 173 cpmp. Y esto sólo desde que, también en la jurisprudencia, se consideró que «la orden contraria a la ley, aunque no manifiesta, no hubiera podido constituir el presupuesto del delito de desobediencia, vid. art. 173 cpmp, no pudiendo éste efectivamente (esto es en concreto) afectar el servicio o a la disciplina»<sup>45</sup>.

El cambio merece una particular atención.

La cuestión, hasta este punto, es que al referirse al militar se entiende que el ejecutor puede negarse sólo a cumplir la orden manifiestamente criminosa, porque sólo en este caso se admite que la desobediencia no constituye un elemento del delito de desobediencia. Mientras que, tras el cambio antes señalado, se llega a considerar que el militar no tiene el deber de ejecutar la orden cada vez que se da cuenta que ésta es, por cualquier razón, formal o substancialmente, ilegítima. Además, se estima que este principio vale también en el caso en el que la orden no sea manifiestamente ilegítima, si no simplemente ilegítima.

Dicho de otra manera, primero el militar era siempre calificado de culpable por desobediencia, salvo cuando hubiese desobedecido una orden formalmente ilegítima o manifiestamente criminosa. Luego, a fines de los años 70, una serie de modificaciones llevan a afirmar que el militar no puede ser calificado de

---

42 Ver Tribunale Supremo Militare, 3.12.1955, con nota de FALCHI, p. 199.

43 Cfr. PELLEGRINO, p. 150 ss y la doctrina citada. En cuanto a la jurisprudencia ver las numerosas sentencias citadas por MANZINI, 1961, en particular p. 325, nota 3 y p. 326 nota 6. Contra ver PADOVANI, p. 170 s., quien en la distinción entre orden vinculante y la orden insindicable, destaca que el primer concepto pone en evidencia la no punibilidad del subordinado, mientras el segundo destaca que hay responsabilidad en caso de rechazo. Lo que es verdad, lo que no excluye que en nuestro ordenamiento, como el mismo autor lo reconoce, los dos conceptos operan en simbiosis.

44 Cfr. BRUNELLI-MAZZI, en especial p. 101 ss.

45 Ver por todo BRUNELLI-MAZZI, p. 101.

culpable de desobediencia ni siquiera en el caso en el que la orden que se ha negado cumplir resultaba sustancialmente ilegítima, aunque no manifiestamente ilegítima.

Una vez producido este cambio, también el ámbito de aplicación de la norma que excluye la punibilidad para el militar que ejecuta una orden ilegítima es modificado sustancialmente.

Si el militar, como cualquier otro oficial público, tiene el deber de controlar las órdenes no sólo desde la perspectiva formal, sino también desde el punto de vista sustancial, es evidente que no hay razón alguna para conservar un tratamiento de «favor» respecto al militar que comete un delito por ejecutar una orden que pueda ser por cualquier circunstancia ilegítima.

El punto es que, estos cambios, se llevan a cabo, como se ha expresado anteriormente, a finales de los años 70, y precisamente cuando es derogado el art. 40 cpmp e introducido el nuevo reglamento de disciplina militar.

El estudio de estos cambios, en realidad, hacen posible que las tesis «adoptadas» en la sentencia comentada prevalezcan sobre el viejo y consolidado ordenamiento, que consideraba que el militar tenía el deber de desobedecer sólo a las órdenes formalmente ilegítimas o manifiestamente criminosas<sup>46</sup>.

Para dar este paso, además, ha sido necesario invocar la Constitución y volver a plantear la discusión del sistema del Código.

Ha sido el estudio del art. 28 de la Constitución el que conduce a percibir, como ha sido indicado, con cierta «desconfianza la transformación del funcionario en un dócil ejecutor de otra voluntad aun delictiva, a la cual estaría obligado a someterse y por cuya actuación no tendría ninguna responsabilidad<sup>47</sup>»

La derogación del art. 40 cpmp y la introducción de las nuevas normas reglamentarias han permitido a los estudiosos del derecho penal militar «cancelar» la distinción entre órdenes vinculantes y órdenes no vinculantes, entre órdenes controlables y órdenes no controlables, entre militares y empleados civiles<sup>48</sup> del Estado, etc.

Pero estas normas no existían en 1944, cuando fue cometido el hecho por el que los imputados fueron condenados al ergastolo.

---

46 BRUNELLI-MAZZI, p. 101.

47 Así, PADOVANI, p. 169.

48 Ver por todo BRUNELLI-MAZZI, p. 101.

Hasta fines de los años 70, la orden vinculante era una realidad normativa, así como la imposibilidad de revisar la orden que no sea manifiestamente delictuosa.

Por esto la sentencia comentada hubiera debido prestar mayor atención a la dimensión histórica del proceso.

**8.b.2. Cuando la sentencia examina los problemas señalados anteriormente debió, ante todo, distinguir entre la aplicabilidad del inc. 3 del art. 51 cp, y la aplicabilidad del inc. 4 del art. 40 cpmp.**

Después, habría debido establecer si los imputados habían obrado porque consideraron la orden como legítima, partiendo de la consideración de que, entonces, al militar sólo le era permitido revisar la legitimidad formal de la orden. Enseguida, hubiera debido constatar, eventualmente, si la orden fue considerada legítima por un error sobre los hechos o si este error era debido a la culpa del agente.

Sólo después de haber constatado que la orden había sido ejecutada con la consciencia plena de que era legítima, la sentencia debía haber analizado el problema relativo al carácter vinculante de la orden, esto es la aplicación del art. 51, inc. 4 cp, o mejor aún del art. 40 cpmp.

Conjuntamente con este punto, la sentencia debió tener en cuenta en su argumentación, especialmente, el marco normativo existente en el momento en que fue cometido el hecho. Y, así mismo, que las órdenes se consideraban vinculante salvo si hubieran sido formalmente ilegítimas o manifiestamente delictivas; puesto que, únicamente cuando la orden haya sido formalmente ilegítima o manifiestamente delictiva el militar podía negarse a obedecerla sin incurrir en las severas sanciones previstas en los códigos militares para la desobediencia.

La sentencia, por tanto, debió verificar si los imputados hubieran podido ser perseguidos por delito de desobediencia<sup>49</sup> por haberse negado a obedecer la orden que les había sido impartida. Teniendo presente, ante todo, que en el ordenamiento alemán existían, en la época en que fueron cometidos los hechos, al menos para situaciones muy precisas, las denominadas órdenes penalmente

---

49 Cfr. MILAZZO, p. 1123 ss.

ilícitas, pero vinculantes<sup>50</sup>; y, así mismo, que la desobediencia a estas órdenes era penalmente sancionada, en algunos casos con la pena de muerte<sup>51</sup>.

Mas aún, la sentencia habría debido tener presente que, en 1944, también nuestro ordenamiento imponía a los militares obedecer las órdenes substancialmente ilegítimas, no concurriendo una desobediencia relevante a efectos penales cuando la orden era formalmente ilegítima o al menos *manifiestamente* delictiva<sup>52</sup>. La orden vinculante y penalmente ilícita, además, ha estado siempre en el «corazón» tanto del art. 51 cp como del art. 40 cpmp. En realidad, es evidente que, precisamente, el legislador se ha basado en este concepto para redactar los últimos tres incisos del art. 51. Así, la hipótesis tomada en cuenta es, justamente, aquella del «hecho que constituye delito ... cometido por orden de la autoridad». Por esto, para los redactores del código común está claro que el delito es uno solo y que existen órdenes penalmente ilícitas y vinculantes.

La prueba se encuentra en el art. 40 ya citado, que hacía expresa referencia a las órdenes que constituían «manifiestamente un delito», dando por aceptado que podían ser órdenes obligatorias penalmente ilegítimas, si bien no manifiestamente ilegítimas (*rectius* delictuosos)<sup>53</sup>.

---

50 El art. 47 de las leyes penales militares introducido en 1926 y vigente en la época de los hechos admitía sólo la sindicabilidad de las ordenes delictuosas. Cfr., en doctrina VON HIPPEL, p. 177, quien escribe: «Cuando el mandato es antijurídico y la ejecución tiene lugar con consciencia de tal antijuricidad, el subordinado es punible como autor ... Obra lícitamente el subordinado en el caso que ejecute con buena fe la orden contraria al delito aunque en el caso excepcional del llamado deber ciego de obediencia». Y para el ordenamiento alemán esto no era objeto de discusión: ver BERNER, p. 117; cfr. PADOVANI, p. 176 s.

51 El parágrafo 94 de la ley penal militar en vigor a la época en Alemania establecía «1) Quien no obedece a palabras o acciones o persevera en la desobediencia a una orden de manera repetida en hechos de servicio, es castigado con arresto de rigor no inferior de 14 días o con cárcel o la detención en fortaleza. 2) Si el delito es ejecutado en operaciones o constituye un caso particularmente grave, entonces puede ser reconocido merecedor de pena de muerte o ergastolo o reclusión temporal de uno a quince días».

52 MIRRO, p. 48 ss.

53 Se nota que la misma sentencia cuando aborda el problema de la aplicabilidad de la atenuante de haber obrado en ejecución de una orden, ex art. 59, inc. 1, n. 1, c.p.m.p., observa que «en la vigencia del art. 40 c.p.m.p., queda poco espacio para la aplicación del art. 59, n. 1, c.p.m.p., en presencia de una orden del superior cuya ejecución constituye delito (sic). En efecto, normalmente —como se ha visto— el inferior no respondía por la ejecución de la orden ilícita, siendo no exigible el comportamiento desobediente. El espacio para la responsabilidad a título de concurso con el superior era referido a los casos de criminalidad manifiesta en los cuales el conflicto de deberes a cargo del inferior no se realizaba por faltar el deber de obediencia».

Es verdad que delictivo, a los efectos de aplicar el art. 173 cpmp, se consideraba a la orden que incluso no siendo manifiestamente delictiva, por cualquier razón, resultaba ilegítima por ser contraria a una norma penal común o especial, y en este caso la desobediencia no era castigada. Pero también es verdad que no había duda, al menos hasta los años 70, sobre el hecho que el militar no podía revisar la legitimidad substancial de las órdenes<sup>54</sup>.

Dicho de otra manera, la sentencia no hubiera debido analizar el problema de la aplicabilidad del art. 51, inc. 3, partiendo, ante todo, de la consideración de que el militar siempre tiene el deber de controlar tanto la legitimidad formal como la substancial de las órdenes y que, por esto, el militar que ejecuta una orden substancialmente ilegítima no puede invocar para excusarse la previsión contenida en el inc. 3 del art. 51 cp.

Además, la sentencia tampoco debería haber tratado el problema del manifiesto carácter delictuoso de la orden, dando nuevos alcances a la versión original de los dispuesto en los arts 51, inc. 4 cp y 40 cpmp. Así lo ha hecho, por el contrario, partiendo del presupuesto de que estas normas sirven sólo para regular los casos en que el ejecutor actúa después de haber vivido un conflicto de «consciencia» o, mejor todavía, un drama interno que lo ha conducido a ejecutar la orden sólo porque la consciencia lo ha «constreñido» a estimar preeminente el deber de obedecer.

En verdad, esta interpretación, actualmente, tiene que ser aceptada; sin embargo, subsiste alguna una duda que, en realidad, no es insignificante como se verá más adelante. Pero a finales de los años 70, como se ha visto, la situación era diferente, justamente, en el plano normativo. Por esto, hubiera sido conveniente que la sentencia comentada prestará mayor atención a la «historia».

### **8.b.3 La sentencia analizada, de alguna manera, presenta otro aspecto también criticable, en relación con el iter lógico seguido para interpretar el art. 51, incs. 3 y 4 cp, que no puede ser compartido por consideraciones de dos clases.**

En primer lugar, porque la hipótesis regulada en el inciso 3 del art. 51 cp es una causa de exclusión de la culpabilidad y no del dolo, como se afirma en la sentencia.

---

54 Ver por todo PELLEGRINO, p. 150 ss, quien se muestra preocupado por la orientación diferente de la doctrina tradicional.



En segundo lugar, porque la norma prevista en el inc. 4 del mismo artículo debe ser considerarse como una excluyente de la punibilidad, y no, como se sostiene en la sentencia, una causa de exclusión de la culpabilidad. En la sentencia, se atribuye al inciso 4 del art. 51 cp una función meramente subsidiaria respecto a la regla prevista en el inciso anterior del mismo artículo.

El inciso 3 del art. 51 cp, como ha sido señalado, establece que el oficial público que comete un delito con ocasión de ejecutar una orden ilegítima, en principio, responde del delito por él cometido, «salvo que, por error de hecho, hubiese creído obedecer una orden legítima».

Ahora bien, la sentencia, como ya se ha afirmado, califica esta causa de exclusión de la punibilidad como una causa de exclusión del dolo y, por tanto, en buena cuenta, como una hipótesis particular de error de hecho.

En este sentido, es evidente que la sentencia sigue la concepción según la cual esta disposición regula una hipótesis particular de error de hecho que excluye el dolo. Y, precisamente, por esto se debe admitir que esta disposición considera importante no sólo el error sobre el hecho, sino también el error sobre la ley no penal y el error inevitable sobre la ley penal<sup>55</sup>.

El error sobre la legitimidad de la orden, sin embargo, no puede ser considerado un error de hecho que excluye el dolo, porque la ilegitimidad de la orden no es un elemento constitutivo del tipo legal. El militar que ocasiona la muerte de una persona, en el erróneo convencimiento de que ejecuta una orden legítima; siempre que por error considere legítima la orden ilegítima, no incurre en error de hecho porque el art. 575 cp pena, como se sabe, a quien ocasiona la muerte de una persona.

Además, el error sobre la legitimidad de la orden es un error que no recae sobre la legitimidad en tanto elemento normativo de la excusa<sup>56</sup> prevista en el inc. 1; en este caso, ni siquiera se puede invocar la teoría que considera las excusas como elementos negativos del tipo legal<sup>57</sup>.

El error respecto a la legitimidad de la orden constituye un error que vicia el proceso de motivación del agente<sup>58</sup>. Quien ejecuta una orden ilegítima debido a

---

55 Ver por todo BRUNELLI-MAZZI, p. 106.

56 Cfr. PULITANÒ, p. 330.

57 Cfr., por último sobre la tipicidad DE VERO, p. 841.

58 Al respecto, en verdad, la misma sentencia, al menos al hablar del carácter obligatorio del orden, llega a afirmar que en este caso la punibilidad está excluida porque la fuerte presión bajo la cual ha obrado el oficial público determina que la ley admita que «su voluntad no se ha formado siguiendo una proceso normal de motivación».

que, por un error, estimó que la orden es legítima, obra representándose perfectamente todos los elementos del hecho típico. Sin embargo, al partir del presupuesto equivocado de que la orden sea legítima, considera que lo que hace no está prohibido<sup>59</sup>.

Por tanto, el error sobre la legitimidad de la orden no puede ser considerado como «similar» al error de hecho que excluye el dolo, porque es un error sobre la antijuridicidad que excluye la culpabilidad. En el error de hecho, «el agente *no sabe lo que hace*» (esto significa, precisamente, que falta el dolo). En el error sobre el carácter ilícito del acto, el agente «sabe, por el contrario, muy bien lo que hace, *pero cree por error que le está permitido hacerlo*». «No es, entonces, el dolo el que es excluido; sino la culpabilidad del sujeto cuya actitud es análoga a la de quien se equivoca sobre la ley penal. Ambos se encuentran en efecto, en una situación en la que no pueden ser motivados por la norma prohibitiva: uno, porque no conoce la eficacia de la prohibición, el otro porque cree que la eficacia de la prohibición es neutralizada por una norma contraria»<sup>60</sup>.

Contra esta interpretación no cabe objetar que termina considerando a la disposición examinada como una repetición inútil de la previsión contenida en el último inciso del art. 59 cp, ya que, por el contrario, en este sentido se comprende que la disposición prevista en el art. 51, inc. 3, cp, introduce una excepción a la regla general establecida en el art. 59, último inciso cp.

En realidad, si se comparan estas dos normas debe señalarse, en primer lugar, que mientras esta última disposición da importancia al error, así simplemente, y, por tanto, al error de hecho, al que recae sobre la ley no penal y al error inevitable sobre la ley penal, el error al que se refiere el inc. 3 del art. 51 es sólo el error «de hecho». En segundo lugar, que esta última regla no prevé una responsabilidad por culpa residual; mientras que, el último inciso del art. 59 estatuye, expresamente, que en el caso de error debido a culpa, el agente responde del delito, si éste es reprimido expresamente a este título.

La disposición contenida en el inciso 3 del art. 51 cp, por tanto, sirve justamente para esclarecer que el oficial público puede invocar como excusa el error sólo en el caso en que se equivoca al valorar la específica situación de hecho, la misma que constituye el presupuesto necesario e indispensable para que la orden sea legítima. En otras palabras, el dictado de una orden, general-

---

59 Cfr. FIORE, p. 413 ss; como DE FRANCESCO, p. 107 ss, quien propone que se sustraiga de la culpabilidad cualquier «elemento significativo concerniendo la valoración legal del hecho».

60 Así, FIORE, p. 415.

mente, significa que se ha verificado un «hecho» que representa la condición indispensable para que la orden sea legítima; pero que si faltara, esta misma orden sería ilegítima.

El oficial público que ejecuta una orden no puede invocar como excusa el error sobre la ley extrapenal y menos aún el error sobre la ley penal.

En base a lo previsto en el art. 51, inc. 3, cp, hay que admitir que el oficial público que debe ejecutar una orden tiene siempre el deber de revisar tanto la legitimidad formal cuanto la substancial de la orden<sup>61</sup>. Y, si por error, considera legítima una orden ilegítima, el error excluye la culpabilidad, dolosa o culposa, sólo cuando se trate de un error sobre la situación de hecho que constituye el presupuesto para que la orden sea legítima.

Así, por ejemplo, un error excusable podría existir en el caso del militar a quien se le dice que un atentado acaba de ser cometido por un grupo de personas que no forma parte de la tropa enemiga, que dicho atentado ha provocado la muerte de diez de sus colegas y que el Estado Mayor ha decidido, a título de represalia, que se maten a diez de las personas capturadas en el momento en que tuvo lugar el atentado por considerárseles responsables. El soldado que no tiene la posibilidad material de darse cuenta si todo lo que se le ha dicho es verdad, podría invocar como excusa el error. Pero, si al mismo militar se le dice que quienes van a ser fusilados son prisioneros de guerra que no han tomado parte en el atentado, no puede excusarse diciendo que no sabía que la represalia, con base en las reglas que la norman, no puede practicarse contra prisioneros de guerra.

El otro punto débil de la sentencia comentada concierne a la parte basada en la interpretación del último inciso del art. 51 del cp.

Ahora bien, al respecto no hay que olvidar que la doctrina no es unánime respecto a la naturaleza de esta causa de exclusión de la represión; algunos autores la consideran una eximente<sup>62</sup>, otros una causa de exclusión del dolo y, por último, otros una causa excluyente de la culpabilidad<sup>63</sup>.

En realidad, sobre este tema existe también un poco de «confusión», la misma que puede ser originada por el hecho que muchas veces las dos causas de exclusión previstas en los incisos 3 y 4 del art. 51 cp, han sido estudiadas en

---

61 Así, PADOVANI, p. 173.

62 Cfr., SALTELLI-ROMANO-DI FALCO, p. 310 s; MAGGIORE, p. 300 y 301; y ANOLISEI, p. 254.

63 Ver MESSINA; NUVOLONE, en particular p. 114 ss; SANTORO, p. 252 ss; y por último BRUNELLI-MAZZI.

el capítulo dedicado a la ejecución de la orden legítima, sin prestar la debida atención a la diferencia existente entre la previsión contenida en el inciso 3 y en el inciso 4 del mismo artículo.

Los autores que consideran que se trata de una eximente, en realidad, se centran sobre todo en la previsión contenida en el inc. 4. Es en relación con esta disposición, esencialmente, que llegan a sostener que se trata de una eximente, que opera de la misma manera que aquella contemplada en el inc. 1 del art. 51 c.p.

Los autores que defienden la tesis de la causa de exclusión de la culpabilidad o del dolo parten, por el contrario, de la regulación prevista en el art. 51, inc. 3 cp. Y, tras haber destacado que en este caso nos encontramos ante una causa de exclusión, sea precisamente de la culpabilidad o del dolo, llegan a considerar causa de exclusión de la culpabilidad también a la hipótesis prevista en el inc. 4 del mismo artículo. Así consideran, en buena cuenta, que no es plausible llegar a admitir que en un Estado de derecho el legislador pueda colocar en el mismo plano a quien ejecuta una orden legítima y a quien, por el contrario, es consciente de ejecutar una orden ilegítima<sup>64</sup>.

Ahora bien, al abordar en un primer momento el problema, hay que admitir el segundo planteamiento. Esto se debe a que hay que reconocer que, de acuerdo con lo antes señalado, la teoría de la causa de exclusión de la culpabilidad, en efecto, da en el blanco.

Las premisas de las que parte esta concepción, además, son sin duda justas.

Según esta orientación, en efecto, en un Estado de derecho se debe admitir, en principio, que la orden ilegítima no puede considerarse obligatoria<sup>65</sup>. Así mismo, que la valoración de la legitimidad formal y sustancial de la orden «representa para el inferior», en virtud de lo previsto en el inc. 3 del art. 51 citado en cuanto a los fines de la ley penal, «una obligación jurídica, cuya sanción, en caso de incumplimiento» es la «responsabilidad» del ejecutor «por el delito cometido»<sup>66</sup>.

El problema consiste en que este criterio resulta «frágil» por dos consideraciones.

---

64 Cfr., PULITANÒ, p. 328.

65 MESSINA, p. 30. Pero aún en los trabajos preparatorios del Código Rocco se dice que el art. 51 «reconoce y reafirma el principio general, fundamental de todo ordenamiento civil, que se debe obedecer a una orden sólo sea conforme a la ley» (Relazione citada, p. 95.)

66 Ver PADOVANI, p. 118.

Primero, porque si se consideran que todas las órdenes<sup>67</sup> pueden ser revisadas y si se estiman ilegítimas también las órdenes que no sean manifiestamente ilegítimas<sup>68</sup>, ciertamente, no resulta posible comprender en qué casos esta disposición puede ser aplicada; es decir, cuándo el oficial público puede encontrarse ante un «conflicto de deberes» que lo obliga a obedecer la orden sabiendo que ésta es ilegítima<sup>69</sup>.

Dos son las hipótesis: por un lado, o existe un conflicto a nivel normativo y este puede adquirir importancia en el momento en el que «condiciona» el proceso de motivación de quien comete el delito mediante la ejecución de una orden. Pero en este caso no se comprende por qué el conflicto no deba ser valorado en el plano, sobre todo, objetivo y, luego, también subjetivo<sup>70</sup>. Por otro lado, o bien no existe conflicto en el plano normativo, pero entonces no se comprende por qué adquiere importancia en el momento en el que se debe valorar la responsabilidad del oficial público<sup>71</sup>. No es posible pensar que la ley penal pueda haber tomado en consideración también los casos en que un sujeto obra condicionado por deberes que no existen en el plano normativo<sup>72</sup>.

Segundo, porque atribuye importancia sólo y exclusivamente a un conflicto «interno».

Si se llega a sostener, como lo hace la sentencia, que estas disposiciones sirven para resolver aquellos casos en los que surge, en la persona que debe obedecer, un conflicto entre el deber de obedecer la orden y el deber de obedecer a la propia consciencia, se incurre en un error. Esto se debe a que la «consciencia» no puede constituir un punto de referencia útil para determinar el ámbito de aplicación de una norma penal<sup>73</sup>.

---

67 BRUNELLI-MAZZI, p. 103.

68 BRUNELLI-MAZZI, p. 103.

69 Sobre este problema hay que decir que parecen conscientes aún los sostenedores de esta teoría, ver FIORE, p. 417; así como BRUNELLI-MAZZI, p. 108.

70 Cfr. FALCHI, *passim*, en la parte en que pone en relieve el contraste surgido, en los años 30, entre aquellos que consideraban que la manifiesta criminalidad debía ser constatada teniendo en cuenta sólo los datos objetivos y aquellos que, por el contrario, sostenían que era indispensable tener también en cuenta de la persona concernida, de cómo la orden había sido impartida, de cómo quien la había recibido la había «percibido», también bajo el perfil de su obligatoriedad, etc.

71 Cfr. DE FRANCESCO, p. 139 ss.

72 Si no existen en el plano normativo además no podría ser aplicado ni siquiera el art. 59, último inciso.

73 Cfr., en especial, ROSIN, *Ignoranza dei doveri militari*, in D.d.p. VI, 1992, p. 119.

Además, al respecto hay que plantearse la cuestión de cómo puede un juez establecer que el agente al momento de actuar ha experimentado una especie de conflicto «moral».

Una apreciación de esta naturaleza tendría como punto de referencia sólo la «sensibilidad» del magistrado<sup>74</sup>.

Es verdad que la tesis de la causa de exclusión de la culpabilidad es acertada, incluso, cuando afirma que, en un Estado de derecho, es más fácil admitir que el ordenamiento coloca en el mismo plano a quien obra por error que lo lleva a estimar legítimo una orden ilegítima y a quien, por el contrario, sabiendo que la orden es ilegítima, la cumple sólo porque está obligado por una obediencia «ciega» y absoluta<sup>75</sup>. Y, esto porque en el momento en el que se sostiene que también la hipótesis del último inciso del art. 51 prevé una eximente, se acaba por poner en el mismo nivel a quien obra para ejecutar una orden legítima.

Pero si se tiene presente que la norma originariamente debía regular una eximente<sup>76</sup>, hay que preguntarse, además, por qué no puede reconocerse a esta norma su función de eximente. Para lo cual se circunscribiría su ámbito de aplicación sólo a los casos en que las normas de derecho público (las que regulan las relaciones entre el que imparte la orden y el que debe ejecutarla) impiden a este último revisar de «algún» modo la legitimidad de la orden.

Además, considerando que el mismo código se remite a estas normas, e incluso asumiendo que en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplen casos en los que no se consiente que el subordinado controle de algún modo la orden, no existe razón alguna para mantener vigente una norma que no tiene otra razón de existir, ya que ha variado profundamente el marco en el que opera.

Si los militares tienen el derecho-deber de revisar la legitimidad formal y substancial de las órdenes que deben ejecutar, es obvio que no se les puede reservar un tratamiento «de favor».

---

74 NOBILI, p. 651, quien señala: «emerge un complejo desplazamiento de un sistema concebido y justificado por la supremacía de la ley, en uno siempre más directamente centrado sobre el poder del magistrado».

75 Atribuir a estas dos hipótesis la misma importancia haciendo referencia, así como lo hace la sentencia, a la no exigibilidad, no basta. De no exigibilidad se puede aún hablar en relación con el inciso 4, pero no tampoco en relación con el inc. 3 del art. 51 c.p. (cfr. PULITANÒ, op.cit., p. 328).

76 En tal sentido ver PADOVANI, p. 188. Contra BRUNELLI-MAZZI, p. 107.

El problema es que, a pesar de todo, el militar que no ejecute una orden aún ahora puede incurrir en delito.

Por esto, la disposición prevista en el inc. 4 del art. 51 no puede ser utilizada, al menos, en estos casos, porque, como ha sido puntualmente subrayado, no es «racionalmente posible que un mismo ordenamiento jurídico imponga a un sujeto la obligación de obrar o de no actuar, y simultáneamente lo amenace con una sanción en caso de que actúe o se abstenga. Si el actuar materializa un ilícito, «el no actuar debe ser lícito y viceversa». Y esto «no tiene necesidad de ser demostrado, pues aparece intuitivamente evidente»<sup>77</sup>.

Por estas consideraciones, la tesis de la eximente resulta actualmente más «atendible» que aquella que califica la regla prevista en el último inciso del art. 51 cp como una causa de exclusión de la culpabilidad.

## **9. LA VALORACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS**

Un último comentario, aunque breve y para concluir, merece esta sentencia, pues no puede dejarse de prestar atención a los «cánones» que en ésta se han adoptado al momento de excluir las circunstancias atenuantes previstas en los arts. 59, inc. 1, cpmp y 62 bis cp.

Lo que no convence, en particular, es la interpretación «completamente» subjetiva que se hace en la sentencia de la atenuante regulada en el art. 59 inc. 1, según la cual se atenúa la pena que debe imponerse al «inferior que ha sido determinado ... a cometer el delito» por el superior.

La sentencia sostiene que respecto a la aplicabilidad de esta circunstancia debe considerarse del todo irrelevante el hecho que el inferior haya obrado ejecutando una orden y, así mismo, que haya sido el superior quien ha hecho nacer en el inferior el propósito criminal, inexistente hasta entonces. Lo que importa es sólo el componente subjetivo, esto es el hecho que el inferior haya sido impulsado a actuar por el superior que ha abusado de su posición. La razón es que sólo en este caso el grado de culpabilidad de quien ha sido determinado a obrar puede considerarse menos reprochable en comparación con el mayor grado de culpabilidad de quien ha determinado el comportamiento.

---

<sup>77</sup> DELITALA, p. 567.

Pero, ante todo, la expresión «determinación» no puede ser considerada como un sinónimo de «aprovechamiento» o de «abuso». «Determinar», como lo admiten la doctrina y la jurisprudencia, quiere decir, hacer surgir un propósito criminal previamente inexistente.

El verbo «determinar» no designa, como lo sostiene la sentencia, «una conducta de aprovechamiento». Entre «abuso» y «determinación» subsiste una relación de causa a efecto.

La norma que se refiere al inferior que ha sido «determinado» a cometer un delito no sólo tiene en cuenta el momento en que se comete el «abuso», sino también el resultado que ha sido producido por quien ha aprovechado su poder de supremacía.

Por ello y aún admitiendo que la circunstancia puede ser aplicada sólo en el caso en que se haya dado una especie de «coacción psicológica»<sup>78</sup>, para decidir sobre su aplicación no basta, sólo y exclusivamente, la valoración del «abuso».

---

78 La afirmación según la cual la circunstancia puede reconocerse sólo en el caso en el que el superior había «abusado» de su posición para inducir al inferior a cometer el delito, en verdad, no convence totalmente; ante todo porque el art. 59, n. 1, citado, no hace ninguna referencia al «abuso», así como los arts. 114, inc. 2, y 112, n. 3 y 4, tampoco se refiere al «abuso». Así mismo no se puede considerar al «abuso» como un requisito implícito de la atenuante, ya que la ley penal, regularmente, cada vez que ha considerado el «abuso» lo ha hecho expresamente (Cfr. por todo STORTONI, *passim*). Es verdad que estas normas giran en torno a este concepto, porque el superior que «determina» al inferior a cometer un delito está claro que «abusa» de su poder, haciendo un uso distorsionado. Pero aquí «abuso», o mejor dicho la desnaturalización, el uso distorsionado del poder no representa la nota más importante, como lo afirma la sentencia (Ver por todo STORTONI, p. 180 ss). El art. 59, n. 1, por tanto, no puede ser interpretado tomando en cuenta este elemento. Además, es cierto, como sostiene la sentencia, que el art. 59, n. 1, representa una norma especial respecto a la contenida en el art. 114, inc. 2, c.p., y que es ésta la que debe considerarse al momento en que se interpreta la norma especial, no se puede dejar de indicar que este último reenvía al art. 112, n. 2 y 3, c.p., pero que no admite esta interpretación. En otros términos, si entre estas normas existe esta estrecha relación, si se retiene que la atenuante prevista en el art. 59, n. 1, citado, postula un verdadero y propio abuso, se debe admitir que un abuso igual constituye un requisito implícito también a las agravantes previstas en el art. 112, n. 2 y 3. Pero que la característica de esta circunstancia agravante no se encuentre en el «abuso» del poder resulta evidente, si sólo se piensa que ésta se aplica no sólo a las relaciones «de subordinación, vinculados a la investidura de los empleados y funcionarios públicos», pero también a «cualquier relación de hecho ... que comporta sometimiento» (Cass. VI, 26.3.1991 —ud. 26.9.1990—, in *Massimario delle decisioni penali*, 1991, m. 186.761, c. 220). En suma, lo que importa es la coacción psicológica y no el «abuso». Sobre todo, si en nuestro ordenamiento, el «abuso» caracteriza normalmente un valor de la conducta y no una particular peligrosidad social (ver por todo STORTONI, p. 55 ss).



Con el fin de establecer si tal circunstancia subsiste es necesario tener en cuenta también aquello que el superior ha logrado conseguir mediante el «abuso».

Si no se quiere invertir el orden natural de las cosas, es precisamente del resultado del que se precisa tomar impulso para emprender la marcha atrás.

Por tanto, antes de tomar en consideración el abuso hay que constatar si el inferior ha cometido el delito porque su superior ha logrado «convencerlo».

La sentencia acierta, más bien, cuando señala que para la concesión de esta atenuante no puede basarse sólo en una valoración «mecanicista».

Es obvio que esta atenuante no puede ser aplicada cada vez que el subordinado cometa el delito por cumplir una orden, pues a los fines de esta atenuante, es indispensable constatar también que dicha orden ha, realmente, determinado una situación de coacción psicológica; la cual, a su vez, debe haber impulsado al autor a actuar.

Por un lado, constituye una interpretación arbitraria e inaceptable que se sostenga en la sentencia, que la circunstancia consistente en que el superior haya impartido una orden es, por sí misma, del todo superflua respecto de la aplicabilidad de esta atenuante.

Por otro lado, esta arbitrariedad es «reconocida» en la misma sentencia, cuando, por coherencia, llega a afirmar que, «evidentemente, en el sistema original del código, la atenuante en cuestión resultaba aplicable en otras situaciones, en las que, la influencia del superior, su autoridad, calidad, posición jerárquica, hubiera inducido al inferior para que cometa el delito, prescindiendo de recurrir a la orden.

Según el sistema del código, por el contrario, es evidente que la atenuante sirve para «cubrir» los casos en los que el inferior comete un delito en cumplimiento de una orden. Esto responde a que, en las relaciones jerárquicas entre militares, precisamente, la orden es el instrumento que permite al superior ejercer sobre el inferior una verdadera y propia «presión psicológica».

Es verdad que esto no significa que la orden sea la condición indispensable para que la atenuante pueda operar, porque es evidente que el superior puede determinar al inferior a cometer un delito por diversos medios.

Esa será, probablemente, la razón por la que el art. 59, n. 1, no hace expresa referencia a la orden.

La sentencia, en verdad, llega a sostener que el art.59, n. 1, ya citado, sirve para regular los casos en los que el inferior ha obrado «prescindiendo» de una orden. Para esto, considera el derogado art. 40 cpmp, que preveía la responsabilidad del militar sólo para el caso en el que éste hubiese cumplido una orden manifiestamente criminosa. De acuerdo con el tenor de esta última disposición, en efecto, según la sentencia, resulta claro que el art. 59, n. 1, no puede referirse al caso en el que el militar hubiese actuado sobre la base de una orden. Esto es así porque si el militar responde del delito sólo cuando la orden es manifiestamente delictiva, no puede sostenerse que esta orden haya sido cumplida porque el superior ha «explotado» la posición de «menor defensa» del inferior, sino porque el inferior ha decidido colaborar y ejecutar la orden que se le ha impartido<sup>79</sup>.

Pero, también aquí es evidente que la sentencia, para ser coherente con la premisa establecida, está obligada a incurrir en una nueva arbitrariedad.

En la estructura del código, al contrario de lo que sostiene la sentencia, está claro que el art. 59, n. 1, sirve, precisamente, para «tutelar» al inferior que cumple la orden manifiestamente delictiva.

Sobre la base del citado art. 40, en efecto, el militar, por regla general, no responde del delito cometido al ejecutar una orden, porque en estos casos responde quien ha impartido la orden. Si la orden, sin embargo, es manifiestamente delictiva, responde tanto quien la dictó como quien la ejecutó.

Pero, conforme a las reglas del concurso de delinquentes, superior e inferior, aún en este caso, responden por el mismo delito. Por tanto, hay que diferenciar la posición del superior respecto a la del inferior, ya que el art. 59, n. 1, prevé una atenuante en favor del inferior que ha sido determinado por el superior a cometer el delito.

La circunstancia prevista en el art. 59, n. 1, es, como lo indica la sentencia, ciertamente una circunstancia «subjetiva», ya que no hay duda que concierne a los llamados motivos para delinquir; pero no puede ser calificada de una circunstancia del «todo» subjetiva.

---

79 Tampoco la sentencia no convence, cuando llega a excluir la atenuante en base de la consideración que un reproche menor, en el caso de especie, no puede considerarse que subsiste si sólo se piensa en la gravedad del delito cometido. La razón por la que esta consideración no convence reside en el hecho de que si se parte, como lo hace la sentencia, del presupuesto que la circunstancia atenuante prevista en el art. 59, n. 1, es una circunstancia respecto a la cual lo que importa es el abuso del superior, la lógica exige que más grave es el delito mayor sea el abuso y, por tanto, menor el reproche que se haga a quien ha sido víctima del «abuso» y no lo contrario.

El art. 59, n. 1, al describir el estado de hecho típico no atribuye relevancia sólo al componente subjetivo.

El carácter facultativo de esta circunstancia, de otro lado, no puede ser considerada, como lo hace la sentencia, una clara indicación de su naturaleza «plenamente» subjetiva, ya que basta examinar los arts. 114, inc. 2 y 112 n. 2 y 3, cp, para darse cuenta de que no se trata de una circunstancia puramente subjetiva.

La *ratio* de las dos normas del código penal últimamente citadas es, en efecto, clara.

No se discute que estas normas, así como el art. 59 citado, sirven para modular la responsabilidad de los individuos participantes y, para valorar la «conducta en el concurso». Tan es así que se aplican siempre, o específicamente, para prescindir de la mayor o menor gravedad del delito que los participantes cometen.<sup>80</sup>

Por esto, la agravación de la pena es obligatoria (vid. art. 112), mientras que la atenuación es facultativa (vid. art. 114).

Todo el sistema, se basa así en una presunción establecida en la ley, según la cual determinados hechos son expresiones, por un lado, de una peligrosidad especial y, por otro, de una peligrosidad atenuada: pero, mientras que en el primer caso la presunción es absoluta, en el segundo, sólo tiene un valor relativo.

Todo es más que razonable, pues si se piensa que quien ha sido inducido por el superior a cometer el delito, una vez que se determina a obrar, también puede desempeñar un papel secundario en la *societas sceleris*<sup>81</sup>.

Es verdad que la sentencia ha negado la disminución de la pena porque los imputados no se comportaron como inferiores, sino como verdaderos «superiores», listos a tomar en sus manos la situación si hubiese sido necesario.

Pero esto no cambia el hecho de que no puede ser compartida la interpretación del art. 59 n.1, planteada en la sentencia.

Una última anotación, finalmente, merece la sentencia cuando no admite las atenuantes genéricas. Con este fin, señala, entre otras cosas, que «el tiempo transcurrido desde la realización del delito es un factor neutral de orden proce-

---

80 Cfr. SEMERARO, p. 223 ss y la doctrina allí citada.

81 Cfr. SEMERARO, p. 223 ss

sal», así como «la edad de los imputados es circunstancia que exige medidas procesales específicas y favorables, previstas puntualmente en el código, pero que constituye un elemento insignificante para los fines de la individualización de la pena (en sentido amplio)».

Este punto merece atención, en verdad, porque esta manera de proceder no es conforme, de modo alguno, con la consolidada práctica de la jurisprudencia.

Las atenuantes genéricas, en efecto, son admitidas o rechazadas siempre por las más dispares razones, sin jamás preocuparse del problema del *ne bis in idem sostanziale*, aún porque la imprecisión del art. 62 bis (y del art. 133 cp, que, como se ha señalado, es la norma que debe ser aplicada para conceder las atenuantes) lo admite.

## 10. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE *IURE CONDENDO*

La sentencia Priebke y las otras sentencias que se han ocupado de los homicidios de las Fosas Ardatine ofrecen muchos aspectos interesante para la reflexión, incluso a los efectos de la reforma de nuestro ordenamiento penal.

*De iure condendo* es indispensable detenerse en algunas cuestiones que, ciertamente, merecerían un análisis profundo y diferente, pero que, por lo menos, deben ser mencionadas.

Si se quiere extraer de la experiencia madura, en este ámbito judicial, una enseñanza para el futuro, basta con limitarse a indicar:

- el referente al tipo de delito discutido y por el cual los imputados han sido condenados;
- el relativo al papel atribuido al elemento subjetivo destacado en la sentencia de 1948 y en la sentencia comentada;
- el concerniente a la importancia que han tenido las circunstancias en los dos procesos Priebke (considerando que el «primer» proceso Priebke había concluido con un no haber lugar debido a la prescripción en razón de que el Tribunal Militar había admitido las atenuantes geréricas, mientras que el segundo proceso concluyó, en primer instancia, con una sentencia de condena a una pena casi integralmente ejecutada y que, por último, la sentencia comentada «debió» condenar a los impu-

tados al ergástolo porque admitió que no podían ser aplicadas las atenuantes generales).

Es evidente que la reforma del código penal no puede ser postergada si, nuestra ley penal, además de ser abundante en normas (código común, código militar, leyes especiales), considera un hecho como el genocidio de las Fosas Ardeatine un «simple» homicidio, porque no hay ninguna norma «especial» penal que castigue este tipo de delito.

Además, en el proceso de reforma no podrá dejarse de tener en cuenta lo peligroso que resulta la alternativa tomada por la doctrina y la jurisprudencia, que tienden a atribuir siempre mayor importancia a factores internos del «reo» y así a la culpabilidad, o mejor todavía a la *Gesinnung*.

En la revisión del código, se deberá reflexionar sobre el sistema de circunstancias, en consideración a que si por el «juego» de estas una sentencia que establece no haber lugar a proceso debido a la prescripción, puede ser transformada en una sentencia de condena a la pena de ergastolo.

En resumen, la sentencia comentada ofrece así tantos puntos para reflexionar que sería verdaderamente un pecado dejarla caer en el olvido.

