

LA OBEDIENCIA DEBIDA: CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS Y POLÍTICO-CRIMINALES

Laura Zúñiga Rodríguez*

Julio 1991 Nuevo Foro Penal, N° 53 p. 331

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Cuando el 8 de abril de 1945 los aliados firmaban el Estatuto y Acuerdo de constitución del Tribunal Militar Internacional que juzgaría los crímenes de la Segunda Guerra Mundial (más conocido como Tribunal de Nürenberg), se asistía a un cambio fundamental en la institución de la obediencia debida (u obediencia jerárquica). En efecto, al afrontar el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos, el tribunal se encontraba ante la posibilidad de que las responsabilidades se diluyeran entre las órdenes y jerarquías de la organización nazi, con el riesgo de que los hechos quedaran en la impunidad¹. Con el fin de impedirlo, el art. 8° del Estatuto establecía: "El hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de la pena si el Tribunal lo estima justo".

Al margen de las consideraciones materiales de justicia de la constitución de dicho tribunal, cabe destacar que la disposición antes mencionada, al mantener la responsabilidad penal de los subordinados (p. 332) en casos de obediencia jerárquica, constituye un testimonio del cambio histórico de correlación entre los dos grandes principios reguladores de la convivencia humana: autoridad y legalidad.

Efectivamente, desde el derecho romano, pasando por las Partidas, el derecho español -recepionado formalmente por el Perú con el C. P. de 1862², prescribía el deber de obediencia al superior, consignándose exento de responsabilidad al subordinado que actuaba conforme a dicha obediencia. Ello se explicaba en la fundamentación de las sociedades antiguas bajo el principio de autoridad. Sin embargo, al asistir a la instauración del Estado de Derecho, con su nota primaria y fundamental del "imperio de la ley", se imponía la sumisión de la autoridad a la legalidad³ y, con ella, una reformulación del deber absoluto de obediencia.

Es precisamente esta delimitación histórica de la institución la que va a marcar el fundamento del debate político-criminal: la resolución de un conflicto entre legalidad y autoridad, que no está exento de consideraciones éticas -al entrar en juego la vulneración de derechos fundamentales anteriormente sacrificados- y de intereses inmediatamente políticos⁴. La pretensión de solución de

* Bachiller en Derecho y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. En la actualidad, profesora titular del área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Salamanca.

¹ Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de derecho penal internacional, t. I, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 180. Algo similar ya había sucedido en el juzgamiento de los hechos de la Primera Guerra Mundial, en el que la obediencia constituyó una válvula de escape de delimitación de responsabilidades.

² Sobre las condiciones y consecuencias sociales de tal recepción, vid. J. HURTADO POZO, La ley 'importada', Lima, CEDYS, 1979, págs. 42-53.

³ Cfr. ELÍAS DÍAZ, Estado de Derecho y sociedad democrática, 4a reimp., Madrid, Edit. Taurus, 1985, págs. 31 y ss.

⁴ Un caso que expresa sintomáticamente la correlación de poderes materiales y sus propios intereses dentro de una democracia formal, a propósito de la aplicación de la obediencia debida, es el argentino (ley 23.521), al que se hará referencia más detallada en el apartado 6. Solo resulta conveniente citar unas palabras de R. BERGALLI: "Este es el más reciente, pero quizá no el último, de los avances realizados por el poder militar sobre el sistema y las instituciones democráticas en la Argentina". Del mismo autor, "El olvido como ideología del discurso jurídico-penal", en Doctrina Penal, núm. 93, 1988, pág. 439.

este conflicto de acuerdo con los principios constitucionales, como reglas máximas de convivencia, informarán los postulados dogmáticos de esta institución⁵.

Una amplia serie de discusiones dogmáticas se presentan al abordar esta temática. Primero, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la obediencia debida, aspecto tremendamente controvertido, ya que algunos autores consideran que la obediencia debida es una causa de justificación⁶, en tanto que otros la tienen por causa (p. 333) de inculpabilidad⁷; aunque también hay autores que mantienen posiciones mixtas⁸, sin contar con otras posturas minoritarias. Se puede decir que históricamente se ha pasado de considerarla mayoritariamente causa de justificación, a la actualidad en que generalmente la doctrina estima que es causa de inculpabilidad; cambio que tiene vinculación con la permisibilidad o no del derecho a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios y que, básicamente, viene a ser un desarrollo de los principios de legalidad sobre los de autoridad.

La polémica al respecto no es baladí, porque si la obediencia debida es justificante, no solo no cabe la legítima defensa del ciudadano afectado por la actuación del subordinado, sino que puede cometer el delito de atentado (art. 321 del C. P.)⁹. Además, en estos casos sería impune la acción de los colaboradores, puesto que el carácter accesorio de la participación impide toda reacción penal contra el partícipe de un acto que es conforme a derecho. Por el contrario, si decimos que se trata de una exculpante, sí es posible admitir la legítima defensa y la participación penal de los colaboradores del subordinado.

⁵ Sobre la necesidad e importancia de que las valoraciones político-criminales penetren en la dogmática penal, vid. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1972 (passim). Precisamente sobre la antijuridicidad, ROXIN afirma: "se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios" (op. cit., pág. 40).

⁶ Cfr. S. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, P. P. U., pág. 437; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, Madrid, Dickinson, 10ª ed. puesta al día por A. Serrano Gómez, 1988, págs. 547-550; J. J. QUERALT, *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación* (C. P., art. 8, 12'), Barcelona, Librería Bosch, 1986, págs. 395 y ss., entre otros. En la legislación italiana se considera expresamente como causa de justificación, en tanto especificación del cumplimiento de un deber (C. P., art. 51); al respecto Cfr. G. FIANDACA y E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 1989, págs. 209-211; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 7ª ed. a cura di Luigi Conti, págs. 217-220. También la tendencia legislativa en Latinoamérica siguiendo al Código Penal Tipo, ha ido en este sentido; cfr. los códigos penales de Colombia, Bolivia, Costa Rica y El Salvador.

⁷ Cfr. con distintas fundamentaciones: J. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Lima, EDDILI, 1987, pág. 390; J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Madrid, Akal, 2ª ed. anotada y puesta al día por J. C. Hernández y L. Benítez, 1986, pág. 305; M. DE RIVACOBA v RIVACOBA, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, EDEVAL, 1969, págs. 115 y ss.; T. VIVES ANTON, "Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida", en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. V, 1981, pág. 139; F. DIAZ PALOS, "En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida", en AA. VV., *Estudios Jurídicos*, t. 1, en honor del Prof. Octavio Pérez Vitoria, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983, pág. 202, entre otros.

⁸ Cfr. con diferentes matizaciones: G. QUINTERO OLIVARES, "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980, pág. 76; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 152-153; H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal, Parte general*, vol 1, trad. de F. Muñoz Conde y S. Mir, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 538 y SS.; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. 1, Barcelona, Edic. Ariel, 1972, págs. 385-406, entre otros.

⁹ Sobre el delito de atentado propio, vid. por todos J. CERESO MIR, *Problemas fundamentales de derecho penal*, Barcelona, Edit. Tecnos, 1982, págs. 207-247. Según este autor, "Consiste en el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia grave a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas" (op. ult. cit., pág. 212). Específicamente sobre los límites entre el delito de atentado y la admisión de la legítima defensa de los funcionarios, cfr. del mismo autor, op. cit., págs. 224-239.

Otro asunto, fundamental para la delimitación conceptual de la obediencia debida, es su distinción con la exigente de cumplimiento de un deber -en su forma especial de ejercicio legítimo del cargo-, porque en ambos casos se trataría del cumplimiento de un deber jurídico, del derecho público¹⁰. Para algunos autores tal (p. 334) autonomía conceptual entre ambas instituciones es inexistente¹¹; para otros, en cambio, hay que ver en la posible existencia de mandatos antijurídicos obligatorios que permite la exigente de obediencia debida, la base de tal distinción¹². De todos modos, hay una diferencia: mientras que en el cumplimiento del deber la conducta se relaciona directamente con la ley, en la obediencia debida hay una triple relación: superior-inferior, inferior-tercero y superior-tercero¹³, por lo cual las consecuencias juridicopenales son distintas.

En todo caso, el fundamento dogmático de la obediencia debida está alrededor de la permisibilidad o no de mandatos antijurídicos obligatorios, esto es, del carácter vinculante de las órdenes antijurídicas y de las condiciones de su tratamiento dentro del derecho penal.

2. ¿PUEDEN EXISTIR MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS?

La cuestión de determinar cuándo la obediencia es debida, o cuándo la orden es obligatoria (art. 85.5 del C. P.), ha de ser interpretada en relación al art. 322 del Código Penal que tipifica el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, pues en él se sanciona penalmente el incumplimiento del deber de obediencia¹⁴, por lo cual en estos casos no cabría penar a quien el inevitable cumplimiento del deber lo llevó a la realización de un tipo penal. Ello es explicable, porque el derecho penal no puede considerar típico el incumplimiento de un deber, y, a la vez, típico su cumplimiento. Hay que estar, pues, al carácter antijurídico del injusto como contrariedad con todo el ordenamiento jurídico¹⁵, para poder comprender los alcances de la exigente del art. 85.5 del estatuto punitivo.

El tipo del art. 322 del C. P. protege "la potestad, el poder de imperio o mando, de que gozan los funcionarios públicos"¹⁶. Efectivamente, se trata de tutelar (p. 335) las funciones públicas que desempeñan los funcionarios para asegurar su eficaz ejecución, ya que lo lógico es que si el derecho les impone deberes profesionales, les dote a la vez de garantías para su ejercicio. Pero es preciso detenerse en el concepto de potestad para comprender el bien jurídico protegido. Siguiendo a

¹⁰ Es prácticamente unánime la doctrina en señalar que solo exime de responsabilidad, la obediencia proveniente del derecho público (administrativo y militar, principalmente), en el que no entran en juego intereses meramente privados (obediencia laboral o familiar). Vid. por todos J. QUERALT, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 65; en contra, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho...*, ed. cit., págs. 530 y ss.; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, ed. cit., pág. 400.

¹¹ Cfr. J. J. QUERALT, *La obediencia...*, ed. cit., págs. 445-449. El C. P. italiano (art. 51) sigue expresamente esta postura al contemplar la exigente de cumplimiento de un deber, ya sea emanado de una norma jurídica o de una orden de la autoridad. Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale...*, ed. cit., págs. 215 y ss. y G. FIANDACA y E. MUSCO, *Dititto...*, ed. cit., págs. 208 y ss.

¹² Cfr. en este sentido a L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 66 y S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., págs. 429-430.

¹³ Cfr. J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 527 y J. BUSTOS, *Manual de derecho penal español, Parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, pág. 257.*

¹⁴

¹⁵ Comentando el homónimo, de este delito en el C. P. español (art. 237), CEREZO MIR señala: "El mandato ha de ser obligatorio, es decir, no ha de ser evidentemente antijurídico, imposible o constituir delito o falta" (op. cit., pág. 250). Es evidente, pues, que debe tratarse del deber jurídico de cumplir el mandato, ya sea por acción o por omisión. Cfr., del mismo autor, *Problemas...*, ed. cit., pág. 249. 15 La doctrina es prácticamente unánime en este sentido. De acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico y al carácter unitario del injusto, hay que resolver los posibles aparentes conflictos de Normas. Cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 231; 1. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión, Madrid, Edit. Tecnos, 1987, pág. 24;* J. C. CARBONELL MATEU, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes, Instituto de Criminología de Madrid, EDESA, 1982, pág. 112.*

¹⁶ Cfr. E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal, núm. I, 1977, pág. 123, comentando el art. 237 del C. P. español.*

GARCÍA DE ENTERRÍA, podemos decir que potestad es "un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido"¹⁷. Entonces, las potestades deben regirse por el principio de legalidad. Por consiguiente, lo que este tipo tutela es el ejercicio de los deberes de autoridad o función que se realizan dentro del principio de legalidad. Ello queda claro, además, por la propia interpretación literal del tipo del art. 322 del C. P., que exige ejercicio legítimo de las funciones del funcionario sujeto pasivo del delito.

En este sentido, el injusto consiste en la infracción del deber de obediencia hacia la autoridad con carácter general, cuando esta es ejercida dentro de los límites legales (legítimamente); aunque también hay deberes de obediencia específicos, como los propios de la relación de subordinación dentro de la administración o de las organizaciones jerárquicas militares. De allí que sujeto pasivo solo pueden serlo los funcionarios públicos en el ejercicio legítimo de sus funciones; mientras que sujeto activo pueden serlo tanto los particulares como los funcionarios¹⁸.

El Código Penal peruano establece un tratamiento unitario de la desobediencia a la autoridad en general; sin embargo, hay otros ordenamientos jurídicos, como el español, que establecen delitos de desobediencias específicas, correspondientes

a las desobediencias de los funcionarios públicos a los mandatos de sus superiores jerárquicos¹⁹. Salvando estas distancias en cuanto a opciones legislativas, que obviamente suponen una postura político-criminal²⁰, se pueden aplicar los comen

tarios (p. 336) de los delitos de desobediencia de funcionarios al art. 322 del C. P. porque, en definitiva, como dice OCTAVIO DE TOLEDO, el objeto de protección es el mismo²¹.

Es preciso ahora centrarse en el deber de obediencia de los funcionarios públicos, porque es solo respecto de ellos que rige la exigencia en estudio, ya que -como se dijo- el deber jurídico de obedecer debe provenir del derecho público. La organización jerárquica y el deber de obediencia están reconocidos dentro de la Administración Pública (art. 28 b. del decreto legislativo 276) y en otras instituciones jerarquizadas, como el ministerio público (art. 5 de la L.O.M.P.). El deber de obediencia será aún mayor en el fuero militar, en el que la disciplina y la obediencia constituyen unos de los pilares de la institución (delitos que afectan la disciplina, Sección V del C. J. M.), por lo cual los delitos de desobediencia tienen especial relevancia.

El interés general en el buen orden de la cosa pública hace imprescindible la existencia de una organización jerárquica dentro de la administración -y otras instituciones- y el deber de obediencia al superior, como necesidades esenciales para su buen funcionamiento. De allí que el injusto del art.

¹⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, t. I, 4ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1983, pág. 419.

¹⁸ J. CEREZO MIR, Problemas..., ed. cit., págs. 247-248.

¹⁹ Sobre el carácter específico de los delitos tipificados en los arts. 369 y 370, respecto del art. 237 del C. P. español, cfr. J. CEREZO MIR, Problemas..., ed. cit., pág. 253. También en nuestro ordenamiento jurídico existen delitos específicos de desobediencia, como los militares tipificados en la Sección V del C. J. M.

²⁰ De lege ferenda, no sería necesario establecer dicha distinción, porque llevaría a reforzar el deber de obediencia. La doctrina española critica fuertemente la tipificación especial de las desobediencias de los funcionarios, puesto que, de acuerdo con los principios de ultima ratio e intervención mínima, estos injustos deberían quedar en el ámbito disciplinario del derecho administrativo, postulando la supresión de los arts. 369 y 370 del C. P.; vid. G. QUINTERO OLIVARES, "El delito...", ed. cit., pág. 81; T. VIVES ANTÓN, Consideraciones..., ed. cit., pág. 145 (con rotundidad). Así quedarían, dado el carácter fundamental del deber de obediencia dentro del foro castrense, solo los delitos militares de desobediencia. La mayoría de códigos penales siguen esta alternativa, como Alemania y Suiza.

Lo que sí sería conveniente contemplar en una nueva legislación, es una distinción entre los injustos de resistencia y desobediencia; cfr. J. CEREZO MIR, Problemas..., ed. cit., pág. 251. Sobre las diferencias dogmáticas entre ambas figuras, vid. del mismo autor, pp. ult. cit., págs. 215-218. En el delito de resistencia se requiere violencia corporal o intimidación, en la desobediencia basta no ejecutar una orden lícita.

²¹ Cfr. E. OCTAVIO DE TOLEDO, El bien..., ed. cit., pág. 134: "el ejercicio legítimo de la autoridad". Vid. también T. VIVES ANTÓN, Consideraciones..., ed. cit., pág. 144.

322 del *C. P. no sea simplemente un "delito contra un deber", sino que hay que poner el deber de obediencia en relación con un bien que se considere valioso, por el que se exige la obediencia: el correcto servicio de la Administración a los intereses generales, de acuerdo con los principios de jerarquía y sometimiento pleno a la ley y al derecho²². La misma interpretación cabe para los delitos militares de desobediencia, porque estos deben someterse a la Constitución y a las leyes, según el art. 278 de la Carta Fundamental. Lo contrario no solo sería un ataque contra la libertad (la mera obediencia), sino que constituiría una desnaturalización del concepto de bien jurídico como núcleo central del injusto, en tanto base social de lo que debe proteger el ordenamiento penal²³.

Una interpretación en este último sentido se impone, de acuerdo con los principios constitucionalmente consagrados. Así, el art. 58 de la Constitución establece que "los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación". Asimismo, cuando se refiere al poder del Estado, el art. 81 prescribe que "quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley". Esta última norma, conjuntamente con el art. 79 de la Carta Magna, definen el Estado peruano -que se considera "Estado (p. 337) Social de Derecho"²⁴, siendo precisamente una de las notas características del Estado de Derecho el que los poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento. Ello se debe a que en un Estado social y democrático de derecho la legalidad no puede ceder complaciente a la autoridad como históricamente ha sucedido en épocas anteriores, en que las relaciones sociales se basaban exclusivamente en las reglas de autoridad. Por el contrario, no hay que olvidar que con la instauración del Estado de Derecho se asiste a la fundamentación y limitación de la autoridad en la legalidad.

De otro lado, hay que reconocer que dentro de la Administración, y aún más en las instituciones militares, por su propia organización jerárquica, resulta imprescindible la relación de subordinación para su real funcionamiento. De lo contrario, sin dicha relación jerárquica no podría cumplir adecuadamente sus funciones. Hay que reconocer también que en las organizaciones militares y similares dicha relación de subordinación es más fuerte. En este sentido, se puede definir, con QUINTERO OLIVARES, la relación de subordinación como aquella "posición jurídica que ocupan unos funcionarios respecto a otros, por imperativo del Derecho administrativo, en cuya virtud nace para unos el deber de dar cumplimiento a lo que les ordenen en los modos propios de ese derecho y para los fines que corresponden a aquel sector de la Administración pública"²⁵.

De todo lo anterior se desprenden varias consideraciones importantes. Primero, que no es posible admitir en forma absoluta la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues en ningún caso se protege la obediencia en sí misma, sino en función del interés general en el buen funcionamiento de la Administración y demás organizaciones jerarquizadas. Segundo, que el buen funcionamiento de estas instituciones para los intereses generales que deben cumplir es el bien que se considera preponderante, por lo que constituye el límite dentro del cual se aceptarían los mandatos antijurídicos obligatorios. Y, por último, que el otro límite consiste en que no quepa a todo funcionario inferior el enjuiciamiento de cada orden del superior, porque ello sería absolutamente incompatible con el principio de jerarquía, cuya negación anquilosaría la Administración Pública y demás organizaciones jerarquizadas.

Entonces, de lo que se trata ahora es de establecer qué clase de mandatos antijurídicos deben ser obedecidos en razón del principio de subordinación de la Administración, pues estos tendrán que considerarse obligatorios; por lo tanto, es a partir de ellos como se establecerá la eximente de la obediencia debida.

Primeramente, hay que aclarar que al referirnos a "mandatos antijurídicos obligatorios", lo hacemos respecto de todo el ordenamiento jurídico, por lo que bien pueden ser ilícitos civil, administrativo, etc.

²² Cfr. E. OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, Instituto de Criminología de la U. Complutense, Madrid, Edit. Civitas, 1980, págs. 245 y ss. En forma similar, J. C. CARBONELL MATEO, La justificación..., ed. cit., pág. 160; y F. ALVAREZ GARCÍA, El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1987, págs. 212 y ss.

²³ Sobre el concepto de bien jurídico como base social del injusto, vid. por todos J. BUSTOS, "Política criminal e injusto", en Revue Internationale de Droit Pénal, núm. 1, 1978, passim.

²⁴ Cfr. M. RUBIO y E. BERNALES, Constitución y sociedad política, 2ª ed., Lima, Mesa Redonda Eds., 1983, pág. 244.

²⁵ Problemas..., ed. cit., pág. 66.

Pero lo que importa para los efectos de esta eximente son los mandatos antijurídicos delictivos, pues solamente (**p. 338**) se presentará la posibilidad de la eximente cuando el subordinado realice una acción típica, por mandato obligatorio.

Dado que como se dijo, colisiona con los principios fundamentales del Estado de Derecho, está prácticamente descartado el deber de obediencia ciega o absoluta dentro de todo el panorama legislativo actual del entorno cultural²⁶. Entonces, el deber de obediencia no puede vincular órdenes con contenido delictivo en ningún caso, puesto que en estos supuestos es preciso priorizar la ley sobre la autoridad, ya que esta precisamente obtiene su fuerza vinculante y fundamenta su origen en aquella. La evidencia de este principio se sustenta en la propia lógica del derecho, porque "no puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta"²⁷ o, dicho de otro modo, el derecho no puede permitir su autodestrucción.

Sin embargo, esta aseveración que con carácter general es plenamente válida, no resuelve el problema de las órdenes que aparezcan para el subordinado (ya sea por una apreciación falsa o desconocimiento) formalmente arregladas a ley

y en realidad tengan contenido delictivo, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el principio de jerarquía, no es posible examinar en cada momento la orden del superior, porque constituiría un quebrantamiento de las bases en que se sustenta la relación de subordinación. Estos supuestos, que no son posibles en casos de órdenes evidentemente delictivas, como serían las de cometer un homicidio, infligir torturas, realizar delitos contra el honor sexual, etc., sí pueden presentarse en otros mandatos, como en detenciones ilegales (por falta de competencia del superior, falta de presentación de los supuestos de hecho, etc.).

Según todo lo dicho, se pueden dar los siguientes grupos de casos:

- Que el subordinado conozca el contenido delictivo del mandato, en cuyo caso vulnera manifiestamente el ordenamiento jurídico -y, por tanto, la orden no es obligatoria-; supuesto en el que solo el derecho penal puede eximir de responsabilidad por miedo insuperable o estado de necesidad, encuadrables en la no exigibilidad de otra conducta.

- Que el subordinado actúe en la creencia de que no se encuentra ante un mandato delictivo, por lo que lo considera obligatorio; pero como los mandatos delictivos no son obligatorios, el sujeto actúa con un error (por ignorancia o desconocimiento), sobre el que hay que estudiar su vencibilidad, teniendo en cuenta el limitado deber de examen del inferior ante una orden del superior.

Entonces, en la imposibilidad de considerar legalmente obligatoria una orden de índole delictiva, cabe reagrupar todos los supuestos que tradicionalmente eran encuadrados en la obediencia debida, en dos instituciones viejamente conocidas (**p. 339**) del derecho penal: el error (cuando el subordinado no pudo apreciar la antijuridicidad de la orden) y la no exigibilidad de otra conducta (cuando a pesar de conocer la ilicitud de la orden, el subordinado la acata por estado de necesidad exculpante)²⁸.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Nos parece impropio ingresar en la discusión sobre las teorías acerca de la naturaleza jurídica. No solo porque dicho debate está ya estudiado por eminentes juristas²⁹, sino porque creemos que, dadas las características de los supuestos subsumibles -antes expuestos- en la obediencia debida, resulta imposible establecer una naturaleza unívoca para esta institución. Por consiguiente, en todo

²⁶ Vid. por todos M. SANCINETTI, "Obediencia debida y Constitución Nacional", en *Doctrina Penal*, núm. 39, 1987, pág. 467 y revisar normas de derecho comparado y derecho internacional citadas en el apartado 5.

²⁷ Este principio resulta tan evidente que de él dijo KELSEN que era una tautología (Cfr. L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 87).

²⁸ Esta concepción dual de la obediencia debida es reconocida ahora por la doctrina más dominante. Cfr. F. DÍAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 202; G. QUINTERO OLIVARES, *El delito...*, ed. cit., pág. 80; J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 304; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., págs. 152-153; J. C. CARBONELL MATEO, *La justificación...*, ed. cit., pág. 161.

²⁹ Recomendable es el estudio detallado de todas las posiciones sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida, seguidas por la doctrina más importante de nuestra esfera cultural, de L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., págs. 100-146.

caso, de lege lata -asumiendo la interpretación del art. 85.5 del C. P.- nos inclinamos por una postura ecléctica o mixta de la obediencia debida³⁰.

Sin embargo, hay una posición de principio que se desprende del apartado anterior: los mandatos de carácter delictivo no son obligatorios; por tanto, no puede ser justificada la actuación del subordinado que realiza un hecho típico en cumplimiento de esa clase de mandatos; sin embargo, este principio general tiene sus matizaciones, como se verá. Si se trata de un mandato conforme a derecho, el subordinado actúa en cumplimiento de sus deberes de función (art. 85.4 del C. P.), y por lo tanto su conducta se encuentra justificada.

Así, pues, como ya se ha adelantado, los supuestos subsumibles dentro de la exigente de obediencia debida, se reconducen a los supuestos de error cuando el subordinado no pudo apreciar la antijuridicidad de la orden y la inexigibilidad de otra conducta; o cuando, a pesar de conocer la ilicitud de la orden, la acata por estado de necesidad exculparte o miedo insuperable. Pero es preciso desarrollar ambas ideas para su cabal comprensión.

A) Supuestos de error

Es el caso del subordinado que realiza un mandato con contenido delictivo, pero en la creencia de que se trata de un mandato conforme a derecho. Un asunto fundamental late en el fondo de esta problemática: el poder del subordinado de examinar la orden.

Si partimos -como se sustentó- de que no existe el deber de obediencia ciega a los mandatos del superior (porque el principio de la vigencia del ordenamiento jurídico está por encima del deber de obediencia), se desprende, por contra, que **(p. 340)** el subordinado tiene el poder de examinar si la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. Pero, de otro lado, no es posible admitir que el subordinado pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, porque ello quebraría el principio de jerarquía administrativa, que también es un bien necesario para el buen funcionamiento de las instituciones públicas³¹. Ambos extremos son inaceptables: la obediencia ciega y la posibilidad de discutir toda orden del superior; sin embargo, es factible conciliar dichos límites.

Para llegar a una solución compatibilizadora en esta cuestión, la doctrina ha ideado la teoría de la apariencia. El derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea lícito (porque ello requeriría revisar la orden), sino que basta que con su apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal. Se parte del principio de que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por la presunción de legalidad, por lo que las decisiones que son formalmente (manifiestamente) válidas, poseen un estrecho margen de revisibilidad y por tanto la obediencia es obligatoria. Subyace en esta fundamentación el principio de confianza en los actos de la autoridad realizados con las formalidades legales. La ratio de esta teorización está en que, en casos en que no constituya abiertamente un mandato delictivo, es de mayor interés para el orden jurídico que al subordinado se le restrinja la posibilidad de examen de la orden en servicio de la fluidez del funcionamiento de las instituciones. De allí que haya que apreciar el carácter manifiesto de la orden ex ante, esto es, al momento de la acción conforme a un criterio objetivo (medio abstracto)³².

Esta teoría es seguida expresamente en el derecho peruano. Así el art. 19 del C. J. M. establece que está exento de responsabilidad el que procede en virtud de obediencia al superior, siempre que la orden de este no sea notoriamente ilícita³³. En este sentido también son paradigmáticos dentro del

³⁰ Cfr. autores cits. en nota 28.

³¹ Cfr. en este sentido S. MIR PUIG, Derecho..., ed. cit., pág. 437; L. MORILLAS CUEVA, La obediencia..., ed. cit., pág. 100.

³² Así la doctrina mayoritaria. Cfr. S. MIR PUIG, Derecho..., ed. cit., págs. 432-433; J. BUSTOS, Manual..., ed. cit., págs. 255-256; F. DÍAZ PALOS, En torno..., ed. cit., pág. 199; H. H. JESCHECK, Tratado..., ed. cit., págs. 538 y ss.; F. ANTOLISEI, Manuale..., ed. cit., pág. 219; J. CÓRDOBA RODA, Comentarios..., ed. cit., pág. 391. Este autor, comentando el art. 369 del C. P. español, que expresamente sigue la teoría de la apariencia, señala: "...tal infracción tendrá dicha cualidad de evidente, en cuanto un funcionario medio situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esta vulneración, con independencia de cuáles pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto". Los subrayados son del autor.

³³ Cabe destacar que el C. J. M., más moderno que el C. P., acoge esta limitación al deber de obediencia, siendo que, en principio, dicho deber en la esfera militar es más fuerte.

derecho comparado, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad española que, en su art. 5.1.d, establece que "en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes" y el Código Penal Militar 'español, que en similar sentido se pronuncia respecto de la obediencia debida en el área militar (art. 185.12).

La teoría de la apariencia va a acarrear importantes consecuencias en materia de error. Si decimos que al derecho le interesa más que -en situaciones de mandatos

(p. 341) no manifiestamente antijurídicos- el subordinado obedezca, estamos estrechando los márgenes de la vencibilidad del error, lo que de alguna manera significa una presunción de error invencible en dichos casos³⁴. Además, con esta interpretación también se establecen límites materiales al deber de obediencia, puesto que de alguna manera se da un tratamiento diferenciado, según la gravedad del hecho cometido. Así, el derecho no motiva a cumplir mandatos abiertamente delictivos, pero, de otro lado, compensa al subordinado que tiene estrechos márgenes para revisar la orden por el deber de obediencia. Obsérvese que en el fuero militar la invencibilidad del error será también mayor, porque son menores los márgenes de revisión de la orden, pues la ley les impone a los militares una más estrecha y pronta obediencia³⁵. Además, el derecho penal responde así a los principios interpretativos del tipo, de adecuación social e insignificancia, en los casos en que la mínima gravedad del mandato (que no es abiertamente delictivo) o la inmediatez de la orden, impiden al subordinado desobedecer y lo llevan a cometer un ilícito penal. Por el contrario, el deber de examinar la orden será más importante cuando dicho mandato infrinja claramente un precepto constitucional o lesione gravemente la dignidad humana (porque será abiertamente delictivo); es la excepción ya conocida por el derecho romano de la atrocitatem facinoris.

Hay que tener en cuenta que, aparte de los grados de error (vencibilidad), son variados los supuestos de ignorancia o falsa apreciación que pueden presentarse: creencia errónea acerca de la antijuridicidad de la orden, sobre el deber de obediencia, sobre la competencia del superior para dictar la orden, sobre la presencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la orden, etc. Sin embargo, todos los supuestos tienen como base un hilo conductor que es el deber de obediencia fundado en la presunción de legalidad de la orden, ya que el hecho típico no lo hubiera cometido el subordinado sin el mandato putativamente obligatorio.

Entonces, todos los supuestos de error en estos casos pueden reconducirse a error en el deber de obediencia o error en la legalidad de la orden derivado del deber de obediencia. La problemática que esta clase de error implica, ha merecido bastante discusión por parte de la doctrina. Se trata del denominado error en los "elementos del deber jurídico", error en los "elementos del tipo con referencias a la antijuridicidad", o error en los "elementos de valoración conjunta"³⁶. Algunos

34 Cfr. J. BUSTOS, Manual..., ed. cit., pág. 256; J. CÓRDOBA RODA, Comentarios..., ed. cit., pág. 404.

35 Cfr. M. SANCINETTI, Obediencia.... ed. cit., págs. 469-471; F. ANTOLISEI, Manuale..., ed. cit., pág. 219; G. FIANDACA y E. MUSCO, Diritto..., ed. cit., pág. 211.

³⁶ Sobre el error en los elementos de valoración conjunta, vid. especialmente: C. ROXIN, Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. castellana de E. Bacigalupo de la versión alemana (1970), Buenos Aires, Edic. Depalma, 1979, págs. 217 y ss.; A. KAUFAMANN. Teoría de las normas Fundamentales de la dogmática penal moderna, trad. castellana de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdez, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1977, págs. 177-197; E. BACIGALUPO, "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición", en Comentarios a la legislación penal, t. v, vol. I, monográfico dedicado a la reforma de 1983, Madrid, Edersa, 1985, págs. 66-69; F. MUÑOZ CONDE, El error en derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, págs. 57-66 y 129-131; H. H. JESCHECK, Tratado..., ed. cit., vol. 1, pág. 337.

Debemos señalar, por otra parte, que aquí se está siguiendo, respecto al tratamiento del error, la teoría de la culpabilidad con carácter general, de acuerdo con consideraciones dogmáticas asumidas acerca del injusto y a sus consecuencias político-criminales; teoría a la que, si bien se le pueden hacer importantes críticas (como, precisamente, la dificultad de proceder a una nítida separación entre error de tipo y error de prohibición, en los casos en que el error es dudosamente reconducible al tipo o a la antijuridicidad), posee el mérito de propiciar un tratamiento diferenciado cuando el error versa sobre un elemento integrante de la infracción penal o cuando se trata de la creencia errónea de estar obrando lícitamente. Cfr. al respecto, F. MUÑOZ CONDE, El error..., ed. cit., págs. 32 y ss

(p. 342) autores consideran que es un caso de error de tipo, porque excluye el dolo del subordinado, ya que el deber de obediencia es un elemento que integra el tipo penal³⁷. La opinión mayoritaria de la doctrina, sin embargo, considera estos supuestos como error de prohibición, dándosele un tratamiento de creencia errónea de estar obrando lícitamente, por lo cual hay que resolverlos en la culpabilidad³⁸.

La discusión sobre el error en estos elementos no está aún acabada, dado que, como dice BACIGALUPO, "ambas soluciones son posibles" (la del error de tipo y la del error de prohibición), porque es "siempre, a la vez, un error sobre el deber o la autorización que se deriva de esas circunstancias"³⁹. De lo que se trata es de establecer cuál hay que elegir y por qué, teniendo en cuenta que la problemática del error es una cuestión de atribución de responsabilidades y, en última instancia, de determinar los límites hasta donde se pueden aceptar las excusas de aquellos que cometen una infracción penal. Así, una postura del error orientada a las consecuencias, debe plantear las soluciones a partir de la posibilidad de que el error excluya o no el dolo, situándolas en el ámbito de los presupuestos de la punibilidad, en el primer caso, o en el ámbito de la determinación de la pena, en el segundo⁴⁰. La solución, además, no puede ser tan sencilla como la de cualquier error en el deber jurídico, siendo que en esta problemática convergen una serie de componentes, como el deber de obediencia, el poder del subordinado de examinar la orden del superior, la vigencia del ordenamiento jurídico, así como la cuestión del error en los delitos de funcionarios que adquiere particular relevancia⁴¹.

(p. 343) Obsérvese que el error en estos casos es generalmente invencible, por lo que en cualquier circunstancia la consecuencia es la impunidad; pero igualmente los resultados en uno u otro error son distintos: si decimos que es un error de tipo, el hecho no será antijurídico y, por tanto, no será posible la legítima defensa del sujeto pasivo de ese error ni punible la participación de aquellos que colaboraron en la realización del hecho; en cambio, si decimos que es un error de prohibición, el hecho sí será antijurídico y, por consiguiente, factible de considerar la legítima defensa, así como punible la participación.

Consideramos que dogmáticamente la solución correcta tiene que ser la de estimar el error acerca de la legalidad de la orden, cuando esta no sea abiertamente delictiva, como error de tipo, que excluye el dolo típico; porque si se toma en cuenta la existencia de un deber de obediencia para los funcionarios respecto de mandatos no manifiestamente antijurídicos, aquel que obra dentro de este deber actúa legítimamente (art. 85.4 del C. P.)⁴². Nuevamente hay que recordar que el derecho penal no puede

³⁷ Consideran que debe tratarse como error de tipo: F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., pág. 65 (con carácter general); y J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 256 (en estos casos).

³⁸ Estiman que merece un tratamiento de error de prohibición: E. BACIGALUPO, *El error...*, ed. cit., pag. 69; A. KAUFMANN, *Teoría...*, ed. cit., págs. 177 y ss. Además, todos aquellos autores que consideran como naturaleza jurídica de la obediencia debida el error, en tanto creencia errónea de estar obrando lícitamente (y, por lo tanto, causa de inculpabilidad); cfr. A. FERRER SAMA, *El error en derecho penal*, Murcia, 1941, pág. 81; J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 304; F. DÍAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 202, entre otros.

³⁹ MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., pág. 68.

⁴⁰ Cfr. en este sentido a F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., págs. 127 y ss., siguiendo a C. ROXIN, *Política...*, ed. cit., pág. 75.

⁴¹ Sobre el error en los delitos de funcionarios, cfr. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en derecho penal)*, Madrid, Universidad Complutense, 1980, *passim*, y L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *El delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público (art. 184 C. P.): estudio del tipo de injusto*, Salamanca, tesis doctoral, págs. 374-381.

⁴² Cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 256; M. SANCINETTI, "Obediencia...", ed. cit., pág. 469. Obsérvese que esto no significa sostener que la naturaleza jurídica de la obediencia debida es causa de justificación, por la fundamentación antes hecha (en este sentido cfr. S. MIR PUIG; *Derecho...*, ed. cit., págs. 437-438), sino que, solo en los casos de error del subordinado en mandatos no manifiestamente ilícitos, cuando por la naturaleza de las relaciones de subordinación se requiere una más estrecha y pronta obediencia (esfera militar y similares), el derecho penal no puede considerar típico, si es que a la vez lo obliga a obedecer (cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto...*, ed. cit., pág. 211; F.

considerar típico desobedecer (cuando la orden no sea notoriamente ilícita) y, a la vez típico obedecer (en el mismo caso).

Esta solución parece también satisfactoria político-criminalmente, puesto que no contradice el principio general de que no son vinculantes los mandatos abiertamente delictivos (que son los más graves). Además, desde esta postura se trataría el hecho como un error sobre las circunstancias determinantes de lo ilícito (tipicidad) que excluye el dolo, reconociendo a esta categoría su carácter "cerrado", en el sentido de que debe contener los elementos que sirven para constatar positivamente el comportamiento, que luego va a ser enjuiciado por el prisma de la antijuridicidad⁴³. De otro lado, si bien no podrá argüirse legítima defensa de quien sufre el mal resultante del error, siempre se podrá invocar estado de necesidad si concurren los requisitos de esta eximente (art. 85.3 del C. P.). Por último, en todo caso sería (p. 344) muy difícil punir la participación de aquellos que colaboraron en la realización de un mandato que no es abiertamente delictivo, porque les faltaría el elemento subjetivo de la participación; más bien, si los partícipes se sirven del comportamiento del subordinado, que por error no lo considera antijurídico, puede castigárseles como autores mediatos, esto es, si aquellos conocían el carácter ilícito de la orden. No hay que olvidar que no es posible invocar error en supuestos que constituyan órdenes de cometer homicidios, torturas, violaciones, etc., dado que se trata de mandatos manifiestamente antijurídicos.

B) Supuestos de no exigibilidad de otra conducta

Es muy diferente del anterior el caso del subordinado que sabía de la ilicitud de la orden y a pesar de su no obligatoriedad, por unas determinadas circunstancias de estado de necesidad (como pueden ser temor a sanciones disciplinarias, a la pérdida del empleo, etc.), realiza la orden delictiva. La única posibilidad de que el derecho penal excuse tal actuación sería encuadrándola en las causas de no exigibilidad de otra conducta, cuando la mayoría de los ciudadanos hubieran obrado de la misma manera en situaciones análogas, pues el ordenamiento jurídico no podía exigir otro comportamiento, como sería el de conductas heroicas⁴⁴.

Los alcances de la eximente de no exigibilidad de otra conducta son bastante discutidos en la doctrina. Si bien se debate desde su aceptación⁴⁵, hasta su propia naturaleza⁴⁶, hay que reconocer que se presentan situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un injusto

ANFOI ISEI, *Manuale...*, ed. cit., pág. 219). Esto tampoco significa que al subordinado que desobedezca la orden no manifiestamente ilícita, por conocer la ilicitud del mandato, haya de condenársele necesariamente por el delito de desobediencia (art. 19 C. J. M.), toda vez que se encontraría ante un conflicto de deberes (el obedecer la orden aparentemente legítima y el de obedecer a las leyes), solucionable siempre a favor de la legalidad por su carácter preponderante. Cfr. T. VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 145; sobre la naturaleza juridicopenal de la colisión de deberes, cfr. A. CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en derecho penal*, Madrid, Edit. Tecnos, 1984.

⁴³ Cfr. F. MUÑOZ CONDE, *El error...*, ed. cit., pág. 61; H. H. JESCHECK, *Tratado...*, ed. cit., vol. I, pág. 336, y C. ROXIN, *Teoría...*, ed. cit., págs. 87 y ss.

⁴⁴ Cfr. L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit.; F. DIAZ PALOS, *En torno...*, ed. cit., pág. 202, y J. ANTÓN ONECA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 304.

⁴⁵ V. gr. JESCHECK sostiene que debe rechazarse como causa suprallegal de culpabilidad. Cfr. el mismo autor, *Tratado...*, ed. cit., vol. I., pág. 687.

⁴⁶ "En la actualidad la idea de no exigibilidad se limita a explicar el fundamento de las causas de exculpación (miedo insuperable, estado de necesidad exculpante), aparte de servir de 'principio regulativo' general, especialmente en la fijación de límites a ciertos tipos (imprudencia, omisión) y eximentes" (S. MIR PUIG, *Derecho...*, ed. cit., pág. 525). Sin embargo, respecto a la naturaleza del estado de necesidad exculpante que mayoritariamente se le considera que consiste en el conflicto de bienes jurídicos de igual magnitud (vid. por todos J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 246), no hay unanimidad en la doctrina, pues hay autores que estiman que aquí también se trataría de una causa de justificación (cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 2º ed. ampliada, Madrid, Edit. Civitas, 1981, págs. 155 y ss.). También la colisión de deberes que suele reputarse como una clase de estado de necesidad exculpante o causa de no exigibilidad (cfr. G. FIANDACA y E. MUSCO, *Diritto...*, ed. cit., pág. 300), no hay unanimidad en la doctrina, porque hay autores que sostienen que el conflicto de deberes iguales es justificante y no exculpante (cfr. J. BUSTOS, *Manual...*, ed. cit., pág. 252). En general, pues, la naturaleza de los casos de no exigibilidad son bastante discutibles.

típico que se abstenga de cometerlo, porque entrañaría un excesivo sacrificio para él. El derecho penal tiene que asumir que cualquier persona en tal situación excepcional habría actuado de la misma **(p. 345)** manera, pues lo contrario sería exigir comportamientos heroicos a los ciudadanos. Estos serían los casos subsumibles dentro de las causas de exculpación de miedo insuperable o estado de necesidad exculpante⁴⁷, que pretenden responder a situaciones anómalas, como el famoso caso de la "tabla de Carneades", o reacciones frente al fuego en un cine, o disturbios en un partido de fútbol, etc.

Para que esta eximente funcione en la obediencia debida, tienen que concurrir las circunstancias del estado de necesidad exculpante, o, al menos, ha de tratarse de bienes jurídicos iguales; o los del miedo insuperable, es decir, que la orden le haya producido un estado emocional al subordinado que no le deje otra posibilidad que obedecer. Ejemplos: el temor ante una sanción grave, como destitución si no cumple la orden, la amenaza de ser fusilado si no mata en la guerra, etc. Obsérvese que en todos estos supuestos se ha afirmado el injusto, pero se excluye la culpabilidad, porque el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio⁴⁸. Entonces habrá que enjuiciar la conducta del subordinado con un criterio objetivo medio abstracto ex ante (que el subordinado se halle sometido a la amenaza de un mal que el funcionario medio no superaría).

En el caso del estado de necesidad exculpante el criterio determinante es eminentemente objetivo, es decir que los males sean de igual magnitud, mientras que en el miedo insuperable el criterio subjetivo prima, esto es, que la amenaza del mal lleve al sujeto a un estado emocional insuperable; en ambos casos no debe existir otra alternativa posible⁴⁹. Como se trata de elementos que afectan a la culpabilidad, pueden presentarse estados incompletos, en que solo procede atenuar la responsabilidad.

En los casos de órdenes delictivas sumamente graves -cuyo bien protegido es elevado-, no se podrá eximir de responsabilidad al subordinado, porque difícilmente se puede presentar una situación en que los males sean por lo menos de igual magnitud. Así, cuando se trate de órdenes de cometer homicidio, torturas, desapariciones, etc., con mucha dificultad se podrá invocar no exigibilidad de otra conducta. Inclusive, las normas internacionales ya establecen en estos casos la imposibilidad de invocar obediencia debida exculpante: la Declaración sobre la tortura de la ONU, de 9 de diciembre de 1975 (art. 5), y el Código Internacional de Conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU, de 17 de diciembre de 1979 (art. 5).

En todo caso, la doctrina es unánime en considerar punible, como autor mediato, la actuación del superior que da la orden delictiva, y el C. P. peruano así lo establece expresamente (art. 86).

(p. 346) 4. REQUISITOS DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Si bien hemos señalado que no es posible establecer unívocamente cuál es la naturaleza jurídica de la obediencia debida, es importante realizar una interpretación de lege lata del art. 85.5 del C. P., determinando los requisitos para su admisibilidad:

- a) Existencia de una relación de subordinación, establecida por una norma jurídica, del que obedece al que manda, y emisión de una orden de este para aquél. b) Que el mandato se refiera a relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece y a sus respectivas competencias.
- c) Que la orden cumpla con las formalidades legales correspondientes.
- d) Que la orden tenga contenido delictivo y, por tanto, no vinculante. La que es conforme a derecho se configura como una modalidad de cumplimiento de un deber (art. 85.4 del C. P.).
- e) Que el subordinado desconozca la antijuridicidad de la orden por su ilicitud no manifiesta y crea actuar de acuerdo a derecho. O que, conociendo la antijuridicidad de la orden no quepa exigirle otra conducta que ejecutarla, según las reglas del estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.
- f) Que la conducta del subordinado responda a la finalidad de dar cumplimiento a la orden debida (elemento subjetivo).

⁴⁷ Así la doctrina mayoritaria. Cfr. S. MIR PUIG, Derecho..., ed. cit., págs. 521-534; J. BUSTOS, Manual..., ed. cit., pág. 406; F. MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, Bogotá, Edit. Ternis, 1984, págs. 163-167.

⁴⁸ Cfr. S. MIR PUIG, Derecho.... ed. cit., pág. 522.

⁴⁹ Cfr. J. BUSTOS, Manual..., ed. cit., págs. 405-407; S. MIR Pus, Derecho..., ed. cit., pág. 529.

5. CONSIDERACIONES POLITICOCRIMINALES

Es un principio del derecho penal actual, reconocer que toda institución jurídicopenal posee una función politicocriminal. Observar esta función en el caso de la obediencia debida, significa desentrañar qué tipo de conflictos sociales resuelve, y si esta es la mejor categoría para resolverlos.

Ya se ha señalado cómo surgió esta institución cuando el principio de autoridad constituía el fundamento de las relaciones de convivencia en sociedad. Hoy, ante la instauración del Estado de Derecho, la obediencia debida ha tenido que tomar nuevos derroteros, y por tanto se ha restringido el deber de obediencia ante las reglas del imperio de la ley. Las interpretaciones en este último sentido no están exentas de dificultades, como se ha podido observar, porque el conflicto entre legalidad y autoridad no ha sido aún resuelto sistemáticamente.

El derecho comparado y el derecho internacional se hacen eco de estas nuevas tendencias. Respecto del primero cabe destacar los códigos penales comunes de Alemania y Suiza, que no consideran como eximente la obediencia debida; y los de Austria, Checoslovaquia, Noruega, Dinamarca y Rusia, que solo la consideran una circunstancia atenuante. En cuanto al segundo, aparte de las normas anteriormente citadas, hay que considerar el Proyecto de Código Internacional elaborado por la O.N.U., que en su número 4 establece que "el hecho de haber obrado por orden de su Gobierno, de un superior jerárquico, no excusa la responsabilidad del autor en Derecho Penal internacional, si es que tuvo moralmente la libertad (p. 347) de escoger"; la interdicción de exclusión de responsabilidad con base en el deber de obediencia, es contundente para los delitos de lesa humanidad, como en el Tratado sobre la tortura.

Ante el conflicto entre legalidad y autoridad, no cabe duda que ha de salvaguardarse la legalidad, de acuerdo con los principios constitucionalmente adoptados (art. 81). La tarea ahora es desarrollar una configuración sistemática acorde con este objetivo politicocriminal. Para ello hemos de preguntarnos si la institución de la obediencia debida es idónea para cumplir dicho objetivo, y de qué manera.

Responder a dicho interrogante en estos momentos de proceso de reforma penal tiene una real importancia, pues significa establecer las ventajas y las desventajas de dicha institución, acorde con las demandas modernas del desarrollo de las formas de Estado que se consideran ideales para la convivencia política de las sociedades⁵⁰.

En la ponderación del conflicto subyacente, no se puede olvidar el significado de las experiencias históricas de otros pueblos en relación con esta institución, que -con ayudas legislativas- ha servido para dejar en la impunidad hechos tan horribles que han socavado la convivencia pacífica de la nación, dejando postergada una necesaria reconciliación nacional. Desde el punto de vista jurídicopenal, ha significado renunciar a la función inhibitoria de la pena, con la consiguiente desconfianza en el derecho y el trastocamiento del sistema de valores de bienes jurídicamente protegidos; siendo que, más bien, en sociedades en proceso de democratización deben afirmarse los derechos fundamentales y la certeza de la ley⁵¹.

Tampoco se debe dejar de considerar el inconveniente que la obediencia debida plantea en el juzgamiento de acciones con carácter delictivo realizadas dentro de organizaciones jerarquizadas, en las que, al centrar la responsabilidad en las cabezas del poder, se va eximiendo de responsabilidad a

⁵⁰ Sobre el Estado democrático de Derecho como ideal, vid. ELIAS DÍAZ, Estado..., ed. cit., págs. 111 y SS.

⁵¹ Se trata de la ley argentina 23.521 de obediencia debida, que estableció la presunción *juris et de jure* de que los hechos cometidos por el personal de las fuerzas armadas y policiales durante la dictadura militar de 1976-1983 (en la que se desató una represión con motivo de la "guerra antisubversiva", que condujo a la desaparición de más de nueve mil personas, cfr. Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, Nunca Más, Informe, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 8a ed., 1985, pág. 10), fueran considerados no punibles en virtud de obediencia debida. Al respecto vid. comentarios de R. BERGALLI, "El olvido...", ed. cit., *passim*; J. MATER, "Desobediencia debida" (A propósito de la llamada ley de "obediencia debida"), en *Doctrina Penal*, núm. 38, 1987, págs. 239-243; M. SANCINETTI, *Obediencia...*, ed. cit., *passim*; M. DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, "Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada ley argentina de obediencia debida", en *Doctrina Penal*, 1987, núm. 39, págs. 525-537; E. R. ZAFFARONI, "La ley de obediencia debida", en *Lecciones y ensayos*, núm. 50, 1988, págs. 23-32. Comentando esta ley, este autor dice: "la ley de 'obediencia debida' es el punto culminante de la degradación del derecho" (op. ult. cit., pág. 29).

los cuadros intermedios, con el consiguiente riesgo de dejar los hechos en la impunidad, porque normalmente las

altas autoridades están premunidas de prerrogativas que dificultan su juzgamiento⁵². Aquí cabe nuevamente resaltar las negativas consecuencias juridicopenales a que esto llevaría, al igual que en el caso anterior.

En cuanto a sus ventajas, una podría ser la de constituir un tratamiento especial para casos de error en la licitud de la orden, los cuales, dado el deber de obediencia que dificulta el examen del mandato, pueden ser abordados mediante la teoría del error sin dificultades. Lo que sí sería conveniente es sistematizar una interpretación que establezca los límites del deber de obediencia y los límites del deber de examen de la orden. Está claro que ha de salvaguardarse la legalidad por encima de la autoridad, y ello supone la posibilidad de examen de todas las órdenes (por lo cual queda justificada la desobediencia en estos casos); pero también el derecho debe proteger a quien actúa de buena fe obedeciendo la orden que considera y se manifiesta como lícita, no siéndolo.

Los demás casos pueden resolverse simplemente con las categorías ya establecidas del derecho penal: cuando se trate de una orden legal, los hechos son subsumibles en el cumplimiento del deber; en los casos de realización del hecho típico con conocimiento del carácter ilícito de la orden, pero en que se actúa por la presión de la subordinación o el deber de obediencia, la responsabilidad puede ser excluida o atenuada por medio de la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante.

Entonces, como dice QUINTERO OLIVARES, "la obediencia debida sirve para resolver todos aquellos casos que no son ni ejercicio lícito de un derecho, oficio o cargo, ni el ordenado se encuentra en estado de necesidad, ni siente miedo a sustraerse al cumplimiento, ni sufre error sobre la legalidad de la orden recibida. Y si es así, no veo por qué merece ser exculpado su comportamiento"⁵³. En conclusión, siguiendo a VIVES ANTÓN, "la obediencia debida sirve para prestar en todo evento una coartada al funcionario que cumplimenta la orden ilegal y, en definitiva, para promover que las órdenes (todas las órdenes, ilegales o no) sean cumplidas"⁵⁴.

(p. 349) 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Los proyectos de Código Penal peruano han seguido las tres diferentes posibilidades de regulación: la continuidad, tal y como se encuentra en el C. P. de 1924 (proyecto de 1989); la supresión, no se sabe si como alternativa politicocriminal o si solo se trata de una omisión (proyectos de octubre de 1984 y agosto de 1985); y la regulación con limitaciones siguiendo la teoría de la apariencia (proyecto de septiembre de 1984), al igual que el art. 19 del C. J. M., "siempre que la orden no sea notoriamente ilícita".

Estando a que mayores son los riesgos que las ventajas de la institución de la obediencia debida, y siendo además que todos los casos se pueden resolver por otras categorías del derecho penal, consideramos que la mejor alternativa es la supresión de la obediencia debida como eximente⁵⁵. Ello supone una adecuada regulación del error y de las reglas de no exigibilidad de otra conducta (miedo

⁵² En este sentido cfr. E. R. ZAFFARONI, (Coordinador), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Informe final, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, pág. 44. Algo similar ha sucedido en Perú con el juzgamiento de las muertes de centenares de reclusos con motivo del debelamiento de los motines de los penales de 1986, en el que los funcionarios de las fuerzas armadas y policiales adujeron actuar en cumplimiento de un mandato superior. Cfr. al respecto: R. AMES (editor), *Informe al Congreso sobre los sucesos de los penales*, Lima, OCISA, 1988; C. CHIPOCO, F. EGUIGUREN y M. TALAVERA, *Los sucesos de los penales: Nueva abdicación de la autoridad democrática. Un enfoque jurídico*, Lima, IDL, 1986. El asunto podría llegar al absurdo si se va eximiendo de responsabilidad a todas las autoridades militares por haber actuado por mandato del presidente de la República (como jefe supremo de las fuerzas armadas -art. 273 de la Constitución- y al estar este exento de responsabilidad durante su mandato (art. 210 de la Constitución), quedarán los hechos en total impunidad).

⁵³ QUINTERO, *El delito...*, ed. cit., pág. 80.

⁵⁴ VIVES ANTON, *Consideraciones...* ed. cit., pág. 146.

⁵⁵ En este sentido claramente: T. VIVES ANTÓN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 146; L. MORILLAS CUEVA, *La obediencia...*, ed. cit., pág. 218; G. QUINTERO OLIVARES, *F,1 delito...*, ed. cit., pág. 81.

insuperable y estado de necesidad exculpante), que escapan a estos comentarios y que, en todo caso, resulta impostergable.

Lo que sí es necesario apuntar es que, politicocriminalmente, el tratamiento que debe darse a quien por error, creyendo que la orden es lícita y teniendo esta la apariencia de serlo, cumple con la orden delictiva, ha de ser bien diferente del que se da a aquel que, sabiendo del carácter delictivo de la orden, la realiza bajo presión de la subordinación. El reproche juridicopenal es mucho mayor en este último caso, por lo que tendrán que concurrir todos los requisitos de la no exigibilidad para que quepa eximir de pena al infractor, puesto que, de no, sería renunciar a la función preventiva de la pena cuando se han vulnerado bienes jurídicos fundamentales. La más de las veces solo procederá una atenuación.

Más bien sí resulta oportuno destacar que los límites del deber de obediencia están en la teoría de la apariencia (art. 19 del C. J. M.). La teoría del error y la justificación encontrarán allí unos linderos afines a la supremacía del principio de legalidad, sin descuidar una posición garantista del derecho penal.

Queda así, pues, saldado todo compromiso con el Estado de Derecho, concepto en el que aparecen como centrales "las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, (...) en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales"⁵⁶, como vía juridicosocial para la democratización de nuestra sociedad.

⁵⁶ ELIAS DIAZ, Estado..., ed. cit., págs. 17-18.