

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



La eximente de “obediencia debida” en el Derecho
Penal peruano

Tesis para optar el título de abogado que presenta el bachiller

Juan Diego Ugaz Heudebert

Asesor : Dr. Ivan Meini Mendez

Lima, 2009

Índice

Portada	I
Dedicatoria	II
Abreviaturas	III
Índice	IV
Introducción	IX

Capítulo I

Ubicación sistemática de la obediencia debida

I. Nociones preliminares	1
II. Obediencia debida como supuesto de atipicidad	2
1. Tipo y tipicidad	2
a) Antecedentes	2
b) Definición actual de tipo y tipicidad	4
c) Adecuación social	5
d) Teoría de la tipicidad conglobante	7
2. La obediencia debida como conducta atípica	8
3. Error de tipo	10
4. Consecuencias jurídicas de entender a la obediencia debida como causa de atipicidad	12
III. La obediencia debida como causa de justificación	14
1. Antijuridicidad	14
2. Las causas de justificación	19

3. Diferentes interpretaciones de la obediencia debida como causa de justificación	21
3.1. Ordenes justificadas <i>per se</i> . Especial mención a los excesos del subordinado	21
3.2. Cumplimiento de órdenes conforme a Derecho	24
3.3. Cumplimiento de órdenes antijurídicas	25
3.3.1. Cumplimiento de la ley	25
3.3.2. La colisión de deberes	25
3.3.3. El estado de necesidad justificante	28
a) Peligro actual y que no puede ser evitado de otro modo	29
b) Criterios de ponderación	30
c) Elemento subjetivo	31
3.3.4. ¿Legítima defensa ante el ataque?	32
IV. La obediencia debida como causa de inculpabilidad	34
1. La culpabilidad	34
a) Teoría psicológica	34
b) Teoría normativa	35
c) Teoría de la responsabilidad de Roxin	36
d) Teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs	37
2. La culpabilidad en el CP	38
3. Obediencia debida como causa de exculpación por error de prohibición	40
3.1. Concepto de error de prohibición	40
3.2. Obediencia debida y error de prohibición	41
3.2.1. Error de prohibición sobre órdenes no revisables	42

4. Obediencia debida como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta	44
4.1. La no exigibilidad de otra conducta de en el Derecho penal	44
4.2. No exigibilidad de otra conducta y obediencia debida	46
4.2.1. El miedo insuperable	47
V. Obediencia debida como atenuante	52
VI. Obediencia debida como ausencia de conducta	59
VII. Resumen del capítulo	61

Capítulo 2

La vinculatoriedad de la orden

I. Órdenes que vinculan en un Estado social democrático de Derecho	65
1. Estado social democrático de Derecho según la CPP	65
2. Definición de Estado social democrático de Derecho	67
2.1. Democracia	69
2.2. División de poderes	71
2.3. Principio de legalidad	71
3. Órdenes que vinculan en un Estado social democrático de Derecho	73
3.1. Órdenes que vinculan de acuerdo a las normas peruanas	76
II. Requisitos de forma que debe tener toda orden	80
III. Requisitos de contenido que debe tener toda orden	81
1. Teoría de la apariencia	81
2. Teoría de la nulidad	85
2.1. Nulidad de los actos administrativos	87
2.2. Anulabilidad de los actos administrativos	89

2.3. Inconveniencia de aplicación de teoría de la nulidad	91
---	----

Capítulo 3

¿Obediencia debida?

I. Naturaleza jurídica de la obediencia debida	93
1. La obediencia debida como causa de atipicidad	93
2. La obediencia debida como error de tipo	94
2.1. Potestad de revisión de órdenes por parte del subordinado	95
3. La obediencia debida como causa de justificación	102
4. La obediencia debida como causa de exculpación	105
a) La obediencia debida como causa de inculpabilidad por error de prohibición	105
b) La obediencia debida como no exigibilidad de otra conducta	107
c) El estado de necesidad exculpante y la obediencia debida	108
c.1) Restricción al estado de necesidad exculpante	111
• Deber de soportar mayores peligros por oficio o cargo	111
• Que el estado de necesidad no haya sido provocado intencionalmente por el sujeto.	
II. Toma de postura respecto al artículo 19° inciso 8 del CJM, el artículo 20° inciso 9 del CP, y la obediencia debida en el Derecho Penal Internacional	113
1. Artículo 19.8 del Código de Justicia Militar	113
2. Artículo 20° inciso 9 del Código Penal	115
3. La obediencia debida en el Derecho Penal Internacional	115
III. Decisión judicial sobre caso “La Cantuta”	120
1. Antecedentes	120

2. Análisis jurídico de la Sala Penal Especial del caso “La Cantuta”	122
3. Posición personal respecto a la decisión de la Sala Penal Especial	125
a) Caso Pedro Yauri	128
b) Caso Barrios Altos	131
IV. Propuesta: derogación de la obediencia debida	134
1. Relación jurídica en la obediencia debida	134
2. Innecesariedad de contar con la figura de la obediencia debida	135
Conclusiones	138
Bibliografía	143
Compilaciones	160



Introducción

Por obediencia debida se entiende el cumplimiento del subordinado de una orden que proviene de su superior jerárquico, cuando éste ordena en el círculo de sus atribuciones y en la forma requerida por las disposiciones legales¹. De lo dicho se podría entender que el Derecho penal sólo regula los supuestos en que la orden proviene de autoridad competente, y que además no tiene contenido antijurídico. Sin embargo, la doctrina no concuerda con respecto a si la obediencia debida debe también incluir las circunstancias en las que el inferior cumple con un mandato, que si bien proviene de autoridad competente, tiene un contenido antijurídico, y generalmente deriva en la comisión de un hecho punible.

Los primeros registros históricos que se tienen de la figura de la obediencia debida aparecen en la época del imperio Romano. En este contexto, existía una relación de subordinación muy marcada entre la persona que emitía la orden y quien estaba obligada a cumplirla, a tal punto que siempre la responsabilidad era del que ordenaba, mientras que el obligado a obedecer resultaba eximido de responsabilidad.

Esta relación de estrecha vinculación entre superiores e inferiores en la escala jerárquica se reflejaba claramente en las relaciones familiares romanas. El jefe de la familia, o *paterfamilias* romano, ejercía un poder casi absoluto sobre las personas que se encontraban subordinadas a él (descendientes, esclavos, mujeres), lo cual generaba una relación de subordinación mayor incluso que la de los ciudadanos de un Estado moderno respecto de las autoridades públicas. A tal punto llegaba esta relación

¹ Al respecto, *Jiménez de Asúa*, Tratado de Derecho penal Tomo VI, p.764. ; *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p.45.

subordinación que en el Derecho romano era permitida la impunidad del hijo que daba muerte a la mujer adúltera cuando el padre ofendido así lo ordenaba².

Posteriormente, y con la inclusión del Derecho de Justiniano en Roma, se impusieron restricciones al cumplimiento de los mandatos. De esta manera, no obligaban los mandatos contrarios a las buenas costumbres: por ejemplo, el mandato de cometer un robo, causar un daño o cometer una injuria³.

Ya en la era moderna, la regulación más representativa de la obediencia debida aparece durante los Juicios de Nüremberg llevados a cabo en el año 1946, en donde se juzgó a militares alemanes por la comisión de delitos contra la humanidad en la Segunda Guerra Mundial. En efecto, el artículo 8° del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg consideró que la obediencia debida no podía ser considerada como eximente de responsabilidad, sino, sólo como atenuante. Esta visión del Derecho Internacional hacia la obediencia debida cambiaría luego con lo dispuesto por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, el cual incluyó la posibilidad de que la obediencia debida pueda ser una eximente de responsabilidad.

En el ámbito nacional, la obediencia debida ha sido regulada desde el Código Penal de 1863, señalándose en su artículo 8° inciso 10 que está exento de responsabilidad criminal el que obra en virtud de obediencia debida a su superior, siempre que éste proceda en uso de sus atribuciones, y concurren los requisitos exigidos por las leyes para que la orden sea obedecida. De igual forma, el Código Penal de de 1924 señala en

² Sobre las relaciones de subordinación en el Derecho romano, *Vid:* Morillas Cueva, La obediencia debida, p.25 y ss; *Jiménez de Asúa*, Tratado de Derecho penal Tomo VI, p.766 y s; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal español. Parte general, p.529.

³ *Instituciones de Justiniano*, p.224.

su artículo 85° inciso 5 que está exento de pena el que obra por disposición de una ley o por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones.

Actualmente, la obediencia debida es regulada por los artículos 20° inciso 9 del CP y el 19° inciso 8 del CJM. El primero de ellos exime de responsabilidad al que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones, mientras que el segundo exime de responsabilidad penal al que se resiste a cumplir una orden impartida por autoridad competente o superior jerárquico competente que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra.

Las consecuencias que se derivan de lo expuesto por cada norma son distintas, lo cual se debe primordialmente a que el análisis del cumplimiento de órdenes que se debe hacer varía dependiendo de si se trata de un funcionario público civil –que se rige por lo dispuesto por el artículo 20° inciso 9 del CP-, o que si se trata de un funcionario que pertenece a una institución castrense –que se regirá por lo dispuesto por el artículo 19° inciso 8 del CJM-. Ello, principalmente, debido a que la facultad que tendrá cada uno de ellos para poder reconocer la legalidad de lo ordenado será distinta. Para poder llegar a esta conclusión habrá que distinguir entre la potestad de revisar el contenido de lo ordenado que tendrán los funcionarios públicos civiles frente a la que poseerán los funcionarios públicos que pertenecen a instituciones castrenses.

Un tema primordial que será abarcado en este trabajo está referido a los requisitos con los que deberá contar una orden según nuestro ordenamiento jurídico para que tenga la capacidad de vincular a quien la cumple. Para ello será determinante hacer un repaso sobre el Estado de Derecho por el cual nos regimos y ver qué clase de órdenes puede

generar deberes de cumplimiento sin afectarlo. Es evidente que una orden que tenga contenido legal, tanto en su forma como contenido, deberá ser cumplida por el subordinado que la recibe, por lo que el análisis se centrará en concluir si es que una orden ilegal podrá generar deberes de cumplimiento en quien la recibe.

Una vez que se sepa qué ordenes pueden vincular en un Estado de Derecho, se deberá estudiar también con qué requisitos de forma y contenido deberán contar los mandatos para que sean vinculantes. El mayor problema aquí será poder saber qué requisitos de contenido deberá de tener la directiva para que sea vinculante para el que la recibe. La doctrina ha centrado su discusión al respecto de acuerdo a lo establecido por dos teorías: La de la apariencia –la cual ha sido escogida por el legislador nacional de acuerdo a lo expuesto en la exposición de motivos del CP-, y la teoría de la nulidad. Sin embargo, ambos teorías presentan una serie de inconvenientes que serán repasados en este trabajo, ante los cuales se buscará encontrar una solución objetiva y coherente que permita poder concluir cuándo se le exigirá al subordinado el no cumplimiento de lo mandado.

Un tema bastante polémico y que abarcará gran parte de la presente monografía gira en torno a la naturaleza dogmática de la obediencia debida. Resulta interesante observar cómo la doctrina tiene diversos puntos de vista con respecto a la naturaleza jurídica de la obediencia debida. Las propuestas son varias, aunque las principales incluyen a la obediencia debida dentro de las causas de justificación, o de exclusión de la culpabilidad. Las consecuencias de incluir a la obediencia debida dentro de una u otra categoría serán totalmente distintas, por lo que deberá analizarse cuál será la solución más conveniente.

Por otro lado, lo estudiado en la presente investigación tiene un gran interés por la realidad peruana, ya que en días pasados se ha emitido la sentencia de primera instancia en el juicio que se sigue al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, condenándolo a veinticinco años de pena privativa de libertad. A Fujimori se le acusa de haber participado en la masacre de personas civiles inocentes durante los años en que su gobierno luchaba contra el terrorismo, valiéndose para ello de un aparato organizado de poder denominado *grupo colina*.

Este destacamento clandestino de aniquilamiento se constituyó al interior del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) y se subordinó a la cadena de mando del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) que dependía de Vladimiro Montesinos, a quien Fujimori había designado como su jefe de facto, dotándolo de los poderes y recursos necesarios para llevar adelante ejecuciones a supuestos miembros de *Sendero Luminoso* como una política de Estado para combatir al terrorismo.

Resulta de interés para este trabajo determinar si las órdenes de aniquilamiento dictadas al interior de un aparato organizado de poder podían vincular a los subordinados que los cumplían, eximiéndolos de toda responsabilidad penal por los crímenes que cometían.

Para efectos de hacer más ilustrativo lo expuesto, se hará mención en la presente investigación a los homicidios cometidos por el denominado *grupo colina* en los casos “La Cantuta”, “Pedro Yauri” y “Barrios Altos”, analizándose posteriormente si es que los subordinados que cometieron estos actos ilícitos podrían o no ser eximidos de responsabilidad penal por haber actuado en cumplimiento de los mandatos emitidos por

sus superiores. Se hará una especial mención al caso “La Cantuta”, pues es el único de los tres que cuenta con una sentencia condenatoria que sanciona a subordinados que reconocieron haber cometido hechos delictivos en cumplimiento de lo ordenado por sus superiores, razón por la cual alegaron obediencia debida durante el juicio seguido en su contra.

Ante lo dicho, el presente trabajo deberá apuntar a concluir si es que, más allá de la responsabilidad penal que tendrá el que imparte la orden, se deberá o no de eximir de responsabilidad penal al subordinado que cumple con esta clase de mandatos, tomando como referencia para ello lo expuesto por la Constitución y el Código Penal.

De lo expuesto se entiende que la obediencia debida es una figura dogmática compleja, lo cual se evidencia al observar, por ejemplo, las diversas interpretaciones que se han hecho sobre su naturaleza jurídica.

Es por ello que el presente trabajo tiene como finalidad lograr una correcta comprensión de la obediencia debida. La importancia de un estudio de la obediencia debida resalta en nuestro país, puesto que se ha visto que hay casos de suma importancia como el de “La Cantuta” en los que los ejecutores directos de crímenes contra la humanidad han alegado haber actuado en cumplimiento de órdenes de sus superiores para evitar ser penalmente responsables por los hechos que han cometido. Asimismo, es importante el estudio de la obediencia debida porque no existen abundantes pronunciamientos judiciales sobre el tema, y porque los autores nacionales tampoco han profundizado sobre el particular.

Capítulo 1

Ubicación Sistemática de la obediencia debida

I. Nociones preliminares

El tema más discutido con referencia a la obediencia debida es el referente a la determinación de su naturaleza jurídica. Esto se debe a que no existe acuerdo en la doctrina con respecto a la ubicación sistemática de la obediencia debida, llegando a ser entendida como una causa de justificación, de atipicidad, de exclusión de la culpabilidad, de atenuación y hasta de exclusión de la acción.

Sí existe acuerdo, en cambio, con referencia a qué relaciones de subordinación podrán generar obediencia debida. Para que pueda aplicarse la obediencia debida, la relación de subordinación entre el que ordena y el que acata debe ser legal y proveniente de una relación de Derecho público o militar, lo cual impone al inferior jerárquico la obligación de obedecer los mandatos de su superior, creándose así un deber jurídico, cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia⁴. Esto quiere decir que debe existir una regulación jurídica determinada que especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro, la cual sólo podrá darse en el ámbito público y militar, pero no en las relaciones privadas laborales o familiares⁵. En el caso de las relaciones familiares, es cierto que en la época del Imperio Romano, por citar un ejemplo, el jefe de la familia mantenía una relación superior-subordinado con el resto de

⁴ En ese sentido, *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p.48 y s. y *Mir Puig*, Derecho Penal. Parte general, p.506.

⁵ *Villavicencio T.*, Derecho Penal. Parte general, p.645. Asimismo, concuerdan con este razonamiento: *Meini*, en Imputación y responsabilidad penal, p.103; *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.223; *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.202 y s; *Soler*, Derecho Penal Argentino, p.391.; *Fontán Balestra*, Tratado de Derecho penal, p.346.; *Bramont-Arias Torres*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.255.; *Gimbernat Ordeig*, Introducción a la parte general del Derecho penal español, p.67; y *Ugaz Sánchez-Moreno/Ugaz Heudebert*, en Código penal comentado, p.813.

sus integrantes, incluso con cierta independencia del poder del Estado⁶. Sin embargo, actualmente ese tipo de relaciones no son toleradas por el Derecho, no existiendo una facultad de mando establecida por ley para el jefe de la familia.

II. La obediencia debida como supuesto de atipicidad

1. Tipo y tipicidad

En este punto es necesario hacer referencia a las definiciones de tipo y tipicidad, para lo cual se hará mención a las teorías de la adecuación social y tipicidad conglobante, a fin de poder establecer en qué ocasiones el subordinado que cumple con lo mandado por el superior realiza un comportamiento que se encuentra dentro del riesgo permitido. Luego de ello, se procederá a explicar la teoría que considera a la obediencia debida como una conducta atípica, volviendo a hacer mención para ello a la teoría de la tipicidad conglobante, pero esta vez explicada tomando como referencia a la obediencia debida.

a) Antecedentes

El concepto de tipo nace en la era moderna en el año 1906 con la teoría expuesta por BELING, conocida como *Tatbestand* (expresión alemana traducida generalmente como “hecho” o “supuesto de hecho típico”). Este autor señala que no hay delito sin tipo, y concibe el tipo como el conjunto de características objetivas mediante las cuales el legislador ha descrito categóricamente aquellas conductas que han de ser sancionadas penalmente⁷. En la concepción de BELING, la atribución del delito a una persona

⁶ Rodríguez Devesa/Serrano Gomez, Derecho Penal español, p.529 y s.

⁷ Cury Urzúa, Derecho penal. Parte general Tomo I, p.228.

determinada tiene lugar en base a la realización del *Tatbestand* concurrente en ella, siendo concebido el tipo como un modelo estrictamente objetivo al que ningún elemento subjetivo podría pertenecer⁸.

El autor plantea también una independencia del tipo frente a la antijuridicidad y la culpabilidad, teniendo esta afirmación como fundamento que el tipo no contiene juicio de valor alguno, estando libre de todo elemento subjetivo-ánimico, siendo así un concepto totalmente neutro⁹. En el año 1930 BELING procede a modificar su teoría, incluyendo los conceptos de “tipo de delito o figura delictiva” (*Dliktypus*) y la “figura o esquema rector” (*Leitbild*). Al primero de ellos corresponden todas las descripciones internas y externas contenidas en cada figura legal –incluidos los elementos subjetivos–, mientras que el segundo se trata de un esquema conceptual unificador de los distintos elementos del tipo de delito, que por ser descriptivo y objetivo permite que afluyan en su tipo una parte objetiva (antijuridicidad) y una subjetiva (culpabilidad); por ejemplo, en el caso del homicidio, “la figura o esquema rector” solamente podrá ser descrito como “matar a un hombre”. Esta imagen puede así servir de modelo a una conducta humana y a acontecimientos distintos de la conducta¹⁰.

Posteriormente, y gracias a la dogmática neokantiana, encabezada por MEZGER, se estableció la idea de que el tipo debía perder la neutralidad valorativa, lo cual significaba que dejaría de ser puramente objetivo, pudiendo pertenecer a él todos los

⁸ *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal. Parte general, p.242

⁹ Al respecto, *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.189; *Reyes Echandía*, Tipicidad, p.19; *Welzel*, Derecho penal alemán. Parte general, p.79; y *Bramont- Arias Torres*, en Libro homenaje al profesor Luís Alberto Bramont Arias, p.36.

¹⁰ *Concuerdan*, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal. Parte general, p.242 y s; *Folchi*, La importancia de la tipicidad en Derecho penal, p.25; y *Cury Urzúa*, Derecho penal. Parte general Tomo I, p.228.y s.

elementos que fundamentan la desvaloración jurídica de la respectiva clase de conducta, sean estos objetivos o subjetivos¹¹.

b) Definición actual de tipo y tipicidad

En su concepción actual, se entiende al tipo como una abstracción concreta del conjunto de características objetivas y subjetivas que debe contener un hecho para poder ser sancionado penalmente, el mismo que se encontrará descrito en la ley penal¹².

Entendido ya el concepto de tipo, se debe definir el de tipicidad, que es justamente aquel comportamiento que coincide o se encuadra con el supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito¹³. En consecuencia, para que una conducta sea típica, y por ende sancionada penalmente, es necesario que la parte objetiva y subjetiva de ésta encaje en la parte objetiva y subjetiva del tipo descrito en la ley¹⁴. Tomando en cuenta lo antes dicho, cada vez que un comportamiento humano determinado no encuadre dentro de ningún tipo legal, por lesivo que parezca a intereses individuales o sociales, o por inmoral que sea reputado, no será susceptible de sanción penal alguna, al ser una conducta atípica¹⁵. Como se puede observar, el supuesto de hecho típico estará siempre regulado por la ley, lo cual implica un respeto por el principio de legalidad, cumpliendo

¹¹ Al respecto, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal. Parte general, p.243.; *Sarrulle*, Dogmática de la culpabilidad, p.35 y s.; *Righi*, La culpabilidad en materia penal, p.80 y s.

¹² Concuerdan con esta definición del tipo, *Bramont- Arias Torres*, en Libro homenaje al profesor Luís Alberto Bramont Arias, p.35 y s; *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.126 y s; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal. Parte general, p.241; *Folchi*, La importancia de la tipicidad en Derecho penal, p.22; *Cury Urzúa*, Derecho penal. Parte general Tomo I, p.229.; y *Bacigalupo*, Derecho penal. Parte general, p.212.

¹³ *Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/Ferré Olivé/Serrano Piedecosas/García Rivas/Terradillos Basoco*, Curso de Derecho penal. Parte general, p.201 y s.; *Bramont- Arias Torres*, en Libro homenaje al profesor Luís Alberto Bramont Arias, p.35; y *Marquez Piñero*, Derecho penal. Parte general, p.208.

¹⁴ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.219 y s.

¹⁵ *Reyes Echandía*, Tipicidad, p.255.

así el tipo penal una función garantizadora¹⁶ que permite al ciudadano conocer de manera *ex ante* la diferencia entre una conducta sancionada y una atípica.

c) Adecuación social

Como se acaba de explicar, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos –cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal-, pero también podría serlo de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella¹⁷. Este es el caso de las conductas que, a pesar de que pueden ser subsumidas dentro de un tipo penal, carecerán de relevancia penal por encontrarse dentro del marco de libertad de acción social permitido para toda persona¹⁸. Un ejemplo de esta clase de conductas son los golpes en una pelea de box, los cuales pueden originar daños corporales que se encuentran prohibidos por el tipo penal que sanciona las lesiones, y que sin embargo no serían considerados como típicos porque estas lesiones se originan como consecuencia de una conducta adecuada o tolerada por la sociedad.

Parece lógico pensar que no debería estar tipificado lo adecuado socialmente, vale decir, los comportamientos habitualmente tolerados y practicados por la sociedad. No obstante, muchas veces existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que se considera adecuado. Este desfase podría llevar inclusive a la derogación de hecho

¹⁶ Desarrollan esta función del tipo, *Villavicencio*, Derecho penal. Parte general, p.298; *Cury Urzúa*, Derecho penal. Parte general Tomo I, p.230; *Bramont- Arias Torres*, en Libro homenaje al profesor Luís Alberto Bramont Arias, p.37; *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible. El hecho punible, p.126 y s; y *Bacigalupo*, Derecho penal. Parte general, p.212.

¹⁷ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.159.

¹⁸ *Welzel*, Derecho penal alemán. Parte general, p.85.

de la norma jurídica y a proponer su derogación formal.¹⁹ Mientras ello no suceda, MUÑOZ CONDE refiere que no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad, puesto que se trata de una conducta atípica, lo cual quedará en evidencia luego de realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales que son redactados con demasiada amplitud y que extienden en demasía el ámbito de prohibición²⁰.

Sin embargo, no existe acuerdo en la doctrina con respecto a la ubicación de la adecuación social dentro de la teoría del delito. Así, se le ha llegado a entender también como una causa de justificación, supuesto de atipicidad, causa de exculpación, y hasta se ha planteado rechazarla²¹.

d) Teoría de la tipicidad conglobante

Esta teoría es propuesta en Latinoamérica por ZAFFARONI. El autor sostiene que la norma y el bien jurídico no pertenecen al tipo, sino que permanecen “antepuestos” a él, lo que hace que tanto la afectación del bien jurídico y la antinormatividad sean características necesarias para la tipicidad de una conducta²². Conforme a esto, una conducta, por el hecho de ser típica, necesariamente será también antinormativa y deberá afectar a un bien jurídico penalmente tutelado²³. Es a partir de lo dicho que este autor hace una distinción entre tipo legal y tipo penal. El primero de ellos es una simple adecuación formal al tipo que no implica la antinormatividad de la conducta²⁴. Es en el

¹⁹ Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, p.51.

²⁰ Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, p.51.

²¹ Villavicencio T., *Derecho Penal, Parte general*, p.346.

²² Rusconi, *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, p.29 y s.

²³ Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal. Parte general III*, p.229.

²⁴ Vidal, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito*, p.198.

segundo de ellos donde el autor introduce su noción de tipicidad conglobante, al decir que el tipo penal resultará de la suma de la tipicidad legal, la antinormatividad y la afectación de bienes jurídicos, lo cual se logra mediante la indagación del alcance prohibitivo del tipo legal, no considerado aisladamente, sino que conglobado con otras normas penales prohibitivas²⁵.

Este fundamento se explica mejor con su aplicación para el cumplimiento de un deber. ZAFFARONI pone el ejemplo del oficial de justicia que, con todos los recaudos de ley y en cumplimiento de una orden judicial perfectamente formal y materialmente válida, procede a secuestrar un bien mueble totalmente ajeno. Dice que en este ejemplo, pese a que la conducta se encuadra en una descripción típica (secuestrar un bien ajeno), se realiza en cumplimiento de un deber, es decir que la norma prohibitiva se encuentra limitada en su ámbito de prohibición por otra norma que, en este caso, prohíbe no hacer lo que el tipo que corresponde a la primera norma prohibitiva describe (prohíbe no cumplir con una orden lícita)²⁶. El autor señala que el ejemplo muestra que la conducta, pese a adecuarse a un tipo legal (secuestrar un bien ajeno) no puede ser típica cuando una norma distinta de la que el tipo legal expresa, prohíbe dejar de realizarla (si el oficial no cumple con la orden cometerá el ilícito penal de desobediencia), lo cual evidencia que se trata de un comportamiento que, debido a que es no antinormativo y no afecta bienes jurídicos, debe ser considerado como atípico²⁷.

2. La obediencia debida como conducta atípica

²⁵ Vidal, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.198.

²⁶ Zaffaroni, Tratado de Derecho penal. Parte general III, p.229.

²⁷ Zaffaroni, Tratado de Derecho penal. Parte general III, p.229 y s.

Esta teoría supone que existe un comportamiento atípico cuando el subordinado, en virtud de la legalidad –formal y de contenido- de la orden, no tenga más remedio que cumplirla, al generársele una obligación jurídica para que obedezca el mandato²⁸. La obligación de obedecer esta clase de órdenes hace que, como consecuencia de su licitud y vinculatoriedad, el subordinado tenga que acatarla, ya que de no hacerlo cometerá delito de desobediencia²⁹.

En consecuencia, se acoge también la idea de que cuando la orden sea impartida legítimamente y su contenido sea lícito, el inferior deberá obedecerla, quedando su comportamiento encuadrado en el cumplimiento de un deber jurídico, considerado como ausencia de tipicidad, y no como causa de justificación³⁰.

El razonamiento antes mencionado tiene como fundamento a la teoría de la tipicidad conglobante impuesta por ZAFFARONI³¹. De existir obediencia de órdenes legítimas en su forma y contenido –lo cual constituye el cumplimiento de un deber-, podrá haber un conflicto entre dos normas de obligatorio cumplimiento. Por ejemplo, en el caso del policía que cumple con un mandato de detención legítimo ordenado por un juez, habrá un conflicto entre la obligación de cumplir con el mandato y la obligación de no restringir la libertad de una persona.

Si es que se aplica la teoría de la tipicidad conglobante, el conflicto se resolverá de la siguiente manera: El tipo legal constituido por la norma prohibitiva de no restringir la

²⁸ En este sentido, *Bramont-Arias Torres*, Manual de Derecho Penal, Parte general, p.292.; *Creus*, Derecho penal. Parte general, p.320; *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.225; *Du Puit*, en Anuario de Derecho penal, p.252.

²⁹ *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho Penal, Parte general, p.225.

³⁰ *Zaffaroni/Aliaga/Slokar*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.593; *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal IV, p.282.; *Villavicencio*, Derecho penal. Parte general, p.644 y s.; y *Vidal*, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.329.

³¹ *Supra*, Cap.1.II.1.4.

libertad de las personas será conglobado con el resto de normas para poder verificar si es que es antinormativa y vulnera algún bien jurídico. Al existir una norma prohibitiva que impide al subordinado no cumplir con la orden de restricción de la libertad, su comportamiento no será antinormativo, ni vulnerará bienes jurídicos³², siendo de esa manera atípico. Ello se debe a que según este razonamiento no es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho³³ –una ordena la detención de la persona y la otra impide la restricción de su libertad-.

3. Error de tipo

El error de tipo surge cuando el comportamiento del sujeto activo se encuentra subsumido en un tipo penal sin que éste lo sepa, existiendo error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo³⁴. De este modo, el sujeto estima que está realizando un hecho lícito y atípico, pero objetivamente ha realizado un tipo penal³⁵. Como ejemplo se tiene al cazador que dispara contra un venado dentro de un bosque donde estaba permitido la caza, creyendo que se trataba de un animal, cuando en realidad era una persona que se había disfrazado de venado.

³² Sentencia de la Sexta SPE del 19/2/2007, Exp. N° 33-2001. La jurisprudencia nacional parece haber aceptado, al menos en parte, el fundamento de la teoría de la tipicidad conglobante en el sentido de que no será típico un comportamiento que no vulnere bienes jurídicos. Esto al señalar que uno de los requisitos para la aplicación de la obediencia debida es que la orden impartida por el superior debe ser siempre antijurídica, ya que esta eximente sólo puede hacer referencia al cumplimiento, en virtud de la obediencia debida, de una orden antijurídica, porque para eximir de pena por el cumplimiento de órdenes lícitas no antijurídicas no es necesario ningún precepto legal expreso, toda vez que el derecho penal, al ser de *ultima ratio*, sólo interviene cuando se vulnera un bien jurídico.

³³ *Rusconi*, Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante, p.29 y s.

³⁴ *Salazar Marín*, Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito, p.159; *Gurruchaga*, El error en el delito, p.35; *Herrera*, Luis Eduardo, El error en materia penal, p.92; *Bacigalupo*, Tipo y error, p.144.

³⁵ *Bramont- Arias Torres*, en Libro homenaje al profesor Luís Alberto Bramont Arias, p.48.

Por otro lado, el error puede ser consecuencia de que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en realidad (representación falsa)³⁶. Asimismo, el error puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo, sean estos descriptivos o normativos³⁷. Cuando se trata de un error sobre los elementos descriptivos del tipo, el autor percibe equivocadamente un elemento típico, mientras que cuando el error recae sobre los elementos normativos del tipo, el agente carece de una valoración que le permita comprender el significado del elemento típico³⁸. Una vez excluido el dolo por el error de tipo los efectos varían dependiendo de si el error era evitable o no. En el primer caso el autor actuará de manera imprudente, por lo que la infracción será castigada como culposa, mientras que en el segundo caso no hay dolo ni imprudencia, por lo que se tratará de un supuesto que no será castigado penalmente³⁹.

La profesora LAURA ZÚÑIGA sostiene que la obediencia debida podría generar un error de tipo cuando se presente un error sobre el deber de obediencia, ya que éste es un elemento que integraría al tipo penal⁴⁰. Ello se explicaría porque el inferior jerárquico puede tener una falta de representación o representación falsa sobre el deber de obedecer una orden cuando no sea manifiestamente ilícita, lo cual le puede llevar a creer erróneamente que debe obedecerla. El inferior jerárquico ha recibido un mandato que, al no ser abiertamente antijurídico, le hace pensar que su comportamiento no constituye supuesto típico alguno. Es por este contexto social y jurídico (el deber cumplir una orden que proviene de un superior y que no es manifiestamente antijurídica) que el

³⁶ *Villavicencio T.*, Derecho penal. Parte general, p.361.

³⁷ *Salazar Marín*, Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito, p.159 y ss.; y *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.468; y *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.66.

³⁸ *Villavicencio T.*, Derecho penal. Parte general, p.361.

³⁹ *Luzón Peña*, Curso de Derecho penal. Parte general I, p.444 y s. Asimismo lo señala el artículo 14° del CP.

⁴⁰ *Zúñiga Rodríguez*, en Derecho, p.208.

subordinado no comprende el sentido material de su comportamiento, desconociendo así que su conducta se adecua a un tipo objetivo⁴¹.

Un ejemplo de lo antes señalado es el de un miembro de la fuerza aérea que recibe la misión de soltar una bomba sobre un blanco en un aparente ejercicio práctico. Se había informado al subordinado que el objetivo era una choza deshabitada, aunque lo cierto era que en su interior había prisioneros de guerra detenidos. En este caso, el inferior recibió una orden aparentemente lícita, al habersele informado que el objetivo del ejercicio práctico era una choza deshabitada, creyendo equivocadamente que su comportamiento no constituía ilícito penal alguno. Asimismo, en este ejemplo el subordinado se encontraba en un contexto en el cual tenía que obedecer una orden que aparentaba ser lícita, puesto que la relación de subordinación que lo une con su superior hace que deba cumplir con los mandatos de éste, siempre y cuando no sean manifiestamente ilícitos, tal y como sucedió en el ejemplo en mención.

4. Consecuencias jurídicas de entender a la obediencia debida como una causa de atipicidad

Las consecuencias jurídicas de entender a la obediencia debida como una causa de atipicidad serían tres. La *primera* es que no va a ser necesario valorar la tipicidad subjetiva, puesto que el actuar del subordinado se encuentra dentro del riesgo permitido, no siendo requerida la valoración de la voluntad del autor. De esta manera, si es que el comportamiento del subordinado, luego de ser valorado desde un plano objetivo, no puede ser subsumido dentro de un tipo penal, no será necesario analizar la intención que

⁴¹ Revisar al respecto, *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.468.

tuvo al momento de realizarlo, ya que dicho actuar no podrá nunca tener consecuencias penales. Por ejemplo, si es que un policía detiene a una persona en cumplimiento de una orden judicial lícita, no interesará valorar si es que odiaba y por ende anhelaba ver en la cárcel a la persona que detuvo, ya que al encontrarse su comportamiento dentro del riesgo permitido, no se deberá analizar con qué intención lo realizó.

La *segunda* consecuencia jurídica es que no se podrá atribuir responsabilidad penal por participación. Esto por el principio de accesoriedad, el cual precisa que para sancionar al partícipe debe primero haber existido un comportamiento antijurídico por parte del autor⁴². Ahora, para poder saber si es que el acto cometido por el autor es punible o no, el hecho principal cometido por éste debe ser típico y antijurídico. Esto en virtud de la teoría de la accesoriedad limitada, la cual considera además que la culpabilidad de cada partícipe es individual y no accesoría⁴³. Es así que si se considera a la obediencia debida como causa de atipicidad, no será posible imputar responsabilidad penal por participación a un tercero, al carecer el hecho cometido por el autor de tipicidad y antijuridicidad.

La *tercera* consecuencia de entender a la obediencia debida como causa de atipicidad es que, al no ser el hecho antijurídico, cuando el subordinado actúe contra un tercero en cumplimiento de la orden (por ejemplo, el policía que cumple con un mandato de arresto) no será posible la legítima defensa de éste, puesto que la agresión no será ilegítima⁴⁴.

⁴² Concuerdan, *Mir*, Derecho Penal. Parte general, p. 369, y *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho Penal. Parte general I, p.864.

⁴³ *Bacigalupo*, Derecho Penal. Parte general, p.487 y s. Con respecto a la teoría de la accesoriedad limitada, *Vid.* R.N. de la Primera SPT del 11/10/2004, N° 375-2004-Ucayali; STC del 5/08/2002, Exp. N° 1565-2002-HC/TC; R.N. de la Primera SPT DEL 14/01/2003, N° 3203-2002.

⁴⁴ *Zúñiga Rodríguez*, en Derecho, p.209.

III. La obediencia debida como causa de justificación

Para poder entender las teorías que proponen a la obediencia debida como una causa de justificación, es necesario desarrollar primero el concepto de antijuridicidad, entendido como aquel comportamiento contrario a Derecho que siempre será sancionado. Una vez comprendidos los conceptos de antijuridicidad y causas de justificación, se podrá concluir si es que la obediencia debida puede ser considerada dentro de alguna de las causas que justifican comportamientos antijurídicos.

1. Antijuridicidad

Como se ha concluido en páginas anteriores⁴⁵, cuando un comportamiento se puede subsumir dentro de un supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito existe una conducta típica. Cumplida esta fase, el juez deberá valorar si es que existe alguna causa de justificación, de no ser así, la conducta, además de típica, será antijurídica⁴⁶.

Se entiende entonces a la antijuridicidad como un juicio de valor que se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta del hombre, constituye una unidad de elementos objetivos y subjetivos⁴⁷. La doctrina hace una diferencia entre antijuridicidad e injusto, siendo el primero de ellos el que designa una propiedad de la

⁴⁵ *Supra*, Cap.1.II.1.2.

⁴⁶ *Vid*, Reyes Echandía, Antijuridicidad, p.12. Asimismo, concuerdan con este razonamiento: Antolisei, Manual de Derecho penal. Parte general, p. 135 y s; Vela Treviño, Antijuridicidad y justificación, p.129 y s.; y Moro, La antijuridicidad penal, p.9 y ss.

⁴⁷ *Welzel*, Derecho penal alemán. Parte general, p.77.

acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que el segundo es la conducta antijurídica misma⁴⁸.

De lo expuesto se podría pensar que un hecho típico será necesariamente antijurídico, puesto que si está regulado por la norma penal es porque afecta el ordenamiento jurídico. No obstante, esto no va a ser siempre así, ya que pueden concurrir causas de justificación que hagan que la conducta típica no sea considerada como antijurídica⁴⁹. Si es que no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es la constatación de la culpabilidad del autor del hecho típico y antijurídico⁵⁰.

Por otro lado, para un gran sector de la doctrina⁵¹, la antijuridicidad cuenta con dos aspectos: formal y material. La antijuridicidad formal es una relación entre la acción o conducta y el Derecho; concretamente, la contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico. Por antijuridicidad material se entiende a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal.⁵²

No obstante, el contenido material de la antijuridicidad no se agota en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –*desvalor de resultado*–, ya que además es necesario valorar la acción que dio lugar a la vulneración del bien jurídico –*desvalor de acción*–.

⁴⁸ Vid, *Welzel*, Derecho penal alemán. Parte general, p.78; *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.557; y *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.84.

⁴⁹ Cfr, *Vela Treviño*, p.159. El autor sostiene que no puede haber causa que justifique lo que siempre ha estado justificado, citando para fundamentar su fundamento a *Jiménez Huerta*, quien señala al respecto que: “La conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico o quien lesiona algún interés jurídico al obrar conforme a Derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada”.

⁵⁰ *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.83.

⁵¹ Entre otros: *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.558; *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.84.; *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.514.; *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.150.; *Luzón Peña*, Curso de Derecho penal. Parte general I, p.323 y s; y *Maurach/ Zipf*, Derecho Penal. Parte general I. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible, p.421.

⁵² Bien jurídico entendido como aquél que por el interés o valía que tiene para una persona o la sociedad, merece protección jurídica.

El *desvalor de acción*, que surge a partir de la teoría finalista de la acción⁵³, consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor, como en las circunstancias que incurren en su persona. De ahí que se distinga entre el *desvalor de acción* referido al hecho y al autor⁵⁴. Esto quiere decir que por ejemplo la acción de matar a otro no será valorada igualmente cuando es cometida con dolo que cuando es realizada con imprudencia, lo cual explica que se pueda hablar de tipo de injusto doloso y tipo de injusto imprudente⁵⁵. Asimismo, no se valorará de igual manera el modo en que se comete el ilícito, pues no es lo mismo realizar un robo simple que uno agravado. En cuanto al grado, no será valorada de igual manera una acción consumada que una cometida sólo en grado de tentativa.

De lo dicho queda claro que en el Derecho penal no puede haber injusto de resultado sin injusto de acción –sólo serán antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico que deriven de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico y sólo serán antijurídicas las acciones que vulneren los valores que fundamentan a los bienes jurídicos protegidos-, ya que están perfectamente entrelazados⁵⁶. Como claro ejemplo de ello se tiene el del policía que realizada un arresto en cumplimiento de un mandato judicial lícito. Aquí se ha producido el resultado –privarle la libertad a una persona-; sin embargo, el mismo no será sancionado penalmente, puesto que la acción de arrestar a una persona en cumplimiento de una orden judicial lícita no está desaprobada por el ordenamiento jurídico.

⁵³ Según la teoría finalista de la acción, cuyo artífice fue *Hanz Welzel*, lo determinante de la acción es la voluntad final que se busca con la realización de la acción.

⁵⁴ *Jescheck/ Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.257.

⁵⁵ *Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/Ferré Olivé/Serrano Piedecabras/García Rivas/Terradillos Basoco*, Curso de Derecho penal. Parte general, p.195 y ss.

⁵⁶ Revisar, *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.318 y ss; *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.86 y s.; *Luzón Peña*, Curso de Derecho penal. Parte general I, p.332 y ss.; y *Mir*, Derecho penal. Parte general, p.153 y ss;

Para el funcionalismo de JAKOBS existe una perspectiva distinta del concepto antijuridicidad. A fin de poder entenderla, es necesario hacer un breve repaso a la dogmática funcionalista.

Para JAKOBS el Derecho aparece como un ente regulador de la sociedad, en la cual existen contactos sociales entre personas⁵⁷. Estos contactos son una señal de que quien lo inicia no va a esperar que la otra persona realice un comportamiento imprevisible con un desenlace indeterminado, sino que pretenderá que adecue su comportamiento conforme a las normas⁵⁸ vigentes en la sociedad –esto se conoce en el funcionalismo como expectativa normativa-⁵⁹. Es bajo este fundamento que JAKOBS construye el concepto de acción, entendido como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma.

La diferencia entre el concepto funcionalista de acción, y el concepto finalista de acción radica en que en el funcionalismo el reconocimiento de la vigencia de la norma puede ser completo sin que se produzca un resultado externo del delito, bastando con que el autor haya dado principio a la producción del resultado –por ejemplo, los casos de tentativa dolosa-. El resultado para JAKOBS es una ulterior objetivación que incrementa cuantitativamente el movimiento corporal. En el caso del finalismo, en cambio, es

⁵⁷ Respecto al concepto funcional de persona, *Polaino-Orts*, Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto, p.78 y s. El autor hace una descripción de la diferencia que existe en la dogmática funcional entre persona e individuo. Personas son las que quedan integradas en el sistema porque desempeñan una función o rol en la estructura social que coadyuva a su mantenimiento, por lo que forman parte del sistema social. Esto significa que la persona lleva consigo una serie de derechos y deberes asociados a la titularidad de su rol, lo cual significa que ha de adecuar su comportamiento a la norma, de manera que responderá penalmente si se produce una defraudación de una expectativa social institucionalizada en una norma. Por individuos se entiende a los que forman parte del ambiente o el entorno, y que no forman parte de la estructura social.

⁵⁸ Explica el concepto de norma desde la perspectiva funcionalista, *Quintero*, Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, p.421. Para la autora, desde el punto de vista funcionalista, la norma no es entendida como directiva de conducta, sino como expresión de una expectativa de conducta institucionalizada.

⁵⁹ *Jakobs*, Derecho penal. Parte general., p.9 y ss.

necesaria la producción de un resultado, puesto que lo determinante de la acción para esa corriente dogmática es la voluntad final que se busca con la realización de la acción.

Desde esta perspectiva, la discusión acerca del *desvalor de acción* y del *desvalor de resultado* es inadecuada para captar aquello de lo que se trata: el no reconocimiento de la vigencia de la norma que se produce a través de la expresión de sentido de una persona, pudiendo ser la objetivación más o menos intensa, estos es, cuantitativamente diferenciada⁶⁰.

2. Las causas de justificación

Como se ha mencionado en el punto anterior⁶¹, el hecho típico no será antijurídico cuando concurra una causa de justificación. Por ello, se puede concluir que las causas de justificación son casos especiales de excepción que excluyen la antijuridicidad de la conducta en principio típica, haciendo que ésta sea conforme a Derecho, vale decir, justificada⁶².

Históricamente han existido dos teorías que estudiaron la sistematización de las causas de justificación en función a los principios que le sirven de fundamento: Las monistas y la dualista. Las teorías monistas buscan hallar un único fundamento a todas las causas

⁶⁰ *Jakobs*, Bases para una teoría funcional del Derecho penal, p.97 y s.

⁶¹ *Supra*, Cap 1. III. 1.

⁶² *Cerezo Mir*, Curso de Derecho penal español. Parte general I, p.405; *Mezger*, Derecho penal. Parte general. Libro de estudio, p.159; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal. Parte general, p.353; *Antolisei*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.189; *Welzel*, Derecho penal alemán. Parte general, p.121; *Luzón Peña*, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, p.32.

de justificación⁶³. Por su parte, la teoría dualista, fundamentada por MEZGER, sitúa conjuntamente en las causas de justificación los principios del interés preponderante y de la falta de interés⁶⁴. Sin embargo, existe un sector de la doctrina actual⁶⁵ que entiende que se debe dejar de lado estas teorías, pues si bien es cierto que las causas de justificación tienen ciertos rasgos o principios generales comunes, es preferible examinar el o los fundamentos específicos o diferenciadores de cada una de ellas.

El tema quizás más controvertido con respecto a las causas de justificación es la inclusión de los elementos subjetivos dentro de ellas. Por un lado, desde el punto de vista de la teoría final de la acción⁶⁶, toda causa de justificación tendrá elementos objetivos y subjetivos, estando estos compuestos por la voluntad final del sujeto de actuar amparado en una de esas causas⁶⁷. Asimismo, un sector de la moderna doctrina penal⁶⁸ reconoce también que las causas de justificación cuentan con un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento por parte del sujeto de que está actuando justificadamente. Finalmente, se ha llegado a proponer⁶⁹ que en adición al conocimiento de la actuación justificada, se agregue al elemento subjetivo un ánimo específico o voluntad de cumplir la actuación justificante; por ejemplo, el *animus defensionis* o *defendendi* en la legítima defensa.

⁶³ Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte general I, p.406.

⁶⁴ Mezger, Derecho penal. Parte general. Libro de estudio, p.162 y s; Roxin, La teoría del delito en la discusión actual, p.231; Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho penal. Parte general, p.358; Jakobs, Derecho penal. Parte general., p.420.

⁶⁵ Maurach/ Zipf, Derecho Penal. Parte general 1. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible, p.426; Luzón Peña, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, p.33; Jescheck/ Weigend, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.349; Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte general I, p.407; y Muñoz Conde, Teoría general del delito, p.91.

⁶⁶ Supra, Cap 1. III. 1.

⁶⁷ Welzel, Derecho penal alemán. Parte general, p.121 y s.

⁶⁸ Roxin, Derecho penal. Parte general tomo I, p.597; Muñoz Conde, Teoría general del delito, p.91; Maurach/ Zipf, Derecho penal. Parte general 1. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible, p.432; y Jescheck/ Weigend, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.353 y s.

⁶⁹ Revisar: Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte general I, p.408 y s; y Luzón Peña, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, p.37 y s.

Por otro lado, existen posiciones doctrinarias que rechazan los elementos subjetivos en las causas de justificación, aunque no siempre bajo el mismo sustento. Desde un punto de vista de la teoría causal de la acción⁷⁰, el juicio sobre la antijuridicidad sólo podrá referirse al acontecimiento externo, y éste quedará justificado cuando aparezca objetivamente adecuado a una causal de justificación, razón por la que las causas de justificación carecen de todo elemento subjetivo⁷¹. De distinta forma, se rechaza también⁷² la inclusión de ánimos específicos en las causas de justificación, salvo en caso que la ley lo exija.

3. Diferentes interpretaciones de la obediencia debida como causas de justificación

Analizados ya los conceptos de antijuridicidad y causas de justificación, es pertinente hacer un repaso de las diferentes interpretaciones que ha dado la doctrina a la posibilidad de que la obediencia debida sea considerada como una causa de justificación.

3.1. Órdenes justificadas *per se*

Esta clase de órdenes se ha trabajado en los Estados Unidos de Norte América a través de la teoría del *Respondeat Superior*, utilizada en las relaciones militares existentes en ese país. Para esta teoría la orden de un superior, cualquiera sea su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento, de tal forma que quien la ejecuta obra siempre de manera

⁷⁰ Esta teoría entiende que la acción es la producción o la no evitación voluntaria de un cambio en el mundo externo, teniendo como requisito indispensable la producción de un resultado perceptible por los sentidos y dependiente del querer.

⁷¹ Cury Urzúa, Derecho penal. Parte general Tomo I, p.315.

⁷² Luzón Peña, en Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal, p.38 y s.; y Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho penal. Parte general, p.356.

justificada. El fundamento es el siguiente: la piedra angular del sistema militar Norteamericano consiste en que las órdenes impartidas por el superior jerárquico protegerán al subordinado que las cumple. No interesa que dichos mandatos no sean conforme a ley, teniendo los subordinados el deber de obedecer siempre las órdenes de los superiores, al extremo de no poder discutirlos o cuestionar su legalidad⁷³.

Este fundamento, en su afán de demostrar que el superior siempre responderá ante el actuar de sus subordinados, llega a señalar que hay responsabilidad del superior incluso ante el actuar del subordinado que va más allá de de las órdenes específicas dictadas por su superior, al tener éste la obligación de vigilar las acciones realizadas por sus inferiores jerárquicos⁷⁴.

Excesos del subordinado

Puede suceder que el subordinado cometa un exceso en el cumplimiento de la orden. De ser así, ha de contemplarse dos situaciones marcadamente diferenciadas:

- a) Supuesto en que la orden es lícita y el subordinado obra ilícitamente.

- b) Supuesto en que la orden es ilícita y el subordinado excede lo mandado por el superior jerárquico.

En relación al primer supuesto, considero que si el superior imparte una directiva lícita y el subordinado obra ilícitamente, aquél no será responsable penalmente por el

⁷³ *Mac Lean M*, en *Themis*, revista de Derecho N° 37, p.212.

⁷⁴ *Kelman*, *Crimes of Obedience*, p.71.

comportamiento de su inferior jerárquico, siempre y cuando la ley no le exija controlar el correcto cumplimiento de la orden. Por ejemplo, si es que el Juez ordena a un policía detener a una mujer en virtud a una orden judicial lícita, no será penalmente responsable en caso el policía viole la libertad sexual de la mujer luego de la detención.

Cuando el superior no cumpla con el deber de vigilancia que le imponga la ley, al no haber controlado el cumplimiento del mandato por parte del subordinado, será responsable por omisión cuando el inferior jerárquico reciba una orden lícita y obre ilícitamente. De no existir este deber de vigilancia, el comportamiento del superior que emite la orden lícita estará enmarcado dentro de su rol⁷⁵, encontrándose su actuación dentro del riesgo permitido y tolerado por la sociedad⁷⁶. A manera de ejemplo, si un Coronel dispone a los soldados a su cargo que detengan a una persona en cumplimiento de un mandato judicial lícito, y éstos no sólo la detienen, sino que además la golpean ocasionándole lesiones graves, el Coronel no responderá por las lesiones causadas por sus subordinados, siempre y cuando no haya podido prever este resultado, como consecuencia del deber de vigilancia que le exija su rol sobre el comportamiento de sus subordinados⁷⁷.

En cuanto al segundo supuesto, cuando el acto excesivo de los subordinados guarda relación con lo impartido, el superior ha de responder por estos excesos al igual que sus inferiores jerárquicos. Por ejemplo, si el superior ordena a sus subordinados cometer un homicidio y éstos materializan un asesinato, el exceso cometido por ellos se encuentra

⁷⁵ *Jakobs*, La imputación objetiva en Derecho penal, p.61 y ss.

⁷⁶ Al respecto, *Jakobs*, La imputación objetiva en Derecho penal, p.45 y ss; *Frisch*, Comportamiento típico e imputación del resultado, p.84 y ss.

⁷⁷ Sobre los deberes de vigilancia, *Vid, Jakobs*, La competencia por organización en el delito omisivo, en Estudios de Derecho penal, p.348 y ss.; *Sánchez-Vera Gómez-Trelles*, Delito de infracción de deber participación delictiva, p. 93 y ss.

enmarcado dentro de la naturaleza de lo ordenado, consistente en quitarle la vida a una persona.

Situación distinta es cuando los excesos de los subordinados constituyen hechos punibles independientes y sin relación con lo ordenado. Siguiendo con el mismo ejemplo, cuando el superior mande realizar un homicidio y los subordinados, antes de cometerlo, perpetran una violación sobre la persona que iban a matar, sólo ellos responderán por este ilícito, al no guardar relación con lo ordenado, y no ser el acto que debía ser realizado para obtener el objetivo de la orden, que era de cometer el homicidio.

3.2. Cumplimiento de órdenes conforme a Derecho

De acuerdo a este razonamiento, el cumplimiento de una orden con contenido legal hace que el subordinado incurra en una causa de justificación⁷⁸, por aplicación de la regla que excluye la antijuridicidad del comportamiento de quien obra en cumplimiento de un deber⁷⁹ o ejercicio legítimo de un cargo⁸⁰. La orden lícita justifica, porque al ejercer la facultad funcional en cuyo cumplimiento todo acontece, se impone la voluntad del ordenamiento jurídico mismo. Por lo tanto, la orden no es otra cosa que la

⁷⁸ Revisar con referencia a la licitud de la orden, *Villa Stein*, La culpabilidad, p.155 y s.; y *Villa Stein*, Derecho penal. Parte general, p.369 y s. El autor señala que de acuerdo a lo proscrito por el artículo 20° inciso 9 del CP, se exime de responsabilidad penal al que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Según el autor, ello significa que para que se configure la eximente el mandato debe ser legítimo. En ese mismo sentido, *Peña Cabrera Freyre*, Derecho penal. Parte general, p.491.

⁷⁹ *Bustos Ramírez*, Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general, p.927 y s.; *Righi*, La culpabilidad en materia penal, p.159 y s.; *Rodríguez Devesa/ Serrano Gomez*, Derecho penal español. Parte general, p.548; *Creus*, Derecho penal. Parte general, p.321; y *Romero Soto*, Derecho penal. Parte general volumen I, p.349 y s. Cfr: *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.225; y *Rodríguez Devesa/ Serrano Gomez*, Derecho penal español. Parte general, p.527. Los autores estiman que el cumplimiento de un deber es diferente a la obediencia debida, ya que en aquél el deber no surge de relaciones de subordinación a un superior, sino que en relación al ordenamiento jurídico directamente.

⁸⁰ *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.203.

comunicación de la voluntad del ordenamiento jurídico al órgano llamado a su ejecución inmediata⁸¹.

3.3. Cumplimiento de órdenes antijurídicas

En este punto se hace mención a supuestos en los que el cumplimiento del mandato del superior hace que el subordinado incurra en una causa de justificación, a pesar de que éste tiene contenido antijurídico.

3.3.1. Cumplimiento de la ley

Aquí se dice que la obediencia del subordinado de una orden ilegítima del superior cuya legalidad no tiene derecho a examinar justifica su hecho porque la ley le impone un deber específico de obediencia. En este caso la obediencia debida queda absorbida por la justificante genérica del cumplimiento de la ley⁸².

3.3.2. La colisión de deberes

Este razonamiento ha sido expuesto mayoritariamente por la moderna doctrina penal alemana. Según ella, un mandato con contenido antijurídico da lugar a un deber de obediencia cuando la instrucción cumple con los requisitos formales y aquello que se exige no es manifiestamente antijurídico, produciéndose un conflicto entre el deber de obediencia –entendido como una necesidad del funcionamiento de la Administración

⁸¹ *Maurach/ Zipf*, Derecho penal. Parte general 1. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible, p.505.

⁸² *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.203; *Soler*, Derecho penal argentino, p.389 y s. Hace referencia a esta posición, aunque no la comparte, *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.278.

Pública- y la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En tal caso, la contradicción entre el deber de obediencia y el deber de no infringir la norma penal sólo puede ser resuelta según cuál de ambos deberes deba ser calificado con rango superior. Si se considera que prima el deber de obediencia, el subordinado estará justificado⁸³. Por otro lado, hay autores⁸⁴ que estiman que en dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del subordinado frente al interés de evitar el comportamiento antijurídico, pero sólo cuando se trate de infracciones no tan graves, como podría ser el caso del soldado, que en cumplimiento de una orden, intenta arrestar a un terrorista que se encuentra escondido en una casa, para lo cual tiene que romper la puerta de ésta y causar otros daños a la propiedad. En caso de infracciones más graves, por ejemplo, si se ordena ejecutar extrajudicialmente a un detenido, tiene prioridad el interés en evitar el injusto⁸⁵.

Para que el cumplimiento de una orden pueda ser analizado desde la perspectiva de la colisión de deberes, ésta debe ser revisable⁸⁶. De no ser así, se trataría de un error de prohibición, ya que el subordinado –que no podía revisar la orden- habría cumplido con la orden ilícita, pero sin saber que su contenido era contrario a Derecho⁸⁷. En el caso de la colisión de deberes, el subordinado sabe que lo mandado es ilícito, debiendo decidir si es que cumple con la directa o desiste hacerlo.

⁸³ Revisar, *Mir*, Derecho penal. Parte general, p.504 y s.; *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.551 y s.; *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.256 y s.; *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.278; y *Rodríguez Devesa/ Serrano Gomez*, Derecho penal español. Parte general, p.550; *Sancinetti*, Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial, p.95 y ss.

⁸⁴ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.744; y *Jescheck/ Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.423 y s.

⁸⁵ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.744

⁸⁶ Con referencia al deber de examen o de revisión de órdenes por parte del subordinado *Vid Infra*, p. Cap 1. IV. 3.2.1.

⁸⁷ *Infra*, Cap 1. IV. 3.1.

La colisión de deberes es una de las dos formas en las que se presenta el estado de necesidad justificante –la otra es la colisión de bienes o intereses-. Este conflicto aparece cuando, para realizar un deber, es necesario infringir o lesionar otro⁸⁸. No se hace referencia aquí a cualquier clase de deberes, ya que debe tratarse de deberes jurídicos que se contrapongan, y no simplemente de que uno limite al otro⁸⁹. Ahora bien, la elección del deber que debe prevalecer no se determina exclusivamente según la importancia del bien jurídico que se trate, o de la intensidad del peligro que amenace, sino que también, entre otros factores, según el grado de vinculación entre el obligado y el afectado –por ejemplo, los casos en que existe un deber de garante del obligado sobre el afectado-⁹⁰.

Existe controversia cuando concurre una colisión entre dos deberes de igual rango. Aquí la doctrina se divide entre los que la consideran como una causa de justificación⁹¹, de exclusión de la culpabilidad⁹² o incluso de atipicidad⁹³.

Asimismo, esta figura puede dar lugar a tres grupos de supuestos en los que se presentaría la colisión de deberes: a) Cuando un deber de acción puede entrar en

⁸⁸ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.453 y ss.; *Bacigalupo*, Derecho penal. Parte general, p.363 y s.

⁸⁹ *Bustos Ramírez*, Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general, p.920; *Reyes Echandía*, Antijuridicidad, p.73 y s.

⁹⁰ *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.252.

⁹¹ Entre otros, *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.253; *Bacigalupo*, Derecho penal. Parte general, p.364; *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.454; *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.726 y s; *Maurach/ Zipf*, Derecho penal. Parte general I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible, p.485; *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.393; y *Luzón Peña*, Curso de Derecho penal. Parte general I, p.626 y s.

⁹² Por ejemplo, *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.100; *Mezger*, Derecho penal. parte general. Libro de estudio, p.181.

⁹³ *Bustos Ramírez*, Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general, p.920.

conflicto con un deber de omisión; b) cuando hay un conflicto entre dos deberes de acción; c) cuando hay un conflicto entre varios deberes de omisión⁹⁴.

Si se aplicara esta teoría a la obediencia debida, existiría una colisión entre un deber de acción, -cumplir con una orden- y un deber de omisión -no cometer un hecho antijurídico-. Para que se cumpla con uno de estos deberes será necesario infringir o lesionar el otro, debiéndose analizar cuál de los dos debería prevalecer, tomando como referencia los criterios de ponderación establecidos por el artículo 20° inciso 4 del CP.

3.3.3. El estado de necesidad justificante

Planteados ya los fundamentos referentes a la teoría que entiende a la obediencia debida como una colisión entre dos deberes, y explicado también en qué consiste esta forma de estado de necesidad justificante⁹⁵, es necesario ahora desarrollar los requisitos exigidos por el CP para que se aplique esta causa de justificación.

El artículo 20° inciso 4 del CP señala que, a efectos de ser aplicable el estado de necesidad justificante, deben ser considerados los siguientes requisitos:

- a) Peligro actual y que el peligro no pueda ser evitado de otro modo.
- b) Criterios de ponderación
- c) Elemento subjetivo.

a) Peligro actual y que no puede ser evitado de otro modo

⁹⁴ *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.392.

⁹⁵ *Supra*, Cap 1. III. 3.3.2.

Cuando se hace referencia a que debe existir un peligro actual para que opere el estado de necesidad justificante no se requiere la existencia de una considerable posibilidad de producción del daño, sino que basta con que exista cierto grado de probabilidad de que el peligro vaya producir un daño⁹⁶. El origen del peligro puede provenir de una calamidad, desastre natural o de una actividad humana. El peligro ha de ser además actual, lo que equivale a decir que de seguirse desarrollando un suceso de manera natural, la producción del resultado lesivo va a ser inminente. Finalmente, el peligro al que se hace referencia puede ser también permanente, lo cual significa que cuando la situación de peligro perdura en el tiempo, ésta puede desembocar en un daño en cualquier momento⁹⁷.

Que el peligro no pueda ser evitado de otro modo implica una exigencia de *ultima ratio*, la cual consiste en que la realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio apropiado para evitar el peligro y el último al que debe recurrirse⁹⁸. De este modo, y antes de realizar el acto típico justificado, el sujeto deberá buscar cualquier manera de repeler el peligro que no constituya la realización de un acto contrario a ley.

b) Criterios de ponderación para valorar la situación peligro frente al acto típico realizado por el sujeto

⁹⁶ Cfr, *Bramont-Arias Torres*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.287. El autor señala que para que el peligro sea inminente, la afectación del bien jurídico debe ser de muy alta probabilidad o segura.

⁹⁷ Desarrollan el peligro actual en el estado de necesidad, *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I. p.675 y ss.; *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.500 y ss.; *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.549 y s.

⁹⁸ *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.551.; *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.465 y s.; *Armaza Galdos*, Legítima defensa y estado de necesidad justificante, p. 179 y s.

Dentro de los criterios de ponderación que se pueden encontrar dentro del estado de necesidad justificante para valorar la situación peligro frente al acto típico realizado por el sujeto se tiene a: 1) La acción necesaria; 2) preponderancia.

La acción necesaria deberá ser realizada una vez que en cumplimiento del principio de *ultima ratio* se haya logrado verificar que no existe otro modo de evitar el peligro que la realización del acto típico objeto de la justificación. De esta manera, la acción necesaria debe ser el modo menos lesivo de evitar el mal que se amenaza⁹⁹.

De aplicarse el conflicto de deberes en la obediencia debida, una vez verificado que no se puede resolver éste sin la realización del acto típico –cumplimiento de la orden antijurídica o su desobediencia-, se debería salvar el bien jurídico de mayor jerarquía. Es en este momento que se debe analizar la preponderancia del actuar de la persona que responde a la situación de peligro. Así, quien actúe justificadamente debe conjurar el peligro provocando un mal menor que el que se busca evitar. Se va a tener que realizar entonces una ponderación total de los intereses en conflicto¹⁰⁰, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto¹⁰¹. Con ello, la determinación de si el actuar es adecuado para repeler el peligro será realizada tomando en cuenta todas las circunstancias que se presentan en cada ocasión, no siendo posible establecer una regla absoluta aplicable a todas las circunstancias particulares¹⁰².

c) Elemento subjetivo

⁹⁹ Villavicencio T., Derecho penal. Parte general, p.553 y s.

¹⁰⁰ Revisar, Zaffaroni, Tratado de Derecho penal. Parte general III. El autor propone los siguientes criterios generales para realizar la ponderación de los intereses en conflicto: a) Jerarquía del bien jurídico; b) intensidad de afectación (lesión o peligro); c) grado de proximidad del peligro del mal que se evita o quiere evitar; d) intensidad de afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

¹⁰¹ Bustos Ramírez, Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general, p. 913.

¹⁰² Hurtado Pozo, Manual de Derecho penal. Parte general I, p. 554.

La persona que incurre en un estado de necesidad justificante debe tener conocimiento de la situación de peligro ante la que se encuentra, además de la idea de salvaguardar el interés preponderante y de esa manera evitar un mal grave¹⁰³. Para que desaparezca de manera clara y completa el desvalor de acción del hecho cometido por la persona será necesario este elemento subjetivo¹⁰⁴.

Siguiendo a la teoría que entiende a la obediencia debida como una colisión de deberes, el subordinado que recibe la orden ilícita debería tener consciencia de que su cumplimiento lo colocará en una situación de peligro. Se encontraría entonces ante un estado de necesidad justificante donde tendría que decidir entre acceder a lo mandado o desobedecer, con la finalidad de salvaguardar el interés que él considere preponderante.

3.3.4. ¿Legítima defensa ante el ataque?

Si es que se parte de la idea de que el comportamiento del subordinado se encuentra justificado al haber elegido cometer el ilícito porque consideró que incumplir la orden iba a significar un mal mayor que cometer el hecho punible, no podrá ser aplicada la legítima defensa del tercero afectado por el actuar del subordinado, puesto que la agresión cometida por éste no contaría con uno de los requisitos para que proceda la legítima defensa: que la agresión sea ilegítima.

¹⁰³ En este sentido, *Villavicencio T.*, Derecho penal. Parte general, p.554; *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.720; *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.565.

¹⁰⁴ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.468.

En ese sentido, la agresión cometida por el subordinado no constituiría un acto arbitrario, sino que sería la consecuencia del cumplimiento de una orden que tiene más valor que la agresión a cometer, lo cual hace que en virtud de la colisión de deberes su comportamiento se encuentre conforme a Derecho. Esto no significa que el superior que imparte la orden antijurídica pueda transformar lo injusto en Derecho, sino que su conducta sigue siendo constitutiva de un injusto, aunque se lleve a cabo por medio de un instrumento que obra conforme a ley¹⁰⁵.

Como se puede observar, la acción justificada del subordinado implicaría *a priori* una exigencia poco coherente hacia el tercero agredido de soportar un ataque objetivamente ilícito. Es por ello que los autores que defienden la teoría de la colisión de deberes¹⁰⁶ para casos de obediencia debida plantean como solución a este problema que el tercero pueda repeler la agresión ilegítima de manera justificada amparándose en un estado de necesidad defensivo.

Esta modalidad de estado de necesidad surge cuando se enfrentan un bien jurídico y una agresión que no es amparada por la institución de la legítima defensa al no tratarse de una agresión ilegítima, como puede ser el caso de las agresiones que provienen de cosas, animales, de comportamientos humanos que no configuran agresión ilegítima – por ejemplo, quien actúa hipnotizado-, o de comportamientos imprudentes¹⁰⁷. De presentarse esta figura, el tercero agredido tendrá el derecho de ejercer un deber de defenderse (acción de salvaguarda) contra la persona, animal o cosa que ha creado la

¹⁰⁵ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I. p.744.

¹⁰⁶ Entre ellos, plantean esta solución, *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.745; *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.424; *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.505; y *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.551

¹⁰⁷ *Armaza Galdos*, Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito, p.139; *Chocano Rodríguez*, en Anuario de Derecho penal, p.263.

fuente de peligro que lo afecta. La diferencia con respecto a la legítima defensa es que la fuente de peligro no constituye una agresión ilegítima porque el peligro amenazante le es objetiva, pero no plenamente imputable al agresor¹⁰⁸. Otro elemento importante es que a diferencia del estado de necesidad agresivo, no se exige que el interés protegido sea sustancialmente preponderante sobre el dañado, lo cual no implica que el daño realizado al agresor sea desproporcionado con el peligro que lo amenaza¹⁰⁹.

Se concluye así que si bien el actuar del subordinado se encontraría conforme a Derecho, ello no significa que el tercero que se vea atacado a consecuencia del cumplimiento del mandato esté obligado a soportar la agresión sin poder defenderse. La solución aparenta ser correcta, pues resultaría ilógico creer que ante agresiones de semejante envergadura no cabe defenderse porque la persona que comete la agresión no obra ilegítimamente.

IV. La obediencia debida como causa de inculpabilidad

1. La culpabilidad

La definición de la culpabilidad es tal vez uno de los temas más controvertidos en la dogmática penal, y su discusión persiste hasta la actualidad. La culpabilidad, entendida de manera general, es un juicio que se hace al comportamiento del sujeto para

¹⁰⁸ En el mismo orden de ideas, *Maurach*, y *Zipf*, Derecho penal. Parte general, p.483; *Chocano Rodríguez*, en Anuario de Derecho penal, p.263; *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda, p.121 y s.

¹⁰⁹ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I. p.706; *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.225 y s.; *Luzón Peña*, Curso de Derecho penal. Parte general I, p.633; y *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.520.

determinar si es que el hecho típico y antijurídico puede serle atribuido como hecho suyo.

Las principales teorías que han desarrollado la culpabilidad son las siguientes:

a) Teoría psicológica

Esta teoría tiene como mayor exponente a VON LISZT, y entiende a la culpabilidad como una relación psicológica entre el hecho y su autor. Esta visión de la culpabilidad adolece de algunos reparos, aunque los principales son dos. En primer lugar, bajo este razonamiento no habría cómo explicar las conductas imprudentes o culposas, puesto que en ellas no existe conexión psicológica alguna entre el autor y el comportamiento, sobre todo en la denominada culpa inconsciente. En segundo lugar, bajo esta teoría no sería posible la aceptación de causas de exclusión de la culpabilidad, como el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante, ya que en ella subsiste el dolo, por lo que al haber una relación psicológica entre el hecho y el autor, este tipo de comportamientos debería ser imputados al sujeto¹¹⁰.

b) Teoría normativa

Tiene como fundador a FRANK, quien concluyó que la culpabilidad es “reprochabilidad”, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien,

¹¹⁰ Desarrollan la teoría psicológica de la culpabilidad, *Bustos Ramírez/ Hormazábal Malarée*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.423 y s; *Serrano-Piedecasas Fernández*, Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal, p.154; *García Caveró*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.507; *Arteaga Sánchez*, La culpabilidad en la teoría general del hecho punible, p.27 y ss; *Villavicencio*, en XVI congreso latinoamericano, VIII iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología, p.456 y s; *Villa Stein*, La culpabilidad, p.25 y s; *Reyes Echandía*, Culpabilidad, p.4 y s; y *Righi*, La culpabilidad en materia penal, p.77 y s.

habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber. Asimismo, para este autor forman parte de la culpabilidad el dolo, la culpa, la imputabilidad y las circunstancias en que el sujeto actúa. Posteriormente, esta teoría sería desarrollada por GOLDSCHMIDT, quien introdujo los conceptos de norma jurídica y norma de deber. Para este autor, si el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico y si actúa de otra manera, se le reprochará el comportamiento antijurídico siempre y cuando, pudiendo obrar conforme a Derecho, y a pesar de tener el dominio del hecho, actuó culpablemente. Finalmente, y como contribución final para la construcción del entendimiento normativo de la culpabilidad se tiene el aporte de FREUDENTHAL, quien plantea que para fundar la reprochabilidad del hecho antijurídico sobre el autor se requiere del principio general de la exigibilidad. Según éste, la culpabilidad es la desaprobación de que el sujeto se haya comportado de manera antijurídica cuando hubiera podido y debido –exigibilidad– comportarse en forma distinta¹¹¹.

c) Teoría de la responsabilidad de ROXIN

El punto de partida de esta teoría consiste en reconducir la culpabilidad a principios político-criminales y a la necesidad preventiva de la pena, alejándose de los conceptos normativos de reprochabilidad y exigibilidad. El autor piensa que la valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche de culpabilidad contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista político-criminales, ha de

¹¹¹ Estudian esta teoría, *Núñez*, La culpabilidad en el Derecho penal, p.4 y s; *Arteaga Sánchez*, La culpabilidad en la teoría general del hecho punible, p.51 y ss; *Villavicencio*, en XVI congreso latinoamericano, VIII iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología, p.463 y s; *Parma*, en XVI congreso latinoamericano, VIII iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología, p.391 y s; *Bustos Ramírez/ Hormazábal Malarée*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.424 y s; *Serrano-Piedecabras Fernández*, Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal, p.154 y s; *Reyes Echandía*, Culpabilidad, p.7 y ss; *García Cavero*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.508.

hacérsele responsable por su conducta. Es por ello que ROXIN se aparta del concepto de exigibilidad como fundamento material de la culpabilidad, pues considera que no es posible encontrar comprobación empírica a por qué se le exige otra conducta al sujeto.

Lo dicho no significa que el autor rechace el concepto de culpabilidad, sino que lo renueva. Para él, el reproche de culpabilidad no radica en la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que parte de la idea de que el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma, por lo que se convierte en culpable cuando no cumple con ella, a pesar de que lo exigido por ésta le era psíquicamente asequible, ya sea por su estado mental o anímico.

d) Teoría funcional de la culpabilidad de JAKOBS

La noción de culpabilidad del autor parte de su concepción funcional de acción, entendida como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma. De este modo, será culpable desde el punto de vista funcional la persona que mediante su comportamiento antinormativo comunique una rebeldía o falta de fidelidad hacia la norma y las expectativas normativas sociales. Lo importante para JAKOBS al momento de determinar la culpabilidad no son los defectos volitivos –no interesa la intensidad de los motivos de la persona que defraudó la norma-, puesto que a juicio de este autor ello es sólo una forma naturalista de interpretar la conducta defraudatoria de la norma, sino los defectos cognitivos –que interesan en cuanto forma parte del rol de una persona fiel al Derecho de conocer la pauta de conducta trazada por la norma-¹¹².

¹¹² *Jakobs*, El Derecho penal como disciplina científica, p. 92 ss.

La consecuencia directa de esta forma de concebir la culpabilidad es que cuanto mayor sea la infidelidad de la conducta del autor frente a la norma, más grave será su culpabilidad. Esto significa que se impondrá la pena a quien se le pueda imputar la defraudación de la norma a fin de fortalecer el mantenimiento de la confianza general en ella¹¹³.

2. La culpabilidad en el CP

Por otro lado, hay que decir que el CP no hace mención al concepto de culpabilidad, sustituyéndolo por el vocablo responsabilidad, tal y como se puede observar por ejemplo en los artículos VII y VIII del título preliminar del CP y en los artículos 14°, 15° y 20° del mismo código. Esta sustitución de conceptos no puede pasar desapercibida, pues trae consigo una serie de problemas. Mencionaré el que se suscita con relación al artículo 20° del CP, pues en él se regula a la obediencia debida. Dicho artículo enumera las causas por las que se debe eximir de responsabilidad al sujeto activo del delito. Sin embargo, en él se incluyen instituciones dogmáticas como la legítima defensa o el estado de necesidad justificante, las cuales constituyen causas de justificación, y no de exclusión de la culpabilidad.

Esta sustitución por parte del legislador peruano del vocablo culpabilidad por el de responsabilidad se puede deber, como bien afirma VILLA STEIN¹¹⁴, a una influencia de la

¹¹³ Al respecto, con mayor precisión, *Jakobs*, Bases para una teoría funcional del Derecho penal, p.105. Asimismo, *García Caveró*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.509; *García Caveró*, Derecho Penal Económico, p. 623; *Villavicencio*, en XVI congreso latinoamericano, VIII iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología, p.476 y s; *Righi*, La culpabilidad en materia penal, p.30 y s.

¹¹⁴ *Villa Stein*, Derecho penal. Parte general, p.386 y ss.

teoría de la culpabilidad de ROXIN¹¹⁵. Cabe recordar que dicho autor considera que lo decisivo en la culpabilidad es que el legislador, desde puntos de vista político-criminales, quiera hacer responsable al autor de su actuación, razón por la cual sustituye el concepto de culpabilidad por el de responsabilidad¹¹⁶.

Más allá de los motivos que llevaron al legislador a la sustitución de los conceptos mencionados, lo que resulta preocupante es que no se hace una distinción en el artículo 20° del CP entre las causas que excluyen la antijuridicidad –causas de justificación- y las que excluyen la culpabilidad. Esto hace que exista una confusión respecto a la naturaleza jurídica de la obediencia debida. De una lectura del artículo mencionado no se puede llegar a concluir si es que el inciso 9, que excluye de responsabilidad “al que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones” –obediencia debida- considera a dicha causal como una justificación o una exclusión de culpabilidad.

En todo caso, esta disyuntiva ha sido resuelta por la doctrina extranjera, pues como veremos a continuación, la obediencia debida ha sido estudiada por algunos autores como una causa que excluye la culpabilidad. Sin embargo, ello no significa que exista consenso respecto a en qué causa de exclusión de la culpabilidad se puede ubicar a la obediencia debida, pues ésta puede ser entendida como un supuesto de miedo insuperable, error de prohibición o estado de necesidad exculpante.

¹¹⁵ *Supra*, Cap 1. IV. 1. c.

¹¹⁶ *Roxin*, Culpabilidad y prevención en derecho penal, p.70.

3. Obediencia debida como causa de exculpación por error de prohibición

3.1. Concepto de error de prohibición

El error de prohibición directo se produce cuando el sujeto conoce las circunstancias de hecho de su comportamiento o presupuestos de la prohibición –el sujeto activo tiene por ejemplo pleno conocimiento de que las detenciones arbitrarias están prohibidas- y sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento –recibe una orden de detención por parte de su superior sin saber que la misma es ilícita-, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta¹¹⁷. De lo dicho se entiende que este tipo de error no tiene incidencia en la configuración dolosa o culposa del comportamiento del sujeto –de acuerdo al ejemplo anterior, el sujeto sabe que está realizando una detención-, al trasladar el problema del conocimiento de la antijuridicidad al ámbito de la culpabilidad, dejando intacta la tipicidad y antijuridicidad del acto realizado¹¹⁸.

De manera contraria, en el denominado error de prohibición indirecto, el sujeto sabe que su comportamiento es antijurídico, solo que cree de manera errónea que está actuando bajo una causa de justificación¹¹⁹.

¹¹⁷ Luzón Peña, Curso de Derecho penal. Parte general I, p.462. Asimismo, Gurruchaga, El error en el delito, p.39.

¹¹⁸ Muñoz Conde, El error en Derecho penal, p.138.

¹¹⁹ Salazar Marín, Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito.

Por otro lado, conforme a lo señalado por el segundo párrafo del artículo 14° del CP, cuando el error de prohibición es invencible se excluye la responsabilidad, mientras que cuando es vencible conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena¹²⁰.

3.2. Obediencia debida y error de prohibición

El entendimiento de la obediencia debida como una causa de inculpabilidad por error esencial o invencible que recae sobre la legitimidad de lo mandado, fue la primera identificación que los pioneros de esta forma de concebir su naturaleza jurídica pusieron en práctica. Esta teoría parte por reconocer que no existen órdenes antijurídicas vinculantes para el subordinado¹²¹, siendo sólo excusado su actuar delictivo cuando la cumple como consecuencia del error sobre su legitimidad¹²². En cuanto al grado de error, éste debe ser invencible para el obligado a obedecer, siendo el subordinado un sujeto irresponsable, respondiendo sólo penalmente, y en calidad de autor mediato, el superior que emite la orden con conocimiento de que la misma es ilícita¹²³.

El error es invencible porque el deber de examen de quien actúa en virtud de obediencia debida es restringido, reduciéndose el reproche de culpabilidad que puede

¹²⁰ En ese mismo sentido, *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I. p.459.

¹²¹ En ese mismo sentido, STC del 30/9/2005, Exp. N° 2446-2003-AA/TC Puno.

¹²² Concuerdan, *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p.130; *Righi*, la culpabilidad e materia penal, p.163 y s; *Cardini*, Estado de necesidad, p.31 y s; *Reynoso Dávila*, Teoría general del delito, p.173; *Mesa Velásquez*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.254; *Ugaz Sánchez-Moreno/Ugaz Heudebert*, en Código penal comentado, p.811; *Peña Cabrera*, Tratado de Derecho penal. I. Estudio pragmático de la parte general, p.455; *Jiménez de Asúa*, Tratado de Derecho Penal, p.808; *Romero Soto*, Derecho penal. Parte general volumen I, p.351; *Zaffaroni/Alagia/Slokar*, Derecho penal. Parte general, p.594.; *Creus*, Derecho penal. Parte general, p.375 y s; *Fontán Balestra*, Tratado de Derecho penal, p344; *Soler*, Derecho penal argentino, p386; *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.203; *Zúñiga Rodríguez*, en Derecho, p.209; Cfr: *Vidal*, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.326. El autor no estima posible la concepción de la obediencia debida como una causal de error, ya que él parte de que la obediencia debida sólo se aplica para casos en que la orden es manifiestamente contraria a Derecho, lo cual impide que el subordinado pueda incurrir en error.

¹²³ *Jiménez de Asúa*, Tratado de Derecho Penal, p.808; *Peña Cabrera*, Tratado de Derecho penal. I. Estudio pragmático de la parte general, p.455.

ser formulado frente al subordinado que no reconoce la ilicitud del comportamiento ordenado¹²⁴.

Consecuencia de que la obediencia del subordinado constituya un error de prohibición es que, al ser el hecho cometido por éste antijurídico, será factible que el tercero afectado por el cumplimiento de lo mandado pueda ejercer la legítima defensa. Asimismo, podrá ser punible la participación¹²⁵.

3.2.1. Error de prohibición sobre órdenes no revisables

Para efectos de decidir si hay error de prohibición cuando se cumple una disposición antijurídica no revisable, lo importante será que el subordinado sólo tenga el deber de revisar que sea formalmente lícita, no exigiéndosele que revise la licitud de su contenido. Un ejemplo de esto se puede presentar cuando un juez imponga a un policía una directiva de desalojo ilegal. El policía sólo deberá revisar que la orden provenga efectivamente del juez y no si los argumentos que la fundamentan son conforme a Derecho.

El error se materializaría porque el subordinado sólo tiene el deber de controlar la legalidad formal de la disposición, por lo que al verificar que ésta se cumpla, no va a exigírsele que revise su contenido. Un sector de la doctrina¹²⁶ sugiere que cuando el mandato cumple con las formalidades de ley, el subordinado tendrá el deber de acatarlo

¹²⁴ *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.533.

¹²⁵ *Zúñiga Rodríguez*, en Derecho, p.209.

¹²⁶ Proponen esta teoría, *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p.115 y ss.; *Creus*, Derecho penal. Parte general, p.321; *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.278.

sin importar su contenido antijurídico. Por ello se considera¹²⁷ también que en estas ocasiones es la ley la que quiere que una orden legítima en su formalidad se cumpla, de modo que lo obligatorio para el subordinado a efectos de obedecerla no es precisamente la orden del superior, sino la norma misma.

Sin embargo, en estos planteamientos se omite mencionar que cuando la orden cumpla con las formalidades de ley, la ilicitud de ésta no debe ser manifiesta¹²⁸, puesto que a pesar de que el subordinado no tiene el deber de revisar su contenido, no necesita hacer una revisión profunda del mandato para darse cuenta de que constituye un hecho punible. Un ejemplo es el siguiente: un subordinado recibe una directiva formalmente lícita por parte de su superior para que lesione a un compañero de manera arbitraria, bajo la justificación de que no debe ser revisada por contar con las formalidades de ley. Se aprecia así que no basta con que la orden no revisable cumpla con estas formalidades, sino que además no debe ser manifiestamente antijurídica, de modo que en atención a las circunstancias que la rodeen¹²⁹, se encuentre dentro de los actos que el subordinado está obligado a practicar¹³⁰. De esta manera, y regresando al ejemplo anterior, no resulta coherente pensar que dentro de las atribuciones de un subordinado se encuentre el ocasionar lesiones a sus compañeros, por más que exista una orden formalmente lícita que le exija cometer dicho acto ilícito.

¹²⁷ *Bramont-Arias Torres*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.292

¹²⁸ *Vid.*, R.N. de la SPP del 24/9/2007, N° 1598-2007-Lima. La sentencia dice que la obediencia debida tiene como requisito básico que más allá del sistema de subordinación y disciplina a que el agente está sometido, la orden que recibe el subordinado no debe de ser manifiestamente ilícita.

¹²⁹ *Vid.*: Sentencia de la Sexta SPE del 19/2/2007, Exp. N° 33-2001. La sentencia toma una postura similar de tomar en cuenta las circunstancias que rodean la orden para determinar si es que la misma es manifiestamente antijurídica, ello al señalar que a fin de establecer si es que se está ante un supuesto de obediencia debida que exime de responsabilidad al agente del evento delictivo, se debe analizar el carácter manifiesto de la orden *ex ante* –al momento en que se realizó la acción–, utilizando para ello un criterio objetivo.

¹³⁰ Concuerdan en este sentido, *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p.115 y ss.; *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.581.

Por estas consideraciones creo equivocado concluir que el subordinado incurre en error de prohibición por el sólo hecho de que la orden provenga de autoridad competente¹³¹ en ejercicio de sus funciones, toda vez que el mandato no debe ser además abiertamente ilegal¹³².

4. Obediencia debida como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta

4.1. La no exigibilidad de otra conducta de en el Derecho penal

La teoría de la no exigibilidad de otra conducta se desprende de la concepción normativa de la culpabilidad¹³³, encuadrando perfectamente dentro de ésta como un elemento negativo de la culpabilidad¹³⁴. La no exigibilidad de otra conducta implica que la responsabilidad penal se debilita cuando una persona se encuentra ante una situación motivacional anormal, ante la cual cualquier hombre medio hubiera sucumbido. Se entiende entonces que una persona ha obrado bajo esta causa de inculpabilidad cuando el Derecho no puede exigir a nadie comportamientos heroicos que impliquen resistir una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar¹³⁵. Es así que el Derecho no exigirá a una persona que actúe de manera sacrificada en situaciones en las que cualquier otra persona hubiera actuado de la misma manera. Un ejemplo se puede dar cuando en tiempo de guerra un soldado recibe la misión de fusilar a un

¹³¹ *Vid*, R.N. de la Primera SPT del 14/4/2005, N° 551-2005-Apurimac. La Corte Suprema Señaló en este caso que es necesario distinguir si la orden de la autoridad competente es conforme o no a Derecho, siendo que, en el segundo caso, esto es, cuando la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito del mismo título que el superior que la dicta. Vemos así para que la orden vincule al subordinado no basta con que la misma provenga de autoridad competente, sino que además ésta no puede ser ilícita.

¹³² *Cfr*, *Villa Stein*, Derecho penal. Parte general, p.369.

¹³³ *Supra*, Cap 1. IV. 1.b.

¹³⁴ *Aguilera Franceschi*, La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho penal, p.28.

¹³⁵ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.598 y s.

prisionero, siendo amenazado de muerte por su superior para que la cumpla. En esta circunstancia el soldado medio hubiera actuado de la misma manera, por lo que el Derecho no puede exigirle a esta persona que no lo haga.

Sin embargo, esta teoría no es unánime en la dogmática, encontrándosele objeciones¹³⁶ como la planteada por JESCHECK. Este autor sostiene que la teoría antes referida debe ser rechazada, teniendo como primer argumento que de acuerdo con el Derecho vigente, al autor en los delitos dolosos no le pueden ser concedidas otras causas de exculpación distintas a las descritas en la ley. En segundo lugar, precisa que una causa de exculpación supralegal como la inexigibilidad, tanto si se entiende objetiva como subjetivamente, debilitará el efecto preventivo-general del Derecho penal, y conduciría a la desigualdad en la aplicación del Derecho, pues la inexigibilidad no es un criterio idóneo. En tercer lugar, dice que de acuerdo con la clara sistemática de la ley, las causas de exculpación constituyen disposiciones excepcionales que no son susceptibles de aplicación extensiva. Finalmente, concluye diciendo que también en situaciones difíciles de la vida, la comunidad debe poder exigir obediencia jurídica, aunque ello comporte para el afectado un importante sacrificio¹³⁷. Se entiende entonces que de acuerdo con esta posición, el soldado amenazado no deberá ejecutar al prisionero de guerra, asumiendo el riesgo de ser lesionado o morir.

4.2. No exigibilidad de otra conducta y obediencia debida

¹³⁶ Por ejemplo, *Supra*, Cap 1. IV. 1.c. Se aplica a la teoría de la no exigibilidad de otra conducta la crítica que hace Roxín a la teoría normativa de la culpabilidad, la cual consiste en decir que la exigibilidad no es empíricamente comprobable.

¹³⁷ *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.542.

Se estima¹³⁸ que cuando el subordinado cumple con la orden a pesar de conocer que la misma es ilícita, habría inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, siempre y cuando el inferior jerárquico actúe por no tener otra opción de comportamiento, y éste se adecúe al del hombre medio en una situación igual. Sin embargo, esto no significa que el subordinado tenga que obedecer ciegamente cualquier disposición emitida por el superior a pesar de conocer su carácter antijurídico, sino que sólo aquellas que, de manera objetiva y proporcionada, creen en él una situación motivacional anormal. De no ser así, un soldado al que se le manda matar a un prisionero de guerra bajo la amenaza de correr 5 kilómetros como castigo si es que no lo hace, podría justificar su actuar desproporcionado en el mero hecho de que la orden provino de un superior y que por ende su actuar se encuentra disculpado por el Derecho.

Por este motivo resulta lógico concluir que para el funcionamiento de la eximente de no exigibilidad de otra conducta en la obediencia debida tienen que concurrir las circunstancias del estado de necesidad exculpante o del miedo insuperable¹³⁹.

4.2.1. El miedo insuperable

El miedo insuperable se fundamenta en la coacción que supone para la mente del sujeto pasivo la amenaza de un mal, que puede o no estar asociada a una violencia física efectiva. Este miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la

¹³⁸ A favor de esta posición, *Ugaz Sánchez-Moreno/Ugaz Heudebert* en Código Penal comentado, p.811; *Villavicencio T.*, Derecho penal. Parte general, p.644; *Zúñiga Rodríguez*, en Derecho, p. 211; y *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p. 137 y s. En este caso el autor cita a *Rivacoba Rivacoba*, quien sustenta la aplicación de la inexigibilidad de otra conducta para casos de obediencia debida cuando quien obra en virtud de ella no se le puede exigir otra conducta diferente, porque nada menos que el propio Derecho le impone realizar el mandato de sus superiores. Señala además que prevalece en el subordinado el deber de obediencia al superior sobre el deber jurídico objetivo, siendo la obediencia debida una institución que disculpa por excelencia.

¹³⁹ *Zúñiga Rodríguez*, en Derecho, p.212.

priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse normalmente al sujeto¹⁴⁰.

Este miedo no debe entenderse como terror, porque de ser así, la privación de facultades que sufriría el autor podría originar un caso de inimputabilidad¹⁴¹.

En resumen, el autor actúa bajo coacción a causa de un miedo que le hace cometer un hecho ilícito a pesar de conocer la antijuridicidad de su actuar, estando ante una circunstancia en la que no se le puede exigir que actúe de otra manera, no tomando como punto de comparación lo que haría el hombre medio en dicha circunstancia en particular, sino que tomando en cuenta las circunstancias personales y materiales en que tuvo lugar el hecho¹⁴².

El miedo insuperable es también reconocido en el Derecho Anglosajón, donde esta figura es llamada *duress*. Según esta corriente, existe *duress* cuando la amenaza de una persona induce a otra a realizar un acto que él o ella no hubiera realizado en cualquier otra circunstancia. Como consecuencia de ello, el *duress* niega el *mens rea*¹⁴³ necesario para poder cometer un crimen. Para que esta defensa pueda ser aceptada, deben presentarse los siguientes requisitos: a) Que la amenaza sea sobre un daño serio en el cuerpo de la persona amenazada o que sea una amenaza de muerte; b) el mal amenazado debe ser mayor que el mal causado por el crimen realizado por el coaccionado; c) la amenaza debe ser inmediata e insalvable; d) el coaccionado no debe

¹⁴⁰ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.602.

¹⁴¹ *Villavicencio T.*, Derecho penal. Parte general, p.642.

¹⁴² *Vid, Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.682.

¹⁴³ En el derecho Anglosajón se considera a la figura de la *mens rea* como un inadecuado estado de la mente, tan necesario como el acto ilícito mismo para poder establecer la culpa del autor. Ahora, lo que constituye este inadecuado estado de la mente va a variar dependiendo de la naturaleza del crimen. Un ejemplo de lo señalado se encuentra en el caso del homicidio, donde el acto criminal constituye en quitarle la vida a una persona, mientras que el inadecuado estado de la mente está constituido por la intención de quitarle la vida a otra persona. Al respecto, *Gaines/Leroy Miller*, Crminal Justice in Action, p. 80. y *Leroy Miller/ Meinzinger Urisco*, West's Paralegal Today, p.527.

encontrarse en dicha situación por culpa suya. Finalmente, las cortes Norteamericanas suelen examinar que el coaccionado haya tenido la posibilidad de evitar la amenaza¹⁴⁴.

Respecto a la obediencia debida, existiría miedo insuperable cuando la orden le haya producido al subordinado un estado emocional que no le deje otra posibilidad distinta que obedecerla¹⁴⁵. Aquí el subordinado conoce la antijuridicidad de lo mandado, tanto en su forma como en su contenido, no pudiéndosele reprochar el cumplimiento de la misma puesto que de hacerlo caerían sobre él gravísimas consecuencias, como podría ser el caso en que al subordinado se le ordene ejecutar extrajudicialmente a una persona bajo la amenaza de que si no lo hace él será también ejecutado¹⁴⁶. La profesora ZUÑIGA RODRÍGUEZ sostiene que en estos supuestos se habría afirmado el injusto, pero se excluiría la responsabilidad debido a que el Derecho no puede castigar las conductas del subordinado que se encuentran adecuadas al baremo del funcionario medio¹⁴⁷. Creo que esta última afirmación es discutible¹⁴⁸.

De otro lado, hay autores¹⁴⁹ que piensan que los casos en que la orden ha sido cumplida como consecuencia de algún tipo de coacción no deben considerarse dentro de la obediencia debida, pues lo que en tal caso mueve al subordinado no es la relación de dependencia jerárquica, sino que la amenaza de sufrir un mal grave e inminente.

¹⁴⁴ Vid, *Gaines/Leroy Miller*, Criminal Justice in Action, p.121, y *Leroy Miller/ Meinzingher Urisco*, West's Paralegal Today, p.529.

¹⁴⁵ Vid, Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 9/7/1996, Exp. N° 983-95; *Cardini*, Estado de necesidad, p.32 y s.

¹⁴⁶ *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.283 y s; *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.205; *Mezger*, Derecho penal. Parte general. Libro de estudio, p.266; *Mesa Velásquez*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.254; *Vidal*, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.330.

¹⁴⁷ *Zuñiga Rodríguez*, en Derecho, p.212.

¹⁴⁸ Respecto a lo dicho por la profesora Zuñiga, *infra*, Cap 3. 1.3.2.

¹⁴⁹ *Rodríguez Devesa/ Serrano Gomez*, Derecho penal español. Parte general, p.549; *Fontán Balestra*, Tratado de Derecho penal, p.348 y s; *Righi*, La culpabilidad en materia penal, p.160; *Reynoso Dávila*, Teoría general del delito, p.174.

Un ejemplo emblemático en el que un subordinado alegó miedo insuperable ante una orden impartida por su superior es el del bosnio Drazen Erdemovic. En 1994, Erdemovic se sumó al ejército serbio de Bosnia, donde fue asignado a la Décima Unidad de Sabotaje. Esta unidad, compuesta por soldados de diversas etnias, se encargaba inicialmente de realizar misiones de reconocimiento del ejército bosnio y de colocar explosivos en la artillería del enemigo. En octubre de 1994, su unidad pasó a depender del cuerpo de inteligencia del ejército serbio e ingresaron a ella soldados muy extremistas, así como un nuevo comandante. El 16 de julio de 1995, Erdemovic recibió la disposición de prepararse junto a otros hombres para llevar a cabo una misión mantenida en secreto por sus superiores. La misión consistió en disparar a discreción contra un millar de civiles musulmanes que se habían rendido ante las fuerzas serbias, provocando la muerte de todos ellos. Según sus declaraciones, Erdemovic, desde el primer momento en que supo cuál era el verdadero objetivo de su misión, expresó a sus superiores la negativa de participar en la masacre, teniendo como respuesta del comandante a cargo: “si no lo quieres hacer, ponte en la fila con ellos y dale el arma a tus compañeros para que te puedan disparar”. De hecho, dicho comandante ordenó la muerte de otro soldado por haberse negado a participar del asesinato de los prisioneros¹⁵⁰.

Existieron diferentes opiniones por parte de los magistrados del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el cual tuvo el encargo de ver la causa, sobre qué fundamentos sustentarían la resolución el proceso. Por un lado, los magistrados VOHRAH Y MCDONALD afirmaron que el miedo no puede actuar como eximente completa de un

¹⁵⁰ Al respecto, y con mayor amplitud y detalle, *Ragués*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p.95 y ss.

soldado acusado de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra en el Derecho internacional que supongan la pérdida de vidas humanas. Estos magistrados rechazan el argumento de la no exigibilidad de otra conducta alegando que de los soldados y combatientes se espera una mayor fortaleza y una mayor capacidad de resistencia que de los civiles frente a las amenazas, al menos cuando lo que está en peligro es su vida. Señalan también que los soldados, a causa de la naturaleza de su ocupación, deben haber imaginado la posibilidad de morir violentamente en la persecución del objetivo por el que luchan, por la cual resulta inaceptable permitir a un luchador entrenado, cuyo trabajo implica un riesgo de muerte, que se beneficie de la exculpación completa para un crimen en el que ha matado a una o diversas personas¹⁵¹.

Se rechaza así la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, afirmando que no corresponde hacer un análisis de la exigibilidad de la conducta tomando en cuenta cómo hubiera actuado el hombre medio en dichas circunstancias, argumentando que los soldados tienen una exigencia mayor, por lo que cuando se vea amenazada su vida no podrán alegar miedo insuperable y tendrán que sacrificar ésta a cambio de no sacrificar la de civiles. Queda claro que la valoración de los magistrados está orientada al análisis de las circunstancias personales y materiales en las que tuvo lugar el hecho. Creen ellos que los soldados forman parte de un régimen especial, lo cual hace que la exigencia que se les va a hacer en situaciones extremas dentro del ámbito de la guerra van a ser superiores a las del ciudadano medio, tendiendo como referencia que las circunstancias personales y materiales de los soldados son distintas a las del resto.

¹⁵¹ *Ragués*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 116 y s.

Por otro lado, los jueces STEPHEN Y CASSESE concluyeron que la regla general sobre los efectos del miedo en todos los sistemas del mundo y para todos los delitos es que el miedo puede eximir de forma completa. Señalan que esta regla tiene una excepción en el *common law* para el delito de asesinato, pero que ésta no puede aplicarse al caso en concreto al no concurrir sus presupuestos, al no poder el acusado hacer nada para salvar la vida de sus víctimas, pues de todas formas iban a morir. Creen además injusto e irracional que el acusado sacrifique su propia vida cuando no puede hacer nada para salvar la de sus víctimas. El fundamento de sus argumentos es que el Derecho se basa en lo que una sociedad puede esperar razonablemente de sus miembros y no puede imponer *standards* inalcanzables de comportamiento que exijan al ser humano llevar a cabo actos de martirio, tachando asimismo de criminales las conductas que no se ajustan a dichos *standards*¹⁵².

En esta opinión los magistrados aceptan la figura de no exigibilidad de otra conducta para los casos de miedo insuperable, al argumentar que sacrificar la vida del autor cuando es seguro que las víctimas van a morir constituye un acto heroico innecesario que deriva en la exigencia de un *standard* muy alto de comportamiento, incluso cuando el autor del hecho sea un soldado y su actuar se encuentre dentro de los ámbitos de la guerra.

Finalmente, esta controversia sería resuelta por un quinto voto, emitido por el juez LI, quien se inclinó por el razonamiento de los jueces VOHRAH Y MCDONALD, estando por tanto a favor de la regla de que el miedo insuperable no puede eximir, sino que sólo atenuar en el caso de crímenes de lesa humanidad¹⁵³.

¹⁵² Ragués, en Revista de Derecho Penal y Criminología, p. 118 y ss.

¹⁵³ Ragués, en Revista de Derecho Penal y Criminología, p. 124.

V. Obediencia debida como atenuante

La primera referencia de utilización de la obediencia debida como defensa en la práctica de los tribunales internacionales sucedió en el juicio seguido contra Peter Hagenbach, el mismo que se llevó a cabo en Breisach en 1474.

En 1474 el duque de Borgoña Carlos III –llamado Carlos “El Temerario”- nombró a Peter Von Hagenbach como gobernador de la ciudad de Breisach, las instrucciones que le dieron a este gobernador era someter a la ciudad para que formara parte del territorio que dominaba el duque. Bajo estas órdenes Hagenbach cometió una serie de crímenes como asesinatos, violaciones, entre otros.

Los habitantes de los territorios vecinos, al tomar conocimiento de estos actos, formaron una gran coalición integrada por lo que hoy es Austria, Francia y Alemania a fin de juzgar los crímenes cometidos por Hagenbach. Fue así que se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición. Los cargos que se le imputaban al gobernador de Breisach eran “pisotear las leyes de Dios y del Hombre”, mientras que éste adujo como defensa la carta de acatamiento de órdenes superiores en las que no reconocía a otro juez que su señor, Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña y la obediencia de sus mandatos. Esa defensa fue desestimada por el tribunal que lo juzgó y condenó a muerte por los crímenes contra la población de la ciudad de Breisach¹⁵⁴.

¹⁵⁴ *Zimmermann*, The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Volume I, p.958.

El primer documento internacional que trató el tema de la obediencia debida fue el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, ello debido a que muchos de los oficiales del nacional-socialismo alegaron haber actuado en cumplimiento de las órdenes impartidas por Adolf Hitler. El artículo 8° del Estatuto señala que:

El hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige.

La obediencia debida fue incluida así en las normas internacionales, no a manera de eximente de responsabilidad, sino de atenuante. Considero que la no inclusión de la obediencia debida como eximente se debió a la coyuntura en que se le incluyó en las normas internacionales, y a los crímenes que fueron juzgados por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. No hay que olvidar que este Tribunal se instauró luego de la Segunda Guerra Mundial, y se juzgaron varios de los crímenes que más conmocionaron al mundo. En ese contexto era muy difícil que se pudiera llegar a eximir de responsabilidad a alguno de los subordinados de Hitler. El Tribunal se pronunció en este sentido haciendo referencia al acusado Keitel, concluyendo que la obediencia debida no podrá ser considerada como atenuante cuando se cometen los más serios crímenes de manera consciente y sin ninguna excusa o justificación militar¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Zimmermann, The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Volume I, p.963.

La Cruz Roja Internacional también hizo referencia a la obediencia debida durante la preparación para los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. Este organismo internacional propuso que las órdenes de los superiores no constituirán una defensa válida si en el proceso se puede probar, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso, que el acusado tuvo suficientes razones como para asumir que con sus actos estaba violando los Cuatro Convenios de Ginebra o el Protocolo Adicional I¹⁵⁶. La obediencia debida se rechaza como medio defensa, no porque el subordinado obedezca una orden manifiestamente ilícita, sino que por obedecer a una que viola los convenios citados. Este razonamiento no me parece del todo convincente, porque al no requerirse que la directiva sea manifiestamente ilícita para que no se aplique la obediencia debida, no va a poder concluirse con toda objetividad en qué oportunidades el subordinado tendrá suficientes razones como para asumir que está violando los Cuatro Convenios de Ginebra o el Protocolo Adicional I.

De manera similar al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda reconocen también a la obediencia debida como un atenuante, más no como eximente. Tanto el artículo 7° inciso 4 del Tribunal Penal para el ex Yugoslavia, como el artículo 6° inciso 4 del Tribunal Penal para Ruanda señalan que:

El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de

¹⁵⁶ Zimmermann, The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Volume I, p.959.

disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia.

De igual forma, tampoco se ha considerado a la obediencia debida como eximente de responsabilidad en los siguientes pronunciamientos internacionales:

- Proyecto de Código Penal Universal. Presentado a la Conferencia de Londres de 1950 por la *International Bar Association* el cual estipuló en el artículo 27° que: *“el hecho de que el acusado haya obrado conforme a las prescripciones de las leyes y decretos del Estado del que es ciudadano, y a las órdenes de un superior jerárquico, no puede ser considerado como causa de justificación cuando el acto imputado constituya una infracción a la ley penal universal. Este hecho puede ser admitido como circunstancia atenuante”*.
- Proyecto de Código Internacional. Elaborado en el seno de la Comisión Codificadora de la Organización de Naciones Unidas dispone en su número 4 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 de escoger”*.
- Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979 por resolución 34/169, dispone en su artículo 5° que: *“Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad*

política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aplicable sólo para Francia. Dispone en su artículo 7° que: *“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable”.*
- Principio IV de Nuremberg. En diciembre de 1946 se aprobó por Naciones Unidas- en forma unánime-, la Resolución N° 95, en cuya virtud se reconoció los principios de Derecho Internacional establecidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y su sentencia; y se solicitó a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas la formulación de tales principios. El Principio IV establece: *“La circunstancia de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior, no la releva de responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que una opción moral le era de hecho posible”.*
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984, establece en su artículo 2° N° 3 que: *“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.* 11. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Establece en su artículo 4°

que: *“El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente”*. El texto del Tratado fue publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1991.

- La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992, ordena en su artículo 6° N° 1 que: *“Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada. Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla”*.
- Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas, de 1984. Ordena en su artículo VII que: *“No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas”*.

Por otro lado, el artículo 33° del Estatuto de Roma se pronuncia también sobre el tema de la obediencia debida. Este artículo señala que las órdenes del superior no relevarán a una persona de responsabilidad penal a no ser que se cumpla con una serie de requisitos. Este artículo refiere que quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. Este

artículo establece también que se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Como se puede observar, a diferencia del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, y de los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, en el artículo 33° del Estatuto de Roma no se considera a la obediencia debida como atenuante, sino que como una eximente de responsabilidad siempre que se cumpla con los requisitos ya señalados. Esto podría ser un problema, al romper este artículo con el *standard* internacional que consideraba a la obediencia debida como un atenuante, no existiendo ya uniformidad en las normas internacionales sobre el tema.

Lo más importante del artículo 33° del Estatuto de Roma es que deja claro que nunca se podrá alegar obediencia debida cuando se cometan los crímenes internacionales de mayor gravedad, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad.

VI. Obediencia debida como ausencia de conducta

Esta idea es sostenida por los profesores argentinos SOLER y FONTÁN BALESTRA, y consiste en afirmar que cuando la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior, de tal manera que el inferior no realizaría ninguna conducta –esto debido a que la acción no es obra de su personalidad al no hacer más que actuar la voluntad del superior que la imparte-, otorgándole al comportamiento del subordinado el carácter de causa de ausencia de conducta¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Vid, Zaffaroni; Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.280; Núñez, Manual de Derecho penal. Parte general, p.204; Creus, Derecho penal. Parte general, p.307; Vidal, Derecho penal. Parte general.

Esta tesis ha recibido diversas críticas¹⁵⁸, y no ha tenido mayor asidero en la dogmática contemporánea, por lo que no resulta relevante a efectos de este trabajo el hacer un mayor análisis sobre los fundamentos que la sustentan.

Entre las principales críticas que se le hacen a esta teoría se tiene a la que afirma que ésta deforma totalmente los datos del mundo y la misma coherencia del orden jurídico, que premia y castiga las acciones del inferior, y que el derecho penal le niega nada menos que el carácter de conducta humana¹⁵⁹. Se le critica también que desplace la cuestión de la acción o autoría de su verdadero ámbito, que es el aspecto fáctico de la intervención voluntaria del agente en la ejecución del delito, y lo traslada al ámbito puramente jurídico¹⁶⁰. Asimismo, se dice que esta teoría se equivoca, pues quien está en obediencia debida por lo menos acciona, sin perjuicio de que esa acción esté cubierta eventualmente por alguna causal de impunidad¹⁶¹. Finalmente, de manera contraria a lo expuesto por la teoría de la ausencia de acción, se dice que el subordinado que cumple un mandato de contenido antijurídico siempre va a actuar, aunque sea coaccionado¹⁶².

VII. Resumen del capítulo

1. De acuerdo a la teoría de la obediencia debida como conducta atípica, cuando el subordinado cumple con una orden legal en su forma y contenido realiza un

Teoría del delito, p.326; *Morillas Cueva*, La obediencia debida, p.101 y ss.; y *Fontán Balestra*, Tratado de Derecho penal, p.344 y s; *Zaffaroni/Aliaga/Slokar*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.593.

¹⁵⁸ *Vid*, *Zaffaroni*; Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.280; *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.204; *Creus*, Derecho penal. Parte general, p.307; *Vidal*, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.326; *Zaffaroni/Aliaga/Slokar*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.593.

¹⁵⁹ *Zaffaroni/Aliaga/Slokar*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.593.

¹⁶⁰ *Núñez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.204.

¹⁶¹ *Vidal*, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.326.

¹⁶² *Creus*, Derecho penal. Parte general, p.307.

comportamiento atípico. Tomando como referencia el razonamiento de la teoría de la tipicidad conglobante, es posible afirmar que cuando el subordinado cumple con un mandato legal en su forma y contenido su comportamiento se puede encuadrar en el cumplimiento de un deber jurídico, pero considerado como causa de ausencia de tipicidad. Asimismo, la obediencia debida podría generar un error de tipo cuando se presente un error sobre el deber de obediencia, al ser éste un elemento que integra el tipo penal.

2. Con referencia a la posibilidad de entender a la obediencia debida como causa de justificación, existen diferentes interpretaciones dogmáticas. La teoría del *Respondeat Superior* estima que la orden de un superior, cualquiera sea su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento para el subordinado, quien siempre obrará de manera justificada. Otra forma de interpretar a la obediencia debida como causa de justificación consiste en señalar que el cumplimiento de una orden con contenido legal hace que el subordinado incurra en una causa de justificación por obrar en cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un cargo.
3. Asimismo, se entiende a la obediencia debida como una causa de justificación por el cumplimiento de la ley cuando ésta misma le impone un deber específico de obediencia al subordinado. Finalmente, se considera que la obediencia debida puede operar como causa de justificación cuando exista una colisión de deberes entre el deber del subordinado de obedecer un mandato con contenido antijurídico, y la prohibición de cometer acciones antijurídicas.

4. Siguiendo a la teoría de la culpabilidad, la obediencia debida podría ser una causa de inculpabilidad por error cuando el subordinado cumple con una orden de contenido antijurídico, como consecuencia de un error al momento de analizar su legalidad. A fin de poder establecer en qué casos el subordinado puede incurrir en error, es necesario estudiar la potestad que tienen los subordinados para revisar lo mandado, la cual variará según se trate de un funcionario público civil, o de uno que pertenece a una institución castrense.
5. De igual manera, la obediencia debida puede considerarse como una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, para lo cual se debe repasar el concepto de miedo insuperable. Según éste, existirá una causa de inculpabilidad por miedo insuperable cuando la orden le haya producido un estado emocional al subordinado que no le deje otra posibilidad distinta que obedecerla.
6. La obediencia debida ha sido estimada como atenuante por el Derecho Internacional. El primer documento internacional que así lo consideró fue el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. De manera similar, los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda reconocen a la obediencia debida como un atenuante, más no como eximente. Por otro lado, el Estatuto de Roma no considera a la obediencia debida como atenuante, sino que como una eximente de responsabilidad.
7. Según la teoría que entiende a la obediencia debida como ausencia de conducta, cuando la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior, de

tal manera que el inferior no realizaría conducta alguna, otorgándole al comportamiento del subordinado el carácter de causa de ausencia de conducta.



Capítulo 2: La vinculatoriedad de la orden

I. Órdenes que vinculan en un Estado social democrático de Derecho

1. Estado social democrático de Derecho según la Constitución política del Perú de 1993

El artículo 3° de la actual Constitución hace referencia a los Derechos complementarios amparados por la Carta Magna. En ese mismo artículo se reconoce el modelo de Estado por el cual el Perú se rige: el Estado democrático de Derecho. El artículo 3°, antes citado, señala textualmente que:

“La enumeración de los Derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan

en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Este artículo es muy similar a su equivalente en la Constitución de 1979¹⁶³, sin embargo, en aquella se hacía mención a un Estado social y democrático de Derecho y no a un Estado democrático de Derecho. La eliminación de la referencia “Estado social”, se debe a la predominancia de un espíritu neoliberal en la Constitución de 1993, merced al cual se eliminó toda referencia a elementos de interés social (salvo artículo 28° inciso 3) sustituyéndolos en algunos casos por el concepto de bien común¹⁶⁴. Por otro lado, se ha sostenido¹⁶⁵ también que la denominación “Estado social” fue suprimida de la Constitución de 1993 argumentándose que tras ella se escondían resabios de doctrinas socializantes.

Sin embargo, las características propias de un Estado social y democrático de Derecho no han quedado proscritas debido a la omisión de la carta de 1993 de la palabra “social”, habiendo sido esto reconocido por el Tribunal Constitucional Peruano. Este Tribunal menciona que el Estado peruano definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho. El fundamento del Tribunal Constitucional se basa en un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Constitución, además de los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y

¹⁶³ El artículo 4° de la Constitución peruana de 1979 señalaba que: “La enumeración de los Derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

¹⁶⁴ *Rubio Correa*, Estudio de la Constitución Política de 1993, p.550.

¹⁶⁵ *Carpio Marcos*, en *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. p. 320.

reconocimiento de los Derechos fundamentales, principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realice en el marco de una economía social de mercado¹⁶⁶.

2. Definición de Estado social democrático de Derecho

La idea de crear un Estado social democrático de Derecho toma fuerza luego de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial. Es a partir de este momento histórico que se toma consciencia de la necesidad de la actividad social del Estado y de que las penas tengan que regular activamente la vida social¹⁶⁷. Por esta razón se considera que el Derecho penal de un Estado social deberá legitimarse como un sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo cual atribuye al Estado la misión de prevención¹⁶⁸, sólo en la medida de lo necesario, para poder lograr dicha protección¹⁶⁹.

Para velar por la protección efectiva de los ciudadanos, en este modelo de Estado se deben establecer límites al poder punitivo del Estado. Puesto que el principio social, más que limitaciones, impone ensanchar la actuación configuradora del Estado, es

¹⁶⁶ STC del 11/11/2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC.

¹⁶⁷ *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho penal. Parte General, p.42.

¹⁶⁸ Con referencia a este punto, *Polaino Navarrete*, Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas, p.227 y ss. El citado autor refiere que, en un Estado social y democrático de Derecho, la protección y la prevención mantienen una relación de medio a fin. Esto quiere decir que el Derecho penal ha de asegurar determinados bienes jurídicos frente a una eventual lesión o puesta en peligro a través de la realización de futuros delitos. Dice el autor también que el Derecho penal ha de proteger bienes jurídicos con vistas a la prevención de ataques a esos bienes. De esta forma, la protección, tutela o garantía jurídica que concede la norma penal a determinados bienes es una actividad teleológica o finalista que se encamina al fin de prevenir futuros injustos típicos.

¹⁶⁹ *Mir Puig*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.94.

lógico que los principios de “Estado de Derecho” y de “democrático” originen los límites esenciales procedentes del fundamento político del *ius puniendi*¹⁷⁰. Asimismo, del principio democrático de este modelo de Estado resulta la tarea y las competencias de la representación popular de buscar una respuesta adecuada bajo las cambiantes circunstancias a la perenne cuestión de justicia¹⁷¹.

JAKOBS plantea una nueva teoría sobre la forma en que el Derecho penal contribuye para el mantenimiento de la estructura social, logrando de esa manera proteger a los ciudadanos. Dice el autor que el mantenimiento de la estructura social se logrará a través de la garantía de la vigencia de las normas, contribuyéndose de esa manera a la cohesión social, asegurando la no defraudación de expectativas¹⁷². Señala el profesor que toda persona tiene un rol determinado dentro de la sociedad, el cual ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas, esperándose que participen en la actividad en cuestión¹⁷³ (así, el rol del panadero dentro de la sociedad estará determinado por lo que se le exigiría a cualquier panadero bajo una misma circunstancia). Siguiendo este razonamiento, la intervención del Derecho penal, y por ende la protección de los ciudadanos, se dará cuando se pueda imputar a una persona las desviaciones respecto de aquellas expectativas relacionadas con los deberes que le imparte su rol, manteniéndose de esa manera la vigencia de la norma¹⁷⁴. Se le imputará así responsabilidad penal al salvavidas que no cumple con su rol, al dejar que una persona se ahogue en el mar.

¹⁷⁰ *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho penal, p.125.

¹⁷¹ *Benda/Maihofer/ Vogel/ Hesse/ Heysde*, Manual de Derecho constitucional, p.491.

¹⁷² *Hormazábal Malarée*, Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho, p.126.

¹⁷³ *Jakobs*, La imputación objetiva en el Derecho penal, p.57.

¹⁷⁴ *Jakobs*, La imputación objetiva en el Derecho penal, p. 20 y ss.

El Estado social democrático de Derecho puede ser explicado entonces como la redefinición del Estado de Derecho como consecuencia de la evolución del Estado constitucional desde sus inicios hasta nuestros días, lo cual representa nuevas condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, etc¹⁷⁵. Este modelo de Estado no deja de ser social¹⁷⁶, al no abandonar sus deberes para con la sociedad, y que además refuerza sus límites jurídicos o de intervención a partir de un sentido democrático de Estado que respeta los Derechos humanos y fundamentales de las personas¹⁷⁷.

Por otro lado, el concepto de Estado social y democrático de Derecho se encuentra estrechamente vinculado a una serie de principios, distinguiendo entre los principales el de legalidad, democracia y división de poderes, los cuales serán explicados para un mejor entendimiento de la definición de Estado social democrático de Derecho.

2.1. Democracia

La democracia como parte de un Estado social democrático de Derecho aparece principalmente a consecuencia de la Revolución Francesa, luego de la cual se proclamaron las libertades políticas y los Derechos individuales, definidos como naturales, además de sustentarse el principio de la separación de los poderes del Estado como una forma de evitar la excesiva concentración de poder¹⁷⁸. Según este fundamento, debe existir en una república democrática el respeto por derechos

¹⁷⁵ Vid, *Gonzáles Ojeda* en *Derecho & Sociedad*, p.144.; *Fernández Segado*, *El Sistema Constitucional Español*, p.109.

¹⁷⁶ A este respecto, *Bernales Ballesteros*, *La Constitución de 1993. Análisis Comprado*, p.270. El autor referido hace un análisis del artículo 43° de la Constitución Peruana de 1993, el mismo que reconoce que el Perú es una república social. De esta forma, considera que el carácter social significa que el Estado no toma en cuenta solamente la realización individual de las personas, sino que educa a sus grupos humanos en un espíritu de colaboración y solidaridad.

¹⁷⁷ Con referencia a este punto, *Mir Puig*, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p.94; *Bustos Ramírez*, *Manual de Derecho penal. Parte General*, p.43.

¹⁷⁸ *Gonzáles Ojeda* en *Derecho & Sociedad*, p.152.

elementales como la libertad, igualdad jurídica, aseguramiento de la legalidad, el respeto por las manifestaciones comunitarias, entre otros¹⁷⁹.

Si bien no lo dice la Constitución de manera expresa, el hecho que el artículo 3° se refiera al Estado social democrático de Derecho como una fuente de interpretación e identificación de los derechos fundamentales de la persona, hace del principio democrático uno que trasciende su connotación originalmente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad¹⁸⁰. Puede verse entonces que el artículo en mención puede tomarse como una expresión de un cambio de la democracia puramente política a una social.

En democracia social las decisiones que se tomen dentro de un Estado democrático comprometen a todos los individuos que forman parte de la sociedad, para evitar cualquier tipo de opresión y desigualdades, además de buscarse el bienestar de todas las personas por igual. Este tipo de democracia puede calificarse como una por la acción del poder, toda vez que, cualesquiera que sean las modalidades de esta acción –control, dirección o planificación-, se concibe a la autoridad como instrumento de realización de las exigencias democráticas¹⁸¹.

2.2. División de poderes

¹⁷⁹ *García Toma*, Análisis sistemático de la constitución peruana de 1993, p.30.

¹⁸⁰ *García Toma*, en *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. p.690.

¹⁸¹ *Blancas Bustamante/Rubio Correa*, *Derecho constitucional general*, p.517.

Uno de los compuestos esenciales de todo Estado de Derecho es la división de poderes. Esto consiste en la separación de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales de una Nación, la cual logra que cada órgano del Estado pueda desarrollar su labor sin verse obstaculizado por los otros. Asimismo, la separación de poderes debe hacer controlable la acción estatal e impedir la arbitrariedad¹⁸². Existe una relación importante entre el concepto mismo de Estado social democrático de Derecho y el principio de la división de poderes, puesto que un Estado social democrático Derecho busca la protección efectiva de sus ciudadanos. Justamente, uno de los límites del poder punitivo del Estado, necesario para poder lograr una protección efectiva de los ciudadanos, es la división de poderes.

Un Estado social democrático de Derecho ideal sería uno en el cual, en lugar de una concentración de poderes por parte del Estado, se implemente una coordinación entre sus distintos órganos para impedir una acumulación del poder que genere su abuso¹⁸³.

2.3. Principio de legalidad

Este principio básico de todo Estado de Derecho, conocido también como *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tuvo una inicial e importante influencia dogmática proveniente de FEUERBACH, quien no se refirió específicamente al aforismo *nullum crimen sine lege*, sino que lo desarrolló como un elemento de su teoría de la pena – teoría de la conminación penal-, según la cual la ley penal debía preceder a la acción delictiva porque así la pena podía realizar su función preventiva¹⁸⁴.

¹⁸² Benda/Maihofer/ Vogel/ Hesse/ Heysde, Manual de Derecho constitucional, p.503.

¹⁸³ Fernández Segado, El Sistema Constitucional Español, p.111.

¹⁸⁴ Vid, Jakobs, Derecho penal. Parte general, p.79; Mir Puig, Manual de Derecho penal. Parte general, p.105; Roxin, Derecho penal. Parte general tomo I. p.142; Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho

Sin embargo, la forma cómo se entiende actualmente al principio de legalidad tuvo sus orígenes en la época de la ilustración, más precisamente con la teoría del contrato social. Según esta teoría, una vez ya instalada la división de poderes, se creía que los legisladores representaban al pueblo como consecuencia del contrato social, razón por la cual ningún ciudadano podía verse sometido por parte del Estado a penas que no eran admitidas por el pueblo. Se reconocía también que sólo las leyes podrían establecer las penas para los ilícitos penales, y que la autoridad encargada de emitir estas normas era el legislador, pero sólo en la medida de que se encontrara legitimado por toda la sociedad unida por el contrato social¹⁸⁵.

Hoy en día se reconoce que de acuerdo a este principio un hecho sólo podrá ser castigado en la medida que la punibilidad esté legalmente determinada antes de que se cometa el hecho (*nullun crimen sine lege*)¹⁸⁶. Esto quiere decir que por más que un hecho pueda resultar reprochable para la sociedad, sólo podrá ser sancionado penalmente si es que la conducta está tipificada como ilegal por la norma. Este principio también sostiene que ninguna sentencia condenatoria puede ser dictada aplicando una pena que no esté tipificada por una ley previa (*nulla poena sine lege*).

3. Órdenes que vinculan en un Estado social democrático de Derecho

De acuerdo a lo analizado en el punto anterior, queda demostrado que el Estado peruano reconoce en su Constitución que se rige por un Estado social democrático de Derecho.

penal, p.125; *Bacigalupo*, Derecho penal. Parte general, p.99; y s.; y *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.148.

¹⁸⁵ *Vid, Mir Puig*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.106; y *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho penal, p.126; *Castillo Alva*, Principios de Derecho penal. Parte general, p.27.

¹⁸⁶ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I. p.137.

Como se ha podido apreciar, esto supone que el Estado peruano se rige por los principios fundamentales de todo Estado de Derecho, como son la legalidad, democracia y separación de poderes. Cabe ahora establecer qué tipo de órdenes pueden vincular a un subordinado en nuestro modelo de Estado, y si es que el cumplimiento de mandatos ilícitos puede ser utilizado como eximente, justificante o atenuante por un subordinado.

En primer lugar, un Estado democrático de Derecho requiere el respeto por derechos elementales como la libertad, igualdad jurídica y aseguramiento de la legalidad. Resulta incoherente que en un Estado con esas características se pueda permitir que una orden ilícita vincule al subordinado. De ser así, se estaría violentando la igualdad jurídica y el aseguramiento de la legalidad, en tanto que se estaría permitiendo que la obediencia de una orden ilegal no sea sancionada. No puede olvidarse tampoco que en una democracia social como la peruana el Estado debe brindar las condiciones necesarias para que las personas se puedan desenvolver en una sociedad en la que existe la tolerancia e igualdad. Pues bien, no parecería que estas condiciones podrían ser respetadas en un Estado donde lo ilegal vincula, lo cual permitiría que se puedan cometer actos que vayan contra la tolerancia e igualdad (por ejemplo una orden ilícita con connotaciones racistas) y que los mismos estén justificados por el Derecho.

En segundo lugar, el principio de la separación de poderes conlleva el control de la acción estatal y el impedimento de la arbitrariedad. La justificación del cumplimiento de una orden ilícita comprende necesariamente la comisión de un hecho arbitrario que no tiene sustento legal, actos que el Estado prohíbe. Resulta ilógico que una orden ilícita pueda vincular en un Estado en el que se cuenta con una separación de poderes. No hay

que olvidar que la división de poderes cumple una función preventiva para poder proteger a los ciudadanos y evitar que se cometan actos arbitrarios que los puedan afectar, lo cual requiere una coordinación efectiva entre los distintos aparatos del Estado para no permitir que el poder se concentre y que se puedan cometer arbitrariedades que sean encubiertas por el mismo Estado.

En tercer lugar, se cuenta con el principio de legalidad, una de las protecciones mayores hacia los ciudadanos para evitar actos arbitrarios y abusivos. Esta protección se genera porque siguiendo este principio no será posible sancionar a nadie por un hecho que no esté tipificado, ni se podrá dictar una sentencia condenatoria que aplique una pena que no esté regulada por una ley previa. Es evidente que no se condice con este principio una orden que tiene carácter ilícito, más aún si la razón de ser del principio de legalidad es lograr una seguridad jurídica en la sociedad, al no castigar a ninguna persona por un hecho atípico. Tomando en cuenta la teoría del contrato social, si ningún ciudadano podía verse sometido por parte del Estado a penas que no eran admitidas por el pueblo, con menos razón podría ser disculpado un ciudadano que comete un hecho típico justificándose en el cumplimiento de una orden antijurídica que no es tolerada por la sociedad y por el Estado.

En conclusión, la Constitución, y por ende el modelo de Estado por el cual se rige nuestra sociedad, hacen que el poder del superior para emitir órdenes y el deber del subordinado de cumplirlas se vea limitado. La obediencia de órdenes siempre tendrá que estar circunscrita al marco de la Constitución, la norma fundamental del Estado, siendo que sus alcances tendrán que estar en concordancia con los principios de supremacía constitucional y de Estado social democrático de derecho, por lo que

quienes ejercen el poder del Estado, en este caso el superior y el subordinado, lo harán siempre con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen¹⁸⁷. Nunca una orden ilícita estará en concordancia con los principios mencionados, lo cual hace que este tipo de órdenes no puedan vincular.

Finalmente, de acuerdo a la exposición de motivos del CP, éste estará encargado de velar por el cumplimiento de las garantías aplicables a todo estado social y democrático de Derecho, para lo cual sancionará los comportamientos que no se condigan con éstos, como deberá suceder con las órdenes ilegales.

3.1. Órdenes que vinculan de acuerdo a las normas peruanas

La constitución establece en su artículo 166° que:

“La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

¹⁸⁷ Vid, STC del 30/9/2005, Exp. N° 2446-2003-AA/TC Puno

Se entiende a partir de este artículo que si el Estado impone a la Policía Nacional el deber de garantizar el cumplimiento de las leyes es porque justamente esta entidad Estatal debe evitar que se cometan hechos que no son lícitos. Una orden ilícita no puede vincular de modo alguno en un Estado de Derecho como el peruano, en el que artículos como el citado son una evidencia manifiesta de la función de protección efectiva de los ciudadanos, característica de un Estado social democrático de Derecho, en la cual el Estado cumple una misión de prevención, que en este caso es encargada a la Policía Nacional.

Por otro lado, el artículo 368° del Código Penal tipifica el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, el mismo que sanciona a:

“El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención (...)”.

Asimismo, el artículo 376° del Código Penal tipifica el delito de abuso de autoridad, el cual sanciona a:

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera (...)”.

Como se puede apreciar, tanto en el caso de las dos normas antes citadas, como en el de la obediencia debida, regulada por el artículo 20° inciso 9 del CP, se hace mención de manera directa o indirecta al concepto “autoridad”. Autoridad es sólo quien ejerce el poder público conforme a la Constitución y las leyes¹⁸⁸. Esto queda explicado de mejor manera por las normas de la parte especial del CP a las que se ha hecho mención.

Así, de lo expuesto en el artículo 368° del CP, que tipifica el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, se desprende que estará prohibido desobedecer órdenes que provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. De este modo, si el Derecho penal sanciona al que desobedece una orden lícita, se entiende que no se sancionará por delito de desobediencia al funcionario que incumple con un mandato ilícito, pues este no será vinculante para él al ser un acto arbitrario que no expresa autoridad.

Asimismo, se debe tener en cuenta que para sancionar la desobediencia de la orden ésta deberá ser necesariamente lícita, puesto que proviene de un funcionario del Estado, el cual evidentemente, y en virtud a lo que se ha señalado hasta ahora, no podrá emitir una orden ilícita que vincule. Lo dicho explica que sólo podrá expresar autoridad el funcionario que emita una orden de carácter lícito, pues nunca estará dentro de sus funciones el impartir mandatos ilegales.

Sólo cometerá delito de desobediencia quien no cumple con una orden que expresa autoridad, vale decir, con una orden que sea lícita y que provenga de autoridad competente. Siguiendo esta misma línea de razonamiento, el artículo 376° del Código

¹⁸⁸ *Du Puit*, en Anuario de Derecho penal, p.248; y *Meini*, en Imputación y responsabilidad penal, p.105 y s.

Penal, que tipifica el delito de abuso de autoridad, sanciona al funcionario o servidor público que abusando de sus atribuciones, ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. De este modo, no sería coherente que un acto arbitrario como la emisión de una orden antijurídica vincule en nuestro ordenamiento jurídico cuando el Derecho penal sanciona al funcionario que comete un acto arbitrario abusando de sus atribuciones.

Esto quiere decir que sólo cuando la orden tenga respaldo jurídico –que la orden sea lícita- expresará autoridad jurídica y no un simple poder de mando. La orden ilícita emitida por el funcionario nunca podrá expresar autoridad vinculante, pues no tendrá respaldo jurídico, por lo que será equivalente a la orden que imparte el jefe de una banda delincencial a sus subordinados.

En el ámbito militar, el artículo 19° inciso 8 del CJM señala que está exento de responsabilidad:

“El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra”.

Una interpretación sistemática de este artículo en el contexto del Estado de Derecho permite afirmar que el sentido de la norma es sancionar al subordinado que cumple con una orden que es manifiestamente inconstitucional o ilegal, más no al subordinado que cumple con una orden que proviene de una orden impartida por una autoridad o superior

jerárquico competente pero que no es manifiestamente ilícita, aunque ilícita al fin y al cabo. Esto no quiere decir que la expresión de “autoridad” se vea distorsionada en el ámbito militar, y que se permita que un funcionario del Estado pueda ejercer el poder al margen de la ley. Creo que la confusión creada por este artículo se debe a que probablemente el criterio utilizado por el legislador para establecer la ilicitud de la orden fue quizás el de la teoría de la apariencia¹⁸⁹.

II. Requisitos de forma que debe tener toda orden

Estos requisitos tienen que ver con las formalidades que debe tener una orden lícita para que pueda vincular. Conforme a un gran sector doctrinario¹⁹⁰, para que la orden de la autoridad sea vinculante para el subordinado debe de cumplir con los siguientes requisitos de forma: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) que la orden aparezca como lícita; d) que exista una relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 20° inciso 9 del CP, se exige como requisitos de forma para que la orden vincule el que ésta provenga de autoridad competente y que sea expedida por aquel en ejercicio de sus funciones¹⁹¹.

¹⁸⁹ *Supra*, Cap 1. IV. 3.2.1.

¹⁹⁰ *Vid* por ejemplo, *Mesa Velásquez*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.253 y s; *Reynoso Dávila*; Teoría general del delito, p.170; *Fontán Balestra*, Tratado de Derecho penal, p.346; *Vidal*, Derecho penal. Parte general. Teoría del delito, p.326; *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho penal. Parte general, p.223 y s; *Peña Cabrera*, Tratado de Derecho penal. I. Estudio pragmático de la parte general, p.453 y s.

¹⁹¹ *Vid*, R. N. del 12/9/ 2005, N° 2267-2005- Lima; El código penal en su jurisprudencia, p.90.

Cuando la norma dice que la orden debe emanar de autoridad competente hace necesaria alusión a la condición de funcionario público del emisor del mandato, calidad que para efectos penales se encuentra definida en el artículo 425° del CP¹⁹². El que la orden haya sido expedida por el superior en ejercicio de sus funciones quiere decir que el funcionario la debe emitir en el desempeño de la actividad pública para la cual ha sido investido por ley. Esto quiere decir que el mandato debe corresponder al ámbito funcional de quien lo emite, toda vez que de exceder su capacidad funcional, resultara notoriamente excesiva, y por tanto no vinculante¹⁹³.

III. Requisitos de contenido que debe tener toda orden

1. Teoría de la apariencia

Según esta teoría el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juridicidad intrínseca del mandato, sino que a su apariencia de legalidad¹⁹⁴. Se entiende así que una orden antijurídica emitida por el superior vincula al subordinado, siempre y cuando esta antijuridicidad sea aparente y no manifiesta.

¹⁹² Ugaz Sanchez-Moreno/Ugaz Heudebert, en Código penal comentado, p.314. Asimismo, el artículo 425° del CP señala que: Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa; 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos; 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

¹⁹³ Ugaz Sanchez-Moreno/Ugaz Heudebert, en Código penal comentado, p.315.

¹⁹⁴ Morillas Cueva, La obediencia debida, p.83.

El legislador nacional parece haberse decidido por la teoría de la apariencia al momento de redactar el artículo 20° inciso 9 del CP¹⁹⁵. Ello se deriva de lo descrito en la exposición de motivos del CP, en la cual se lee textualmente: La Comisión Revisora interpreta que con las locuciones "orden obligatoria", "autoridad competente" y "ejercicios de sus funciones" se alude tácitamente, pero de manera suficiente, a que la orden superior no debe ser manifiestamente ilícita, no siendo necesario, en tal sentido, indicarlo así *expressis verbis*. Se puede concluir de este modo que de acuerdo a nuestros legisladores la orden ilícita vinculará al subordinado siempre y cuando su antijuridicidad sea aparente y no manifiesta –teoría de la apariencia-.

El principal cuestionamiento que se puede hacer a esta teoría es el siguiente: ¿cómo se debe establecer para qué personas una orden debe o puede parecer manifiestamente antijurídica y para quienes no? La respuesta a esta pregunta tendrá una incidencia en cuanto a la imputación que se haga sobre el subordinado que cumpla con una orden de contenido antijurídico que derive en la comisión de un hecho delictivo.

Para poder responder esta interrogante es importante hacer un repaso sobre el estado actual de la teoría de la imputación objetiva, y las soluciones que proporcionará para resolver este cuestionamiento.

Los dos autores modernos más importantes que han reformulado la teoría de la imputación objetiva son los profesores alemanes GÜNTHER JAKOBS y WOLFGANG FRISCH, quienes se distancian de la tradicional teoría de la imputación objetiva, reformada por CLAUS ROXIN sobre el trabajo primigenio de RICHARD HONIG. A grandes

¹⁹⁵ Vid, Peña Cabrera, Tratado de Derecho penal I. Estudio programático de la parte general, p.454.

rasgos, según la concepción de la imputación objetiva de ROXIN, el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se ha realizado en el resultado¹⁹⁶. De esta forma, para esta concepción de la imputación objetiva, un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto¹⁹⁷.

A diferencia de ROXIN, los profesores JAKOBS y FRISCH han llevado a su más moderno desarrollo la tesis tradicional de la imputación objetiva con nuevos contenidos. Ambos autores han extendido la objetivización y normativización del tipo más allá de la imputación de resultados, y han desarrollado también una normativización de la imputación de conductas¹⁹⁸.

Según el razonamiento de FRISCH, para que pueda aplicarse la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado –que son los que interesan para efectos de este trabajo- deberá hacerse una distinción entre conducta típica o prohibida e imputación del resultado. Conducta típica o prohibida será aquella que constituya un riesgo no tolerado o desaprobado por el ordenamiento jurídico. Una vez constatado que la conducta a imputar es típica o prohibida, se deberá comprobar la existencia de una relación específica o nexo causal entre la conducta desaprobada del autor y el resultado producido. En consecuencia, para que haya imputación objetiva según FRISCH, el

¹⁹⁶ *Cancio Meliá*, en XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología, p.94.

¹⁹⁷ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.363.

¹⁹⁸ *Feijoo Sánchez*, Imputación objetiva en Derecho penal, p.137.

resultado producido debe ser una consecuencia específica de la conducta prohibida del autor¹⁹⁹.

Por su parte, JAKOBS divide a la teoría de la imputación objetiva en dos niveles. En el primer nivel está la imputación objetiva del comportamiento, según la cual se imputa las desviaciones respecto de aquellas expectativas que recaen sobre el portador de un rol²⁰⁰. En ese sentido, no se podrá imputar responsabilidad penal a la persona que actúe dentro del comportamiento que le exige el rol que desempeña dentro de los contactos sociales, ya que al hacerlo no estaría defraudando las expectativas normativas que delimitan los contornos de su rol. A fin de explicar los comportamientos que forman parte del rol de una persona, lo cuales eliminan cualquier responsabilidad penal, el autor se vale de cuatro instituciones dogmáticas²⁰¹: a) El riesgo permitido, b) el principio de confianza, c) la prohibición de regreso, y d) competencia de la víctima.

En el segundo nivel se encuentra la imputación objetiva del resultado, en el cual se verifica que el resultado puede explicarse a partir de la conducta defectuosa del autor. De esta manera, no podrá imputarse el resultado cuando éste no se produzca como consecuencia del riesgo no permitido realizado por el autor²⁰².

Los aportes de estos dos autores en el ámbito de la imputación objetiva, especialmente el llevado a cabo por GÜNTHER JAKOBS, permiten contar con una herramienta

¹⁹⁹ Vid, *Cancio Meliá*, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, p.62 y ss; *Abanto Vásquez*, en XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología, p.24 y ss; *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.365; *Frisch/Robles Planas*, Desvalorar e Imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal. p.41 y ss; y *Frisch*, en Sobre el estado de la teoría del delito, p.22 y ss.

²⁰⁰ *Jakobs*, La imputación objetiva en el derecho penal, p.26.

²⁰¹ Para una profundización de estas instituciones dogmáticas léase, *Jakobs*, La imputación objetiva en el derecho penal, p.30 y ss.

²⁰² Vid, *Feijoo Sánchez*, Imputación objetiva en Derecho penal, p.146; y *Cancio Meliá*, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, p.68.

conceptual idónea para delimitar cuándo una orden que reviste una característica no manifiestamente ilegal debe ser cumplida o no. Es evidente que el cumplimiento de órdenes manifiestamente antijurídicas nunca podrá formar parte del rol del subordinado, toda vez que en un Estado de Derecho no existen expectativas normativas válidas de cumplimiento de semejantes órdenes. Sin embargo, en el caso de las órdenes no manifiestamente antijurídicas la obligatoriedad de cumplirlas o no acatarlas dependerá de cómo está configurado normativamente el rol del subordinado en el contexto social concreto donde desarrolla su acción.

Lo dicho no significa que las órdenes no manifiestamente antijurídicas, pero antijurídicas al fin vinculen al subordinado. Todo lo contrario, la teoría de la imputación objetiva servirá para poder saber en qué casos se le debe exigir al subordinado el conocimiento de la antijuridicidad de la orden que no es manifiesta. Esta exigencia no surgirá en virtud a la apariencia de licitud de la orden, sino que en razón al rol que desempeña el subordinado.

2. Teoría de la nulidad

Esta teoría vincula el deber de obediencia del subordinado con las normas administrativas que regulan la validez de los actos administrativos. Sólo vincularán aquí las órdenes que se encuentren permitidas por el Derecho administrativo, no pudiendo vincular las que son nulas de pleno derecho. Como órdenes no antijurídicas que deben obedecerse quedarán solamente las anulables, y las que cuenten con meras irregularidades formales²⁰³.

²⁰³ *Mir Puig*, Derecho Penal. Parte General, p.501.

Para poder entender mejor esta teoría, es primordial definir el concepto de acto administrativo. De manera amplia, se les pueden definir como manifestaciones o declaraciones de voluntad del poder público, las cuales se exteriorizan mediante actos jurídicos realizados por la Administración sometida al Derecho administrativo²⁰⁴.

En el marco de la obediencia debida, y respetando lo establecido por el artículo 1° de la LPAG, se podría entender a la orden emitida por el superior jerárquico como un acto administrativo, partiendo de que proviene de una entidad pública, y que está destinada a producir efectos jurídicos sobre los administrados. Queda así establecido que no cualquier orden emitida por una entidad pública podrá ser considerada como un acto administrativo, sino que sólo la que sea susceptible de producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos en los administrados.

Un primer problema podría surgir si es que los efectos del cumplimiento de la orden ilícita no recaen sobre un administrado, sino que sobre un mismo miembro de la entidad pública. Un ejemplo de lo dicho sería el del capitán que ordene al soldado que le aplique a su compañero un castigo no regulado por las normas internas de la institución, el cual derive en una lesión grave para éste. Este tipo de órdenes no podría ser siquiera considerado como un acto administrativo según nuestra regulación, pues el artículo 1° de la LPAG consigna que no son actos administrativos los actos de administración

²⁰⁴ Al respecto, *Morón Urbina*, Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, p.62; *García de Enterría/Fernandez*, Curso de Derecho Administrativo, p.585 y ss; *García Luengo*, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, p.42 y ss.; *García-Trevijano Fos*, Los actos administrativos, p.95 y ss; *Boquera Oliver*, Estudios sobre el acto administrativo, p.18. Asimismo, el artículo 1° de la LPAG define al acto administrativo como: Las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

interna de la entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Por otro lado, el artículo 8° de la LPAG dispone que un acto administrativo válido sea aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico. Por tanto, un acto administrativo inválido es aquel en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico, siendo por tanto ilegal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 9° de la misma norma dispone que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda. Esto quiere decir que el acto administrativo será válido hasta que no se demuestre por medio de autoridad pública que contiene algún tipo de vicio que esté contemplado en la norma como un caso de nulidad, o anulabilidad²⁰⁵ del acto.

2.1 Nulidad de los actos administrativos

Es nulo de pleno derecho, o con nulidad absoluta, todo acto administrativo cuya ineficacia es intrínseca, y que carece desde el inicio de efectos jurídicos, siendo ineficaz por sí mismo²⁰⁶. El acto nulo adolece así de una falla rígida determinada invariable e idéntica en todos los casos²⁰⁷. Asimismo, estos actos atentan contra el orden público y el interés general, atacando frontalmente el principio que rige la administración pública²⁰⁸.

²⁰⁵ *Danós Ordóñez*, en Comentarios a la LPAG-Ley N° 27444, p.231. Este autor precisa que la legislación Peruana no ha recogido expresamente la categoría de acto jurídico anulable, el cual es conocido por la doctrina como aquel acto administrativo que padece de un vicio leve o de menor gravedad, el cual puede ser convalidado una vez subsanado el vicio. Sin embargo, precisa que si bien esta categoría no está regulada en nuestro ordenamiento administrativo de manera expresa, la sustancia de la misma está implícita en las reglas referidas a la conservación de los actos administrativos contenidas en el artículo 14° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁰⁶ *García de Enterría/Fernandez*, Curso de Derecho Administrativo, p.658.

²⁰⁷ *Cassagne*, El acto administrativo, p.241 y s.

²⁰⁸ *Pérez Dayán*, Teoría general del acto administrativo, p.134.

En cuanto a las causales de nulidad, estas son establecidas por el artículo 10° de la LPAG, y son las siguientes: (i) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; (ii) el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°; (iii) los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; (iv) los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Una orden ilícita emitida por un superior puede encontrarse en todos los supuestos que se acaban de mencionar, y por tanto puede constituir un acto administrativo nulo. El problema es que los actos administrativos se presumen válidos, y sólo podrán ser considerados como nulos cuando la administración, a petición de parte o de oficio, los declara como tales.

En consecuencia, la orden ilícita será considerada como un acto administrativo válido hasta que la administración establezca lo contrario. El efecto de esto es que se pueda generar una prejudicialidad innecesaria en la que se deberá esperar al pronunciamiento de la administración para poder iniciar una acción penal por las consecuencias del cumplimiento de una orden ilícita.

Otra consecuencia es que de acuerdo al inciso 4 del artículo 10° de la LPAG, siempre será nula una orden con contenido antijurídico, más allá de si su ilicitud sea o no

manifiesta. Esto me parece acertado, pues como ya se ha concluido²⁰⁹, en un Estado social y democrático de Derecho como el peruano no podrá vincular nunca una orden ilícita. Lo dicho no significa que el subordinado que cumpla con una orden no manifiestamente antijurídica, pero antijurídica al fin y al cabo, será sin más responsable por el cumplimiento del mandato. Lo que se habrá de hacer ante esta situación es analizar si es que concurren los presupuestos del error de prohibición, a fin de determinar si se puede disculpar al inferior jerárquico. De ser así, ello no significará de ningún modo que la orden deje de ser nula y que por ende vincule, ya que el comportamiento del subordinado disculpado que incurre en error seguirá siendo antijurídico.

2.2. Anulabilidad de los actos administrativos

Los actos administrativos anulables son aquellos que, debido a su poca gravedad, pueden llegar a ser subsanados en vía judicial²¹⁰. Por esta razón los afectados por estos actos, y sólo ellos, podrán pedir su nulidad dentro de un cierto plazo, luego del cual, si no se solicita la nulidad, el acto quedará sanado y el vicio de nulidad quedará purgado²¹¹. La legislación nacional no recoge de manera expresa la figura del acto anulable. Sin embargo, el artículo 14° de la LPAG contiene los supuestos de conservación del acto administrativo, que en buena cuenta vendrían a ser los actos anulables. Esto se evidencia cuando dicho artículo dice que se conservará el acto administrativo cuando el vicio de éste no sea trascendente, prevaleciendo así la conservación del acto, y procediéndose luego a su enmienda.

²⁰⁹ *Supra*, Cap 2. I. y ss.

²¹⁰ *Cassagne*, El acto administrativo, p.241.

²¹¹ *Vid*, *García de Enterría/Fernandez*, Curso de Derecho Administrativo, p.659; *Pérez Dayán*, Teoría general del acto administrativo, p.134.

De acuerdo al artículo citado, son actos afectados por vicios no trascendentes: (i) El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación; (ii) el acto emitido con una motivación insuficiente y parcial; (iii) el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado; (iv) cuando se concluya indubitablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio; (v) aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

Estos actos no revisten mayor gravedad, de ahí el hecho de que puedan ser subsanados. Creo que una orden ilícita difícilmente podría calzar dentro de estos supuestos, en virtud a que constituye un acto administrativo que siempre va a ser considerado como nulo e insubsanable. En todo caso, la orden lícita que contiene defectos formales no esenciales vinculará al subordinado, y deberá ser cumplida por éste, siempre y cuando su contenido no sea antijurídico. Esto con la finalidad de no entorpecer el desenvolvimiento de las actividades públicas por objeciones que puedan recaer sobre temas formales que no afectan la licitud del mandato. No obstante, al ser un vicio subsanable, se podrá corregir con posterioridad.

2.3. Inconveniencia de aplicación de teoría de la nulidad

Luego de haber hecho un repaso de los fundamentos de la teoría de la nulidad, me parece coherente concluir que su aplicación para supuestos de cumplimiento de órdenes no es del todo convincente, sobre todo cuando éstas son ilegales.

Los inconvenientes aparecen de entrada cuando el artículo 1° LPAG define al acto administrativo como las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, excluyendo a los actos de administración interna de la entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Lo mencionado implicaría una consecuencia penalmente inaceptable: Que no se pueda imputar responsabilidad al inferior que cumple una orden ilícita aparentemente destinada a hacer funcionar mejor las actividades de la institución pública –acto de administración interna-, pero que en realidad podría afectar a un subordinado de su misma institución. Por ejemplo: El caso del Capitán que ordena al soldado que torture a su compañero a manera de castigo ejemplar por incumplimiento de las normas internas de la institución, el cual servirá de ejemplo para el resto de subordinados y hará funcionar mejor la actividad militar.

De igual forma, no resultaría coherente que debido a que los actos administrativos se presumen válidos, se deberá esperar un pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa que establezca que éste es nulo por constituir un ilícito penal. Esto podría ser útil cuando para concluir que un acto es ilícito se necesite de un pronunciamiento especializado por parte de la autoridad administrativa que determine que el mismo

constituye un delito. El problema aparecería cuando la ilicitud del acto sea manifiesta, y no sea necesario que la administración emita un pronunciamiento para saber que se trata de un delito. De ser así, el pronunciamiento en sede extra penal demoraría más el proceso destinado a esclarecer la responsabilidad penal de la persona que cometa el delito.



Capítulo 3: ¿obediencia debida?

I. Naturaleza jurídica de la obediencia debida

1. La obediencia debida como causa de atipicidad

La gran duda que trae consigo el cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido surge cuando como consecuencia de su obediencia se afectan los derechos o bienes de un tercero. Un claro ejemplo es el del policía que da cumplimiento a un orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad de la persona arrestada.

La doctrina coincide en que se trata del cumplimiento de un deber, pero se divide al momento de decidir si es que este cumplimiento deriva en una causa de justificación o de ausencia de tipicidad²¹². Me inclino por la segunda solución, tomando para ello como referencia los fundamentos de la teoría de la tipicidad conglobante del profesor ZAFFARONI²¹³. Si bien el cumplimiento de la orden podrá producir actos que perjudiquen a un tercero (el policía que arresta a un persona en cumplimiento de un mandato de detención emitido por juez competente va a perjudicar al arrestado, quien verá restringido su derecho a la libertad) éstos van a estar amparados por la ley, y por ende el comportamiento del inferior jerárquico será atípico. Esto se debe a que se trata de comportamientos tolerados que no superan la barrera del riesgo permitido, lo cual hace que no se pueda imputar responsabilidad penal a quien realiza este tipo de acciones.

2. La obediencia debida como error de tipo

En cuanto al error de tipo, creo que éste podría ser aplicado cuando el subordinado incurra en un error sobre el deber de obediencia, y estime que su comportamiento no constituye supuesto típico alguno.

²¹² *Supra*, Cap. 1. II. 2.

²¹³ *Vid*, *Supra*, Cap. 1. II. 1.4.

Como acabo de mencionar en el punto anterior, la actuación de un subordinado en virtud del cumplimiento de un deber deberá ser entendido como un comportamiento atípico. En ese sentido, el subordinado incurrirá en error de tipo cuando crea que actúa en cumplimiento de un deber, pues creará está realizando un hecho lícito y atípico, aunque objetivamente ha realizado un tipo penal.

A fin de poder entender de mejor manera lo expuesto, se debe tener en cuenta lo dicho al respecto por el profesor MUÑOZ CONDE, quien señala que si las características especiales del deber jurídico, el carácter “debido” del comportamiento, es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión, el error sobre las mismas (en su conjunto y no descomponiéndolas) debe ser tratado como un error sobre el tipo, ya que el dolo debe referirse a todos los elementos integrantes del tipo (de la “infracción penal”) y estas características son elementos configuradores y constitutivos del mismo. En ese sentido, es evidente que en el caso de la obediencia debida el deber jurídico es un elemento determinante de de la tipicidad, pues el subordinado actuará de manera atípica cuando lo haga precisamente en cumplimiento de un deber, el cual se genera a partir de la emisión de una orden lícita por parte de su superior.

Pese a lo dicho, para que el subordinado pueda alegar error de tipo, deberá primero recurrirse a la teoría de la imputación objetiva, a fin de corroborar si es que de acuerdo a su rol le era exigible o no el conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado.

Asimismo, a fin de poder establecer cuándo el subordinado podrá alegar error de tipo, creo necesario hacer referencia a la potestad que tendrá de revisar lo ordenado, para así

determinar si es que tenía la capacidad de conocer que no estaba actuando en cumplimiento de un deber, por haber recibido una orden con contenido antijurídico.

2.1. Potestad de revisión de órdenes por parte del subordinado

Para poder establecer en qué casos el subordinado puede incurrir en error de tipo, es necesario definir cuándo tendrá la potestad o el deber de revisar la directiva del superior²¹⁴. Este punto es importante, ya que el error se presentará cuando el subordinado no conozca la ilicitud de lo ordenado, al no tener la posibilidad de revisarlo.

Si se parte de la idea que no existe el deber de obediencia ciega a los mandatos emitidos por el superior²¹⁵, el subordinado tendrá el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. Sin embargo, lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas – sobre todo a las militares-, según el cual no resulta posible que el subordinado pueda discutir en todo momento cualquier orden emitida por su superior jerárquico²¹⁶.

Una probable solución a esta problemática puede ser hallada a través de la teoría de la apariencia, según la cual el Derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea ilícito, sino que basta con que su apariencia no

²¹⁴ La Jurisprudencia Chilena se ha pronunciado sobre este tema mediante la sentencia emitida por la Quinta Sala de Iltma del 05/01/04, Exp. N° 11.821-2003. En esta se hace mención a la teoría de la obediencia reflexiva, según la cual el inferior que recibe una orden del servicio debe examinarla si la estima ilegal o no está obligado a cumplirla, teniendo el deber de suspender su cumplimiento y de representar a su superior la ilegalidad de la orden. Si el superior insiste en ella el subalterno deberá cumplirla.

²¹⁵ *Reynoso Dávila*, Teoría general del delito, p.170; *cf. Romero Soto*, Derecho penal. Parte general volumen I, p. 352. El autor admite la posibilidad de que el subordinado deba obedecer ciegamente órdenes del superior cuando así lo mande la ley.

²¹⁶ *Zúñiga*, en Derecho, p.205; *Morillas Cueva*, la obediencia debida, p.100; *Ugaz Sánchez-Moreno/Ugaz Heudebert*, Código penal comentado, p.812.

infrinja manifiestamente un precepto legal. Se entiende aquí que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por una presunción de legalidad en virtud del principio de confianza, razón por la cual su cumplimiento es en principio obligatorio²¹⁷.

Otra solución - que parte de no aceptar la existencia de órdenes que deban ser obedecidas ciegamente- es entender que en principio el funcionario tiene el deber de examinar la orden desde el punto de vista formal, ya que el ordenamiento jurídico le obliga a no obedecer al superior que no tiene competencia para impartir el mandato²¹⁸. El examen abarcará los requisitos de la orden, vale decir, la competencia propia y del superior, la relación de subordinación misma, y si el mandato está revestido de las formalidades legales requeridas. Esta revisión haría que el inferior entre en el contenido o materia del mandato, pues sólo así puede saber si éste se adecúa a la clase de órdenes que ha de cumplir²¹⁹.

En mi opinión, para poder delinear la potestad de revisión de órdenes del subordinado se debe hacer una distinción entre la capacidad de examen que tienen los militares y la que posee el resto de funcionarios públicos. Esto se debe a que, como consecuencia de la rigurosidad que adquieren los principios de subordinación y obediencia en las instituciones militarizadas, el poder de revisión del subordinado castrense será mucho más restringido que el de cualquier otro funcionario del Estado²²⁰.

²¹⁷ *Zúñiga Rodríguez*, en *Derecho*, p.205; *Ugaz Sánchez-Moreno/Ugaz Heudebert*, Código penal comentado, p.812.

²¹⁸ *Creus*, *Derecho penal. Parte general*, p.374 y s.

²¹⁹ *Vid, Rodríguez Devesa/ Serrano Gomez*, *Derecho penal español. Parte general*, p.546; *Cardini*, *Estado de necesidad*, p.31 y s.

²²⁰ *Reynoso Dávila*, *Teoría general del delito*, p.170.

Un sector de la doctrina²²¹ entiende que el funcionario público sólo tiene el deber de verificar el carácter vinculante de un mandato emitido por el superior competente si es que considera que existen razones para creer que lo que se le está exigiendo es la comisión de un hecho punible, mientras que en el caso de los militares no les corresponde ningún deber de examen o derecho de verificar la orden, pues tienen que ejecutarla con todos los medios a su alcance, concienzuda e inmediatamente. Esto no significa que el subordinado militar deberá sin más obedecer todo tipo de órdenes, pues estará legitimado para formular objeciones al superior cuando considere que el cumplimiento de la orden derivará necesariamente en la comisión de un hecho punible.

A fin de poder analizar la posición que ha tomado la legislación nacional con referencia a la posibilidad de que los subordinados revisen órdenes dictadas por sus superiores, cabe hacer nuevamente una distinción entre el ámbito militar y el público.

En cuanto al ámbito militar, resulta coherente con la naturaleza misma de estas instituciones que el subordinado deba confiar en lo que le manda su superior, y que no cuestione cada orden que se le imparta²²². Sin embargo, ello no significa que nuestro ordenamiento permita la obediencia ciega de órdenes²²³, no absolviéndose de responsabilidad penal a ningún subordinado –ni siquiera militar- que cumpla con una orden que sabe es ilegal, ya que ello contraviene lo ordenado por la Constitución²²⁴.

Lo dicho ha quedado también plasmado en el artículo 3° de la ley del régimen disciplinario de las fuerzas armadas, el cual refiere que cuando las órdenes son

²²¹ *Vid, Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.533; *Romero Soto*, Derecho penal. Parte general I, p.353; *Mesa Velásquez*, Lecciones de Derecho penal. Parte general, p.255.

²²² *Vid, Du Puit*, en Anuario de Derecho penal, p.255.

²²³ En este mismo sentido, *Peña Cabrera Freyre*, Derecho penal. Parte general, p.503 y s.

²²⁴ *Infra*, Cap. 2. I. y ss. Asimismo, R.N. de la Segunda SPT del 12/12/2007, N° 1296-2007.

contrarias al ordenamiento constitucional, legal y suponen la comisión de hechos delictivos o la violación flagrante de derechos fundamentales de la persona, el personal subordinado no está en la obligación de cumplirlas y debe exponer al superior que las imparte, por escrito, las razones que sustentan su actitud. Cuando las circunstancias no permiten la exposición escrita de dichas razones, el subordinado podrá hacerlo verbalmente. De este modo, se puede entender que si bien el subordinado no deberá cuestionar toda orden impartida por el superior, sí tendrá al menos la potestad de cuestionar, ya sea por escrito, o de manera verbal, las órdenes de un superior que sean manifiestamente ilícitas o contrarias a la constitución.

La actuación de los militares se encuentra también regulada por el CJM, el cual no puede apartarse de lo mandado por la Constitución y aceptar la vinculación de órdenes ilegales. Es por ello que la interpretación de estas normas debe hacerse siempre en concordancia con lo establecido por la Carta Magna²²⁵. Esta restricción al poder de examen de los subordinados se puede observar claramente en el CJM. El artículo 19° inciso 8 de dicho Código exime de responsabilidad penal al que se resiste a cumplir una orden impartida por autoridad competente o superior jerárquico competente que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra.

De este artículo se desprende que el poder de revisión de mandatos por parte del militar se verá restringido, toda vez que al no exigírsele el cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales, se entiende que sí se le exigirá el cumplimiento de órdenes que sean ilegales, pero no de manera manifiesta, quizás por la falta de potestad que tendrá para revisar lo mandado. Sin embargo, lo dicho contradice lo establecido con la

²²⁵ *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.585.

Constitución, ya que la norma en mención estaría permitiendo la vinculación de órdenes ilícitas no manifiestas, lo cual no es aceptado por nuestro ordenamiento jurídico²²⁶.

En ese sentido, creo que la interpretación que se debe hacer del artículo 19° inciso 8 del CJM es la siguiente: el subordinado podrá cumplir con una orden que sea ilícita, pero no de manera manifiesta. Sin embargo, ello no se deberá a que lo vincule la ilicitud del mandato, sino a que se encontrará ante una situación extrema que no le permitirá revisar el contenido de la orden, la cual, al no ser abiertamente ilegal o inconstitucional, hará que la cumpla por encontrarse en error.

Estos casos en que el subordinado no puede reconocer de manera clara la ilicitud de la orden son tratados también por el profesor JAKOBS, quien sostiene que de haber duda sobre la legalidad de la orden, y siempre que el tiempo lo permita, no será el superior jerárquico quien decida, sino que esta controversia deberá ser resuelta por los principios generales del Derecho²²⁷. Este autor explica su posición mediante el siguiente ejemplo: Al soldado que se le ha ordenado manejar una máquina que no puede controlar, le está permitido no ejecutar el mandato, incluso tras haber formulado sin éxito una objeción, si habría puesto en peligro la vida o la integridad corporal de alguna persona; pero si sólo se teme a la producción de daños materiales insignificantes, debe obedecer²²⁸. Lo afirmado sólo podría ser aplicado de manera excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que el artículo 139° inciso 8 de la Constitución²²⁹ señala que los principios generales del Derecho deben aplicarse cuando exista vacío o deficiencia

²²⁶ *Infra*, Cap 2. I. y ss.

²²⁷ *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.553 y s.

²²⁸ *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.553 y s.

²²⁹ “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (...)”.

en la ley. Como consecuencia de ello, sólo se podrían resolver las dudas sobre la legalidad de la orden a través de estos principios cuando exista un vacío o deficiencia en la ley que no permita resolver la disputa entre el superior jerárquico y su subordinado.

Estos casos de duda del subordinado son desarrollados también por el profesor STRATENWERTH, aunque haciendo referencia al error de prohibición. El autor señala que cuando el sujeto activo, si bien no está seguro de que determinada conducta es antijurídica, al menos sí considera posible que lo sea (la llamada conciencia eventual del ilícito) no se le podrá exigir sin más que renuncie a realizarla²³⁰. Bajo este fundamento, el subordinado que no está seguro de la legalidad de la orden emitida por el superior deberá cumplir con lo mandado. Sin embargo, lo dicho no podría aplicarse siempre en las relaciones jerárquicas castrenses, en las cuales el subordinado deberá, siempre y cuando la circunstancia se lo permita, objetar el mandato del superior cuando crea que éste es ilegal o inconstitucional.

Asimismo, STRATENWERTH señala que en ciertas circunstancias –como puede ser el caso de la obediencia debida- se puede tener en cuenta a favor del autor que comete el hecho antijurídico a pesar de la duda, la inexigibilidad que tenía de esclarecer la situación jurídica²³¹. Esto me parece acertado, pues como ya he mencionado, hay situaciones extremas en las que el subordinado cumplirá con una orden ilícita, pero no de manera manifiesta, ello porque no tiene la posibilidad de revisarla, actuando así por error. De este modo, concuerdo con el autor en que para determinar si se aplica el error, aunque en este caso se trate de un error de tipo y o uno de prohibición, se tomará en

²³⁰ *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.306.

²³¹ *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.306.

cuenta necesariamente la inexigibilidad, y en muchas ocasiones la imposibilidad, del subordinado para poder esclarecer sus dudas sobre la antijuridicidad de lo mandado.

Por otro lado, el caso de los mandatos recibidos por los subordinados en el ámbito público civil es distinto. La misma norma penal reconoce a los inferiores jerárquicos la potestad de examinar la orden recibida. Esto en virtud del artículo 20° inciso 9 del CP, el cual exime de responsabilidad al que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Lo manifestado implica que el inferior jerárquico al menos tendrá que examinar si es que la orden proviene de autoridad competente y si es que además ha sido expedida por ésta en el ejercicio de sus funciones. Esta revisión aparenta ser sólo sobre los requisitos formales de la orden, aunque con acuerdo con la idea de que este tipo de revisiones muchas veces derivará en un examen del contenido de la directiva.

3. La obediencia debida como causa de justificación

Las teorías estudiadas que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos²³²: 1) Las órdenes justificadas *per se*; 2) las órdenes conforme a Derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico.

Las órdenes justificadas *per se* obedecen a la teoría del *Respondeat Superior*. Según ésta, toda orden emitida por un superior será de obligatorio cumplimiento para el subordinado, quien estará siempre justificado por la ejecución del mandato. Es evidente que esta teoría no podrá tener asidero en nuestro ordenamiento jurídico. Esto se debe a

²³² Vid: *Supra*, Cap. 1. III. 3.1. y ss.

que de acuerdo a lo expuesto en este trabajo²³³ una orden con contenido antijurídico no puede vincular en un Estado de Derecho, razón por la que ningún subordinado podría ser justificado por haber cumplido una orden que a todas luces tiene un contenido antijurídico. Asimismo, no hay que olvidar que las causas de justificación son supuestos excepcionales y taxativos dentro de la norma penal que excluye la antijuridicidad de la conducta típica, haciendo que ésta sea conforme a Derecho. Pues bien, no existe causa de justificación alguna dentro del CP que exima de responsabilidad al subordinado que cumpla con toda clase de orden emitida por su superior.

Por otro lado, ya me he pronunciado anteriormente respecto a las órdenes conforme a Derecho²³⁴, concluyendo que éstas implican el cumplimiento de un deber, pero no como causa de justificación, sino que como una de ausencia de tipicidad²³⁵.

Finalmente, cabe repasar las órdenes con contenido antijurídico. En primer lugar, se tiene la justificación del cumplimiento de órdenes antijurídicas por estado de necesidad en su modalidad de colisión deberes, en el cual surge un conflicto para el subordinado entre el deber de obediencia hacia el superior, y el deber de no cometer hechos antijurídicos. La aceptación de lo propuesto por esta teoría es inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico²³⁶. Habiendo probado ya que un Estado de Derecho no pueden existir mandatos antijurídicos vinculantes, no cabe duda de que en este tipo de ordenamientos no existirá un deber de obediencia de órdenes antijurídicas, por lo que la colisión de deberes a la que se hace referencia no podrá nunca presentarse²³⁷.

²³³ *Supra*, Cap. 2. I. y ss.

²³⁴ *Supra*, Cap. 3. 1.1.

²³⁵ *Vid, Meini*, en Imputación y responsabilidad penal, p.112.

²³⁶ *Vid, Meini*, en Imputación y responsabilidad penal, p.112 y s.

²³⁷ *Vid, Righi*, La culpabilidad en materia penal, p.163.

Como consecuencia de lo dicho, cuando el cumplimiento de la orden antijurídica derive en una agresión contra un tercero, éste podrá repelerla, ya no bajo la justificación del estado de necesidad defensivo, puesto que al ser la agresión ilegítima, es perfectamente aplicable la legítima defensa.

Asimismo, y a pesar de lo expuesto, sí creo aplicable el estado de necesidad cuando el subordinado cumpla con un mandato que sabe es antijurídico. Sin embargo, ello no se deberá a que existe una colisión entre el deber de obedecer una orden antijurídica y el de no cometer hechos antijurídicos. El fundamento para la aplicación del estado de necesidad será la existencia de una colisión de bienes ante la existencia de una situación de necesidad, en la que el bien salvado deberá ser de mayor jerarquía que el sacrificado²³⁸. De esta forma, se podrá justificar al subordinado que cumple con una orden antijurídica si es que se comprueba que con su obediencia se salvará un bien de mayor jerarquía que el que se resguardaría de no cumplirse con el mandato. Los requisitos que exige la norma para que se pueda aplicar el estado de necesidad justificante por conflicto de bienes son los mismos que para los casos de colisión de deberes²³⁹.

Un ejemplo de la aplicación del estado de necesidad por colisión de bienes en casos de cumplimiento de órdenes antijurídicas puede ser el siguiente: El ejército del Estado A inicia una persecución a un grupo terrorista en la frontera que tienen con el país B. El problema aparece cuando los perseguidos ingresan al territorio del país B, y el superior ordena a sus subordinados que ingresen también a pesar de que saben que ello está prohibido.

²³⁸ Vid, *Bacigalupo*, Derecho penal. Parte general, p.361 y s.

²³⁹ Sobre estos requisitos, Cap. I. III. 3.3.2.

La razón por la cual el subordinado se encontraría obligado a cumplir con la directiva no es su conformidad a Derecho, sino que lo debería de hacer en virtud a que se encuentra ante un evidente estado de necesidad en el cual deberá salvar el bien de mayor.

En segundo lugar, está la justificación del cumplimiento de órdenes antijurídicas por el cumplimiento de la ley. Aquí se dice que la obediencia por el subordinado a una orden ilegítima del superior cuya legalidad no tiene derecho a examinar, justifica su hecho, porque la ley le impone un deber específico de obediencia. No resulta tampoco aceptable concluir que la ley impone un deber de obediencia de órdenes ilegítimas, pues como acabo de concluir, en un Estado de Derecho esta clase de mandatos no podrá nunca generar deber jurídico alguno.

4. La obediencia debida como causa de exculpación

a) La obediencia debida como causa de inculpabilidad por error de prohibición

El error de prohibición se presenta cuando el subordinado no conoce la ilicitud del comportamiento ordenado, al no tener la posibilidad de revisar la orden. Sin embargo, en el caso de la obediencia debida, ya he concluido que cuando el subordinado no conozca la ilicitud del comportamiento ordenado actuará en error de tipo, al creer que está actuado en cumplimiento de un deber.

De acuerdo a lo mencionado, el subordinado no podrá alegar error de prohibición cuando crea que está actuando lícitamente. Sin embargo, sí podrá alegar error de prohibición indirecto cuando sabe que su comportamiento es antijurídico, solo que cree erróneamente que está actuando bajo una causa de justificación. Un ejemplo de lo dicho puede ser el caso de un subordinado que cree estar actuando en un estado de necesidad, al cumplir con una orden ilícita pensando que con ello está salvando un bien de mayor jerarquía que el vulnerado con su cumplimiento.

Asimismo, a fin de poder saber en qué circunstancias el subordinado que cumple con un mandato antijurídico no manifiesto podrá alegar error de prohibición indirecto, resulta fundamental, al igual que en el caso del error de tipo, aplicar los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva del profesor JAKOBS. Así, el subordinado no podrá encontrarse en error de prohibición indirecto cuando de acuerdo a su rol le sea exigible el conocimiento de que no estaba actuando bajo una causa de justificación, lo cual impedirá que pueda ser eximido de responsabilidad penal por haber actuado presuntamente bajo un error de prohibición indirecto.

b) La obediencia debida como no exigibilidad de otra conducta

Considero que es posible que el subordinado alegue miedo insuperable cuando cumpla con una orden que sabe que es ilícita. Esto sucederá cuando el autor actúe bajo coacción a causa de un miedo que hace que éste cometa un hecho ilícito a pesar de conocer la

antijuridicidad de su actuar, estando ante una circunstancia en la que, tomando en cuenta la situación de necesidad en la que se encuentra el subordinado, no se le pueda exigir que actúe de otra manera.

Estimo conveniente la idea²⁴⁰ de que el cumplimiento de órdenes ilícitas como consecuencia de algún tipo de coacción debe constituir una causal de exclusión de la responsabilidad independiente a la de la obediencia debida. Efectivamente, el subordinado no actuará en estos supuestos como consecuencia de la relación jerárquica que lo une al superior, sino que lo hará para evitar un mal grave. Esto nos va introduciendo a la idea de que quizás no sea conveniente de que la obediencia debida sea regulada como una causa independiente que exime de responsabilidad, pues los casos que la originan podrían ser reconducidos a otras causas de exclusión de la responsabilidad.

Por otro lado, no concuerdo totalmente con lo expuesto por la profesora ZUÑIGA RODRÍGUEZ, quien afirma que cuando el inferior jerárquico cumple un mandato antijurídico por coacción se habría afirmado el injusto, pero se excluiría su responsabilidad debido a que el Derecho no puede castigar las conductas del subordinado que se encuentran adecuadas al baremo del funcionario medio. La exclusión de responsabilidad no se debe a que el funcionario medio hubiera actuado de igual modo ante la misma circunstancia, pues esta afirmación resulta demasiado subjetiva. ¿Qué es el funcionario medio? ¿En base a qué se define el concepto del funcionario medio? Me parece que lo correcto es afirmar que el Derecho no puede castigar las conductas del subordinado cuando estas se encuentran adecuadas a lo que se

²⁴⁰ *Supra*, Cap. 1. IV. 4.2.1.1.

le debe exigir de acuerdo, no sólo al baremo del funcionario medio, sino que también tomando en cuenta las circunstancias en que sucedieron los hechos y las características que forman parte de la personalidad del subordinado, las mismas que pueden hacer que su reacción ante un mismo hecho sea distinta a la de otra persona.

En otro orden de ideas, estimo poco probable que el subordinado pueda alegar estado de necesidad exculpante para eximir su responsabilidad cuando cumpla con una orden de contenido antijurídico, ello en virtud a las restricciones que la propia norma impone a su aplicación. A continuación se analizará esta figura y su relación con la obediencia debida.

c) El estado de necesidad exculpante y la obediencia debida

Esta causa de exclusión de la responsabilidad se encuentra regulada por el artículo 20° inciso 5 del CP. Según ella, estará exento de responsabilidad penal el que ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. Sin embargo, la norma hace mención a que no procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

Existe de esta manera una colisión de bienes en la cual el hecho antijurídico tiene que constituir la única posibilidad de salvamento, siendo susceptibles de originar un estado

de necesidad exculpante sólo determinados bienes jurídicos de carácter individual (vida, cuerpo y libertad), especialmente cercanos al autor.²⁴¹

Por otro lado, se exige también para la aplicación del estado de necesidad exculpante que exista un peligro actual que no pueda ser evitado de otro modo. Por peligro actual debe entenderse el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable de suceder si no se busca un remedio inmediato a la situación²⁴². Este peligro actual debe amenazar al autor, a un pariente, o a una persona que le es allegada. Las personas allegadas son aquellas cuyo bienestar le importa al autor realmente tanto como por lo general el suyo propio o, idealmente, el de sus parientes. Generalmente, esta relación se apoyará en un vínculo informal que puede estar constituido por la amistad, el amor, entre otros. No hace falta tampoco que la relación exista recíprocamente, aunque la otra persona debe haber dado motivo para una vinculación personalísima.²⁴³

Finalmente, se requiere que la gravedad de la intervención de salvaguarda respete el principio de proporcionalidad en relación con la magnitud del peligro conjurado²⁴⁴. Si la amenaza o peligro actual tiene relación con la pérdida de la vida o importantes menoscabos de la libertad o de la salud, no hace falta recurrir a la proporcionalidad, siendo por ejemplo posible exculpar la muerte de varias personas para conservar la vida de una persona²⁴⁵.

²⁴¹ *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p.315.

²⁴² *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.518.

²⁴³ *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.691 y s.

²⁴⁴ A este respecto, *Stratenwerth*, Derecho penal. Parte general I. El hecho punible, p. 317; y *Jescheck/Weigend*, Tratado de Derecho penal. Parte general, p.520.

²⁴⁵ *Jakobs*, Derecho penal. Parte general, p.692.

En el caso de cumplimiento de órdenes antijurídicas, para que el subordinado pueda alegar estado de necesidad exculpante, deberá encontrarse ante una situación en la cual está en riesgo alguno de los bienes jurídicos que dan lugar a esta figura (vida, cuerpo y libertad) como consecuencia de la obediencia del mandato recibido, debiendo sacrificar otro u otros bienes para salvar aquellos. Sin embargo, será difícil que se pueda aplicar el estado de necesidad exculpante cuando se alega obediencia debida –por más que se cumplan los requerimientos antes expuestos- ello como consecuencia de las restricciones que se le debe aplicar al estado de necesidad exculpante de acuerdo al artículo 20° inciso 5 del CP²⁴⁶.

c.1.) Restricciones al estado de necesidad exculpante

- Deber de soportar mayores peligros por oficio o cargo

Hay situaciones en las que el sujeto, ya sea por su profesión o cargo, está obligado a asumir riesgos para su vida. Esto sucede con las funciones específicas que tienen las personas encargadas de ciertos oficios o profesiones, que les imponen la obligación de arrostrar cierto grado de peligro superior al normal²⁴⁷.

²⁴⁶ *Vid, Meini*, en imputación y responsabilidad penal, p.117.

²⁴⁷ *Muñoz Conde*, Teoría general del delito, p.104.

Entre los ejemplos más saltantes está el del bombero, quien tiene que asumir riesgos para su vida al tener el deber de apagar un incendio y velar porque incluso bienes materiales sean salvados, como consecuencia de su cargo. Por tanto, el bombero no podrá invocar un estado de necesidad exculpante si es que elude al peligro, a pesar de que en las situaciones normales la preservación de la vida y la salud justifican que se dañen bienes materiales²⁴⁸. Queda claro que esta exigencia de asumir mayores riesgos no puede carecer de límites, por lo que debe estar circunscrita a los alcances que le confieran las normas jurídicas y también de lo exigible a cada función²⁴⁹. Debe agregarse que la obligación no es la de sacrificarse, sino la de asumir ciertos riesgos, esto siempre por una exigencia de carácter jurídica y no moral, debiendo recordarse que el Derecho penal no exige comportamientos heroicos a las personas²⁵⁰.

Esta obligación de asumir mayores riesgos por el oficio o cargo se ve muy claramente en la obediencia debida. Aquí hay un subordinado que muchas veces en cumplimiento de su cargo tendrá que asumir ciertos riesgos que no se le exigen a un ciudadano de a pie. Como claro ejemplo está el soldado que debe arriesgar su vida en el campo de batalla, quien ante el peligro inminente de perderla, no puede abandonar su puesto y dejar a sus compañeros en el medio de una batalla. Creo que el problema no es aceptar esta carga de riesgos que el subordinado tiene que asumir, sino poder determinar cuándo

²⁴⁸ *Roxin*, Derecho penal. Parte general tomo I, p.701. En sentido contrario opina *Villa Stein*, Derecho penal. Parte general, p.365. *Villa Stein* considera que en estos casos se quiebra el principio de ponderación de bienes, toda vez que la vida del bombero es más importante que cualquier bien patrimonial que deba ser salvado en un incendio. Al respecto, considero que el razonamiento del citado autor no es el más adecuado, ya que parece no tomar en cuenta que estos son casos especiales en los que el *rol social* de la persona que se encuentra en peligro -precisamente en virtud del *contexto* especial de actuación- le impone una obligación de sacrificio cuando el cargo u oficio así lo requiera. De este modo, se encuentra pues dentro del rol del bombero el arriesgar su vida por tratar de salvar la mayor cantidad de vidas o bienes patrimoniales en caso de incendio. No es cierto entonces que el principio de ponderación de bienes se quiebra, sino que en estos casos no se puede hacer una ponderación de bienes como en el resto de casos, toda vez que se debe de tomar la exigencia que imparte su rol social a estos sujetos para soportar riesgos mayores que los del hombre medio.

²⁴⁹ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.476.

²⁵⁰ *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.560.

la asunción de riesgos exigida al subordinado se encuentra circunscrita a los alcances de lo que su cargo le exige. Para entender esto, debe quedar claro una vez más que se trata de una obligación de carácter jurídica y no moral de asumir mayores riesgos²⁵¹. Por esto debe entenderse que el subordinado debe asumir un riesgo exigido por su superior siempre y cuando sea legal y se encuentre dentro de lo que su cargo le exige.

Como ejemplo se tiene que un Coronel se encuentra consumiendo licor con uno de sus subordinados en su día libre. El superior no podrá exigirle que conduzca una patrulla en estado de ebriedad con la finalidad de ir a comprar más licor. De ser así, el inferior jerárquico estaría asumiendo el grave riesgo de incurrir en un accidente de tránsito como consecuencia de su estado etílico. No existe exigencia de asumir el riesgo en este ejemplo, pues la orden que va a derivar en la asunción del peligro no es de acuerdo a ley, y además el comportamiento solicitado al inferior no es exigido por su cargo.

- Que el estado de necesidad no haya sido provocado intencionalmente por el sujeto

Aquí el sujeto causa la situación de peligro que dará lugar al estado de necesidad invocado. El artículo 20° inciso 5 del CP señala expresamente que no procederá la exención del estado de necesidad exculpante si el agente causó el peligro, razón por la cual no será posible que el subordinado que cumple con un mandato antijurídico pueda alegar estado de necesidad exculpante, pues será aquel quien cause la situación de peligro como consecuencia del cumplimiento de la directiva.

²⁵¹ Al respecto, *Jakobs*, Acción y omisión en Derecho penal, p. 14 y ss.

II. Toma de postura respecto al artículo 19° inciso 8 del CJM, el artículo 20° inciso 9 del CP, y la obediencia debida en el DPI

1. Artículo 19.8 del Código de Justicia Militar

Esta norma exime de responsabilidad a:

“El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra”.

Un primer problema con referencia a esta norma es que al señalar que está exento de responsabilidad el subordinado que no cumple con una orden manifiestamente ilegal, se entiende que el subordinado está obligado a obedecer órdenes que sean ilícitas o inconstitucionales, pero no de una manera manifiesta. Este razonamiento no se puede condecir con un Estado social democrático de Derecho, en el cual una orden ilícita no puede vincular²⁵². En todo caso, lo que sí puede ser tolerado por el Derecho es la exclusión de responsabilidad penal del subordinado que cumpla con una orden ilícita, no porque lo vincule, sino porque la cumplió por encontrarse en una situación de error, estado de necesidad o miedo insuperable.

Por otro lado, de la lectura del artículo bajo análisis se entiende que éste adopta la tesis de la apariencia, al hacer referencia a supuestos de órdenes manifiestamente

²⁵² Vid, Meini, en Imputación y responsabilidad penal, p.108.

inconstitucionales o ilegales. En cuanto a esto, ya he concluido²⁵³ que esta teoría no es clara al momento de reconocer cómo se debe establecer para qué personas una orden debe o puede parecer manifiestamente antijurídica y para quiénes no.

2. Artículo 20° inciso 9 del Código Penal

De acuerdo a este artículo, está exento de responsabilidad el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Esto quiere decir que esta norma regula el comportamiento del subordinado que cumple con una orden lícita. Como ya he podido concluir²⁵⁴, en un ordenamiento como el nuestro sólo podrá vincular al subordinado una orden lícita, emitida por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones, por lo que el artículo 20° inciso 9 del CP regula es un claro supuesto de atipicidad, el mismo que ni siquiera requiere ser tipificado.

3. La obediencia debida en el DPI

Resulta un poco confuso el tratamiento diferenciado que se ha dado en el plano internacional a la obediencia debida. Por un lado, se tiene la posición tomada por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, los cuales consideran a la obediencia debida como un atenuante. Por otro lado, se tiene al Estatuto de Roma, el cual considera que la

²⁵³ *Supra*, Cap. 2. III. 2.

²⁵⁴ *Supra*, Cap. 2. I y ss.

obediencia debida puede eximir de responsabilidad cuando se presenta alguno de los supuestos establecidos por el artículo 33° de dicha norma.

Con referencia a la primera posición, resulta interesante observar que tanto el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, como los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda establecen que quien comete un ilícito en cumplimiento de una orden no será eximido de responsabilidad, por más que actúe bajo orden de su superior o de su gobierno. Resulta novedoso, en comparación con las normas internas que regulan la obediencia debida, que se haga mención a la ejecución de la orden emitida por un gobierno. Lo mencionado cobra mayor sentido al recordar que estas normas provienen de Tribunales Internacionales que han juzgado los crímenes internacionales más graves, los cuales suelen producirse como consecuencia de una política de Estado. De esta forma, los Tribunales no prohíben sólo el cumplimiento de órdenes ilícitas que provienen de un superior, sino que también las que provienen de una política de gobierno²⁵⁵.

Esto resulta sumamente interesante, pues conduce a analizar cuál es la razón de ser de estas normas. Considero que los Tribunales no analizan la relación existente entre el subordinado y el superior, o entre el subordinado y el ordenamiento jurídico interno, sino una relación entre el subordinado y las normas internacionales más importantes. A estas alturas del análisis resulta evidente que la relación entre el subordinado y el superior no resulta fundamental para poder imputar responsabilidad penal ante el cumplimiento de una orden ilícita, toda vez que este tipo de mandatos no vincularán al inferior jerárquico por más que provengan de su superior. Aún así, resulta novedoso que

²⁵⁵ Basta recordar la política del gobierno Nazi, la cual promovía el exterminio de la raza judía.

las normas bajo análisis le resten importancia a la relación entre el ordenamiento jurídico interno y el subordinado.

Si bien no se dice de manera expresa, se entiende que el ordenamiento jurídico es establecido por los gobiernos. Es por esto que el subordinado no podrá justificar su comportamiento ilícito, por más que el mismo sea amparado por el ordenamiento interno de su país. Creo que ello tiene una explicación, y es que existen normas internacionales que tienen gran importancia, y que deben ser cumplidas por los integrantes de cada gobierno, más allá de la normativa interna de cada país.

Este tema fue muy discutido durante los Juicios de Nüremberg, pues la defensa de los generales nazis alegaba que su comportamiento no estaba prohibido por norma alguna, ya que la guerra de agresión no estaba regulada, razón por la que se estaba violentando el principio del *nullum crimen, sine lege, nulla poena sine lege*. Sin embargo, se concluyó en dicho juicio que este principio no tenía una limitación de soberanía, por lo que más allá de que los crímenes cometidos por los generales alemanes no estuvieran regulados por sus normas internas, ellos debieron tener conocimiento de los tratados firmados por Alemania y del recurso ilegal a la guerra para resolver las disputas internacionales, razón por la que no se les podía eximir de responsabilidad, al haber actuado en desafío de las reglas establecidas por el derecho internacional y en completa indiferencia de los dictados mínimos de humanidad²⁵⁶.

El razonamiento utilizado por el Tribunal de Nüremberg guarda coherencia con los principios ya estudiados de la imputación objetiva²⁵⁷. Esto al considerarse que, más allá

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg, p.46.

²⁵⁷ *Supra*, Cap. 2. III. 1.

de lo que diga la normativa interna, un subordinado no podrá obedecer una orden que sea manifiestamente contraria a las normativas internacionales o manifiestamente contraria a los Derechos Humanos, ya que tanto sus conocimientos morales como militares le van a permitir saber que su actuar constituye un crimen internacional o contra la humanidad. Por ejemplo, un soldado no podrá solicitar se le exima de responsabilidad penal cuando su superior le ordenó torturar, violar y asesinar a un prisionero, por más que las normas internas militares de su Estado se lo permita, ello debido a que sus conocimientos mínimos como militar y como persona hacen que se le exija no cumplir con la orden.

En todo caso, creo que la obediencia debida es considerada como atenuante debido a que el subordinado actuará mayormente de acuerdo a una política de gobierno, lo cual puede hacer que su poder de decisión se vea restringido. Distinto sería cuando la orden cumplida sea totalmente arbitraria y no se corresponda con la política de gobierno.

A diferencia se lo estipulado por los Tribunales antes referidos, el Estatuto de Roma tiene una visión distinta de la obediencia debida. En este caso ya no se le ve como atenuante, sino que como eximente. El artículo 33° del Estatuto de Roma considera que la obediencia debida será considerada como eximente cuando el subordinado: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) no supiera que la orden era ilícita; c) la orden no fuera manifiestamente ilícita.

Respecto al primer supuesto –inciso a)-, éste puede ser interpretado de dos maneras: (i) Este inciso regula supuestos en los que la orden es lícita y por lo tanto constituye una

causa de atipicidad; (ii) regula supuestos en los que en un ordenamiento jurídico las órdenes ilícitas pueden vincular y son de obligatorio cumplimiento. Creo que este inciso debe ser interpretado como una causa de atipicidad, toda vez que interpretarlo de la otra forma implicaría aceptar una condición intolerable para el DPI: Que una orden ilícita emitida por un gobierno o superior, y que implique la comisión de un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional pueda vincular. Este razonamiento iría en contra de lo ya regulado por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, quienes, como ya he podido concluir, reconocen que la relación entre las normas internacionales y el subordinado debe primar sobre la relación entre el ordenamiento jurídico interno de un país y el subordinado.

En cuanto al inciso b), se trata de un evidente supuesto de error, en el cual los conocimientos del subordinado no le permiten reconocer que la orden era ilícita. El inciso c) del artículo 33° señala que se exonerará de responsabilidad al subordinado cuando la orden no fuera manifiestamente ilícita, a partir de lo cual se entiende que las órdenes ilícitas no manifiestas pueden vincular, a pesar de que el subordinado tenga conocimiento de su ilicitud. Este razonamiento no puede resultar tolerable para el Derecho, ya que las órdenes ilícitas no pueden vincular. El fundamento de este inciso parece tener influencias de la teoría de la apariencia. Al respecto, y de acuerdo a los fundamentos de la imputación objetiva que han sido estudiados²⁵⁸, no se le va exigir al subordinado que no cumpla con una orden porque ésta tenga apariencia de ilicitud, sino porque sus conocimientos hacen que se le exijan que no la obedezca.

²⁵⁸ *Supra*, Cap. 2. III. 1.

III. Decisión judicial sobre caso “La Cantuta”

1. Antecedentes

En la madrugada del 18 de Julio de 1992, el grupo paramilitar denominado *colina* ingresó a la Universidad Enrique Guzmán y Valle, conocida como “La Cantuta”. Dos días antes de la incursión del *grupo colina*, un coche con explosivos estalló en la calle Tarata, ubicada en el distrito de Miraflores. Los bomberos contaron veinticinco cadáveres y rescataron a ciento cincuenta heridos. Era este el peor ataque perpetrado por el grupo terrorista *Sendero Luminoso* en la ciudad de Lima, desafiando de esa manera el liderazgo antiterrorista del hasta ese momento muy popular presidente del Perú, Alberto Fujimori. Sería Fujimori quien se haría cargo de la situación del caos existente luego de dicho atentado. Es a raíz de esta situación que Fujimori dirigió una reunión con jefes militares y policiales con la finalidad de capturar cuanto antes a los autores del atentado. La mayoría de los reportes confidenciales recibidos por Fujimori indicaban que los presuntos culpables del atentado de Tarata podían estar en la Universidad “La Cantuta”. Es por ello que el general Nicolás Hermosa Ríos ordenó detener a los militantes senderistas en la Universidad. Dicho operativo concluyó con la muerte de nueve estudiantes y un profesor²⁵⁹.

El mando operativo de la incursión recaería sobre el general Luis Pérez Documet, con la previa autorización de Alberto Fujimori (presidente del Perú), Vladimiro Montesinos

²⁵⁹ Uceda, Muerte en el Pentagonito. Los cementerios del Ejército Peruano, p.320 y ss.

(asesor presidencial) y Nicolás Hermosa Ríos (comandante general del ejército). Desde el año 1992, la universidad “La Cantuta” estuvo bajo ocupación militar, alojando a un destacamento del Batallón de Infantería de Paracaidistas perteneciente a la División de Fuerzas Especiales del Ejército, dirigida a su vez por el general Pérez Documet. Él fue quien autorizó la noche del 18 de julio de 1992 el ingreso del *grupo colina* a la Universidad “La Cantuta”, cediéndoles incluso a un teniente que había estado a cargo de la base y que podría ayudar a la identificación de los presuntos terroristas. Una vez secuestrados, profesor y alumnos fueron trasladados a la altura del Campo de Tiro ubicado en el distrito de Huachipa²⁶⁰.

Lo que pasó una vez que llegaron al Campo de Tiro no ha quedado claramente establecido. Existen dos versiones respecto de lo que sucedió aquella noche en Huachipa. La primera (versión del mismo Martín Rivas, jefe del *grupo colina*) precisa que una vez ahí, el general Pérez Documet afirmó: “Hay orden de arriba para quemarlos”²⁶¹. Ante esto, el mayor Santiago Martín Rivas le indicó al general Pérez Documet que los presuntos senderistas secuestrados debían contar con buena información, por lo que en todo caso habría que interrogarlos y luego ejecutarlos. Ante esto, el general Pérez Documet insistió en que la orden debía cumplirse, ultimándose de esa manera a balazos al profesor y alumnos secuestrados. Según esta versión, Fujimori, Montesinos y Hermosa Ríos autorizaron y ordenaron el operativo de “La Cantuta”²⁶².

La segunda versión señala que fueron los mismos miembros del *grupo colina* quienes realizaron la ejecución extrajudicial de los secuestrados. Según esta versión, la

²⁶⁰ Jara, Ojo por ojo. La verdadera historia del Grupo Colina, p.176 y ss.

²⁶¹ Esta expresión significa que existía una orden que provenía de los más altos mandos del Gobierno y el Ejército Peruano para que el profesor y alumnos secuestrados fueran ejecutados extrajudicialmente.

²⁶² Jara, Ojo por ojo. La verdadera historia del Grupo Colina, p.176 y ss.

participación del general Pérez Documet se limitó en autorizar el acceso de los miembros del *grupo colina* a la Universidad “La Cantuta”. Al Campo de Tiro sólo habrían llegado los miembros del *grupo colina*, el profesor y los estudiantes. Serían estos los encargados de realizar las ejecuciones, aunque de manera imperfecta. Según se dice en esta versión, el entierro de los cadáveres no habría sido hecho de la manera más discreta posible, quedando indicios de que en dicho lugar se habían enterrado cuerpos, razón por la cual los mismos miembros del grupo regresaron para volver a enterrar los cuerpos, esta vez de manera tal que nunca fueran encontrados²⁶³.

2. Análisis jurídico de la Sala Penal Especial del caso “La Cantuta”

Mediante sentencia de fecha 8 de abril de 2008, la Primera Sala Penal Especial (Exp. 03-2003) condenó a quince años de pena privativa de libertad a José Concepción Alarcón Gonzáles, Fernando Lecca Esquén y Gabriel Orlando Vera Navarrete – miembros del *grupo colina*- como coautores directos del homicidio del profesor y alumnos de la universidad “La Cantuta” la madrugada del 18 de Julio de 1992.

Esta sentencia resulta sumamente importante desde el punto de vista histórico y dogmático. La importancia histórica se debe a que se trata de la primera sentencia en fuero civil que se pronuncia sobre los delitos cometidos durante la época de la lucha contra el terrorismo tanto por los miembros del denominado *grupo colina*, como por funcionarios de alto rango del Estado.

²⁶³ Uceda, Muerte en el Pentagonito. Los cementerios del Ejército Peruano, p.320 y ss.

La sentencia hace un importante análisis sobre la participación que tuvieron tanto los ejecutores directos de los crímenes como los autores mediatos. La trascendencia dogmática para efectos del presente trabajo aparece con el análisis que hace la Sala Penal Especial respecto a la posibilidad de que se pueda aplicar la eximente de la obediencia debida para los ejecutores directos de los homicidios perpetrados en “La Cantuta”, para lo cual se hace una extensa explicación de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales relacionados con la obediencia debida.

El análisis jurídico de la Sala Penal Especial que interesa para efectos del presente trabajo es el relacionado a la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por obediencia debida a los miembros del *grupo colina* procesados por la Sala Penal Especial.

Las conclusiones más resaltantes a las que llega la Sala Penal respecto a la obediencia debida son las siguientes:

- a. El Derecho penal liberal, construido sobre la autonomía y responsabilidad individuales, excluye la exención de la obediencia debida en los casos en que el inferior tuvo conocimiento de la ilegalidad de la orden, o ha debido tenerlo entre otras razones por constituir un delito manifiestamente atroz.
- b. En principio, toda orden antijurídica, ilícita y contraria al ordenamiento no debe ser obedecida, mucho menos las que constituyan delitos. Esto supone un mínimo poder de reflexión por parte del subordinado, lo cual hace que la obediencia ciega de órdenes quede de plano descartada.

- c. Existen mandatos antijurídicos obligatorios no manifiestos que deben ser obedecidos, siempre y cuando se presente un supuesto de error o ignorancia, o uno de no exigibilidad de otra conducta –miedo insuperable o estado de necesidad exculpante-.

Tomando como referencia estas afirmaciones, la Sala Penal Especial condenó a José Concepción Alarcón Gonzáles, Fernando Lecca Esquén y Gabriel Orlando Vera Navarrete.

Se concluye en la sentencia que existen pruebas directas que acreditan su participación en las ejecuciones del profesor y alumnos de la universidad “La Cantuta”. En sentido, la Sala consideró que por más que existiera alguna norma u orden que autorizara a los miembros del *grupo colina* a cumplir con su ejecución, ellos no debieron haberla cumplido, pues se trataba de un mandato manifiestamente ilegal que violaba además las normas internacionales en materia de Derechos Humanos a los que el Perú se encontraba sometido.

3. Posición personal respecto a la decisión de la Sala Penal Especial

Conuerdo con el razonamiento de la Sala Penal Especial en que las órdenes ilícitas no deben vincular, puesto que las mismas contravienen lo establecido por la Constitución y son contrarias también al modelo de estado por el cual nos regimos.

Me parece correcto también que se estime que la institución de la obediencia debida no podrá aplicarse cuando el inferior haya debido tener conocimiento de la ilegalidad de la orden. Esto quiere decir que se está reconociendo la importancia que tiene la teoría de la imputación objetiva a efectos de poder determinar cuándo el subordinado no debe cumplir con lo mandado.

Efectivamente, tal y como la misma Sala Penal reconoce, el subordinado no podrá alegar obediencia debida cuando tenga conocimiento de la ilicitud de lo mandado o haya debido tenerlo. ¿Cómo saber cuándo el subordinado debió tener conocimiento de la ilicitud del mandato? Para poder dar una respuesta a esta interrogante se tendrá que recurrir a la teoría de la imputación objetiva, que de acuerdo a lo estudiado²⁶⁴, permite deducir que la exigencia que se hará al subordinado sobre el conocimiento de la ilicitud del mandato se hará de acuerdo al rol que éste desempeña.

Conuerdo también con la afirmación de que la obediencia ciega de órdenes quede de plano descartada. A pesar de que el poder de revisión de las órdenes en el ámbito militar es más restringido que el ámbito civil, ello no implica que en las instituciones castrenses se permita el cumplimiento de órdenes ilegales bajo la excusa de que el inferior jerárquico no estaba en la posibilidad de oponerse al mandato, pues ello contraviene lo establecido por la Constitución²⁶⁵.

La imposibilidad de revisar u objetar las órdenes del superior en el ámbito militar ha sido un argumento de defensa utilizado por los miembros del *grupo colina* para intentar

²⁶⁴ *Supra*, Cap. II. III. 1.

²⁶⁵ *Supra*, Cap. 1. IV. 3.2.1.

conseguir la absolución por los crímenes que cometieron, conforme se ha podido observar en el juicio que se sigue actualmente al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por la comisión de delitos durante la época de su gobierno (Expediente acumulado N° 19-2001, proceso seguido actualmente ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia). Así, se tiene la declaración testimonial de los siguientes integrantes del *grupo colina*:

- a. Fernando Lecca Esquen, el 6 de febrero de 2008: *“Hay un reglamento que dice que las órdenes se cumplen sin murmuraciones porque el único responsable es el superior que las imparte”*.
- b. Víctor Manuel Hinojosa Sopla, el 8 de febrero de 2008: *“En el ejército hasta que yo me he venido preso el reglamento dice bien claro que las órdenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones, el único responsable es el superior que las imparte, el subalterno no puede reclamar hasta después de haberla cometido”*.
- c. Pablo Andrés Atuncar Cama, el 11 de febrero de 2008: *“En el ejército se cumplen las órdenes, lo dice bien claro, las órdenes se cumplen sin duda ni murmuraciones y el responsable es aquél que las imparte y uno puede reclamar después de haberla cumplido, no antes”*.

Por otro lado, concuerdo con la Sala en que existen mandatos antijurídicos no manifiestos que pueden ser obedecidos por los subordinados sin que sean penalmente responsables por ello, siempre y cuando se presente un supuesto de error, no exigibilidad de otra conducta, o incluso alguna causa de justificación.

En lo que no concuerdo es que estos mandatos no manifiestamente antijurídicos sean obligatorios. Ello significaría que una orden antijurídica no manifiestamente ilegal, pero ilegal al fin y al cabo, debe vincular al subordinado. El hecho de que se le pueda eximir de responsabilidad penal por incurrir en alguna de las causales mencionadas no implica que se convierta lo injusto en Derecho, y que éste tipo de órdenes sean vinculantes, lo cual contravendría lo establecido por la Constitución.

Finalmente, existen otros casos de crímenes cometidos por integrantes del *grupo colina* que según sus propias declaraciones fueron realizados en cumplimiento de las órdenes de sus superiores. Es evidente que los mandatos recibidos por éstos eran abiertamente ilícitos, por lo que si se sigue el razonamiento expuesto por la Sala Penal Especial para el caso “La Cantuta”, la solución debería ser la misma: no eximir de responsabilidad penal al subordinado que da cumplimiento a una orden ilegal.

A continuación paso a exponer los casos y citar las declaraciones de dos miembros del *grupo colina*, quienes admiten que en cumplimiento de las órdenes impartidas por sus superiores cometieron homicidios injustificados contra personas que aparentemente eran terroristas. Estos hechos han dado lugar a otro proceso penal seguido contra los miembros del *grupo colina*, el cual se encuentra pendiente de pronunciamiento actualmente.

a) Caso Pedro Yauri

El 24 de junio de 1992, en horas de la madrugada, en circunstancias que el periodista huachano Pedro Yauri Bustamante se encontraba pernoctando en compañía de su padre

don Anastasio Yauri Leandro, fue sacado de su vivienda ubicada en la Av. Sáenz Peña N° 279, Huacho, por un grupo de seis hombres fuertemente armados y vestidos de comando, quienes luego de maniatarlo, golpearlo y apoderarse de sus objetos personales, lo llevaron con rumbo desconocido. Desde entonces no se conoce su paradero.

En sucesivas testimoniales brindadas ante la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el padre de Pedro Yauri afirmó que el 23 de junio de 1992 alquiló un video y a las nueve de la noche se dispuso a verlo en el dormitorio que compartía con su hijo. Siendo aproximadamente las diez de la noche, llegó Pedro quien se acostó en una de las camas y se quedó dormido.

A las 2 de la mañana del 24 de junio de 1992, un grupo de seis o siete personas golpearon violenta e insistentemente la puerta del “Casino Huacho”, lo que motivó que por una de las ventanas atendiera el señor José Luis Cavero Huayanay, encargado de la guardianía y a la vez concesionario del referido local, a quien le dijeron que eran miembros de la DINCOTE y debía abrirles la puerta. Ante la duda de Cavero Huayanay, lo amenazaron con un arma de fuego, por lo que optó por abrir la puerta dejándolos pasar. Los sujetos revisaron los ambientes del primer piso y luego subieron a la segunda planta, para posteriormente pasar a la vivienda vecina, donde vivía Pedro Yauri con su familia. Los agresores, se deslizaron con la ayuda de sogas al pasadizo de la vivienda de Pedro Yauri. Con linternas ubicaron al periodista y le pidieron identificarse.

Luego, la víctima fue vendada y subida a una camioneta color guinda, que partió con rumbo desconocido. Además, se llevaron documentos y una maquina de escribir. Los vecinos y el propio guardián del Casino indicaron, al padre de Pedro Yauri, que además de la camioneta color guinda, había otra de color mostaza, ambas de doble cabina, marca Nissan, que habían sido estacionadas junto a la pared de su vivienda.

Como resultado de las investigaciones efectuadas por el Ministerio Público y el Poder Judicial, en el proceso que se sigue a los integrantes del Grupo Operativo Especial “Colina” en el Segundo Juzgado Anticorrupción de Lima, se ha podido determinar, en base a las declaraciones de uno de los colaboradores y del ex agente operativo Julio Chuqui Aguirre, que una vez sacado de su vivienda, Pedro Yauri fue conducido por los agentes del referido cuerpo paramilitar hacia una de las playas de la ciudad de Huacho, próxima a la fábrica de Industrias Pacocha, donde los esperaban otros integrantes del grupo, quienes ya habían comenzado a excavar una fosa de aproximadamente un metro de profundidad.

Al llegar el vehículo, Carlos Pichilingue entregó a Pedro Yauri al jefe operativo Santiago Martín Rivas, el cual lo sometió a un interrogatorio, respecto a sus supuestas vinculaciones con elementos terroristas, exigiéndole que revelara nombres y direcciones. No obstante, según sostiene el testigo N° 371 -MCS, Yauri optó por guardar silencio aduciendo que aún cuando hablara de todas formas lo matarían.

De las investigaciones que se vienen efectuando ante el Segundo Juzgado Penal Especial de Lima, particularmente la declaración de procesados Julio Chuqui

Aguirre, integrante de la cita organización, Yauri habría sido obligado a cavar su propia tumba, luego sometido a crueles torturas e innumerables maltratos físicos, a tal punto que él mismo pidió le den muerte de una vez para evitar el sufrimiento.

Posteriormente, lo obligaron a continuar excavando y por orden de Santiago Martín Rivas, el agente Jorge Ortiz Mantas le disparó un tiro en la cabeza con su fusil automático ligero (FAL), lo que produjo el deceso instantáneo de Yauri, quien cayó dentro del hoyo. Luego, los miembros del SIN habrían procedido a tapar la fosa, retornando a Lima con el fin de dirigirse a la casa de Carbajal García (denominada “la ferretería”), ubicada en la Villa Militar de Barranco, a efectos de guardar “todo”, inclusive la máquina de escribir de Pedro Yauri²⁶⁶.

El agente Jorge Enrique Ortiz Mantas fue citado como testigo en el mencionado Juicio que se le sigue al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, rindiendo su declaración testimonial el 8 de febrero de 2008. En ella señala lo siguiente con referencia al caso del homicidio de Pedro Yauri: *“Yo reconozco que al señor Pedro Yauri me ordenaron dispararle dos tiros”*.

Como se puede observar, el agente Jorge Enrique Ortiz Mantas cumplió con un mandato manifiestamente ilegal, por lo que siguiendo la línea de razonamiento expuesta por la Primera Sala Penal Especial para el caso “La Cantuta” no podría ser exculpado de responsabilidad penal bajo la causal de obediencia debida, salvo se pueda comprobar que actuó de esa manera por encontrarse ante un supuesto de no exigibilidad, el cual sería muy difícil de comprobar.

²⁶⁶ Información obtenida de la página *web* de la comisión de la verdad y reconciliación, www.cverdad.org.pe

b) Caso Barrios Altos

En 1991 la violencia política se había acentuado en los centros urbanos del país, en particular en Lima. El Partido Comunista del Perú-*Sendero Luminoso* se replegaba de las zonas rurales y en la búsqueda de crear condiciones de la ruptura del Estado de Derecho incrementaba la cantidad y las modalidades de sus acciones subversivas a través de asesinatos políticos de dirigentes vecinales o mediante atentados urbanos con coches cargados con alta cantidad de explosivos, así como con “paros armados”. El Gobierno del ex presidente Alberto Fujimori deslizaba en la opinión pública la necesidad de una “mano dura” contra la subversión como preludeo al golpe de estado que dio el 5 de abril de 1992. Asimismo, en noviembre de 1991, el ex presidente Fujimori, presentó al Congreso, para su aprobación, un conjunto de leyes “antiterroristas”, que fueron posteriormente observadas y recortadas en el Parlamento por considerar que eran inconstitucionales al transferir mayores atribuciones y poderes a las Fuerzas Armadas y Policiales.

En este contexto, desde 1989, el Servicio Nacional de Inteligencia y el Servicio de Inteligencia del Ejército ejecutaban en Lima el seguimiento de activistas terroristas, y según un documento dado a conocer en el Congreso el 11 de noviembre de 1991, el Servicio de Inteligencia del Ejército implementó un plan denominado “Ambulante” que tenía como objetivo vigilar activistas pro subversivos e inmuebles en la zona de Barrios Altos, en el centro de Lima. Entre estos, un solar ubicado en el Jirón Huanta N° 840.

Es en ese solar que el 03 de noviembre de 1991, agentes de inteligencia adscritos al Servicio de Inteligencia del Ejército asesinaron a balazos a 15 personas, entre ellas a Javier Ríos Rojas, un niño de ocho años y a su padre Manuel Isaías Ríos Pérez (33). Cuatro personas, quedaron gravemente heridas y sobrevivieron al crimen ocurrido durante una reunión organizada por unos moradores en el Jirón Huanta N° 840, en Barrios Altos, zona ubicada en el centro de la ciudad de Lima.

Declaran los sobrevivientes, que aproximadamente a las 10.30 de la noche, entre seis y diez individuos armados con pistolas ametralladoras y con los rostros cubiertos con pasamontañas irrumpieron en el patio del inmueble donde realizaban la reunión y amenazaron con sus armas a alrededor de 20 concurrentes. Narran que a golpes, insultos y entre forcejeos, obligaron a todos a tenderse boca abajo, e inmediatamente y sin discriminar, dispararon ráfagas hacia las cabezas y las espaldas. Los mismos sobrevivientes y las posteriores pericias balísticas y forenses confirmaron que los autores remataron a los moribundos con un fatal “tiro de gracia”²⁶⁷.

El agente Fernando Lecca Esquen fue también citado como testigo en el Juicio que se le sigue al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, rindiendo su declaración testimonial el 6 de febrero de 2008. En ella señala lo siguiente con referencia al caso del homicidio de Barrios Altos: *“Testigo, usted en la sesión de audiencia número treinta y nueve dice que escucha un tiro y de ahí entonces el Mayor Martín Rivas dice “fuego” y la gente empieza a disparar; Dijo: Así es, me ratifico. ¿El mayor Martín Rivas le estaba dando la misma orden que les había dado antes en la playa la Tiza o había cambiado la orden? Dijo: Estaba cambiando la orden, porque la orden específica era de detener a*

²⁶⁷ Información obtenida de la página web de la comisión de la verdad y reconciliación, www.cverdad.org.pe

los presuntos delincuentes subversivos, yo cuando ingreso veo que la orden ha cambiado, recibo la orden de disparar y se hace el trabajo y cumplo con la orden del Mayor Martín Rivas”.

De igual forma que en el caso del agente Jorge Enrique Ortiz Mantas, Fernando Lecca Esquen cumplió con un mandato manifiestamente ilegal, por lo tampoco no podría ser exculpado de responsabilidad penal bajo la causal de obediencia debida, salvo se pueda comprobar que participó en la masacre de Barrios Altos por encontrarse ante un supuesto de no exigibilidad, lo cual no se desprende de modo alguno de su citada declaración.

IV. Propuesta: derogación de la obediencia debida

1. Relación jurídica en la obediencia debida

Respecto a este tema, considero que debe aclararse cuál es la relación que va a importar al Derecho para poder imputar responsabilidad penal: ¿La relación entre el superior jerárquico y su subordinado, o la relación entre el sistema jurídico y el subordinado?. El profesor HURTADO POZO se inclina por el primero de estos supuestos, al considerar que: al contrario de lo que sucede en el caso del obrar por disposición de la ley, el aspecto específico de la obediencia debida radica en el hecho de que no existe una relación directa entre el precepto y el funcionario que ejecuta el comportamiento típico, sino que

entre estos hay un intermediario: el superior jerárquico que dicta la orden para que el acto sea ejecutado²⁶⁸.

Una afirmación como esta podría tener como consecuencia que el subordinado que cumple con una orden ilícita no incurra en responsabilidad penal. El referir que no existe relación entre el precepto y el subordinado nos da a entender que no se le va a exigir a éste que analice si es que la orden cumplida es o no conforme a Derecho, sino que se le deberá exigir solamente que revise que la orden proviene de autoridad competente. Incluso si llevamos este razonamiento a su extremo, se podría concluir que las órdenes manifiestamente antijurídicas van a vincular al subordinado, siempre y cuando se cumpla con la relación entre subordinado y superior.

Resulta poco probable que en un Estado social democrático de Derecho, como el peruano, se pueda concluir que la relación entre el subordinado y el sistema jurídico no tiene relevancia, lo cual podría permitir que una orden ilícita vincule al subordinado. De ser así, se estaría violentando la igualdad jurídica y el aseguramiento de la legalidad, principios que forman parte de nuestro modelo de Estado. Así las cosas, creo que la importancia de la relación entre subordinado y precepto es indiscutible, más allá de que se pueda considerar de que por medio existe un intermediario llamado superior jerárquico. No se puede olvidar que incluso la persona que se encuentra en el último escalafón de las relaciones jerárquicas debe de respetar la normatividad vigente, ya que esta vincula a todas las personas, más allá de que dentro de la institución para la que sirve existan superiores que se encuentran por encima de ellos en la escala administrativa.

²⁶⁸ *Hurtado Pozo*, Manual de Derecho penal. Parte general I, p.580. *Cfr. Meini*, en Imputación y responsabilidad penal, p.96.

2. Innecesidad de contar con la figura de la obediencia debida

Como se ha podido determinar a lo largo de este trabajo, en un Estado social democrático de Derecho, solamente las órdenes lícitas podrán vincular a los subordinados. El cumplimiento de estas órdenes constituirá siempre un supuesto de atipicidad, puesto que su cumplimiento estará siempre dentro del riesgo permitido y tolerado por el orden social.

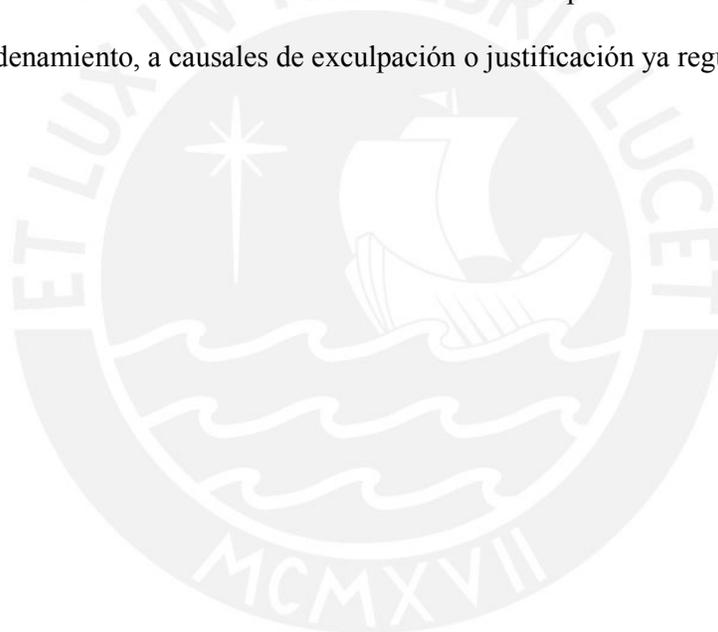
Por otro lado, las órdenes ilícitas no van a ser vinculantes, ya que de acuerdo a nuestro modelo de Estado, no van a poder expresar juridicidad, por lo que quien la cumple va a incurrir en responsabilidad penal. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico va a tolerar que quien cumpla con una orden ilícita pueda invocar los supuestos de error, miedo insuperable o estado de necesidad. Como se ha podido revisar a lo largo de este capítulo, los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder, dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos requisitos, ser reconducidos a causales de exculpación o justificación, lo cual hace innecesario que se tenga en el código penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal, razón por la que considero ésta debe ser derogada²⁶⁹.

Un similar razonamiento impulsó a los legisladores españoles a no incluir en su nuevo y último Código Penal -1995- a la institución de la obediencia debida, la cual era reconocida por el artículo 8º numeral 12 del anterior Código Penal -1944-. En el Código de 1944 se establecía que estaba exento de responsabilidad: “el que obra en virtud de

²⁶⁹ *Meini*, en Imputación y responsabilidad penal, p.97; *Meini*, en Anuario de Derecho penal, p.238; y *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal. Parte general IV, p.282.

obediencia debida”. La razón principal por la que no se incluyó esta eximente en el nuevo Código español de 1995 fue precisamente porque si el artículo 8º numeral 12 del Código de 1944 requería que la obediencia fuera “debida” para que se aplique la eximente, había de admitirse que quien la presta cumple con un deber derivado de su cargo, deber que cabría en la eximente de cumplimiento de un deber²⁷⁰.

Se puede ver así como se ha aprobado en el Derecho comparado la derogación de la obediencia debida por el mismo fundamento por el que propongo que también se derogue en nuestro CP: la eximente de obediencia debida se puede reconducir, al menos en nuestro ordenamiento, a causales de exculpación o justificación ya reguladas.



²⁷⁰ *Mir Puig*, Derecho penal. Parte general, p.497; *Cerezo Mir*, Obras Completas, p.727.

Conclusiones

1. Las relaciones de subordinación que podrán generar obediencia debida deben provenir de una relación de Derecho público, lo cual impone al inferior jerárquico la obligación de obedecer los mandatos de su superior, creándose así un deber jurídico, cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia.
2. Respecto al exceso de los subordinados, existen dos supuestos. El primero se da cuando la orden es lícita y el subordinado obra ilícitamente. En este caso, si el superior imparte una directiva lícita y el subordinado obra ilícitamente, aquél no será responsable penalmente por el comportamiento de su inferior jerárquico, siempre y cuando la ley no le exija controlar el correcto cumplimiento de la orden. En cuanto al segundo supuesto, cuando el acto excesivo de los subordinados guarda relación con lo impartido, el superior ha de responder por estos excesos al igual que sus inferiores jerárquicos. Situación distinta es cuando los excesos de los subordinados constituyen hechos punibles independientes y sin relación con lo ordenado. En estos casos el superior no responderá penalmente.

3. Para poder delinear la potestad de revisión de órdenes del subordinado se debe hacer una distinción entre la capacidad de examen que tienen los militares y la que posee el resto de funcionarios públicos.
4. El subordinado no podrá alegar error de prohibición cuando crea que está actuando de manera lícita, pues ese será un caso de error de tipo, por lo que sólo podrá haber error de prohibición indirecto cuando subordinado crea que está actuando amparado en una causa de justificación.
5. La posibilidad de eximir de responsabilidad penal al subordinado que actúe por no exigibilidad de otra conducta no significa que deba obedecer ciegamente cualquier disposición emitida por el superior a pesar de conocer su carácter antijurídico, sino que sólo aquellas que, de manera objetiva y proporcionada, creen en él una situación motivacional anormal.
6. El Estado peruano reconoce en su Constitución que se rige por el modelo de Estado social democrático de Derecho, lo cual supone que se somete a los principios fundamentales de todo Estado de Derecho, como son la legalidad, democracia y separación de poderes. En ese sentido, no resulta posible que en un Estado con esas características se pueda permitir que una orden ilícita vincule.
7. La teoría de la apariencia resulta insuficiente para poder imputar responsabilidad penal al subordinado que cumple con un mandato que no es abiertamente ilegal. Es por ello que con esa finalidad se debe recurrir a los modernos fundamentos de la

teoría de la imputación objetiva expuestos por los profesores alemanes GÜNTHER JAKOBS y WOLFGANG FRISCH.

8. La aplicación de la teoría de la nulidad para supuestos de cumplimiento de órdenes no es del todo convincente, sobre todo cuando éstas son ilegales.
9. El cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido que afecta los derechos o bienes de un tercero debe ser considerado como un supuesto de atipicidad y no de justificación, pues se trata de un comportamiento socialmente adecuado que no traspasa la barrera del riesgo permitido. Asimismo, se podrá alegar error de tipo cuando el subordinado incurra en un error sobre el deber de obediencia, y estime que su comportamiento no constituye supuesto típico alguno, debiéndose recurrir para ello a la teoría de la imputación objetiva.
10. Es posible que el subordinado alegue miedo insuperable cuando cumpla con una orden que sabe es ilícita y actúe bajo coacción a causa de un miedo que hace que cometa un hecho ilícito a pesar de conocer la antijuridicidad de su actuar, estando ante una circunstancia en la que, tomando en cuenta las exigencias que le impone su rol, no se le pueda exigir que actúe de otra manera.
11. Es poco probable que el subordinado pueda alegar estado de necesidad exculpante para eximir su responsabilidad cuando cumpla con una orden de contenido antijurídico, ello en virtud a las restricciones que la propia norma impone a su aplicación.

12. El artículo 19° inciso 8 del CJM adopta la teoría de la apariencia, la cual no es clara al momento de reconocer cómo se debe establecer para qué personas una orden debe o puede parecer manifiestamente antijurídica y para quienes no.
13. En un ordenamiento jurídico como el peruano sólo podrá vincular al subordinado una orden lícita emitida por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones, por lo que el artículo 20° inciso 9 del CP regula un claro supuesto de atipicidad, el mismo que ni siquiera requiere ser regulado como una causa de exclusión de responsabilidad.
14. Los Tribunales Penales Internacionales no analizan la relación existente entre el subordinado y el superior, o entre el subordinado y el ordenamiento jurídico interno, sino que una relación entre el subordinado y las normas internacionales más importantes. En virtud a ello, más allá de lo que diga la normativa interna, un subordinado no podrá obedecer una orden que sea manifiestamente contraria a las normativas internacionales o manifiestamente contraria a los Derechos Humanos.
15. La relación que va a importar al Derecho para poder imputar responsabilidad penal será la existente entre el sistema jurídico y el subordinado.
16. Los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder, dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos requisitos, ser reconducidos a causales de exculpación o justificación, lo cual hace innecesario que se tenga en el CP a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal, razón por la que considero ésta debe ser derogada.



Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *El estado actual de la discusión sobre la teoría de la imputación objetiva* , en *XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I*

Nacional de Derecho penal y criminología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

AGUILERA FRANCESCHI, Rodolfo Santiago, *La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho penal*, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas, Bogotá, 1988.

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8ª ed. corregida y actualizada, Editorial Temis, Bogotá, 1988.

ARMAZA GALDOS, Julio, *Legítima defensa y estado de necesidad justificante*, Hiparquia, Arequipa, 1992.

ARMAZA GALDOS, Julio, *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, 1ª ed., Adrus, Arequipa, 2004.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Universidad central de Venezuela, Caracas, 1975.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Presentación y anotaciones de Percy García Cavero, Ara Editores, Lima, 2004.

BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, 2ª ed. corregida y aumentada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1988.

BALDÓ LAVALLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994.

BENDA, Ernesto/ MAIHOFER, Werner/ VOGEL, Juan J. / HESSE, Conrado/ HEYDE, Wolfgang, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/ GARCÍA RIVAS, Nicolás/ TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 1ª ed, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comprado*, con la colaboración de Alberto Otárola Peñaranda, 1ª ed., EDIAS, Lima, 1996.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos/RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª ed., Lima, 1986.

BOQUERA OLIVER, José María, *Estudios sobre el acto administrativo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1982.

BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel, *La tipicidad, el tipo doloso de comisión*, en Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, San Marcos, Lima, 2003.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J./ Hormazabal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general*, Ara editores, Lima, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva*, en XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

CARDINI, Eugenio Oswaldo, *Estado de necesidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CARPIO MARCOS, Edgar, *Los derechos no enumerados*, en La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I, dir. Walter Gutierrez, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CASTILLO ALVA, José Luís, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 1ª ed, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción a la Teoría jurídica del delito/1*, 3ª ed. actualizada y considerablemente ampliada, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.

CEREZO MIR, José, *Obras completas. Tomo I. Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2006.

CHOCANO RODRIGUEZ, Reiner, *Situaciones de necesidad en las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo*, en Hurtado Pozo (dir.), Anuario de Derecho penal 2003: Aspectos fundamentales de la parte general del código penal peruano, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, TS., *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.

CURY URZUA, Enrique, *Derecho penal. Parte general Tomo I*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1982.

DANÓS, Jorge/ MORÓN, Juan Carlos/ ESPINOSA-SALDAÑA, Richard Martín Eloy/ TIRADO CHRISTIAN GUZMÁN, José Antonio/ZEGARRA, Diego/ PEDRESCHI, Willy/ HUAPAYA, Ramón/ SHIMABUKURO, Roberto/ OCHOA, César, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444. Segunda Parte*, 1ª ed., Ara Editores, Lima, 2003.

DU PUIT, José, *La obediencia jerárquica en el Derecho penal militar peruano*, en Hurtado Pozo (dir.), *Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002: La Reforma del Derecho Penal Militar*, Lima, 2002,

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grigley, Lima, 2002.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FOLCHI, Mario O., *La importancia de la tipicidad en Derecho penal*, Roque Depalma, Buenos Aires.

FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed. corregida y actualizada, Editorial Abelleo Berrot, Buenos Aires, 1980.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano Gonzáles de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, trads. Silva Sánchez/ Castiñeira Palou/ Sánchez-Ostiz Gutierrez/ Felip I Saborit/ Ragués I Vallés/ Robles Planas, Civitas, Madrid, 2000.

FRISCH, Wolfgang/ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

GAINES, Larry K./ LEROY MILLER, Roger, *Criminal Justice in Action*, Thomson Learning, New York 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/ FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo. Tomo I*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006.

GARCÍA LUENGO, Javier, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

GARCIA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998.

GARCIA TOMA, Víctor, *El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho*, en *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I*, (dir.) Walter Gutierrez, 1ª ed, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los actos administrativos*, 1ª ed, Civitas, Madrid, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Universidad Complutense Facultad de Derecho sección de publicaciones, Madrid, 1979.

GONZÁLES OJEDA, Madgiel, *El Estado social y democrático de Derecho y el Estado peruano*, en *Revista Derecho & Sociedad*, Año XV, N° 23, Lima, 2004.

GURRUCHAGA, Hugo Daniel, *El error en el delito*, DIN editora, Buenos Aires.

HERRERA, Lucio Eduardo, *El error en materia penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, IDEMSA, Lima, 2005.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª ed., Grijley, Lima 2005.

JAKOBS, Günther, *Acción y omisión en Derecho penal*, trad. de Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera, 1ª ed., Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2000.

JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, trads. Cancio Meliá/ Feijóo Sanchez/ Peñaranda Ramos/ Sancinetti/ Suárez Gonzalez, Palestra editores, Lima, 2000.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed, trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günter, *El Derecho penal como disciplina científica*, trad. de Alex van Weezel, Thomson/Civitas, Madrid, 2008.

JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión (1991)*, en Estudios de Derecho penal, trads. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles, y Manuel Cancio Meliá, 1ª ed., Civitas, Barcelona, 2007.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá, Editorial Cordillera, 3ª reimpresión, Lima, 1998.

JARA, Humberto, *Ojo por ojo. La verdadera historia del Grupo Colina*, Norma, Lima, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenote, 5ª ed., renovada y ampliada, Editorial Comares, Granada, 2002.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho penal Tomo VI. La Culpabilidad y su exclusión*, 3ª ed., Editorial Lozada, Buenos Aires, 1962.

KELMAN C., Herbert, *Crimes of Obediente*, 1ª ed, Yale University Press, Nueva York, 1989.

LEROY MILLER, Roger/ MEINZINGER URISKO, Mary, *West's Paralegal Today. The Legal Team at Work*, Thomson Learning, New York 2004.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1ª reimpresión, Editorial Universitas, Madrid, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/ MIR PUIG, Santiago (Coordinadores), *Causas de justificación y atipicidad en Derecho penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

MAC LEAN M., Ana Cecilia, *Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el Derecho nacional e internacional*, en Themis revista de Derecho N° 37, Lima, 1998.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Trillas, Mexico D.F., 1986.

MAURACH, Reinhart/ ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires.

MEINI, Iván, *La obediencia debida en Derecho penal ¿órdenes ilícitas vinculantes?*, en Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal, ARA Editores, Lima, 2009.

MEINI, Iván, *Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar*, en Hurtado Pozo (dir.), Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002: La Reforma del Derecho Penal Militar, Lima, 2002.

MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1962.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, Traducción de la 6ª edición alemana (1955) por el Dr. Conrado A. Finzi, DIN editora, 1955.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte general*, 8ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed, B de F, Buenos Aires, 2002.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1984.

MORO, Aldo, *La antijuridicidad penal*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1949.

MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Nueva ley del procedimiento administrativo general*, 3ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1991.

NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 4ª reimpresión, Editora Córdoba, Córdoba, 1987.

NUÑEZ, Ricardo, *La culpabilidad en el Derecho penal*, Organización librera peruana, Lima.

PARMA, Carlos, *Culpabilidad categoría necesaria*, en XVI congreso latinoamericano, VIII iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, en la colaboración de José Antonio Caro John y Reiner Chocano Rodríguez, 2ª ed., Grijley, Lima, 1995.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*, 2ª ed., Editorial Rhodas, Lima, 2007.

PÉREZ DAYÁN, *Teoría general del acto administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2003.

POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Grijley, Lima, 2004.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima 2006.

QUINTERO, María Eloísa, *Acción, comunicación e injusto penal*, en Caro John/Chocano Rodríguez/García Cavero/Mazuelos Coello (dirs), *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Grijley, Lima, 2006.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad?. Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a época, 7 (2001).

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Antijuridicidad*, 4^a ed. Editorial Temis, Bogotá, 1989.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Culpabilidad*, 3^a ed., Editorial Temis, Bogotá, 1988.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, 6^a ed., Editorial Temis, Bogotá, 1989.

REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Teoría general del delito*, con la colaboración de Máximo Reynoso Othón, 5^a ed., Editorial Porrúa, México D.F., 2003.

RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

RODRIGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho Penal Español. Parte general*, 16^a ed., Revisada y puesta al día, Editorial Dykinson, Madrid, 1993.

ROMERO SOTO, Luis Enrique, *Derecho penal. Parte general volumen I*, Editorial Themis, Bogotá, 1969.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trads. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, traducción introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

RUSCONI, Maximiliano A., *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*, Ad-Hoc, 1ª ed, Buenos Aires, 1992.

SALAZAR MARÍN, Mario, *Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción de delito*, 2ª reimpresión, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber participación delictiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

SANCINETTI, Marcelo A., *Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial*, Lerner Editores, Buenos Aires, 1988.

SARRULLE, Oscar Emilio J., *Dogmática de la culpabilidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Anotaciones de Derecho peruano por el Prof. Carlos Caro, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª ed totalmente reelaborada, trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

UCEDA, Ricardo, *Muerte en el Pentagonito. Los cementerios del Ejército Peruano*, Planeta, Bogotá, 2004.

UGAZ SANCHEZ-MORENO/UGAZ HEUDEBERT, *La obediencia debida*, en Castillo Alva (coord), *Gaceta Jurídica*, Grijley, Lima, 2004.

VELA TREVIÑO, Sergio, *Antijuridicidad y justificación*, 2ª ed, Editorial Trillas, México D.F., 1986.

VIDAL, Humberto S, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito*, Advocatus, Córdoba, 1991.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. aumentada y actualizada, Grijley, Lima, 2008.

VILLA STEIN, Javier, *La culpabilidad*, Ediciones jurídicas, Lima, 1997.

VILLAVICENCIO T., Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Hacia un concepto de culpabilidad*, en XVI congreso latinoamericano, VIII iberoamericano y I nacional de derecho penal y criminología, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trads. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez de la 12ª edición alemana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general IV*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general III*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ ALIAGA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZIMMERMANN, Andreas, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Volume I*, Oxford University Press, Great Britain, 2002.

ZUÑIGA Rodríguez, Laura, *La obediencia debida: Consideraciones dogmáticas y político- criminales*, en Derecho N° 46, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

Compilaciones

El código penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del código penal, 1ª ed, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

Instituciones de Justiniano, Tomado de M. Ortolan, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 2002.

