

**“LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO CAUSAL
DE EXCLUSIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL”**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

Alumno memorista:

Cristián Alfonso Durruty.

Santiago, noviembre de 2003.

INTRODUCCIÓN .	1
PARTE I GENERAL . .	5
CAPÍTULO I. CONCEPTO, TIPOS, DOCTRINAS Y REQUISITOS DE LA OBEDIENCIA DEBIDA . .	5
CAPÍTULO II. LA OBEDIENCIA DEBIDA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .	18
CAPÍTULO III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA .	34
PARTE II. LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO CHILENO .	49
CAPÍTULO I. EXCLUSIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA, CON EFECTOS GENERALES, EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO .	49
CAPÍTULO II. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO CHILENO . .	53
CAPÍTULO III. LA OBEDIENCIA DEBIDA Y EL DELITO DE DESOBEDIENCIA . .	75
PARTE III. ALGUNOS CASOS DE DERECHO COMPARADO .	83
CAPÍTULO I. SITUACIÓN ARGENTINA . .	83
CAPÍTULO II. SITUACIÓN ESPAÑOLA . .	89
CONCLUSIONES . .	101
Bibliografía . .	105

INTRODUCCIÓN

Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general. Rudolf von Ihering, La lucha por el Derecho.

Nuestro Código Penal conceptúa el delito en el artículo 1º como “*Toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”. Un concepto dogmático, podría ser aquel que define el delito como la conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable.

El tipo consiste en la descripción precisa de la conducta por la disposición legal punitiva. En la actualidad ello resulta incuestionable, tanto por la evolución del derecho penal y la aplicación cada vez mayor del principio pro reo (el cual exige la debida seguridad jurídica que el tipo proporciona), cuanto porque nuestra Constitución Política lo ordena explícitamente al disponer en el artículo 19 N°3 que: “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

La antijuridicidad, por su parte, exige que se haya lesionado o al menos puesto en peligro un bien jurídico con la conducta típica y que el derecho no autorice, en forma excepcional, la ejecución de ésta al autor o autores.

Mientras la acción típica constituye un actuar contrario a la norma, la conducta antijurídica es contraria al ordenamiento jurídico. Y la conducta típica será, de ordinario, antijurídica, por lo cual la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad. Ello, salvo que la ley,

en forma excepcional, permita u ordene la realización del acto típico, en cuyo evento estamos frente a una causal de justificación, en virtud de la cual el acto es justo para todo el derecho, de forma que el autor o autores no sólo no son merecedores de sanción penal sino que también se encuentran exentos de verse obligado u obligados a efectuar reparaciones pecuniarias de carácter civil.

La culpabilidad, por su parte, consiste en la posibilidad de efectuar al sujeto activo un juicio de reproche, y para ello es menester que sea capaz, es decir, que posea conciencia de la ilicitud de su acción u omisión y que su actuar sea libre, esto es, que en la situación concreta que enfrentó fuere posible exigirle un comportamiento diverso.

Todo lo anterior en términos tales que si falta alguno de estos elementos la conducta no constituirá delito y, por ende, no será merecedora de reproche alguno, desde la óptica penal.

Las relaciones jerárquicas no son ajenas al mundo jurídico, pero su naturaleza, alcances y efectos son materias discutidas. En materia penal la “*obediencia debida*” sería una causal de exclusión de responsabilidad penal muy particular, por cuanto alcanza al inferior ejecutor de la orden, pero el superior mandante sería merecedor de una sanción criminal. Este peculiar alcance práctico del instituto hace que su existencia, su naturaleza jurídica y ámbitos de aplicación, constituyan materias controvertidas sobre las cuales no existen opiniones unánimes.

Esta memoria se divide en tres partes. La primera, denominada *General*, consiste en los aspectos doctrinales fundamentales de la obediencia debida, y se subdivide en tres capítulos. El primero referido a la obediencia y el derecho, la definición de la eximente, sus clasificaciones, teorías que tratan de explicarla y los requisitos que la harían procedente; el segundo sobre la relación de la obediencia debida y los delitos que versan sobre violaciones a los derechos fundamentales, en donde ha habido un gran desarrollo en los últimos años; y el tercero relativo a la siempre problemática naturaleza jurídica de la eximente en estudio.

La segunda parte, titulada *La obediencia debida en el derecho chileno*, consta de tres capítulos. El primero analiza las razones de la Comisión Redactora de nuestro Código Penal para eliminar a la eximente con alcances generales; el segundo aborda el tratamiento de la obediencia debida en los diferentes ámbitos en donde se puede presentar; y el tercero contiene un análisis a los delitos de desobediencia y las relaciones que presenta con la eximente.

Por último, la tercera parte, denominada *Algunos casos de derecho comparado*, versa sobre el singular tratamiento dado a la eximente en Argentina a través de la llamada Ley de Obediencia Debida; y la situación en España, principalmente de carácter jurisprudencial, por cuanto dicho país, a diferencia del nuestro, la consideraba en el catálogo general de causales de exclusión de la responsabilidad criminal.

Desde ya advierto que el presente estudio, como ocurre en innumerables aspectos del derecho, está sujeto a una posible influencia ética. Y ello se explica por cuanto subyace a la obediencia debida un cuestionamiento referido a su legitimidad como instituto, y la respuesta a ello no podrá estar jamás exenta de la influencia señalada. Mas tal aprensión no puede significar un impedimento ni aun siquiera, una justificante, para

tratar en la medida que mis posibilidades lo permitan, a afrontar con rigurosidad y seriedad dogmática el análisis de la eximente de la obediencia debida.

PARTE I GENERAL

CAPÍTULO I. CONCEPTO, TIPOS, DOCTRINAS Y REQUISITOS DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

El pensamiento totalitario ha cundido mucho más de lo que creemos. Innumerables personas son constantemente atrapadas por las seducciones del poder político. Pero el jurista no puede permitir siquiera que se diga que entretanto él ha guardado silencio. Eberhard Schmidt, Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal.

La obediencia y el derecho. Los hombres vivimos en sociedad, y ésta se organiza en pos de lograr el bienestar de los individuos que la componemos, los que vemos satisfechas nuestras necesidades de mejor manera en la medida que sea eficiente y de rápida acción. Por ello existen relaciones jerárquicas y poderes de mando. De allí que no sólo tenemos un deber de omitir agredir a otros lesionándolos en sus derechos, sino que también nace, en muchas ocasiones, el deber de obedecer, acatando o cumpliendo los mandatos que se nos imparten.

Cualquiera sea la forma de administración de una sociedad, impondrá la existencia de autoridades encargadas de regirla y, a su vez, cada célula de ésta tendrá individuos con poderes de dirección. A mayor sean las potestades, su regulación por parte del derecho debe ser más extenso y minucioso.

Dicha normativa tendrá que tener presente la justicia, valor respecto del cual se suele hacer una distinción entre la conmutativa y la distributiva. La primera es aquella que se da entre entidades que se encuentran en una igualdad de posiciones que el derecho trata de mantener o de restablecer si ha sido quebrantada en el caso particular. En cambio, la justicia distributiva es aquella que busca la equidad de los individuos frente al poder, esto es, que las actuaciones potestativas sean fundadas, evitando toda arbitrariedad. Don Jorge Iván Hubner Gallo, referido al derecho de igualdad señala: “En otros términos, diremos que el principio de la igualdad, que está estrechamente vinculado a la *justicia distributiva*, exige que se trate en forma igual lo igual y desigual lo desigual, pero manteniendo siempre un criterio de *generalidad* en cuanto a que todas las personas que se encuentran en una misma situación, en el plano respectivo, sean tratadas en la misma forma”¹.

La igualdad consagrada en nuestras Convenciones Internacionales relativas a los Derechos Humanos, y establecida en todo ordenamiento moderno, tiene múltiples excepciones. Y existen por cuanto la igualdad constituye un sustrato mínimo de derechos y prerrogativas de que somos titulares, de conformidad con la dignidad del hombre. Una de las referidas excepciones deriva del fenómeno jerárquico establecido por el hecho de vivir en sociedad. Esta realidad, como ya señalé, no es desconocida por el derecho, el cual debe fijarle sus alcances y límites, formas de actuación consideradas legítimas, y consecuencias frente a su desconocimiento o exasperación.

La sanción frente a la falta o abuso del poder (entendido éste en términos amplísimos) es de diversa índole y tendrá directa correlación con la valoración al atentado del bien jurídico protegido. De forma que frente a una arbitrariedad en materia comercial, como es el caso de un “*contrato leonino*”, la sanción de ordinario será la nulidad de éste; o del mandatario o del delegado que excede sus poderes será la inoponibilidad del acto o contrato para el mandante. Sanciones procesales también existen, así del que se aprovecha de sus influencias en el juez o en los miembros del tribunal colegiado será que la sentencia que se dicte podrá anularse por vicios de forma (casación en la forma o recurso de nulidad u otro semejante). Por su parte, en materias administrativas o penales, la autoridad que mal usa sus atribuciones se puede ver enfrentada a la suspensión del cargo con inhabilitación para ejercer funciones públicas, sin perjuicio de la eventual sanción restrictiva o privativa de libertad.

Además de ello, el ordenamiento jurídico –a fin de lograr mayores grados de justicia distributiva- busca establecer mecanismos que equiparen las situaciones de desigualdad. Me explico, allí donde existe una desigualdad real de trascendencia para el mundo jurídico, el ordenamiento crea una desigualdad jurídica para lograr una compensación.

Así ocurre, por ejemplo, en materia procesal con el fuero personal en cuya virtud conoce del asunto un juez de mayor jerarquía que aquel naturalmente competente en razón de la dignidad de alguno de los litigantes (que en Chile da origen a los llamados *Tribunales Unipersonales de Excepción*); o con la asistencia letrada gratuita que los Estados otorgan a sus ciudadanos de menores recursos para que, de esta forma, puedan enfrentar debidamente un proceso judicial. Otros casos existen en materia laboral, en

¹ Hubner Gallo, Jorge Iván, “Introducción al Derecho”, página 118.

donde encontramos una serie de derechos –normalmente irrenunciables- del trabajador, a lo que se debe sumar la aplicación del principio pro operario, o la organización de sindicatos, federaciones y confederaciones, o la posibilidad de negociar en forma colectiva.

No obstante lo dicho, no toda desigualdad es mal vista por el derecho, pues si fuera así, la organización sería impensable y el caos reinaría. Lo que repugna al derecho es la desigualdad arbitraria, en este caso, la jerárquica sin fundamento en su establecimiento, o el uso arbitrario de su ejercicio. En este marco de desigualdad, con sus consecuencias jurídicas, es donde hemos de ubicar el deber de obedecer. Allí donde exista una subordinación o dependencia habrá obediencia, y ella puede nacer, como toda obligación jurídica, de la ley o de la voluntad.

Como se ve, el deber de obedecer se opone a uno de los principios del derecho, como es la igualdad. Mas no es el único, pues el acatamiento a la orden en virtud del deber constituye un atentado a la libertad. Cualquiera sea la opinión que se tenga respecto al libre albedrío, en cuanto a su amplitud, resulta ineludible constatar que la relación jerárquica implica una limitación de la libertad, ya que el inferior se encuentra en la necesidad de cumplir con aquello que se le ha ordenado, con absoluta independencia de su parecer o voluntad íntima.

Pero, nuevamente cabe señalar que si bien la libertad es un principio del derecho, sus restricciones fundadas, también resultan necesarias para la adecuada organización de nuestra sociedad. Ejemplos hay muchos, basta decir que es ésta la base del concepto jurídico de obligación.

En esta doble oposición, tanto a la igualdad, como a la libertad, es donde encontramos el deber de obedecer; por ello su regulación por el ordenamiento jurídico siempre será una tarea difícil y que, con necesidad, ha de sufrir ajustes y actualizaciones al sentir valorativo de la cultura.

Concepto de obediencia debida. Nuestro derecho positivo no contempla, a diferencia de otras legislaciones, una disposición general que establezca como eximente de responsabilidad penal a la obediencia debida. Sólo existen normas particulares y diseminadas que la tratan. Al efecto, las disposiciones de mayor significancia se encuentran en los artículos 211, 214 y 335 del Código de Justicia Militar referido a las Fuerzas Armadas y de Orden, y en los artículos 159 y 226 del Código Penal, referido a los funcionarios administrativos públicos y judiciales, respectivamente.

El artículo 159 del Código Penal, norma comprendida dentro del párrafo titulado “*De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”, dispone que: “*Si en los casos de los artículos anteriores de este párrafo, el inculcado justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden*”.

El párrafo 4 del Título V, del Libro II del Código Penal, cuyo título es “*Prevaricación*”, aplicable a los funcionarios judiciales, contempla el artículo 226 del Código Penal, el cual dispone que: “*En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de*

ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que parezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.

En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que mandó cumplir”.

El Código de Justicia Militar señala en su artículo 214: *“Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable, salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.*

El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”.

El artículo 211 del mismo cuerpo legal ordena que: *“Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto de los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada”.*

Por su parte, el artículo 335 del Código de Justicia Militar dispone: *“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden y, en casos urgentes, modificarla, dando inmediata cuenta al superior.*

Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.”

Las normas citadas permiten afirmar que la obediencia debida es aquella eximente o atenuante de responsabilidad penal en cuya virtud el subordinado de una relación con vigencia jurídica valedera de derecho público que cumple una orden delictuosa aparente del servicio, queda exento de responsabilidad penal o ésta se ve atenuada, siempre que haya representación en aquellos casos en que lo exige la ley y no exista concierto previo, ni la orden sea manifiestamente ilícita o constituya un delito de lesa humanidad; eximente o atenuante, en su caso, que no alcanza al superior autor de la orden.

Don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, quizá uno de los tratadistas que más ha estudiado el tema, nos proporciona otra definición: *“A diferencia de lo que ocurre con otras instituciones jurídico-penales, son muy escasas las definiciones que se han dado a la obediencia jerárquica. Sin desconocer su mérito, pensamos que no son suficientemente precisas ni están formuladas en términos cuidadosamente técnicos. Por lo cual nos animamos a intentar otra nueva, del siguiente tenor: *El acto perpetrado en**

virtud de obediencia jerárquica es un acto típicamente antijurídico, inculpable, realizado por un funcionario de ciertos cuerpos de la Administración pública, en cumplimiento de una orden antijurídica, emanada de un superior competente, dentro de sus atribuciones y con los requisitos y formalidades para ello establecidos por el Derecho, siempre que éste, para mantener las relaciones de subordinación y disciplina necesarias en ciertas funciones, le imponga el deber de obedecerla por el mero hecho de haberle sido impartida, es decir, haciendo irrelevante el conocimiento que el inferior pueda tener del carácter antijurídico de la misma, o lo que es igual, impidiéndole que entre a considerar su licitud o ilicitud como presupuesto de su cumplimiento”².

De la simple lectura de ambas definiciones se desprenden algunas diferencias:

i. La toma de posiciones de la definición de don Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Su definición coloca al instituto en comento dentro de las causales de inculpabilidad. En lo personal estimo que no resulta necesario el adoptar una postura en la definición respecto a la siempre controvertida naturaleza jurídica de la eximente, y prefiero poner el acento en el efecto particular que ésta presenta, cual es alcanzar al subordinado, mas no así al superior; cuestión que no realiza la definición del distinguido catedrático.

ii. El diverso rol que las definiciones le otorgan a la facultad de inspección. La definición dada por don Manuel de Rivacoba y Rivacoba hace operativa la eximente siempre que el Derecho, *“para mantener las relaciones de subordinación y disciplina necesarias en ciertas funciones, le imponga el deber de obedecerla por el mero hecho de haberle sido impartida, es decir, haciendo irrelevante el conocimiento que el inferior pueda tener del carácter antijurídico de la misma, o lo que es igual, impidiéndole que entre a considerar su licitud como presupuesto de su cumplimiento”*. Estimo que dicha disgregación resulta irrelevante, por que jamás el cumplimiento de la orden tendrá como presupuesto la aprobación de la licitud por parte del subordinado. De hecho si ella se necesitase, la ausencia de fuerza vinculante del mandato hace que ésta carezca de las características para calificarla, en lo pertinente, de orden. Lo que sí se consagra en algunos textos positivos es el deber de representar la orden del inferior –el que de todas formas debe cumplirla frente a la insistencia- para que pueda verse, con posterioridad, amparado por los beneficios jurídicos del instituto.

iii. La definición de don Manuel de Rivacoba y Rivacoba sólo le da aplicación como eximente, mientras que yo estimo que su campo es más amplio, pues en muchas ocasiones opera como minorante, a la luz de las normas citadas y disposiciones de carácter internacional, que oportunamente se verán; sin perjuicio de la siempre abierta posibilidad de aplicar una eximente incompleta como atenuante de responsabilidad penal.

Por su parte, don Enrique Cury prefiere hablar del cumplimiento de órdenes antijurídicas antes que obediencia debida. Así, indica: “Prácticamente toda la literatura chilena y una parte considerable de la extranjera emplean, para referirse a esta eximente, el rótulo de *obediencia debida*. A mi juicio, esta designación involucra la idea de que el ordenamiento jurídico puede imponer un *deber* de auténtico *acatamiento* a la orden de perpetrar un hecho injusto, cosa que no sólo me parece inexacta, sino, además, deontológicamente inadmisibile, pues lo que se encuentra prohibido no puede estar al

² Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “La obediencia jerárquica en el derecho penal”, página 58.

mismo tiempo mandado y viceversa. Por tal razón, prefiero hablar, en general, de un *cumplimiento de órdenes antijurídicas*, reservando la expresión *obediencia debida* sólo para aquellos casos en que se imparte una orden lícita, los cuales, como es obvio, quedan al margen del derecho penal”³.

Me parece, adelantándome, necesario señalar que el cumplimiento de órdenes lícitas lo considero incorporado dentro de la eximente referida al cumplimiento del deber, constituyendo una causal de justificación que convierte al acto en lícito.

Los términos utilizados por don Enrique Cury resultan más propios, pues habla de *cumplimiento de mandatos antijurídicos*, pero no son exactos en puridad, pues la problemática penal se presenta no frente al cumplimiento de una orden antijurídica sino cuando ésta apunta a la comisión de un delito.

No son los mandatos antijurídicos aquellos relevantes para el derecho penal, sino una subcategoría dentro de ellos, cuales son los que van, con especificidad, dirigidos a la comisión de ilícitos penales.

Por lo anterior resulta necesario distinguir entre una orden simplemente contraria al ordenamiento jurídico de aquella que atenta contra un bien jurídico de protección penal. Por ello con propiedad señala don Eduardo Novoa Monreal: “El problema serio para el Derecho penal es el que incide en el cumplimiento de órdenes superiores que van dirigidas directamente a la comisión de un hecho delictuoso”⁴.

De esta forma, existen muchas órdenes que pueden ser ilícitas sin ser delitos, ya que éstos son sólo una subespecie que comprende a aquellas conductas contrarias a derecho de mayor gravedad.

No obstante todo lo anterior, he preferido, para una mayor comprensión del presente trabajo, seguir con la nomenclatura tradicional y tratar la eximente en estudio como *obediencia debida*.

Por ello, de aquí en adelante cada vez que me refiera a la obediencia debida, salvo que se manifieste lo contrario, deberá entenderse referida al cumplimiento de órdenes dirigidas a la perpetración de un ilícito penal u órdenes delictuosas.

Tipos de obediencia debida. La obediencia debida en estudio se clasifica en propia e impropia. La *propia* sería aquella referida al cumplimiento de mandatos jurídicos y la *impropia* sería aquella referida a la ejecución de órdenes antijurídicas.

Sin embargo, el cumplimiento de mandatos jurídicos queda comprendida dentro de la eximente de cumplimiento del deber, restringiéndose la obediencia debida sólo a los mandatos contrarios a derecho, y con más propiedad, a aquéllos destinados a la ejecución de ilícitos penales.

Doctrinas en torno a la obediencia debida. Diversas doctrinas tratan de explicar el alcance del deber de obedecer a que está sujeto el subordinado, las cuales se pasarán a describir.

³ Cury U., Enrique, “Derecho penal, parte general”, páginas 58 y 59.

⁴ Novoa Monreal, Eduardo, “Curso de derecho penal chileno”, Tomo I, página 632.

En este aspecto existe una clasificación tradicional que distingue entre obediencia absoluta y relativa, y la primera se subdivide en ciega o reflexiva. En síntesis, la obediencia es relativa si el subordinado se encuentra obligado únicamente a cumplir los mandatos lícitos que se le imparten. Es absoluta, en cambio, si la obligación se extiende aun a los mandatos ilícitos; pudiendo ser reflexiva si el inferior puede representar la ilegitimidad de la orden al superior, pero que, frente a la insistencia de éste, deberá cumplirla; y ciega, si carece de la facultad de representación.

No obstante, por ser más rica en matices, en este trabajo se ha preferido seguir la clasificación que aparece en la Revista de Marina N°6/96, en el artículo titulado “*La obediencia debida*”, de don Miguel Ángel Mejía Linares.

Doctrina de la obediencia absoluta (obediencia ciega u obediencia pasiva). Según ella el subordinado debe cumplir toda orden del superior sin posibilidad de analizar el contenido, formalidad ni legalidad de ésta, aun cuando sea contraria a derecho.

Nace la teoría ligada al absolutismo, en el entendido que la voluntad del soberano es ley, por lo que ninguna responsabilidad cabe al subordinado por la ejecución de sus órdenes, quien sería sólo un instrumento carente de voluntad.

Resulta necesario anotar que ningún ordenamiento jurídico, inspirado en la concepción occidental del Estado de Derecho, admite o puede admitir la aplicación generalizada de la obediencia absoluta. No es aceptable la imposición de grados semejantes de subordinación, tratando a los sujetos de derecho como meros medios para cumplir la orden.

No es lícito exculpar al subordinado a quien se le ordena la comisión flagrante de un delito sin, al menos, facultarlo y obligarlo a representar a su superior las aprensiones que su conciencia y voluntad le hacen presente. Ello atentaría contra la dignidad humana. Lo dicho podrá carecer de relevancia práctica en períodos de normalidad institucional, pero adquiere una vitalidad considerable en tiempos de excepción constitucional, de los cuales nuestro propio país ha sido testigo y, muchos de sus habitantes, víctimas. Don Gonzalo Quintero señala: “Ciertamente, y eso nadie puede dudarlo, existe un *interés “general”* en el buen orden de la cosa pública, para el cual es imprescindible la jerarquía y el deber de obedecer, al igual que en otras relaciones de la vida social. Incluso, como destaca Devesa, algunas legislaciones inspiradas por criterios militaristas han entendido que la obediencia ciega y pasiva era el ideal para el buen funcionamiento de la máquina administrativa. Eso es excesivo porque el fundamento de la obediencia no es éste, sino la idea de que la orden dada, por descansar en la ley, es expresión de ella en referencia al problema concreto, si bien la orden puede no tener apoyatura legal ante lo cual el Derecho deberá dar una respuesta, sobre lo cual volveremos después”⁵. Para, ya referido al Derecho español, agregar: “Desde siempre se ha considerado que el Código Penal no pretende sancionar un deber ciego de obediencia, que llegase al extremo de amenazar con pena al funcionario que se sustrajera al cumplimiento de cualquier mandato, ni siquiera cuando ello entrañara la comisión de un delito”⁶.

⁵ Quintero Olivares, Gonzalo, “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, página 61.

⁶ Quintero Olivares, Gonzalo, “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, página 75.

Consecuencia de esta teoría es que el cumplimiento del inferior de un mandato antijurídico no lo haría acreedor de responsabilidad penal alguna, por cuanto su actuar se encontraría justificado.

Doctrina de la obediencia a la ley (Duguit). Esta teoría –elaborada por Duguit- estima que todos los integrantes de las funciones jerarquizadas tienen un deber de obediencia sólo respecto de las normas jurídicas de carácter general. Por ello, si el inferior estima que la orden dada por su superior no se ajusta a ellas debe desobedecerla. El inferior acata cuando la orden se ajusta a la ley, y desobedeciendo en caso contrario. El único imperativo jurídico de obediencia es el que existe respecto de las normas abstractas, negando que éste alcance al superior.

Duguit expresa que ello es la regla general, que encuentra una calificada excepción en el Derecho Militar, en donde –por razones de su verticalidad- la ley impone la obligación de obedecer a los superiores jerárquicos, con lo cual el ámbito de lo que se debe obedecer se extiende en forma radical. Señala que las Fuerzas Armadas por ser no-deliberantes, deben actuar en forma automatizada y estar siempre –sin posibilidad de reparo alguno- al servicio de los gobernantes.

Lo señalado por esta doctrina es la que llamaba anteriormente obediencia debida propia, la cual es aplicación del cumplimiento del deber o ejercicio del cargo o autoridad. Según esta doctrina no existiría la obediencia debida impropia, de forma que el cumplimiento por parte del inferior de un mandato antijurídico da lugar a responsabilidad penal, por ser su actuar típico, antijurídico y culpable (no cabría una causal de inculpabilidad basada en la obediencia debida, pues no hay obediencia legítima contraria a las normas legales; sin perjuicio que en el caso concreto puede existir coacción o error u otra causal de exoneración).

No creo que el deber de obediencia se agote en la ley, por cuanto el complemento o materialización de éstas pasan por las directrices que emanan de los encargados de realizarlas. Los caracteres de generalidad y abstracción que poseen las normas jurídicas se dan por la imposibilidad de éstas de prescribir todas las soluciones para cada una de las situaciones que han de presentarse. Ello es lo que determina la existencia de una organización intermedia entre la ley y los llamados a ejecutarlas. Por ello, existe un deber de obedecer cuando se está dentro de una jerarquía.

Asimismo, la calificada excepción que el autor hace respecto del Derecho Militar coloca a sus integrantes en un deber de obediencia ciega, merecedora de los reparos con anterioridad anotados y que se encuentra en franca decadencia.

Doctrina de la obediencia relativa. Las dos posiciones señaladas con anterioridad son las extremas; una niega la posibilidad de examinar orden alguna, mientras que la otra niega el deber de obediencia. Entre éstas se encuentran posiciones intermedias. Una de ellas es la obediencia relativa, la cual, reconociendo el deber de obedecer, autoriza para examinar y no cumplir aquella orden que sea contraria a derecho.

Los regímenes autoritarios imponen un deber de obediencia ciego; pues bien, un sistema democrático hace nacer un deber de obediencia relativo. Ello por cuanto sobre la voluntad del superior –a la cual reconoce valor a diferencia de la teoría anterior- se encuentra la voluntad de la ley, por lo que si existe conflicto entre éstas ha de sujetarse el

inferior a la ley, cual es la expresión de la voluntad soberana y popular.

Como en este caso se reconoce la facultad del subordinado para examinar la orden, debe asumir las consecuencias penales derivadas del cumplimiento de una orden típica y antijurídica (salvo que obre una causal de disculpa o inculpabilidad).

Don Lorenzo Morillas Cueva señala: “B) Por último, no parecen existir excesivas dudas para admitir en el Derecho español el derecho-deber de examinar la orden. Para Rodríguez Devesa, en paralelo con la más actual doctrina, el subordinado tiene el deber de examen sobre los mandatos a él dirigidos para su obediencia, examen que ha de abarcar todos y cada uno de los requisitos de la orden, es decir, la competencia propia y la del superior, la relación de subordinación misma y si la orden está revestida de las formalidades legales que ha de revestir en el caso concreto y, además, si el cumplimiento de lo que se ordena constituye o no infracción”. El mismo autor continúa e indica: “Este reconocimiento, que compartimos, del poder del subordinado de examinar la orden, imprescindible en un estado democrático y de Derecho, tiene que situarse, no obstante, en sus justos términos. No se trata de que el inferior pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía administrativa, que, como hemos dicho, tiene carácter constitucional, sino de examinar, en todo caso, su legalidad. Debe de obedecer, pero no debe de obedecer órdenes delictivas. Ambas cosas son compatibles; lo contrario, como bien apunta Mir Puig, supondría la posibilidad de interrumpir constantemente el ejercicio de la función pública y trasladar la decisión acerca de las órdenes al subordinado”⁷.

Aun cuando concuerdo en términos generales con lo expresado por el catedrático español, parece útil hacer presente que no siempre es compatible el deber de desobedecer con el deber de examinar la orden. Y, precisamente el tema adquiere relevancia en esas zonas grises, a las cuales tan acostumbrado se encuentra el derecho. Por ello, en caso de conflicto ha de primar la representación. Si ello significa, como probablemente lo hará, un retraso en la satisfacción de la necesidad que el cumplimiento de la orden es el llamado a llenar, ha de aceptarse como un mal preferible a aquél que podría derivar en la comisión de la infracción.

El alcance de la potestad de examen ha dado lugar a diversas teorías.

Doctrina de la obediencia reflexiva o de la representación (remonstratio). Según esta teoría sobre el subordinado pesa el deber de examinar la orden y de representarla al superior en el caso que la estime ilegal. Frente a esta representación, el superior puede descartar la orden, en virtud de los fundamentos esgrimidos por el inferior, o reiterarla, en cuyo evento el cumplimiento del inferior se encontraría exento de responsabilidad criminal, pues se ha doblegado ante la insistencia de su superior, quien si debe enfrentar las responsabilidades criminales que deriven.

El inferior responderá penalmente en el caso de que cumpla la orden sin haberla debidamente representado, y lo hará por la falta a su deber de representación o *remonstratio*.

Esta tesis presta utilidad bajo el supuesto que el superior sólo pretende el

⁷ Morillas Cuevas, Lorenzo, “La exigencia de obediencia debida en la PANCP: Una continuidad discutible”, página 488.

cumplimiento de sus funciones para satisfacer las necesidades públicas, pudiendo en muchos casos errar; ante lo cual varía su orden frente a la advertencia echa por el inferior. En cambio, no es eficaz en el caso que el superior actúe de mala fe, con el sólo propósito de abusar de sus potestades para, mediante ellas, lograr la realización de un ilícito penal.

La obediencia reflexiva con su consecuencial poder-deber de representación del subordinado adquiere importancia. La función administrativa supone un cumplimiento oportuno e íntegro de las órdenes. Lo contrario significaría el enquistamiento y la esclerosis de la administración pública y del cuerpo militar. Pero estamos tratando de subordinados, quienes son sujetos de derecho dignos y poseedores de autonomía ética y no de meros objetos del derecho, llamados a ser simples medios para la satisfacción de las necesidades públicas, por lo que ninguna duda cabe en torno a que ellos pueden y deben examinar la licitud de los mandatos que se les imparten.

Doctrina de la legalidad formal (Laband). El derecho del subordinado de examinar la orden se reduce a sus aspectos formales; esto es, competencia del superior, la existencia de la relación jerárquica y el cumplimiento de las formas prescritas por la ley. No puede el inferior examinar el fundamento u oportunidad de la orden, esto es, su contenido.

De manera que el inferior que cumple con una orden formalmente válida aunque ilícita materialmente, se encontraría disculpado en su actuar.

Se critica por cuanto parece imponer el deber de obedecer sólo en función del acatamiento a las formas, lo que conlleva la imposición de cumplir órdenes antijurídicas.

Teoría de la legalidad formal y material (Mayer). Impone en el inferior el deber de examinar la orden, tanto en sus aspectos formales cuanto en su fundamento y oportunidad. El deber de obediencia nace únicamente cuando el inferior aprueba la orden, de conformidad al examen que realiza de ella. Por ello, jamás el deber de obedecer puede alcanzar la comisión de actos penados por la ley; en definitiva, el imperativo jurídico de servir no alcanza a la comisión de delitos.

De forma que si el inferior cumple una orden antijurídica ello no lo hará en base a un supuesto deber de obediencia, pues no existe tal relación jerárquica para la comisión de ilícitos.

Requisitos de la obediencia debida. Mención aparte merecen los requisitos exigidos por la doctrina para hacer operativa la exigente de la obediencia debida.

Considero que los requisitos para encontrarnos frente a la obediencia debida, en el evento que esta exigente o atenuante tuviere aplicación y legitimidad, son:

1. *Relación de subordinación con vigencia jurídica valedera.* No es posible concebir a la obediencia debida y su problemática sin una relación jerárquica de poder, reconocida por el derecho, que la haga procedente. Ella podrá darse en el ámbito militar, judicial, de funcionario públicos, doméstico, laboral, etc. Allí donde hay igualdad no existe la problemática relativa al deber de obedecer. Y esta relación debe ser reconocida y amparada por el derecho, por lo que, como dice don Mario Garrido Montt: “no puede invocarse como tal la subordinación que existe en la banda de delincuentes en relación a la jefatura de la misma”⁸.

2. *La relación jurídica de subordinación debe ser de derecho público.* Si bien es efectivo que las relaciones de subordinación se dan tanto en ámbitos privados como públicos, la exigente de la obediencia jerárquica sólo encuentra operatividad en el derecho público. Las relaciones de dependencia derivadas de vínculos comerciales, civiles, domésticos o laborales, no se encuentran incorporadas en la obediencia debida.

3. *Existencia de una orden.* En virtud de la relación jurídica valedera y reconocida por el derecho, el superior debe emitir una orden al subordinado, quien, en principio, deberá obedecer.

4. *Dicha orden debe encuadrarse, en forma aparente, dentro del ámbito de atribuciones del superior.* Se suele señalar que la orden debe recaer dentro de la competencia del superior y revestir las formalidades que el caso exija. Así, don Alfredo Etcheberry señala: “2) La orden debe referirse a las materias propias del servicio en el cual existe la relación jerárquica indicada; 3) El superior debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones, y 4) La orden debe estar revestida de las formalidades legales que correspondan, si las hay”⁹. De la misma opinión es don Mario Garrido Montt quien indica: “La orden impartida debe quedar dentro del ámbito de las funciones que crea la relación jurídica de subordinación y siempre que cumpla con las formalidades que le sean propias en cuanto a su extensión y comunicación”¹⁰. En mi opinión ello no es efectivo por cuanto ninguna autoridad tiene atribución valedera para perpetrar delitos u ordenarlos.

Entiendo por competencia la facultad derivada del ámbito de atribuciones de la autoridad para la dictación de órdenes dentro de una esfera determinada, con las formalidades que el caso exija. Ni la ausencia de competencia ni la falta de forma son requisitos necesarios para excluir la causal; en el evento que se estime que ella es procedente. Pues, de exigirse este requisito se estaría afirmando que la autoridad se encuentra facultada para dictar órdenes aun cuando éstas sean delictivas, lo que constituye un absurdo. Ninguna autoridad se encuentra facultada para derogar la ley.

Sigo, en este punto, la opinión vertida por don Enrique Cury quien expone: “Debe existir una *orden*. Esto debería implicar que entre quien imparte el mandato y quien lo cumple existe una relación jerárquica en virtud de la cual éste se encuentra obligado a acatar, dentro de ciertos márgenes y *respecto de ciertas materias*, las decisiones de aquél cuando, además, se le ha encomendado su ejecución satisfaciendo unas formalidades determinadas. Sólo cuando se dan tales presupuestos es posible hablar de una auténtica orden. En el caso que nos ocupa, sin embargo, se acepta excepcionalmente atribuir esa calidad a un mandato *que cae fuera de la esfera de competencia del superior*, pues es evidente que éste jamás se encontraría facultado para ordenar la realización de un injusto punible. Las restantes exigencias, en cambio, deben también concurrir. Así, puede discutirse la inexigibilidad por el cumplimiento cuando,

⁸ Garrido Montt, Mario, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, página 247.

⁹ Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Tomo I, página 239.

¹⁰ Garrido Montt, Mario, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, página 247.

durante el curso de la acción bélica, un oficial ordena formalmente a un subordinado que dé muerte a integrantes de la población civil porque su presencia obstaculiza el desarrollo de una maniobra estratégica; no si lo envía a ultimar a un enemigo personal con el fin de satisfacer propósitos vindicativos”¹¹.

De distinta opinión es don Santiago Mir Puig quien preguntado ante si es o no posible que algún órgano tenga competencia para dictar una orden antijurídica, se responde recurriendo a la doctrina alemana, la que ha elaborado una distinción entre la competencia concreta y la competencia abstracta, para indicar: “El Derecho no concede a nadie competencia *concreta* para dictar una orden antijurídica que constituya delito, porque la competencia concreta se refiere al concreto acto de que se trate. Para la competencia *abstracta* basta, en cambio, que el acto ordenado pertenezca a la *clase* de los que normalmente puede ordenar el órgano. Así, una sentencia injusta, pese a su ilegalidad en concreto, entra dentro de la clase de actos (sentencias) que puede realizar un Juez o Tribunal. Esta especie de competencia abstracta es la única necesaria para que una orden genere deber de obediencia. Deberá concurrir tanto en el que dicta la orden como en quien ha de cumplir”¹². Si bien en forma primaria resulta atractiva la teoría expresada por el tratadista español, e incluso puede no tener diferencias prácticas significativas, creo que debe desecharse por resultar perniciosa en su concepción y traer aparejados problemas políticos criminales. Si admitimos que hay competencias abstractas que autorizan la dictación de órdenes delictuosas se estaría dando un aura ficta de legitimidad a la orden, en base al cumplimiento de las meras formas, lo cual constituiría una nefasta señal.

Por lo anterior resulta más propio hablar de “*órdenes aparentes del servicio*”, expresión que deja en claro por una parte que ninguna autoridad se encuentra facultada para dictar órdenes que impliquen un atentado a bienes jurídicos penalmente protegidos, y por otra, que no toda orden ilícita cumplida autoriza para la utilización de la eximente de la obediencia debida, sino sólo aquéllas que *aparecen* como propias del servicio (sin serlo).

5. *La orden debe referirse a la realización de un hecho típico y antijurídico.* Ello por cuanto en el evento que el deber de dar cumplimiento con la acción típica encuentre su origen en la ley, nos enfrentamos a un caso de cumplimiento del deber, el cual justifica la conducta.

6. *El inferior no debe obrar coaccionado ni errado.* Si el inferior actuara coaccionado o errado nos enfrentamos a causales de justificación que deben operar de manera prioritaria a la obediencia debida. Don Enrique Cury, respecto a la coacción señala: “El inferior no debe obrar coaccionado, sino *tan sólo* imperado *por el mandato antijurídico*. Los efectos excusantes de la coacción operan también con prioridad a los del cumplimiento de órdenes ilícitas, pues éste ha de ser concebido siempre como una causal de inexigibilidad de *ultima ratio*”¹³. Asimismo, ya referido al error nos dice que: “El inferior debe cumplir la orden *a conciencia de su tipicidad y antijuridicidad*, pues si en el

¹¹ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 95.

¹² Mir Puig, Santiago, “Derecho penal”, página 431.

caso concurren los presupuestos de un *error* de cualquier clase, sus efectos eximentes prevalecen sobre los de la causal de inexigibilidad. Así, la expresión “que tienda *notoriamente* a la perpetración de un delito”, empleada por los arts. 214 y 335 del C. de J.M., ha de ser entendida en sentido concreto: el carácter delictuoso del hecho tiene que ser “notorio” para el subordinado “aquí y ahora”¹⁴.

7. *Que lo ordenado no aparezca manifiestamente como ilícito.* Sobre este requisito don Mario Garrido señala: “Que no aparezca manifiestamente como ilícita, que su contrariedad con el derecho no sea evidente, pues de no ser así podría entrabarse la administración al quedar el subalterno facultado para no acatar la orden por la simple duda que se le pueda plantear sobre su legalidad”¹⁵. Conuerdo con la conclusión pero no con el desarrollo de la opinión citada; ello por cuanto el derecho no puede admitir obediencia alguna para excusar penalmente actos que, a todas luces, son claramente contrarios al ordenamiento jurídico. Pero, a dicha conclusión se arriba por la concepción de Estado Democrático y de Derecho que hoy nos rige y no por las posibles “dificultades” que podría entrabar a la administración la negativa del subalterno.

Si existe un subalterno al que le merecen dudas la legalidad de la orden, el esclarecimiento de ellas es, con el retraso subsecuente que implica, preferible a velar por una celeridad en el cumplimiento de un mandato que puede significar un atentado contra un bien jurídico que goza de protección penal. Por otra parte, cabe destacar que si la orden es de manifiesta ilegitimidad excluye la posibilidad no sólo de obediencia debida sino también de error.

Sobre el punto don Hernán Montealegre señala: “La práctica de los tribunales de la segunda guerra mundial consistió en eximir de responsabilidad a los inferiores cuando la ilicitud del hecho ordenado no era suficientemente clara, y en condenarlos cuando se trataba de hechos manifiestamente inhumanos, como asesinatos y torturas. Según la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, para estos tribunales la cuestión decisiva era “si la orden, *ilícita* según el derecho internacional, por la que había obrado el acusado, era o debía presumirse conocida por éste como ilícita, o era claramente tan ilícita (“ilícita a simple vista”, para usar la expresión empleada por el tribunal en *High Command Trial*), o debía haber sido reconocida como ilícita por aquél. La *conclusión general* de un gran número de sentencias y de los dictámenes de los auditores de guerra de los tribunales británicos o del Commonwealth es la de que si la orden cae dentro de una o más de estas categorías, el acusado no puede entonces contar con la defensa de órdenes superiores”¹⁶.

Sobre este punto hay que decir que con esta afirmación estoy adhiriendo a la llamada “*teoría de la apariencia*”, en cuya virtud se estima que basta para que opere la

¹³ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 95.

¹⁴ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 95.

¹⁵ Garrido Montt, Mario, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, página 247.

¹⁶ Montealegre Klenner, Hernán, “La seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, páginas 363 y 364.

causal con que la orden no sea manifiestamente antijurídica. La otra posibilidad es adherir a la “*teoría de la nulidad*”, la cual estima suficiente para que opere la causal que la orden no sea nula de pleno derecho.

La “*teoría de la nulidad*” se funda en el deber de obediencia a que da origen, por regla general, las órdenes y en la denominada “*presunción de validez de los actos administrativos*”. De esta forma, sería obligatoria toda orden, excepto aquéllas que sean declaradas nulas. Por ende serían vinculantes, generando el deber de obedecer, las normas ajustadas a derecho e incluso las anulables, con independencia de su contenido.

La aplicación de dicha teoría obligaría a determinar previamente si el acto es o no nulo, porque tanto los actos nulos de pleno derecho, como los anulables, son ineficaces. Normalmente la declaración de nulidad del acto exige un proceso el cual requiere un desarrollo temporal. O sea, el acto se ejecutaría y después se discutiría, en sede jurisdiccional, la validez o invalidez del acto. Ello por cuanto la mayoría de los actos administrativos no son nulos de pleno derecho, sino anulables. Así, no serían vinculantes sólo aquellas órdenes que sean declaradas nulas, debiendo cumplirse hasta tanto la autoridad competente no decrete la nulidad, o la suspensión como medida precautoria o prejudicial precautoria. Y ello significa que la realización de la conducta típica ya se ejecutó. En cambio, si nos despojamos de las supuestas “*presunciones de legalidad*”, y por ende adoptamos la teoría de la apariencia en materia de obediencia debida, estamos exigiendo al subordinado una revisión y una actitud más acuciosa respecto de la revisión de la legitimidad de la orden. Y ello se condice con la autonomía ética y dignidad del subalterno, sujeto de derecho.

8. *El acto ordenado no debe constituir un delito de lesa humanidad.* Esto se tratará con mayor latitud en el capítulo pertinente. Por ahora basta con consignar que el respeto a los derechos fundamentales exige que la obediencia debida sea descartada como eximente para la responsabilidad penal; cuestión que encuentra fundamento positivo, como se verá.

9. *Que el inferior de cumplimiento con la representación cuando así lo exija la ley.* En ocasiones la disposición legal obliga al inferior a efectuar la representación si desea verse exento de eventuales responsabilidades penales derivadas de la realización de la orden, en cuyo evento ha de estarse a ella.

10. *No debe existir concierto previo del inferior para con el superior.* En este evento lo que existe es un caso de coautoría y no un mero cumplimiento de una orden. La relación desigual es obligatoria para la aplicación de la eximente, la cual desaparece, aun cuando en términos formales subsista, si existe concierto previo de los partícipes.

CAPÍTULO II. LA OBEDIENCIA DEBIDA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La primacía de la conciencia individual en orden a las exigencias de la disciplina cuando la orden dada por el superior jerárquico tiende a la comisión de un crimen, y,

especialmente, de un hecho calificado como tal por el derecho de gentes, el deber es de desobedecer. El mandato superior no vale ni como justificante, ni como excusa absoluta. Henri Donnedieuv de Vabres, juez del Tribunal de Nuremberg.

Conceptos y tesis en la materia. Al tratar los requisitos de la eximente de la obediencia debida anoté dos, a los cuales resulta pertinente volver: no debe ser una orden manifiestamente antijurídica y el mandato no debe constituir un delito de lesa humanidad.

Ello parece ser la mínima protección que ha de darse a los derechos fundamentales en su relación con la eximente de obediencia debida, conforme al espíritu de todo Estado de Derecho y Democrático.

Una aclaración previa. La mayor parte de la doctrina habla de delitos contra los derechos humanos, expresión poco feliz, pues la gran mayoría de los derechos revisten la calidad de ser humanos –salvo aquéllos de que son titulares las personas jurídicas–, por lo que resulta más propio denominarlos como derechos fundamentales o básicos, para hacer alusión a los de mayor significación para la humanidad. Sin perjuicio de ello, en este capítulo se hablará indistintamente de derechos humanos o fundamentales o básicos.

Entiendo por atentados a los derechos fundamentales todo acto u omisión de autoridad pública, constitutivo de infracción penal, que amenace, perturbe o prive al ciudadano de sus derechos básicos indispensables para su desarrollo. En este sentido, don Jorge Mera Figueroa señala: “Por violaciones delictuales de los derechos humanos se entiende aquí –conforme a su acepción técnica rigurosa- las infracciones penales contra dichos derechos cometidas por funcionarios públicos que obran como tales, abusando de sus cargos”¹⁷.

Por lo pronto resulta necesario señalar que el sujeto activo de los delitos contra los derechos fundamentales son únicamente los funcionarios públicos actuando en su calidad de tales. De manera que un atentado a los derechos básicos será constitutivo de violación a los derechos fundamentales en la medida en que la acción u omisión típica y antijurídica haya sido impetrada por un funcionario público y en uso de su calidad de tal. De forma que no constituirá violación a los derechos fundamentales el mismo hecho impetrado por un particular o, incluso, por un funcionario público sin uso de su autoridad ni abusando de su cargo, en cuyo caso estaremos frente a un delito terrorista u otra figura típica; mas no frente a un atentado a los derechos humanos.

Toda la normativa jurídica de un Estado de Derecho y Democrático debe estar informada por el respeto a los derechos fundamentales, no bastando el consignar –como suele pasar– un catálogo de derechos básicos de los ciudadanos; sino el establecimiento de medios efectivos de protección y de reparación, sanciones penales para los agentes, y su consignación como el límite a la soberanía y actuar estatal.

Lo último se encuentra expresamente consagrado por nuestra Constitución Política de la República en su artículo 5º, al disponer en su inciso 2º que: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de*

¹⁷ Mera Figueroa, Jorge, “Los delitos contra los Derechos Humanos en los Códigos Penales Latinoamericanos”, página 239.

la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Por lo que el funcionario público que atenta contra los derechos básicos de los ciudadanos no sólo lesiona a estos últimos, sino que además violenta la garantía constitucional citada; cuestión que no ocurre en el caso que la acción u omisión hubiere sido efectuada por un particular.

No obstante, la cualidad distintiva de los atentados a los derechos fundamentales no está constituida por el sobrepaso a la garantía constitucional de la limitación al poder estatal; sino el que una autoridad, en flagrante contradicción con el mandato otorgado por la ciudadanía, se violenta contra sus integrantes. Tratando de ser más claro, valga decir que la normativa penal ha de ser más rigurosa con el funcionario público que abusa de su autoridad que con el particular, por cuanto aquél tiene el deber de proteger y velar por los habitantes de la República, imperativo jurídico que no pesa sobre este último. Por ende, si el funcionario público transgrede un derecho fundamental no sólo atenta contra ese derecho específico y desconoce el límite a la soberanía que éstos significan, sino, lo que constituye su nota calificante derivada su gravedad, incumple con su deber de proteger y velar por la integridad física y psíquica de los ciudadanos; para lo cual debe promover los derechos de los habitantes de la República y, por cierto, abstenerse de atentar contra éstos.

Las autoridades tienen la obligación de proteger los derechos de la persona humana por lo que los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos humanos constituyen un abuso del poder que la ciudadanía les ha entregado, torciendo a la función pública. Como dicho elemento no se encuentra en el caso de las acciones u omisiones de los particulares que infringen derechos fundamentales, la represión y reproche penal debe ser mayor para el funcionario público que aquél de que es merecedor el particular que incurre en el mismo hecho material.

Esto debiera traducirse en un aumento de la penalidad, lo cual no siempre ocurre sino, por el contrario, la calidad de empleado público como sujeto activo muchas veces, aunque resulte absurdo, hace disminuir la sanción penal. Don Jorge Mera Figueroa nos dice: “Sin embargo, como se verá más adelante, este *mayor* desvalor no se refleja en la penalidad establecida para dichos delitos por varios de los códigos penales vigentes en Latinoamérica, en los cuales, paradójicamente, la calidad de funcionario público que abusa de su cargo, contrariando la misión de la administración pública, opera como una atenuante muy privilegiada de responsabilidad criminal, en lugar de determinar una sanción mayor que la asignada a los particulares, que sólo violan los derechos individuales de las víctimas”¹⁸.

Hechas estas precisiones previas, señale al inicio de este capítulo que la obediencia debida no puede ser válidamente esgrimida como eximente de responsabilidad penal en caso de violaciones a los derechos fundamentales, lo que sustento tanto por razones dogmáticas, de política criminal y positivas.

Razones dogmáticas. Repugna a la conciencia humana la idea de que la autoridad pueda incurrir en actos contrarios a los derechos fundamentales. Por ello, desde

¹⁸ Mera Figueroa, Jorge, “Los delitos contra los Derechos Humanos en los Códigos Penales Latinoamericanos”, página 247.

tempranas épocas del derecho occidental, se ha excluido a la obediencia debida como eximente de estos delitos. Así, por ejemplo, el Derecho Romano sólo autorizaba dicha causal de irresponsabilidad para los crímenes leves (*crimina leviora*), excluyéndola para los crímenes atroces (*crimina atrocía*).

Los autores suelen excluir a la obediencia debida frente al cumplimiento de una orden *manifiestamente ilícita*. Pues bien, no existen órdenes cuya ilicitud sea más manifiesta que aquélla que contiene un mandato que signifique un atentado a los derechos fundamentales. Por lo que no resulta posible escudarse en la recepción de una mandato para justificar estas acciones. En este evento la autonomía ética obliga no sólo a representar la orden sino a negar su ejecución, y ello por cuanto –a mayor abundamiento– el desvalor del eventual delito de desobediencia (cuya aplicación resulta en extremo dudosa en la especie) es considerablemente menor al que posee el cumplimiento de una orden atentatoria de los derechos humanos.

Razones político criminales. Un doble motivo político criminal existe para entender que debe rechazarse la obediencia debida como excusa frente a los delitos contra los derechos fundamentales.

Por una parte, admitir su aplicación constituiría una pésima señal acerca del compromiso del Estado respecto a la protección de los derechos humanos, los cuales hoy gozan de reconocimiento unánime en el mundo occidental.

Por otra, con normalidad las violaciones a los derechos fundamentales se dan por motivos de carácter político y, al hacer responsable sólo al superior, podría implicar que altas autoridades tendrían que responder –con exclusión de los directos ejecutores– las que, por gozar de fuero, deben ser desaforadas para enjuiciarlas, lo que implica que el proceso puede centrarse en el aspecto político y desdibujarse su aspecto fundamental, cual es la violación a los derechos fundamentales. Así lo hace notar don Antonio Quintano quien señala. “Entonces y siempre que se deje abierta la válvula de escape de la obediencia legal o jerárquica, la responsabilidad quedará diluida por el encadenamiento de órdenes y jerarquías, hasta llegar a la suprema del Jefe de Estado, a su vez protegido tradicionalmente por la excusa de su inviolabilidad, lo que valdría tanto como negar el derecho internacional penal”¹⁹.

De la misma opinión es don Jorge Mera Figueroa, al decir: “Por otra parte, debe repararse en que, en los casos más graves de violaciones a los derechos humanos motivadas en razones de carácter político, el superior responsable de las órdenes respectivas será normalmente el ministro del Interior, el cual debe ser previamente desaforado por el Congreso para que pueda perseguirse su responsabilidad criminal. La conversión, así operada, de una cuestión delictual, en un problema político, hace perder de vista la índole criminal del hecho y tiende a hacer prevalecer, en la decisión parlamentaria, consideraciones de conveniencia política ajenas a la dignidad de la persona humana y a las exigencias de una adecuada protección en contra de los atropellos a sus derechos. Como se comprende, dentro de semejante sistema político-institucional bastaría con que el gobierno contara con, o se procurara el suficiente respaldo en el Congreso para que las violaciones a los derechos humanos indicadas no

¹⁹ Quintano Ripollés, Antonio, “Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal”, página 180.

podrían sancionarse penal ni políticamente. Como se advierte, las consideraciones políticas en orden a mantener la estabilidad institucional prevalecen por sobre la dignidad de la persona humana”²⁰.

Razones positivas. Existe un conjunto de disposiciones que permiten descartar a la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal en los delitos constitutivos de violaciones a los derechos humanos.

1. Estatuto del Tribunal Militar Internacional para los juicios de Nuremberg. Establece en su artículo 8° 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”*. Cabe hacer presente que en el enjuiciamiento de los *“grandes criminales”* nazis determinado por el Acuerdo de Londres (de 08 de agosto de 1945) suscrito entre Estados Unidos, Gran Bretaña y la por entonces Unión Soviética (al cual adhirió posteriormente 19 países) –en donde se juzgaron tres tipos de delitos: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- también incluyó a los inferiores, respecto de los cuales –de conformidad con el Acuerdo- la obediencia debida podría considerarse una minorante, pero no los eximiría de responsabilidad por la ejecución de esos ilícitos.

2. Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. Adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU mediante la resolución 827, de 25 de mayo de 1993; contempla su artículo 7°, relativo a la responsabilidad penal individual, en cuyo cuarto numeral dispone: *“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 disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”*. El artículo 6° del Estatuto del Tribunal para Ruanda consagra una norma análoga.

3. Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En su artículo 5° establece que: *“El hecho de que el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la Humanidad haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de responsabilidad criminal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si así lo exige la equidad”*.

4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Establece un párrafo titulado *“Órdenes superiores y disposiciones legales”*, el cual está desarrollado por su artículo 33, que preceptúa:

“1.- Quien hubiere cometido crímenes 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:

Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate,

No supiere que la orden era ilícita; y

²⁰ Mera Figueroa, Jorge, “Los delitos contra los Derechos Humanos en los Códigos Penales Latinoamericanos”, páginas 255 y 256.

La orden no fuere manifiestamente ilícita.

2.- *A los efectos del presente artículo se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitos”.*

5. Proyecto de Código Penal Universal. Presentado a la Conferencia de Londres de 1950 por la *International Bar Association* 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”.*

6. 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”.*

7. 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 5º 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”.* De forma que le está vedado al funcionario encargado de hacer cumplir la ley alegar la obediencia debida como exclusión de su responsabilidad si el delito que se le imputa es un acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ya sea por acción (infligir o instigar) u omisión (tolerar).

8. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aplicable sólo para Francia. Dispone en su artículo 7º 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”.* De forma que la norma sanciona tanto al que haga ejecutar la orden arbitraria, como al subordinado que la ejecute.

9. 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”.*

10. 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 2º N°3 que: *“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”*. Y en el artículo 1º N°1 señala una definición de tortura: *“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”*

11. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Establece en su artículo 4º 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.

12. 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 6º 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”*. Esta norma resulta particular pues establece el negarse a cumplir la orden que tienda a producir la desaparición forzada por parte del subordinado no sólo como un derecho de éste, sino como una obligación, esto es, como un imperativo jurídico que pesa sobre el destinatario de la orden. La desaparición forzada de las personas es un atentado a los Derechos Humanos, cuestión que el Tratado en cuestión señala expresamente en su artículo 1 N°1, al disponer: *“Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.”*

13. 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”*. Actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de Chile.

Por todo lo anterior, la obediencia debida jerárquica no es una eximente válida para eliminar la responsabilidad penal del subordinado en caso de violaciones a los derechos humanos. De esta idea es don Hernán Montealegre, quien -ya en 1979- señalaba: *“El inferior puede encontrarse en una doble posición ante un crimen de guerra que ha*

cometido: o ha actuado por iniciativa propia o bajo órdenes superiores. En ninguno de los dos casos, sin embargo, la consideración por la responsabilidad del crimen se reduce al inferior”²¹.

No existen excepciones en el derecho de guerra. Ello lo afirmó por las Convenciones de Ginebra. Existen cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, que regulan el llamado “Derecho de guerra”. El Convenio 1, *Para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña*. El Convenio 2, *Para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar*. El Convenio 3, *Sobre el trato a los prisioneros de guerra*. Y el Convenio 4, *Sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra*. Un adecuado análisis normativo sobre la materia obliga a efectuar una distinción entre los conflictos de carácter internacional de aquellos que no revisten este carácter.

Conflictos internacionales. El artículo 49 del Convenio 1, relativo a las generalidades de las sanciones penales, dispone en sus incisos 1º y 2º que: “*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.*”

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”. Disposición idéntica se encuentra en los dos primeros incisos de los artículos 50 del Convenio 2, 129 del Convenio 3 y 146 del Convenio 4.

El artículo 50 del Convenio 1 determina cuales son las infracciones graves, al ordenar: “*Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente*”. Disposiciones similares –con variaciones típicas– se encuentran en los artículos 51 del Convenio 2, 130 del Convenio 3 y 147 del Convenio 4.

A la luz de las normas citadas resulta indubitado que son responsables criminalmente tanto quienes “*hayan cometido, o dado orden de cometer*”, alguna infracción grave, esto es, un delito de lesa humanidad.

Conflictos no internacionales. El artículo 3º, norma común a todos los Convenios, estipula una disposición para el caso de conflictos sin carácter internacional, el cual ordena: “*En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el*

²¹ Montealegre Klenner, Hernán, “La seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, página 362.

territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

Estas garantías establecidas para el caso de conflictos sin carácter internacional no pueden ser desconocidas bajo ninguna circunstancia.

De manera que resulta preciso concluir que no existen excepción que permita alegar una exención de responsabilidad criminal por el hecho de haber actuado por orden alguna en caso de conflicto bélico, ya se trate de carácter internacional o interno.

La obediencia debida como atenuante en caso de violaciones a los derechos fundamentales. La aplicación de la obediencia debida en estos casos como minorante –modelo que estableció el Estatuto para los juicios de Nuremberg y que se repitió para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda- aparece como atractiva, en el entendido de establecer una menor pena para el inferior que aquella de que se hace acreedor el superior, ya que si bien ambos –superior mandante e inferior ejecutor- tuvieron el control del delito, sus ámbitos en la dirección parecen del todo diversos y, por ende, no parece razonable efectuarles el mismo reproche. Por lo demás, estaríamos frente a una eximente incompleta, por lo que la aplicación de ésta como atenuante no resultaría dudosa.

Los delitos de lesa humanidad suelen ocurrir en situaciones de quiebre institucional, en donde las garantías constitucionales se ven sino eliminadas, reducidas en forma

significativa. Una vez restablecida la normalidad orgánica y constitucional, los Estados se enfrentan a la siempre compleja situación para resolver la forma de enfrentar los graves atentados a los derechos básicos, ocurridos, generalmente, dentro de una política institucional.

Para tal fin, la búsqueda primaria es desentrañar la verdad. Lograr una reconstrucción histórica fidedigna es tarea que pesa sobre los jueces. Esta construcción fáctica resulta del todo necesaria tanto para la conciliación de los ciudadanos –si es que es posible–, pero, sobre todo, por cuanto los familiares y amigos de las víctimas necesitan saber, con certeza, que pasó con ellos. De otra forma es imposible cerrar el círculo humano con lo cual se les condena a una tortura anexa, a vivir con fantasmas. Para tal fin resulta imprescindible el establecimiento de políticas criminales claras que permitan el que los partícipes en los atentados a los derechos básicos relaten lo acontecido.

Bajo este prisma resulta pensable el establecer al instituto de la obediencia debida como una atenuante de la responsabilidad penal, la que puede inducir a muchas personas, ejecutores materiales de bajo rango, a relatar en sede jurisdiccional los hechos. De otra forma, quizá, esa verdad se entierre junto con ellos en sus tumbas.

No obstante todo ello, no debe perderse de vista que el establecimiento de la obediencia debida como atenuante de responsabilidad penal sería una concesión estatal, pues no existe obediencia alguna para cometer delitos de lesa humanidad. Se podrá pensar que ello resulta intrascendente, en función de la magnitud del problema que se pretende ayudar a resolver. Se podrá estimar, con validez, que la dogmática penal debe ceder frente a instancias como éstas; pues, al fin y al cabo, es sólo un instrumento más que debe ayudar al hombre.

Pero, a mi juicio, el tema es de la mayor importancia por cuanto el mensaje que se está enviando con el establecimiento de la obediencia debida como atenuante de responsabilidad criminal es de suyo pernicioso para la sociedad. El desarrollo de un pueblo es un proceso continuo, y las decisiones que se tomen en un momento determinado han de repercutir en el futuro. Al establecer la atenuación de responsabilidad criminal en función de un supuesto deber de obediencia se envía la señal, en extremo errónea, de que existen, al menos en forma parcial, mandatos vinculantes en orden a atentar contra los derechos básicos, lo cual significa un elemento más de riesgo para la repetición futura de acontecimientos como éstos.

Cuestión diversa es la impunidad por coacción, que en muchos casos se ha dado y, lamentablemente, con probabilidad seguirá presentándose. Pero en dicho evento resulta con plenitud aplicable la coacción, en la cual la relación jerárquica deberá considerarse un elemento más para que el juez del fondo estime que ella ha ocurrido.

Por todo lo expuesto, me inclino a pensar que el establecimiento como minorante de la obediencia debida en caso de violaciones a los derechos fundamentales, debe descartarse.

Primacía del Derecho Internacional en materia de derechos fundamentales. La prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno en materia de derechos fundamentales, encuentra un doble aspecto, por cuanto el Estado se obliga a concordar su legislación interna a las disposiciones internacionales, y, a su vez, los

individuos de los respectivos Estados nos encontramos ligados por las normas de derecho internacional referentes a los derechos básicos.

Lo normal será que ambas legislaciones sean concordantes, pero pueden ocurrir casos de conflicto en cuyo evento, tratándose de materias relativas a los derechos fundamentales, ha de primar el derecho internacional. Ello se traduce en que el sujeto activo de un atentado a los derechos básicos no podrá eludir su responsabilidad criminal en atención a una norma interna.

Dicha conclusión, por cierto, resulta con plenitud aplicable a la obediencia debida. Según relata don Hernán Montealegre el Tribunal Internacional de Nuremberg se pronunció sobre la materia pues “estableció al respecto: “La misma esencia de la Carta (o estatuto constitutivo del Tribunal) consiste en que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden sus obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado particular. Aquel que viola las leyes de la guerra no puede alcanzar la inmunidad al actuar bajo la autoridad del Estado si es que el Estado, al autorizar el acto, se ubica fuera de su competencia bajo el derecho internacional”. El Tribunal, como se observa, declaró la responsabilidad internacional por los crímenes de guerra no sólo en aquellos casos en que el individuo los ejecuta como persona particular, sino incluso en los casos en que actúa como órgano del Estado y por tanto su conducta, en cuanto acto de Estado, es imputable a este último y no a él personalmente. Esto implica que, tratándose de crímenes de guerra, la doctrina del acto de Estado se subordina a la norma de la responsabilidad individual del actor, de mayor relevancia en la materia. Al estar en juego una norma internacional de carácter penal en la que los derechos más fundamentales de la persona humana estaban comprometidos, el Tribunal descalificó el propio derecho constitucional del Estado de los acusados y afirmó la primacía de la responsabilidad absoluta del individuo ante el derecho internacional en materia de crímenes de guerra frente a cualquier otra doctrina de derecho internacional o interno, sea que la persona haya actuado por iniciativa propia, bajo órdenes superiores o como órgano del Estado”²² .

De igual posición se muestra partidario don Rodrigo Lledó al decir: “La obediencia legal, en el ámbito internacional, presenta la problemática de dos sistemas normativos en colisión, el internacional y el interno. En la justicia internacional ha sido frecuente que un determinado acto sea lícito para el Derecho interno de un Estado, y que a la vez, contradiga expresamente las normas de Derecho internacional. Sobre esta cuestión nos remitimos a lo expuesto al tratar el conflicto entre normas internacionales y normas internas. Pero, sea cual sea la solución que den los ordenamientos jurídicos nacionales, la justicia internacional ha sentado indefectiblemente la primacía de lo internacional sobre lo interno, al menos en lo que se refiere a la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales”²³ .

La primacía del derecho internacional en materia de derechos fundamentales no merece duda alguna entre nosotros pues el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política

²² Montealegre Klenner, Hernán, “La seguridad del Estado y los derechos humanos”, páginas 347 y 348.

²³ Lledó Vásquez, Rodrigo, “Derecho internacional penal”, página 97.

dispone: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

La soberanía se ejerce por los poderes públicos y por los ciudadanos en las votaciones populares. De forma que tanto el poder ejecutivo, legislativo y judicial se encuentran imperados por la norma constitucional. Su violación autorizaría a las víctimas a buscar el restablecimiento de sus derechos conculcados en sede jurisdiccional interna y, aun, internacional.

Cabe hacer presente que la norma constitucional fue incorporada a nuestra Constitución Política de la República el 17 de agosto de 1989, y no podría tener efecto retroactivo, sin perjuicio de que podrá llegarse a las mismas consecuencias jurídicas sin la norma en comento. Pero, resulta indudable a partir de 1989 la primacía del Derecho internacional humanitario en Chile, por lo que, cualquier disposición legislativa en materia de derechos fundamentales, así como toda decisión judicial, debe tenerla presente.

Jurisprudencia. Existe jurisprudencia que trata la obediencia debida en materia de violaciones a los derechos básicos.

a. Caso del Jaegerstab. El sujeto pasivo del juicio fue una entidad, el *Jaegerstab*, creada para aumentar los medios de producción de guerra –humanos y materiales-, siendo su jefe supremo el mariscal Milch. Fue juzgada el 16 de abril de 1947, por el Tribunal Norteamericano de Nuremberg (presidida por el *Justice Toms*). Los cargos fueron de crímenes de guerra y contra la humanidad, por el reclutamiento forzoso de trabajadores en los países ocupados, con sus consecuentes malos tratos. Sus defensores invocaron, antes que todo, la obediencia debida en virtud del *Führersprinzip*, y la ignorancia de los procedimientos en cuya virtud los reclutamientos se llevaban a efecto y los tratos que recibían en los campos. La organización como tal no recibió condena alguna, mientras que Milch recibió la pena de prisión perpetua. No tuvo aplicación la obediencia debida, y no se le condenó a la pena capital por no haberse acreditado en el juicio su consentimiento a los actos inhumanos perpetrados con algunos trabajadores, tales como experiencia médica de congelación, que la acusación fiscal le atribuía (extraído de páginas 442 y 443, “Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal”, Quintano R., Antonio).

b. Caso del atolón de Jaluit. Es otro caso en que interviene casi exclusivamente un Tribunal norteamericano, pero en el Extremo Oriente. El Tribunal se constituyó del 07 al 13 de diciembre de 1945, en la base naval de la isla de Kwajalem. Se acusó al almirante japonés Masuda –quien no compareció por haberse suicidado- y a los tenientes Yoshima, Kawachy y Tanaka, junto a otros subordinados, de haber asesinado a tres aviadores americanos que hicieron un aterrizaje forzoso en el atolón de Jaluit, violando las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra y de La Haya. El tribunal condenó a la pena de ahorcamiento a los 3 oficiales inculcados, rechazando las excepciones de incompetencia, ausencia de legalidad y obediencia debida, alegadas en su defensa (extraído de página 445, “Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal”, Quintano R., Antonio).

c. *Caso del Pelleus*. El barco griego *Pelleus* fue torpedeado la noche del 13 a 14 de marzo de 1943, por el submarino U-852. El capitán Eick y cinco marinos más fueron acusados por el hecho, y, especialmente, por haber ametrallado desde la torrecilla del submarino a los náufragos, ataque del cual sólo sobrevivieron tres marinos. El caso es muy similar al del torpedamiento de los barcos *Llandoverly Castle* y *Dover Castle*, en la primera guerra mundial, juzgados por el Tribunal Supremo de Leipzig, de conformidad a las normas internas del derecho alemán. Pero, esta vez, la rigurosidad fue mucho mayor, siendo condenados a muerte los 3 oficiales de mayor grado, y a penas de prisión perpetua o de 15 años, los restantes inculpados. El disímil criterio del derecho alemán al del derecho internacional –frente a casos muy similares- encuentra su base en que los elementos de ausencia de tipicidad y justificación de obediencia debida, que tienen gran importancia en el derecho interno germano, no son considerados de igual forma en el derecho internacional humanitario (extraído de página 447 y 448, “Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal”, Quintano R., Antonio).

d. *Caso del Comando Supremo, juzgado por el Tribunal Militar de los Estados Unidos con sede en Nuremberg (1948)*. Se juzgó a los miembros del Comando Supremo Alemán, por haber participado en “atrocidades y delitos” contra prisioneros de guerra y civiles, entre los que se incluían: “homicidio, exterminio, maltrato, tortura,...asesinato de rehenes,...devastación no justificada por la necesidad militar...”.

Entre las excepciones opuestas por la defensa estuvo la obediencia debida, y el Tribunal al tratarla comenzó transcribiendo el parágrafo 4 b del artículo II del Consejo de Control: “b) El hecho de que alguna persona haya actuado obedeciendo una orden de su gobierno o de sus superior, no lo libera de responsabilidad por la comisión de un delito, pero puede ser considerado como un atenuante”.

La defensa señaló que los únicos responsables por las materias de las acusaciones eran el Estado o su líder, a lo que el Tribunal señaló: “... constituiría un total desprecio por la realidad y una mera ficción jurídica decir que sólo el Estado, un ente inanimado, puede ser culpable, y que no se puede atribuir culpabilidad a sus agentes, en su carácter de seres vivientes, que han planeado y ejecutado sus delitos. Tampoco puede aceptarse, ni aun bajo una dictadura, que el dictador –por más absoluto que éste sea- se convierta en el chivo expiatorio sobre el cual todos los pecados de sus subordinados quedan lavados y que cuando aquél se refugia en un “Bunker” donde es presumiblemente destruido, todos los pecados y la culpabilidad de sus subordinados se destruyen con él. Los acusados, en este caso, se encontraban en una posición difícil de recibir órdenes obviamente delictivas, pero no puede reconocerse como defensa la obediencia servil de órdenes claramente delictivas, debido al temor de algún inconveniente o castigo que no constituían una amenaza inmediata. Para establecer la defensa de la coacción o del estado de necesidad ante el peligro, debe probarse la existencia de circunstancias tales que un hombre razonable se habría dado cuenta que estaba en tal inminente peligro físico de tal forma que se viera privado de elegir el bien y no cometer el mal. No se ha probado que tal circunstancia haya existido en el caso. Por otra parte, no es un concepto nuevo que las órdenes superiores no constituyen una defensa respecto a la conducta penal. El art. 47 del Código Penal Militar Alemán, adoptado en 1872, decía lo siguiente: “Si a través de la ejecución de una orden en asuntos de servicio, se violase una ley penal,

entonces sólo es responsable el superior que dio la orden. Sin embargo, le corresponde al inferior que obedeció la pena del partícipe cuando: 1) se hubiera excedido en la orden por él recibida, o 2) tuviese conocimiento que la orden del superior correspondía a una conducta que tenía como objetivo la comisión de un crimen o delito civil o militar....”.

El Tribunal determinó que si bien era cierto que los procesados no estaban en condiciones de determinar la legitimidad de muchas órdenes recibidas, no era menos cierto que: “... ciertas órdenes de la *Wehrmacht* y del ejército alemán eran obviamente delictivas, no era necesario un asesoramiento político para determinar la ilegalidad de tales órdenes. Bajo cualquier patrón de las naciones civilizadas eran contrarias a las costumbres de guerra y a los patrones aceptados por la humanidad. Cualquier oficial con mando, de inteligencia normal, debe ver y comprender su naturaleza delictiva. Toda participación en implementar tales órdenes, tácitamente o de otra manera, cualquier aceptación silenciosa en su cumplimiento, llevada a cabo por su subordinado, constituye un acto criminal por su parte...”. (Extraído de páginas 320 y 321, “Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Sancinetti Marcelo, apéndice documental).

e. Caso Eichmann, juzgado por la Corte de Distrito de Jerusalem (1961). Sobre la obediencia debida el Tribunal resolvió que: “... La característica distintiva de una «orden manifiestamente ilegal» tendría que flamear como una bandera roja encima de la orden como una advertencia que dice «prohibido». Aquí no interesa la ilegalidad formal, oculta o semiocultas, ni la ilegalidad que sólo es discernible a los ojos de un experto legal, sino una violación flagrante o manifiesta del derecho, una ilegalidad definida y necesaria que aparece sobre la faz misma de la orden, el carácter claramente distintivo delictivo de la orden o de los actos ordenados, una ilegalidad que salte a la vista y que repugne al corazón, siempre y cuando el ojo no sea ciego ni el corazón pétreo o corrupto esa es la medida de «ilegalidad manifiesta» que se requiere para liberar al soldado de su obligación de obediencia y hacerlo penalmente responsable de sus actos...”.

Asimismo, el Tribunal desechó la excepción opuesta por la defensa de Eichmann, en torno a que había actuado coaccionado por sus superiores: “... Si bien el acusado mostró una obediencia propia de un buen nazi, y miembro de la SS, a los cuales se les inculcaba una obediencia total y rígida, ello no significa que llevó a cabo sus órdenes únicamente porque se lo habían ordenado. Por el contrario, cumplió con sus deberes en todos los casos, también con convicción interna, de todo corazón y gustoso...”. (Extraído de página 322, “Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Sancinetti Marcelo, apéndice documental).

f. Corte Suprema de Israel (1962). Recibido el caso en apelación el Tribunal se refirió a la obediencia debida y al problema que se suscita en el subordinado en orden a cumplir con lo mandado: “... No es fácil para nadie, menos aún para el soldado de escasa educación, decidir si una orden dirigida a él es razonablemente necesaria para sofocar un disturbio... La solución intermedia que otorga el derecho penal general en este país –de acuerdo a la trascendencia del derecho inglés- es que tal excepción es admisible cuando existió obediencia a una orden no manifiestamente ilegal...”.

En lo relativo a la coacción el Tribunal señaló: “... la amenaza, empero, debe ser inminente, real e inevitable... El *test* que debe aplicarse es si el subordinado actuó bajo

coacción o si el mismo aceptó el principio involucrado en la orden. Si la segunda proposición es correcta, la excusa de la orden superior fracasa... Cuando la voluntad del actor se confunde con la voluntad del superior, en la ejecución de un acto ilegal, el actor no puede argumentar haber actuado bajo coacción de órdenes superiores...”. (Extraído de páginas 322 y 323, “Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Sancinetti Marcelo, apéndice documental).

g. Instrucciones del Juez Militar en el caso “Calley” (1971). El teniente Calley fue juzgado por un Tribunal Militar por la masacre de civiles en la aldea vietnamita de *May-Lai*. Sobre la obediencia debida se dijo: “A los soldados se les enseña a obedecer órdenes, y se le presta especial atención a la obediencia de órdenes en el campo de batalla. Por otro lado, la obediencia del soldado no es la obediencia de un autómatas. Un soldado es un agente racional, que está obligado a responder, no como una máquina, sino como una persona. El derecho tiene en cuenta estos factores al determinar la responsabilidad penal por actos realizados en cumplimiento de órdenes ilegales. Los actos del subordinados hechos en cumplimiento de una orden ilegítima dada por sus superior quedan excusados y no le imponen responsabilidad penal, a menos que la orden del superior sea de tal naturaleza que una persona de sentido y entendimiento normales se hubiera dado cuenta, teniendo en cuenta las circunstancias, de que la orden era ilegal, o que el acusado sabía perfectamente que la orden era ilegal...”. (Extraído de página 323, “Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Sancinetti Marcelo, apéndice documental).

h. Tribunal Supremo Alemán, Sala Penal, 1952 (BGH St. 2, 234). Dos funcionarios del régimen nazi, que colaboraron en el transporte de miles de personas hacia campos de exterminio donde eran asesinadas, fueron juzgados. Alegaron en su defensa los acusados haber actuado en cumplimiento de disposiciones legales que ordenaban la detención de “enemigos del Estado”.

Sobre ello el Tribunal señaló lo siguiente: “En la conciencia de todos los pueblos civilizados existe, a pesar de las diferencias que muestran los específicos ordenamientos jurídicos nacionales, un claro núcleo fundamental del derecho el cual, conforme a una convicción jurídica general, no puede ser violado por ninguna ley ni por ninguna otra medida de la autoridad estatal. Comprende determinados principios fundamentales, el comportamiento humano, considerados inviolables, los cuales se han venido formando a lo largo del tiempo sobre la base de convicciones éticas fundamentales y que son jurídicamente vinculantes, sin importar que existan disposiciones específicas de los ordenamientos jurídicos nacionales que parezcan permitir su desconocimiento...Las disposiciones legales que de ninguna forma tienen como objetivo la justicia, que niegan conscientemente el concepto de igualdad y desprecian claramente las convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos civilizados, que se relaciona con el valor y la dignidad de la persona humana, no crean ningún derecho y una conducta realizada conforme a aquéllas sigue constituyendo un injusto en aquellos casos de violaciones evidentemente groseras contra los principios básicos de justicia y humanidad; no sólo debe negarse la legalidad de las medidas estatales: la grosería y lo evidente de la violación será también un seguro indicio de que aquéllos, que ordenaron, ejecutaron o promovieron las órdenes, actuaron con conciencia de su antijuridicidad... En un estado

que tiene aparentemente como objetivo servir a la justicia y respetar la dignidad y el valor de la persona humana, se estará lejos de creer que sus normas legales y disposiciones puedan contradecir los principios de igualdad y humanidad...”.

En un fallo posterior (1964) el mismo Tribunal desechó la excepción basada en el error acerca de la legitimidad de las órdenes para la matanza de civiles indefensos: “...Él sabía, a pesar de su largo adoctrinamiento en la SS, que estaba dirigido al aprendizaje en la obediencia ciega, que no toda orden es «sagrada» y que no toda orden del líder nazi obligaba a la obediencia incondicionada, sino que el deber de obediencia tenía un límite. Aun frente a Hitler, Himmler u otro líder nazi, fijado por la ley y la moral y que a tales órdenes, que estaban tan evidentemente en contradicción con toda moral humana y todo orden jurídico –como es el caso aquí de la orden de matar-, se les debía negar obediencia si es que no deseaba colaborar en forma conciente en un delito...”. (Extraído de páginas 323 y 324, “Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Sancinetti Marcelo, apéndice documental).

i. Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, 1952 (BHG St. 2, 251). Se acusó a integrantes de la SS de haber asesinado a cuatro civiles en cumplimiento de una orden del superior. El Tribunal rechazó la eximente de la obediencia debida, y señaló: “...El derecho penal no conoce una causal de exculpación, basada en la ciega obediencia y no la puede reconocer ya que, de tal forma, renunciaría a los fundamentos de la responsabilidad del ser humano como persona. Aun el mismo juramento nazi a la bandera... el cual obliga a los soldados a una obediencia incondicional respecto de Hitler, no eliminó la excepción obligatoria del parágrafo 47 del Código Penal Militar. Aun cuando el juramento de la SS y la pertenencia a aquéllas estableciese la obediencia ciega, ello sería jurídicamente irrelevante. Quien se somete voluntariamente a una voluntad ajena, sigue siendo penalmente responsable. Los códigos penales militares de casi todos los estados muestran que las condiciones militares no justifican una eliminación, sino tan sólo una restricción de la responsabilidad del subordinado. El parágrafo 47 del Código Penal Militar alemán aplicaba al subordinado la pena del partícipe cuando aquél ejecutaba una orden del superior que reconocidamente estuviese dirigida a la comisión de un crimen o delito. En el ámbito del derecho anglosajón, últimamente, sólo disculpa el no haber podido reconocer la antijuridicidad... Los acusados se remiten así en vano a un supuesto derecho especial de las SS para ellos, sólo sería de aplicación el parágrafo 52 del Código Penal y de ninguna manera el parágrafo 47 del Código Penal Militar. En el mejor de los casos la orden podría tener alguna relevancia en tanto aquélla contuviese una amenaza que involucrara un peligro mortal o corporal. De acuerdo a las constancias del juicio la orden no pertenecía a esa categoría. Los acusados no se encontraban, así, en estado de necesidad de acuerdo a la convicción del tribunal de grado. Tal como éste lo ha comprobado, los acusados no tenían que temer un peligro de muerte o corporal si se rehusaban a cumplir la orden. Tal temor no fue expresado entre ellos y tampoco a terceros y la participación no fue prestada como consecuencia de aquél, sino que ejecutaron la orden –reconocida como antijurídica- debido a que la consideraban vinculante en su condición de integrantes de la SS y de nazis convencidos. Ello no constituye un estado de necesidad, sino un accionar responsable motivado en una ciega obediencia voluntaria por propia responsabilidad”. (Extraído de páginas 324 y 325,

“Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial”, Sancinetti Marcelo, apéndice documental).

En resumen, de conformidad a las razones dogmáticas, político criminales y positivas esgrimidas con anterioridad, con el apoyo jurisprudencial, no cabe sino concluir que no tiene aplicación alguna la obediencia debida como causal exculpante en caso de violaciones a los derechos humanos. Lo contrario significaría entender que es más relevante el interés de la autoridad de turno que los derechos esenciales de los habitantes de las Repúblicas, lo cual es -a todas luces- absurdo, inmoral, ilícito y contrario al derecho positivo vigente.

CAPÍTULO III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Requiere conciencia e intelecto conocer cuando, la virtud de la obediencia, debe ser sustituida por la virtud de la desobediencia. Miguel Ángel Mejía Linares, Teniente de Navío, La obediencia debida.

Planteamiento. El punto más controvertido y polémico sobre la materia es aquél que busca determinar la naturaleza jurídica de la obediencia debida. Ello encuentra un doble motivo; por una parte en virtud de la concepción dogmática que se tenga al respecto y, por otra, en razón de las consecuencias prácticas que dicha calificación produce.

En forma previa, cabe recordar un distingo. Al tratar la naturaleza jurídica de la eximente me remito a analizar aquella exención o atenuación de responsabilidad derivada de la ejecución de órdenes delictuosas. El cumplimiento dañoso de órdenes lícitas se considera una causal de justificación, y sobre ello no existe discusión alguna encontrándose conteste la doctrina.

En cuanto a la concepción dogmática, el derecho romano sólo autorizaba la eximente de la obediencia debida para los crímenes leves (*crimina leviora*), excluyéndola para los crímenes atroces (*crimina atrocía*). Ello llevó a que en la Edad Media se tratara de establecer una enumeración de los crímenes atroces en los cuales la excusa por obediencia debida resultaba improcedente. Nuestro moderno derecho penal trajo el advenimiento de la teoría del delito, lo que ha hecho que se trate de encuadrar la eximente en estudio en algunos de los elementos de éste, pudiendo distinguirse entre aquellos que apuntan a la acción, los que estiman el actuar justificado y los exculpacionistas.

De ahí, pues, que deriven las diversas consecuencias prácticas. En síntesis, si el actuar del subordinado se encuentra justificado, es proscrito para la víctima la posibilidad de la legítima defensa. Asimismo, no existirían reparaciones de carácter civil. Ambas consecuencias se revierten en el evento que se estime que es una causal de exculpación de la responsabilidad criminal.

En las páginas siguientes se explicarán y analizarán las soluciones principales que la

doctrina ha dado a la interrogante acerca de la naturaleza jurídica de la obediencia debida, sus consecuencias prácticas, para finalmente, tomar posición al respecto.

I. Teoría que explica la ausencia de responsabilidad penal por atipicidad.

a. Teoría de la falta de acción o autoría mediata. El elemento básico del delito es la acción u omisión final. Ello implica que debe tratarse de un acto humano voluntario y consciente. Hay quienes piensan que la obediencia debida, en aquellos casos en que el subordinado no puede representar la orden –lo que puede ocurrir en ámbitos militares donde la verticalidad es mayor–, es una causal de exclusión de la acción pues habría un “*traslado de la relación imputativa*”. La orden anularía la voluntad, por lo que malamente podría ser responsable criminalmente del resultado dañoso. Así, el inferior no ejecutaría acción alguna sino que sólo sería un medio utilizado por el superior.

Esta es la doctrina sustentada por don Sebastián Soler al decir: “Como consecuencia de ello, el efecto que debe acordarse a la existencia de una orden que debía ser cumplida sin examen consiste en el traslado de la relación imputativa, es decir el *desplazamiento de la acción*, la cual debe ser directamente atribuida, como en el caso de la violencia, a quien impartió la orden jurídicamente irrecusable”²⁴.

Yerra esta teoría –hoy abandonada– por cuanto no resulta aceptable excluir la acción, porque quien obedece actúa y ello es indubitado, tanto por la realidad de los hechos, cuanto porque no resulta coherente con la dignidad humana el señalar que el subordinado es un ser que no acciona al obedecer, en aquellos casos en que no se encuentra facultado para examinar la orden.

De forma que no cabe más que desechar la teoría expuesta por cuanto no es posible afirmar que la situación del subordinado sea asimilable a la del instrumento de que dispone el agente. El elemento primero del delito es la acción u omisión final, el que no es posible descartar en virtud de la obediencia jerárquica, porque si bien la voluntad del inferior se ha visto, de cierta manera, torcida, no es admisible postular que ella no exista.

Con facilidad se comprende que no es asimilable equiparar, por ejemplo, a un militar o un funcionario público que obra en virtud de órdenes, quienes pueden no desear actuar, a la actividad de un sonámbulo o a los actos reflejos de toda persona, quienes no conocen ni quieren actuar.

A mayor abundamiento, esta teoría no se encuentra en concordancia con la concepción de un Estado liberal con sujetos responsables, actualmente vigente en el mundo occidental. Sólo una idea de un Estado autoritario podría explicar el considerar a los hombres como meros instrumentos carentes de voluntad por el simple hecho de pertenecer a una organización con poderes de mando.

II. Teorías que explican la ausencia de responsabilidad penal por falta de antijuridicidad.

a. Teoría del conflicto de deberes. Algunos autores ven en la obediencia debida un problema de conflicto de deberes que pesa sobre el subordinado; entre aquel que obliga a cumplir los mandatos impartidos por el superior, y el que impone abstenerse de ejecutar

²⁴ Soler Sebastián, “Derecho penal argentino”, página 262.

ilícitos penales.

En esta postura son distinguibles dos vertientes. Una considera que el subordinado debe decidir en función de la apreciación valorativa concreta a que se encuentra enfrentado; valoración que le otorga el ordenamiento jurídico. La otra estima que el deber que obliga a ejecutar las ordenes es específico y, por ello, preferencial.

a.1. Resolución axiológica. El obedecer implicaría la realización de una acción típica, pero, el desobedecer la orden implicaría la comisión del delito de desobediencia. En dicho evento, el destinatario del mandato de contenido delictuoso debe preferir aquella solución que, a la luz del ordenamiento jurídico, ofrezca un menor juicio de desvalor.

Explicando esta posición don Marcelo Sancinetti señala: “Por consiguiente, desde *su* posición, el ejecutor actúa justificadamente en la medida en que la antijuridicidad de la orden no le sea manifiesta y el acto a ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia, en las circunstancias del caso. Si le caben dudas sobre la ilicitud, él tiene el derecho de ampararse en la presunción general de legitimidad del acto administrativo, aunque estime a la orden posiblemente ilícita. Naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere, de desobedecer la orden, pero, en este caso, se expone a que el juez que posteriormente revise su desobediencia no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su ilegitimidad”. Para continuar: “En este caso, al tratarse de una colisión de deberes (delinquir por comisión, o delinquir por desobediencia), tienen que entrar en consideración las mismas reglas de ponderación de bienes jurídicos que rigen en cualquier estado de necesidad”. Para concluir que: “Naturalmente, una explicación como ésta, condicionada a que la orden no sea manifiestamente ilegítima, ni implique cometer un hecho más grave que la gravedad que tendría una desobediencia, establece límites difusos, demasiado fluidos, al ámbito de justificación, como para resolver con seguridad los casos ubicados cerca de la zona de penumbra. Pero se trata de una incertidumbre propia de la complejidad del problema, y que existe también, por lo demás, en todo caso de conflicto entre bienes o deberes jurídicos de cualquier clase”²⁵.

Tiene la teoría descrita la virtud de evitar el intento de utilizar la eximente para aquellos casos de delitos de mayor relevancia social, entre los cuales destacan, por cierto, los delitos contra los derechos fundamentales tratados con anterioridad, y no sólo ellos, sino todos aquéllos que tengan un desvalor mayor que aquél que el ordenamiento jurídico respectivo señale para el delito de desobediencia. Ello por cuanto una vez determinada la antijuridicidad, en el caso concreto, habrá que estarse a lo que establezca la escala axiológica que brinda el ordenamiento jurídico, en términos tales que el funcionario civil quedaría justificado sólo respecto de aquellos delitos que presenten una menor penalidad que aquélla establecida para el delito de desobediencia o alguna otra figura típica, la cual será, de ordinario, de baja penalidad, lo que le otorga un margen de irresponsabilidad en extremo restringido; mientras que el militar tendría que tener siempre presente –antes de optar por obedecer– la pena establecida para el delito de desobediencia militar u otra figura típica semejante, la cual, con frecuencia, tendrá un desvalor mayor que el señalado para el civil, pero que, de todas formas, restringe la aplicabilidad de la eximente en estudio.

²⁵ Sancinetti, Marcelo, “Obediencia debida y constitución nacional”, páginas 469, 470 y 471.

a.2. *Preferencia al deber específico*. Otros si bien concuerdan en que en la especie habría un conflicto de deberes, presentan una solución del todo diversa, señalando que, en vista de la obligación específica del subordinado, imperativo jurídico que no pesa sobre el común de los ciudadanos, debe darle preferencia a este deber, en desmedro del general que obliga a no atentar contra bienes jurídicos con protección penal.

Don Santiago Mir Puig señala que el fundamento del deber de obedecer órdenes no manifiestamente antijurídicas se encuentra en las necesidades del funcionamiento de la administración pública y que la “*naturaleza dogmática* que tal *fundamento* confiere a la exigente de obediencia debida es la de *causa de justificación*. Ante una orden no manifiestamente antijurídica se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades de funcionamiento de la Administración pública que la ley resuelve a favor de las segundas. Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de *permitir* la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causa de justificación. Y no hay duda de que la ley no sólo disculpa sino que *permite* la lesión del bien jurídico cuando concurre obediencia debida, porque así se desprende de esta misma expresión legal (“la obediencia debida”) y de que cuando concurre, el desobedecer constituye delito (art. 369). Si la obediencia es “debida” ha de ser permitido y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá de *justificar* el hecho, y no sólo excluir la culpabilidad de su autor. Lo confirmaría el hecho de que el art. 20 CP no señale responsabilidad civil alguna para el que actúa en obediencia debida”²⁶.

Por ende, ante dos imperativos jurídicos contrarios que pesan sobre el subordinado, uno general, que obliga a abstenerse de incurrir en ilícitos penales y otro, específico, que lo obliga a ejecutar el mandato impartido por su superior o superiores, el inferior debe cumplir el segundo, dada la especialidad que le otorga el ordenamiento jurídico.

Según esta posición, el riesgo de la comisión de ilícitos, que se deriva del deber de cumplir las órdenes, es conocido y asumido por el legislador, el cual, dada la necesidad de satisfacer las necesidades públicas, justifica que el inferior cumpla los mandatos; pero no ocurre lo mismo con el superior, quien al ordenar la ejecución de una orden delictuosa –hecho diverso-, se colocaría al margen del derecho, debiendo asumir las consecuencias penales de su accionar.

A ambas teorías es posible efectuarle una objeción, consistente en una equivocada concepción del deber. No se vislumbran razones para estimar que exista el imperativo jurídico de cumplir órdenes antijurídicas, ni menos, por cierto, delictuosas. Si se tiene claridad meridiana sobre este punto, se verá que el pretendido conflicto resulta meramente artificioso. La única posibilidad es que el subordinado crea que pesa sobre él tal deber, en cuyo evento nos encontramos frente a un supuesto de error de prohibición del todo diverso a la obediencia debida.

De esta opinión es don Alfredo Etcheberry, al decir: “En nuestra opinión, debe rechazarse la idea de que la orden ilícita en que el superior insiste impone un deber jurídico de cumplirla, y ello, a pesar de las disposiciones que sancionan por delito de

²⁶ Mir Puig, Santiago, “Derecho penal”, páginas 437 y 438.

desobediencia en caso contrario. Veamos, para demostrarlo, la verdadera “aporía” que se produce en el caso siguiente. El jefe de un establecimiento penal ordena a un carcelero que dé muerte a un prisionero. El carcelero le representa la ilegalidad de la orden, pero el superior insiste en que la cumpla. El subordinado se encuentra entonces ante dos posibilidades: cumple la orden o no la cumple. Si no la cumple, de acuerdo con el Art. 252 debería ser sancionado por el delito de desobediencia; luego, es antijurídico que no cumpla la orden. Si la cumple, queda él exento de pena, pero responde criminalmente el superior, lo que demuestra que el acto en sí no está justificado, o sea, en último término, también es antijurídico que cumpla la orden. Esto es contradictorio, es una imposibilidad lógica. Luego, hay una de estas alternativas que no es antijurídica. Como no cabe duda, por las razones señaladas y por lo evidente del ejemplo, que el asesinato del prisionero es antijurídico, no cabe sino concluir que el incumplimiento de la orden no es antijurídico, y que en el caso, si el carcelero no la cumple, no incurre en responsabilidad penal alguna”²⁷.

Amén de lo anterior, las doctrinas del conflicto de deberes presentan problemas de carácter políticos criminales ya que al considerar a la eximente de la obediencia como una causal de justificación, se impide la legítima defensa y considera impune a los copartícipes de la ejecución de la orden, mientras que estima como merecedores de una sanción a quienes han ayudado a la víctima en la defensa frente a la ejecución de la orden.

b. Por cumplimiento del deber. Sobre esta teoría se tratará con mayor detenimiento en la parte relativa al derecho chileno, por ser una de las razones por las cuales la Comisión Redactora de nuestro Código Penal excluyó a la obediencia debida como eximente general de responsabilidad.

Sin embargo, baste apuntar –como ya está dicho- que el cumplimiento del deber se refiere a los mandatos ajustados a derecho, siendo el ámbito de aplicación de la obediencia debida las órdenes delictuosas, por lo cual debe desecharse esta teoría.

III. Teorías que explican la ausencia de responsabilidad penal por falta de culpabilidad.

a. Caso de aplicación de la teoría del error. El error es la equivocación o ignorancia sobre alguno de los elementos del ilícito penal. Existen en derecho penal dos tipos de errores, de tipo y de prohibición.

El error de tipo es aquél que recae sobre los elementos de éste, ya descriptivos o normativos. Así, por ejemplo, el sujeto desconoce la ajenidad de la cosa –verbigracia, toma entre muchos, un paraguas idéntico al suyo-, no incurriendo en el tipo de hurto; pues el error de tipo excluye el dolo. La obediencia jerárquica ninguna relación tiene con el error de tipo.

El error de prohibición, por su parte, es aquél que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad del actuar del agente. El sujeto tiene un concepto falso de la licitud de su accionar; cree que su comportamiento se conforma a derecho (bien porque estima que su conducta no es típica, o bien conociendo la tipicidad, supone que se encuentra

²⁷ Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Tomo I, página 241.

justificado), siendo que, en realidad, incurre en una acción u omisión típica y antijurídica. Es el caso de quien supone que puede ocupar cualquier medio, aun los violentos, para recuperar un bien que le ha sido arrebatado sin derecho.

Este actuar en la creencia errada de adecuarse al derecho hace que su culpabilidad se vea eliminada o atenuada, según las circunstancias; ya que el reproche o no existe o es menor al que se le efectúa a quien obra con conciencia de contrariar al ordenamiento jurídico. Es el error de prohibición el instituto en que algunos han encuadrado a la obediencia debida.

Quien primero vio la obediencia debida como un caso de error fue el jurisconsulto germano M. E. Mayer en la obra de 1908 *Der rechtswidrige Befehl*. A la fecha de su libro la doctrina dominante en torno a la obediencia jerárquica era aquella que estima que eliminaba la antijuridicidad de la conducta. Ante esto el autor alemán se rebela, como nos da cuenta don Joan Josep Queralt i Jiménez, al relatar: “A tal efecto, comienza por extrañarse, respecto de los partidarios de la causa de justificación, por la circunstancia de que éstos obran un *milagro*: lo antijurídico (la orden) se convierte en lícita (por el hecho de que la ejecute otra persona de buena fe). El que de la acción delictiva haya un responsable, el superior que dictó la orden, demuestra bien a las claras el que el hecho es antijurídico”²⁸.

Desvirtuada como causal de justificación, señala que la explicación se encuentra en sede de culpabilidad, siendo las causales de inculpabilidad la violencia y el error. Excluye la violencia por ser, en esencia, contrario a la exigente, por lo que concluye que la obediencia debida es una subespecie del error. El mismo autor citado con anterioridad, explicando la posición de don M. E. Mayer, señala: “En *resumen*, pues, para este autor, si la orden se ha impartido conforme a las normas de ejecución, el funcionario subordinado vendrá obligado a cumplirla. Si no conoce la ilegitimidad de la orden, quedará exculpado en base a error, por haber causado un resultado antijurídico, ante el cual podrá defenderse en legítima defensa el ofendido. Si está convencido de la ilegalidad material de la orden, por constarle el dolo o la imprudencia de su superior, no deberá cumplirla, pero correrá el riesgo que tal decisión comporta”²⁹.

El fundamento de la teoría de la obediencia debida como error de prohibición radica en que frente a la instrucción o insistencia del superior el inferior cree o estima que la orden es lícita. El accionar del inferior estaría justificado por cuanto actuó en la creencia de que la orden era ajustada a derecho; lo que se encuentra generalmente avalado por la presunción de legalidad de que gozarían los actos administrativos.

De esta opinión se muestra partidario don Luis Jiménez de Asúa, al decir: “Tocamos ahora un tema que esta hoy profunda y vivamente controvertido; pero que bien estudiado no es otra cosa que una especie de error esencial. En efecto, si el inferior jerárquico queda exento de pena por obedecer una orden del superior que viene en forma, pero que lesiona injustamente un derecho, es porque el subordinado cree –*erróneamente*– que se le manda un acto justo.”

²⁸ Queralt i Jiménez, Joan Josep, “La obediencia debida en el Código Penal”, página 325.

²⁹ Queralt i Jiménez, Joan Josep, “La obediencia debida en el Código Penal”, página 329.

“Pero cualquier código que se abra o cualquier tratado que se consulte –salvo el moderno de Mayer- clasifica la “obediencia debida” como causal de justificación. Contra este yerro, en que yo mismo incurrí, es preciso reaccionar. Cuando se descubre la verdad parece increíble que no nos haya sido antes revelada en su recta sencillez. Las causas de justificación se caracterizan por ser actos legítimos en que la antijuridicidad está ausente. Por eso los autores de tales hechos no son responsables ni en el área civil siquiera. El que mata a otro en legítima defensa perpetra un acto legítimo, conforme con la norma, y del cual nadie responde, ni criminal ni civilmente. Por eso es una causa de justificación. Imaginemos, en cambio, una hipótesis de obediencia jerárquica. Un juez, por venganza personal, ordena la prisión de una persona. Un policía la ejecuta por el mandato motivado del instructor competente. Nos hallamos ante *un delito*. No será responsable del atropello el agente de policía que obedece un mandato de correcta forma, pero responde el juez que lo manda con fines vengativos. El acto perpetrado en obediencia debida no es lícito, es antijurídico, y de él hay un responsable criminal y civilmente, el aludido juez. ¿Cómo afirmar, pues, que la obediencia jerárquica es una causa de justificación? Se trata de hechos que deben ser impunes para el agente que obedece porque aparecen como lícitos a su vista; pero que se miran como ilegítimos no sólo por el ofendido, sino por la misma sociedad. Esto tiene un nombre, como hemos dicho, y no es precisamente el de *causa de justificación*, sino el de *causa de inculpabilidad*, en cuyo justo sitio clasifica M.E. Mayer la obediencia debida”³⁰.

Esta doctrina tiene la virtud de eliminar la posibilidad de esgrimir la obediencia debida en caso de delitos de lesa humanidad, pues, si la orden es manifiestamente ilegítima es impensable la concurrencia de un error. No se podría válidamente alegar que se torturó o se secuestró infantes por la equivocada creencia de que lo mandado era lícito y que, a mayor abundamiento, la orden goza de una presunción general de validez.

No obstante ello, no resulta conceptualmente correcto estimar a la obediencia debida como un caso de error de prohibición. Para clarificar cabe hacer un distingo, entre el funcionario que cumple la orden con la errada idea de actuar conforme a derecho, de aquél que, no obstante tener plena conciencia de la ilicitud de lo mandado, actúa.

Si el inferior accionó en la errada creencia de actuar lícitamente, incurre en un error de prohibición. Sin embargo, en dicho evento no se vislumbra utilidad alguna para la alegación de la eximente de la obediencia debida, debiendo recurrir para su defensa al error de prohibición, de que todo ciudadano, y no sólo el inferior, puede invocar. Y el error –como señalé al tratar los requisitos de la obediencia debida-, prevalece por sobre la obediencia debida, por lo que ésta resultaría del todo superflua. Don Mario Garrido Montt señala: “En el cumplimiento de una orden antijurídica puede darse de parte del subalterno una situación de *error* que deberá ser tratado como tal. Así sucede si estima que es legítimo tanto substancial como formalmente el mandato que recibe, no siéndolo, o que su superior está facultado para ordenar la realización de un acto típico y antijurídico”³¹.

En cambio la teoría del error no explica los casos en que el cumplimiento de lo

³⁰ Jiménez de Asúa, Luis, “Problemas de derecho penal”, páginas 86 y 87.

³¹ Garrido Montt, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, página 247.

ordenado se realiza por el inferior, no obstante tener plena conciencia de su ilicitud; los cuales son, precisamente, a los que la eximente en estudio apunta. El problema se suscita cuando el subordinado no se equivoca respecto al carácter antijurídico de lo mandado, sino que acciona siendo sabedor de lo antijurídico del contenido de lo mandado, no obstante lo cual el ordenamiento jurídico lo considera exento de reproche penal.

Esa impunidad que le otorga la obediencia debida al inferior que cumple la orden delictuosa, no obstante la certeza de éste de atentar contra bienes jurídicos que gozan de protección penal, no es explicada en forma alguna por la teoría del error.

Debe agregarse el que según la posición expuesta, la presunción de validez de los actos administrativos avalaría la teoría del error. Pero, si se acepta la operatividad de tal presunción –lo que resulta dudoso-, el ámbito de examen del inferior resulta en extremo reducido, y no puede errar quien no analiza sino que únicamente se limita a cumplir. Por ende, este argumento, que supuestamente reforzaría la teoría del error me parece que debe ser desechado, por la inconsecuencia lógica que plantea.

Lo último que cabe señalar respecto de la obediencia debida según la teoría del error es que no puede alegarse como error las valoraciones individuales que puede tener un individuo referentes al valor de la democracia o de los derechos fundamentales. Al respecto don Marcelo Sancinetti señala: “una cosa es que el autor invoque un error acerca de la ilicitud de una orden, y otra muy distinta es que se pronuncie a favor del valor ético que tenía el hecho cometido por él, desde el punto de vista de sus propias convicciones morales. Éste no es un caso de error acerca de lo que el derecho prohíbe, sino un punto de partida ético contrario al punto de partida del ordenamiento jurídico. Es el caso de cualquier delincuente por convicción –el terrorista, por ejemplo-, que rechaza *ab initio* el fundamento ético del Estado liberal. En tales hipótesis, el derecho sólo puede reconocer, en el mejor de los casos, el respeto por la autenticidad o coherencia moral del delincuente; no su inculpabilidad por el hecho injusto cometido”³²

b. Falta de dolo o culpa. Don Eduardo Novoa Monreal se declara partidario de esta posición, consistente en la eliminación de la responsabilidad penal del subalterno por ausencia de la culpabilidad derivada de la falta de dolo o culpa, en vista que su actuar anímico, aun cuando contempla la intención y conocimiento de realizar el hecho delictuoso, no sería contrario a su deber jurídico. En sus palabras: “Otro camino sería negar para el inferior una culpabilidad *sensu stricto* (dolo o culpa) en vista de que su disposición anímica, no obstante estar decidida y conscientemente encaminada a la realización del hecho delictuoso que se le ordena, no sería contraria a su deber jurídico. En efecto, la misma ley le impone un deber personal de obediencia, aun cuando la orden sea delictuosa. Faltando en la disposición anímica esta oposición al deber jurídico, que es indispensable para la existencia de culpabilidad dentro de la teoría normativa de la culpabilidad, habría que entender que los elementos psicológicos que concurren en el inferior, conocimiento e intención del hecho delictuoso, no bastan para la existencia del dolo”. Finaliza señalando: “Nuestra preferencia se inclina por la segunda de esas sugerencias”³³, que es la citada.

³² Sancinetti, Marcelo, “Obediencia debida y Constitución Nacional”, página 474.

Entiendo que el dolo es indiferente en la obediencia debida. Y ello por cuanto el derecho no considera el conocimiento del inferior en cuanto a la licitud de lo mandado. Sólo obliga, en muchos casos, ha exigir la debida representación. Pero justamente representa en virtud del conocimiento de la ilicitud, no obstante lo cual el derecho le concede la impunidad. En otros términos, no adquiere responsabilidad criminal el inferior no obstante tener expreso conocimiento de la antijuridicidad de lo ordenado, lo que confirma que en materia de obediencia jerárquica el dolo del agente puede subsistir, siendo indiferente al derecho penal.

c. Teoría de la coacción. En este evento para que sea operativa deben presentarse los mismos requisitos de toda coacción. Y quien la alegare deberá acreditarla en el proceso concreto, pues en ningún caso el carácter de subordinado, por sí mismo, es asimilable al de “coaccionado” del derecho penal.

En este sentido se pronunció el tribunal norteamericano de Nuremberg, según relata don Hernán Montealegre Klenner, al decir: “En el “High Command Case”, el tribunal norteamericano de Nuremberg se refirió a la situación del inferior que es amenazado con un castigo en caso de desobedecer una orden ilícita: “El acatamiento servil de una orden claramente criminal, por temor a una desventaja o un castigo no aplicable de inmediato, no puede reconocerse como una defensa... Debe probarse por las circunstancias que un hombre razonable consideraría que estaba en tal peligro físico inminente como para verse privado de libertad para escoger el bien y abstenerse del mal”³⁴ .

Por ende, deberá probar los requisitos de la coacción que normalmente están constituidos por la amenaza inminente y grave de sufrir un mal él o sus familiares cercanos. En ningún caso podrá calificar como “grave” el ser dado de baja, o el trasladarlo de lugar o el de suspenderlo de sus funciones, ni en general, ningún mal de orden disciplinario o laboral.

Si se toma como ejemplo el Código Penal chileno, el artículo 10 N°9 establece que “*Están exentos de responsabilidad criminal: 9° El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable*”. El legislador se refiere así a la “*vis compulsiva*” (no a la “*vis absoluta*”, que es la fuerza en cuya virtud el sujeto se vuelve un mero instrumento del autor, en cuyo caso hay ausencia de acción; lo que, por lo demás está demostrado por la voz “*obrar*”, la cual implica acción), y utiliza la voz “*violencia*”, incluyendo en la expresión tanto la física como la moral, y en cuya virtud la voluntad del sujeto se ve forzada (no anulada). Se exige para que se dé la eximente que la fuerza sea o la sienta el sujeto activo como “*irresistible*”; por lo que no resulta asimilable a las situaciones de subordinación a que alude la obediencia debida.

Además, en aquellos casos de obediencia reflexiva, en que el inferior está obligado a representar la orden al superior, existe una divergencia anexa, pues mientras al coaccionado se le presume la torción de su voluntad, el subordinado debe probar, para verse beneficiado por el instituto en estudio, que ha cumplido con el requisito de representar la orden.

³³ Novoa Monreal, Eduardo, “Curso de derecho penal chileno”, Tomo I, página 635.

³⁴ Montealegre Klenner, Hernán, “La seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, páginas 364 y 365.

Sin embargo, pueden existir situaciones en virtud de las cuales el subordinado se encuentra coaccionado por el superior, pero en tal caso, volviendo a lo señalado al empezar este punto, debe aplicarse la causal de la coacción y no la obediencia debida por ser institutos del todo diversos. En términos tales que no operará la eximente de obediencia jerárquica cuando el inferior cumple la orden coaccionado por su superior, amenazándolo con graves males para que la realice –lo cual es perfectamente factible, en especial en situaciones de anormalidad constitucional-, en cuyo evento estamos frente a la situación reglada en el N°9 del artículo 10 de nuestro Código Penal, esto es, fuerza irresistible o miedo insuperable, según se estime en derecho.

d. Inexigibilidad de otra conducta. La culpabilidad se encuentra ausente ya sea porque el agente tiene una psiquis diversa a la normal, lo cual transforma su accionar en inimputable; o bien porque la situación concreta a que se vio enfrentado es en extremo anómala, de forma que el derecho considera que no se le puede exigir el haberse comportado de una manera distinta a aquélla en que accionó, aun cuando implica la realización de un acto típico y antijurídico. A este segundo grupo, que incluye sin duda al miedo insuperable y la fuerza irresistible, la doctrina lo ha englobado, denominándolo “*causales de inexigibilidad o no exigibilidad*”.

Nace la teoría en Alemania, y precisamente con un caso de 1897, llamado “*Leinenfanger*”. Era el de un cochero que obedeció la orden de su patrón y trabajó con un caballo peligroso por miedo a perder su empleo. El caballo se desbocó y atropello a un herrero, rompiéndole una pierna. El tribunal absolvió al cochero.

De ahí, Freudenthal elaboró esta teoría de la no exigibilidad (junto con Goldschmidt, creador de las “*normas de deber*”, motivadoras del actuar humano), pero con un sentido eminentemente subjetivo, por lo cual fue rechazada por la doctrina. En cambio, si encontró gran respaldo la misma posición pero basada en un criterio objetivista; esto es, apuntado al comportamiento del hombre medio.

Asimismo, Freudenthal estableció que ésta era una causa suprallegal de exculpación, llamada a eliminar la reponsabilidad del sujeto que no pudo adecuar su actuar por las circunstancias concomitantes, aun cuando no encontrara respaldo positivo. Ello también se encuentra hoy desterrado, por cuanto se estima que es labor del legislador establecer cual es el rango en cuya virtud ha de entenderse que el sujeto no podía comportarse de manera distinta.

La gran mayoría de la doctrina nacional estima que la obediencia debida constituye una causal de inexigibilidad de otra conducta. De esta forma, se suele señalar que las causales de inexigibilidad de otra conducta están constituidas por el miedo insuperable, la fuerza irresistible y la obediencia debida³⁵.

Las causales de inexigibilidad de otra conducta se caracterizan por cuanto la voluntad del sujeto activo existe y es capaz, por lo que puede adecuar su actuar al sentido normativo, no obstante lo cual están presentes circunstancias que alteran la voluntad, forzándola, las cuales, por su significación e importancia, son reconocidas por el

³⁵ De esta opinión son, entre otros, don Mario Garrido Montt, don Alfredo Etcheberry, don Luis Cousiño Mac Iver y don Enrique Cury, quien agrega el encubrimiento de parientes.

ordenamiento jurídico en orden a disculpar que el afectado no haya tenido un comportamiento conforme a derecho.

Don Alfredo Etcheberry estima que la obediencia debida sería una causal de no exigibilidad, por lo que señala: “Sin embargo, la ley comprende que no puede exigir a los inferiores que insistan en desobedecer, a riesgo de ser sancionados hasta penalmente en caso de que resulten estar equivocados acerca de la ilicitud de la orden, y en consecuencia los autoriza para ejecutar la orden, eximiéndoles de responsabilidad. Pero parece claro que si el inferior afronta los riesgos y se niega a cometer un delito, no puede la ley reprochárselo y penarlo. Claro está que en este último caso debe cargar con el riesgo de equivocarse en cuanto a la legalidad de la orden: si ésta resulta verdaderamente lícita, su buena fe no le servirá de excusa. Por todas estas razones creemos que la exención de pena por obediencia debida a órdenes lícitas, es un caso más de no exigibilidad de otra conducta”³⁶.

Igual posición manifiesta don Enrique Cury: “En los últimos tiempos tiende cada vez más a imponerse la opinión correcta, de conformidad con la cual la eventual impunidad de quien cumple una orden injusta obedece a que en tales hipótesis el inferior se halla en una situación de *inexigibilidad*. De él, en efecto, atendidos los presupuestos usuales de las disposiciones que imponen la mal llamada “obediencia”, no puede esperarse que se abstenga de cumplir la orden, porque las circunstancias lo presionan de tal manera que el ámbito de su facultad de autodeterminación se encuentra severamente reducido”³⁷. Para continuar, ya referido al ámbito castrense: “Lo que sucede es que la ley militar parece arrancar del supuesto de que en estos casos la voluntad del inferior se forma de manera anómala. Es, ciertamente, una hipótesis atendible. La instrucción de los soldados tiende a inculcarles un respeto reverencial por el superior, cuyas órdenes están habituados a cumplir casi sin discusión. Eso, desde luego, debilita su capacidad de oponerse a ellas, por lo menos hasta el extremo de desatenderlas. Por otra parte, dicha actitud es el resultado de una disciplina sumamente rígida, que impone severos castigos al desobediente. Esto es comprensible, pues, como se ha destacado, la eficacia de un cuerpo militar depende de la celeridad con que se actúen las decisiones (*lícitas*) de quienes lo dirigen, y un estado de discusión generalizado lo paralizaría por completo. Pero, naturalmente, como subproducto inevitable de un régimen disciplinario tan enérgico se desarrolla en los que están sometidos una tendencia a acatar los mandatos que reciben incluso cuando advierten que exceden las facultades del superior. Por consiguiente, el ordenamiento puede aceptar razonablemente que cuando el militar recibe la orden de cometer un delito y la cumple, la resolución de hacerlo se ha formado en circunstancias realmente anormales y, en consecuencia, la realización del acto típicamente antijurídico no puede serle reprochada, a causa de que no es una expresión cabal de su facultad de autodeterminación conforme a sentido ni, por eso, de su personalidad”³⁸.

³⁶ Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Tomo I, páginas 241 y 242.

³⁷ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 92.

³⁸ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 93.

Una doble crítica es posible hacer a la presente teoría. Una general, común a toda inexigibilidad como causal de inculpabilidad y otra especial, referente a la obediencia jerárquica como causal de inexigibilidad de otra conducta.

La general apunta a que, como se señaló, la apreciación de la situación del agente se analiza desde un punto de vista objetivo, en función de eximir de responsabilidad penal al sujeto activo pues el hombre medio tampoco se habría abstenido de realizar la acción típica y antijurídica. Sin embargo, resulta contradictorio que el derecho prohíba algo que sabe, *ex ante*, que el común de nosotros no va a poder cumplir. En dicho evento, la norma penal no cumple ninguna función preventiva (por sobre la represiva), como la doctrina moderna postula. Y, aun si damos por superada esa problemática, habría que colegir que lo que se excluye es la antijuridicidad de la conducta, pues no es que al agente en particular no se le efectúe reproche, sino que cualquiera, de capacidad mediana, se encuentra exento de él. De esta opinión se muestra partidario don Joan Josep Queralt i Jiménez, al decir: “*el derecho no puede querer prohibir algo que sabe que nadie va a poder cumplir, dado que de antemano se sabe que la lesión va a ser imposible de evitar y no tiene sentido, en tales supuestos, motivar a los ciudadanos. Con lo cual se llegaría a concluir que nos hallamos ante una causa de justificación, lo cual es precisamente lo que rebaten los autores aquí referenciados*”³⁹.

Una segunda observación es en relación a la obediencia debida como causal de inexigibilidad. La simple lectura de las otras causales, fuerza irresistible y miedo insuperable, hacen patente que parecen tener una capacidad motivadora muy superior a aquélla proveniente de la obediencia debida. Aun cuando el carácter de una persona puede verse influenciada por la relación jerárquica y su situación de subordinación, esta presión es con significancia menor que aquélla proveniente de las situaciones de fuerza irresistible y miedo insuperable. Parecen imposibles de asimilar la situación del coaccionado con la del inferior que recibe una orden delictuosa. Y los matices, los grados, no pueden resultar ajenos a la valoración del derecho.

Consecuencias relativas a la defensa legítima. Al iniciar este capítulo dije que la consideración en torno a la naturaleza jurídica que se adopte ha de tener consecuencias prácticas. Una de ellas es la relativa a la situación en que se encuentra la víctima de la orden.

Las causales de justificación excluyen la antijuridicidad de la acción típica, siendo, por tanto, conforme a derecho. Por ello, dicho actuar jamás podrá ser considerado como “*agresión ilegítima*”, requisito indispensable para enfrentarnos a la legítima defensa. De forma que la víctima del delito consecuencial a la orden no podría ejercer la legítima defensa, si se estima que la obediencia debida es una causal de justificación. En este sentido don Tomás Salvador Vives Anton apunta: “Si la obediencia debida fuese una causa de justificación, el ciudadano habría de soportar cualquier exceso cometido por los servidores del Estado siempre que se hallase amparado por una orden superior: no podría esgrimir, frente a tales excesos, una legítima resistencia, puesto que, amparados por una causa de justificación, devendrían justos, jurídicamente inobjetables”⁴⁰.

³⁹ Queralt i Jiménez, Joan Josep, “La obediencia debida en el Código Penal”, página 392.

En cambio, de considerarla como causal de inculpabilidad cabría para la víctima la posibilidad de esgrimir la legítima defensa frente a la ejecución de la orden. Don Luis Cousiño Mac Iver señala: “La consecuencia más grave de cualquier solución que signifique resolver la conducta del subordinado es injusta frente a una orden ilegítima, aunque él obre en cumplimiento de un deber, es autorizar al tercero, a quien afecta la acción llevada a cabo, a defenderse mediante la legítima defensa, puesto que existe una agresión antijurídica. Así, el delincuente a quien el agente policial intenta arrestar con una orden expedida fuera de los casos que autoriza la ley, podría resistir la pretensión de ser privado de libertad con todos los medios a su alcance. Esto significa que el agente es, de todos modos, una víctima inocente de su función, puesto que si no cumple el mandato, ratificado una vez que ha sido observado, comete delito funcionario; y si le da cumplimiento, puede ser objeto de una reacción defensiva”⁴¹.

Consecuencias relativas a los co-participes. Asimismo, de ser la obediencia jerárquica una causal de justificación, el acto es “legítimo” por lo que cualquier colaborador del subordinado que ejecutó la orden se vería exento de reproche alguno. Don Tomás Salvador Vives Anton señala “Si la obediencia debida hubiera de estimarse causa de justificación, los eventuales colaboradores del funcionario público no podrían, en modo alguno, incurrir en responsabilidad criminal, pues ninguna consecuencia penal puede derivarse de la cooperación en un hecho justificado: la naturaleza esencialmente accesoria de la participación impide toda reacción penal frente al partícipe de un acto conforme a derecho”⁴².

Por otra parte quienes ayudaren a la víctima de la orden en su resistencia frente a la agresión “legítima” serían responsables del ilícito en calidad de autores, cómplices o encubridores, según las circunstancias.

En cambio si la obediencia debida eliminare la culpabilidad del inferior, las consecuencias serían inversas, así, sus co-participes podrían verse sujetos a responder criminalmente, y, los que cooperasen a la legítima defensa de la víctima, incurrirían en un acto justificado, con lo cual no tendrían responsabilidad penal.

Posición. Expuestas, como están, las principales posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, me parece que, tanto por las concepciones dogmáticas expuestas como por las consecuencias prácticas, cabe estimar a esta eximente como causal de inculpabilidad y, más específicamente, dentro de la noción de inexigibilidad de otra conducta.

Resulta bastante una primera lectura de las teorías para desechar aquélla que estima que la obediencia debida se explica por la falta de acción del inferior. La equiparación del hombre que acata con la de un mero instrumento puesto y dispuesto para el superior, hace inexorable el mostrarse contrario a esta teoría.

⁴⁰ Vives Antón, Tomás Salvador, “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, página 137.

⁴¹ Cousiño Mac Iver, Luis, “Derecho Penal Chileno”, Parte General, Tomo II, páginas 454 y 455.

⁴² Vives Antón, Tomás Salvador, “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, página 137.

Hago presente que en un primer momento me sentí profundamente inclinado en estimar que la teoría correcta era aquella que apuntaba a ver, en la especie, un caso de colisión de deberes por resolución axiológica, pues me pareció que era precisamente esta situación de colisión la que disculpaba el actuar del subordinado. Además de ello, los márgenes de exención que otorgaría la eximente, conforme a esta posición, son notoriamente escasos.

Pero, con posterioridad, me di cuenta de que dicha teoría encuentra una objeción que resulta insalvable. El hecho de que no existen deberes derivados de órdenes delictuosas. Son las palabras de don Alfredo Etcheberry las que me hicieron cambiar la inicial orientación.

Amén de ello, las teorías justificacionistas adolecen de un defecto común. No es posible explicar que siendo un acto "*legítimo*" subsista la responsabilidad del superior. Si el acto fuera justificado sería lícito y lo sería para todos; no por parcialidades. Y ello por cuanto la antijuridicidad no admite parcializaciones; lo que es justo para unos lo es también para los demás partícipes en el hecho delictivo. Otra conclusión no sería sino consecuencia de una falaz disgregación que rompería, necesariamente, con la estructura más básica de la teoría del delito.

No se vislumbra como un hecho, por la mera condición de realizarlo otra persona, en condición de subordinado, sea injusto para uno y justo para otro. De estar justificada la acción del subordinado sería imposible la punición de la participación en un acto justificativo. Lo antijurídico lo es o no lo es como un todo y para todos, no admitiendo divisiones, las cuales resultan más bien artificios a las que es imposible adherir.

Así las cosas, la impunidad otorgada por el ordenamiento jurídico al obediente ha de hallarse en sede de culpabilidad. En ella se encuentran las teorías que tratan de ver la naturaleza jurídica del instituto por error, por falta de dolo o culpa, por coacción y por inexigibilidad de otra conducta.

En muchos casos puede ocurrir que el subordinado acate la orden delictuosa en la equivocada creencia de su licitud, pero no explica la teoría del error los casos en los cuales el subordinado cumplió con lo ordenado no obstante tener plena conciencia de la ilicitud del mandato, supuesto que constituye precisamente el centro de la problemática.

En cuanto a la teoría de la falta de dolo o culpa creo que debe ser rechazada por cuanto, como se señaló, el dolo resulta indiferente para la operatividad del instituto, a tal punto que si existe representación es precisamente porque hay conocimiento y como acciona, hay voluntad, no obstante lo cual no hay pena para el inferior.

En lo referido a la coacción, en algunas ocasiones el subordinado puede encontrarse expuesto a una situación de amenaza grave e inminente por su superior. Pero, en dicho evento, su impunidad será consecuencia de la coacción y no de la obediencia debida, la cual, ha de entenderse, con necesidad, como un instituto con vocación de autonomía. Por ello, tampoco la naturaleza jurídica se encuentra en la coacción.

La respuesta a la naturaleza jurídica de la obediencia jerárquica ha de encontrarse en las situaciones de inexigibilidad de otra conducta. El derecho no puede efectuarle al subordinado el reproche criminal –máxima sanción- entendiendo que, todo hombre medio

se habría comportado de la misma forma.

Al analizar esta posición se efectuó una crítica general consistente en que el instituto no cumple función preventiva alguna, pues se sabe que la lesión se va a producir. Pero ello es algo de lo que no cabe más que hacerse cargo, en definitiva, aceptarlo. Carece el instituto en estudio de la capacidad motivadora para prevenir la comisión de ilícitos penales. En su oportunidad, se señaló, además, que lo excluido sería, en todo caso, la antijuridicidad y no la culpabilidad, pues no se ve exento de reproche el agente en particular sino cualquiera que se encuentre en esta situación. La verdad es que ello no es efectivo, por cuanto la determinación de los niveles de culpabilidad deben ser generales, lo cual no obsta a que lo excluido sea la culpabilidad, el juicio de reproche. En definitiva, no se vislumbran las razones del por qué el establecimiento de una medida general para inexigir una determinada conducta haga que su sede resida en la antijuridicidad. Baste decir que lo mismo ocurre, verbigracia, con la culpa, y nadie cuestiona que ello afecta la culpabilidad.

Entiendo que pueda causar recelo el estimar que la obediencia debida ofrece una deformación de la voluntad asimilable al miedo insuperable o a la fuerza irresistible. Sin duda la capacidad motivadora parece diversa, pero ello no significa el que la situación de jerárquica no la posea en condición suficiente para estimar que el sujeto activo se ve exento de reproche. Y ello por cuanto el derecho penal –con su característica de ser *ultima ratio*– está destinado para seres humanos comunes, para comportamientos medios y no para exigir de los individuos actos heroicos. De otra manera es muy probable que los ámbitos de punibilidad se verían ampliados en forma considerable, coartando la libertad, transformando al derecho penal en una herramienta tenebrosa.

PARTE II. LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO CHILENO

CAPÍTULO I. EXCLUSIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA, CON EFECTOS GENERALES, EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

“Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, porque serán saciados”.
Mateo 5,6.

Planteamiento. Sabido es que nuestra Comisión Redactora del Código Penal tomó como base para su trabajo el Código Penal Español, el cual consideraba como una eximente el caso del que *“obra en virtud de obediencia debida”*.

No obstante ello, la Comisión Redactora, a insinuación de su miembro Sr. Ábalos, no incorporó esta disposición por considerar que ella se encontraba comprendida dentro de la eximente de *“obrar en cumplimiento de un deber”*, y porque ella autorizaría la insubordinación al facultar a los subalternos a examinar la orden, considerando que el subordinado debe siempre cumplir las órdenes del superior para lograr el buen funcionamiento de la administración.

Así da cuenta la parte pertinente de la sesión 7ª de 14 de mayo de 1870: “Puesto en discusión el inciso 10 tomando por base los incisos 11 i 12 del art. 8º del Código español, el señor Ábalos hace notar el grave inconveniente que resultaría de dejar subsistente la disposición del inciso 12. En primer lugar, da a todo subordinado el derecho de examinar la legitimidad del mandato de su superior; principio cuyos resultados vendrían a ser la insubordinación basada hasta cierto punto en la lei. En segundo lugar, no constituye otra cosa que una repetición del inciso anterior redactado en términos que tiene los inconvenientes que se acaban de apuntar”⁴³.

Como se ve, dos razones impulsaron al legislador penal chileno a no establecer como una eximente de carácter general a la obediencia debida, las cuales se analizarán por separado.

1. Por entender que ella estaba comprendida dentro de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber.

La interrogante a que se debe dar respuesta versa sobre si existen diferencias entre el cumplimiento de un deber y la obediencia debida. Si así no fuera, todo actuar eximido de responsabilidad penal por cumplimiento del deber, lo está, igualmente, por entenderse que el subordinado obró en virtud de obediencia debida; siendo, en definitiva, el cumplimiento de un deber el género y la obediencia debida sólo una de sus especies. Pero si se estima que los institutos son diversos, esta primera razón, esgrimida por la Comisión Redactora debiera rechazarse.

Para ello resulta menester explayarse acerca del cumplimiento de un deber.

El cumplimiento del deber se considera como una *actuación del derecho*, pues el mandato tiene su origen en éste (la ley, un reglamento, un convenio internacional, etc.). Se suele señalar como una causal de justificación (así, el policía que infringe las normas del tránsito para la detención de un delincuente), pero en algunos casos opera eliminando la tipicidad de la conducta (así, el mismo policía que utiliza la fuerza para detener a un delincuente frente a su resistencia activa).

En cuanto a los requisitos del cumplimiento del deber se pueden apuntar los siguientes.

a. Que el sujeto actúe en conciencia de que está cumpliendo un deber. El agente debe actuar con pleno conocimiento que es su accionar típico el modo en que cumplirá con el deber que sobre él recae.

Ello diferenciaría a la obediencia debida con el cumplimiento del deber para aquellos que estiman que se trata de un caso de error de prohibición. Por mi parte, en este punto no veo diferencias entre los institutos, pues en ambos casos puede existir el dolo del agente, sin excluir, por ello, la aplicación de éstos.

b. Que la ley ordene la realización del acto típico (por ejemplo, el arraigo de pleno derecho que opera por la dictación del auto de procesamiento), o bien, que el cumplimiento de la obligación jurídica derivada del deber sólo pueda ser

⁴³ Rivacoba y Rivacoba Manuel de, “Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno”, página 255.

satisfactoriamente cumplida mediante la realización de actos típicos (por ejemplo, la detención efectuada por la policía). Por ende, debe tratarse de una obligación de carácter jurídico, excluyéndose todo otro imperativo que pesa sobre el sujeto, ya sea, social, moral, religioso u otro.

En cambio, ya vimos que en la obediencia debida no existe deber jurídico alguno de cumplir la orden delictiva; y ello por cuanto la contrariedad del mandato del derecho excluye el nacimiento de la obligación.

c. Que el acto típico esté comprendido dentro de lo estrictamente necesario para cumplir con el deber. Por ello el agente no se encuentra facultado para extralimitarse en su actuar, debiendo emplear los medios proporcionales y estrictamente necesarios. Así, por ejemplo, el policía que se encuentra autorizado por el cumplimiento del deber para detener, no lo está para allanar ilegalmente o para lesionar.

En función de lo expuesto la doctrina nacional se inclina por considerar que no existe una identidad conceptual entre la obediencia debida y el cumplimiento del deber, por lo que la primera razón esgrimida por la Comisión Redactora resultaría errada.

Sobre el particular don Mario Garrido Montt indica: “Finalmente, es útil hacer notar que cuando se hace referencia al cumplimiento del deber, queda excluido el cumplimiento de órdenes antijurídicas de los superiores, alternativa que se enmarca en otro instituto denominado *obediencia debida* y que se tratará más adelante, entre las causales de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta”⁴⁴.

Ello por cuanto se aprecian diferencias fundamentales entre la obediencia debida y el cumplimiento de un deber. Mas allá de los requisitos específicos de cada uno –que son diversos- la obediencia debida encuentra su fundamento más sólido en la imposibilidad de exigirle al sujeto una conducta diversa, mientras que el cumplimiento de un deber encuentra su razón de ser en la aplicación del principio del interés preponderante. Sólo resulta posible subsumir a la obediencia debida en el cumplimiento del deber para el caso de la obediencia debida propia, en cuyo evento no se aprecian diferencias significativas.

Particularmente ilustradoras y felices resultan las palabras de don Mario Garrido Montt –quien se refiere a la decisión de la Comisión Redactora- al decir: “El pensamiento de la Comisión Redactora en cuanto a que la obligación de obedecer que tendría el subordinado está incorporada en la justificante del N°10 del art. 10, al declarar exento de responsabilidad al que cumple con el deber, no corresponde en verdad a la realidad jurídica. El subordinado cumple con su obligación sólo cuando acata las órdenes lícitas, pero no así cuando realiza actos injustos, aunque lo haga obedeciendo órdenes de su superior; de no ser así, dicha orden podría quedar *justificada* por su cumplimiento, porque la antijuridicidad lo es para todos o para ninguno: si el hecho es lícito para el subordinado, también lo sería para el que ordenó su ejecución”⁴⁵.

Se puede afirmar que cuando la ley ordena realizar una determinada conducta típica, o el cumplimiento de la obligación legal que pesa sobre el funcionario exige la realización

⁴⁴ Garrido Montt, Mario, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, página 151.

⁴⁵ Garrido Montt, Mario, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, página 245.

de una conducta típica –sea que su determinación la efectúe el mismo obligado o su superior- estaría justificado su actuar por la eximente del cumplimiento del deber. Si la determinación la efectúa el superior jerárquico ello se traduciría en una orden, pero tendría ésta el carácter de lícita. Cuestión diversa ocurre con las órdenes aparentemente lícitas pero que no lo son verdaderamente. Es en estas situaciones donde puede aparecer la eximente de la obediencia debida o el error de prohibición. Por otra parte, en aquellas órdenes que no tengan ni aun una apariencia de licitud no puede válidamente alegarse ni la obediencia debida ni, menos aún, el cumplimiento del deber.

2. Por que su instauración significaría autorizar la insubordinación, al permitir al subordinado examinar la orden, atentando ello con el buen funcionamiento de la administración.

La posición en comento se fundamenta en una supuesta presunción de legalidad de los actos administrativos, la cual resulta dudosa, y atenta contra la autonomía ética de la persona, la cual se manifiesta, en la especie, en la estimación mayoritaria del deber de obediencia reflexiva, frente a la decadencia de la obediencia ciega.

Efectivamente puede producirse un conflicto entre el buen funcionamiento de la administración y la realización quizás ilícita de la orden. Pero esa disyuntiva –desde el punto de vista valorativo- sólo puede ser resuelta teniendo presente los bienes jurídicos en conflicto, propendiendo por el de mayor valor. Y con normalidad –sino siempre- el dilema deberá resolverse a favor de la no violación del orden social por el cumplimiento de la orden, aun cuando ello signifique una suspensión o retraso en la satisfacción de la necesidad que ha de ser satisfecha por el cumplimiento de la orden. Yendo más allá, ello –en el peor de los casos- generará un retraso (pues en su mayoría evitará un ilícito sin consecuencias ulteriores), el cual va a afectar a los particulares titulares del derecho a ver satisfecha su necesidad. Como ello genera un perjuicio, será el Estado el responsable de indemnizarlos, una vez que su cantidad sea determinada por el juzgado competente mediante resolución firme; pero esta vía resulta preferible, como es evidente, a la realización de ilícitos. La responsabilidad civil siempre es de un menor disvalor que la responsabilidad penal.

A ello se debe agregar la objeción práctica que hace patente don Alfredo Etcheberry al señalar: “Este último argumento es extraño: si se exime de responsabilidad al que obedece al superior, con ello se le invita, precisamente, a que obedezca sin mayores preocupaciones por las consecuencias penales de su acto; justamente lo contrario de lo que temía la Comisión Redactora”⁴⁶.

La lógica del distinguido académico es implacable e incontestable, por cuanto la posible exención de responsabilidad criminal en virtud de la obediencia debida haría precisamente que los inferiores cumplieran con celeridad, derivada la tranquilidad que les otorgaría el establecimiento de la eximente, los mandatos antijurídicos, específicamente los delictuales, emitidos por sus superiores; que era lo pretendido por la Comisión Redactora, quienes, inexplicablemente, optaron por la decisión inversa, esto es, la no incorporación de la eximente con efectos generales.

⁴⁶ Etcheberry, Alfredo, “Derecho penal”, Tomo I, página 239.

Posición. Conforme a todo lo expuesto resulta necesario concluir que no se pueden compartir las razones expuestas por la Comisión Redactora de nuestro Código Penal –en especial por el Sr. Ábalos- en orden a que la obediencia debida estaría comprendida dentro del cumplimiento del deber y que su establecimiento autorizaría la insubordinación, no obstante lo cual, ha de señalarse que la decisión de eliminarla del catálogo de eximentes es acertada. Como dice don Enrique Cury: “la obediencia “debida” no es realidad una pura forma del cumplimiento de un deber, sino algo esencialmente distinto de éste. Por otra parte, la inclusión de la eximente, lejos de canonizar la insubordinación, parece más bien tender a la implantación de un sistema de sujeción ciega a los mandatos de los superiores. Pero aun cuando se rechacen los fundamentos de la supresión, ésta, en sí, debe ser aprobada. La creación de una posibilidad de obediencia indiscriminada, aunque sólo se haga mediante la instauración de una causal genérica de inexigibilidad, debe ser enérgicamente desaconsejada”⁴⁷.

Esta afirmación la comparto, en el entendido que no existen razones valederas para la creación de una norma de carácter general que excluya la responsabilidad penal de los agentes en virtud de la obediencia debida. Desde ya, se ha afirmado en este trabajo que su aplicación se reduce al derecho público, y aun en éste, las relaciones son cada vez de mayor verticalidad, y se exige, en forma creciente, una exposición de motivos para las decisiones, por lo cual la alteración derivada del mando en la voluntad para la perpetración de ilícitos resulta hoy menguada. Podrá, sin embargo, establecerse una causal genérica de irresponsabilidad penal basada en el error, como lo hace el nuevo Código Penal español; lo cual en mucho ayudaría a la actualización de nuestra normativa criminal, pero que, a mi juicio, sólo alcanzaría tangencialmente a la obediencia debida, por cuanto el inferior estaría exento de reproche penal no por la imposibilidad de comportarse de otra forma derivada del mando, sino únicamente aquél que creyó que su actuar era conforma a derecho.

En síntesis, no se puede adherir a los razonamientos de la Comisión Redactora para la exclusión de la obediencia debida dentro de nuestro Código Penal con caracteres generales, pero la decisión de no incluirla, ha de compartirse plenamente.

CAPÍTULO II. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO CHILENO

“... A través de muchos siglos nos han enseñado una filosofía y una teología del orden, que la obediencia a la superioridad...era la virtud más elevada y que el obediente no sobrelleva ninguna responsabilidad por lo que hizo cuando le fue ordenado. Así los ciudadanos han seguido regulaciones reprobables, los soldados órdenes criminales, los jueces injustas leyes..., sin remordimiento, y esto no sólo en tiempos de dictadura. Resistir no era cosa suya –esto habrían de hacerlo algunos responsables en posiciones de liderazgo, que pudiesen abarcar mejor la situación-“. Arthur Kaufmann, prólogo a la

⁴⁷ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 90.

obra colectiva *Widerstandsrecht, darmstadt*, 1972, p. XIV.

Planteamiento. Con independencia de las posiciones que puedan sustentarse en torno a la obediencia debida, o sobre las discusiones doctrinales a que pueda dar lugar, ha de tenerse presente que el derecho se nos impone, y ello lo efectúa a través de normas jurídicas. Por ende, el estudio dogmático ha de considerar el derecho positivo. Las opiniones, teorías y abstracciones en mucho colaboran para la integración de esta ciencia, pero no ha de perderse de vista que el derecho es eminentemente práctico. Podrá una norma específica o incluso un instituto todo, parecerse ilógico, inmoral, inconveniente, o al menos, erradamente construido por nuestro constituyente y/o legislador, según sea el caso; pero todas esas aprensiones han de dejarse de lado al enfrentarnos al derecho normativo.

Ello también ocurre con la obediencia debida en nuestro país. Esta dicho que nuestra legislación no contempla una norma en el articulado permanente del Código Penal que establezca a la obediencia debida como causal general de exclusión de la responsabilidad penal. No obstante ello, existen ámbitos en los cuales se encuentra presente y otros en los que puede suscitar dudas su aplicación. En este trabajo se tratarán separadamente en función de los destinatarios de las normas jurídicas.

Ámbito laboral.

Disposiciones pertinentes.

Artículo 3° del Código del Trabajo: “*Para todos los efectos legales se entiende por:*

empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo,

trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y

trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.

El empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales.

Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Artículo 7° del Código del Trabajo: “*Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales, bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.*

Doctrina.

Nuestro Código del Trabajo define la relación laboral como un vínculo de subordinación o dependencia.

Goza el empleador, en virtud del poder de dirección, de la facultad de organizar el trabajo de forma que cumpla realmente con las actividades y, por ello, pesa sobre el

trabajador el deber de respeto y obediencia frente a las instrucciones que le sean impartidas. El vínculo de subordinación y dependencia se manifiesta en aspectos tales como la obligación de asistencia, el cumplimiento de un horario, el denominado *ius variandi*, y la facultad de fiscalización para asegurar un adecuado desempeño de sus funciones.

Sin embargo, jamás podrá el vínculo de subordinación y dependencia dar lugar a la verticalidad y mando necesarios para enfrentarnos a un problema de obediencia debida, ya que el poder de dirección de que el empleador es titular no comprende la realización de ilícitos.

Por la exclusión de la obediencia debida de las relaciones laborales se muestra partidario don Santiago Mir Puig al señalar: “Tratándose de órdenes antijurídicas la obediencia doméstica o laboral no puede eximir en base al art. 8, 11º, sino, en su caso, por *error invencible*, por *estado de necesidad* o por *miedo insuperable*”⁴⁸.

El contrato individual de trabajo, como todo contrato, es una ley para los contratantes conforme a lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, expresión que tiene por objeto dejar de manifiesto que genera obligaciones entre las partes de igual fuerza a aquellas que derivan de la ley. Sin embargo, para los terceros se trata de una convención del todo extraña, la cual no pueden lesionar, válidamente, sus derechos.

A lo expuesto es necesario sumar el argumento esgrimido por don Joan Josep Queralt i Jiménez quien, afirmando la exclusión de los vínculos laborales de la esfera de la obediencia debida, apunta: “chocaría con lo que parece de la impronta de la marcha de los tiempos; en efecto, la introducción en el mundo de la producción de ingenios mecánicos cada vez más sofisticados y más obedientes que el ser humano, y, de otro lado, el alejamiento del modelo jerárquico-burocrático que sirvió de modelo, la Iglesia, hacen que tanto desde el punto de vista técnico como político-organizativo, al menos desde una perspectiva lo más democráticamente real posible, la relación laboral se desjerarquice y, por el contrario, se enriquezca intelectualmente”⁴⁹.

Aun cuando el autor antes citado se refiere al derecho español, éste parece ser el meollo del asunto; las relaciones laborales han mutado, y si bien en algún momento pudieron dar lugar a vínculos verticales en donde podría pensarse que estaba la fuerza necesaria para hacer operativa la exigencia de la obediencia debida colocando al sujeto en la imposibilidad de actuar lícitamente, contrariando lo ordenado, hoy, en cambio, dada la mayor horizontalidad de las relaciones entre empleador y trabajador la aplicación de la obediencia debida en este ámbito ha de ser descartada.

Jurisprudencia.

La Corte de Concepción en CONTRA PEDRO JARA declara que no exime de responsabilidad penal a un sirviente la orden de su patrón, porque las relaciones entre ambos están basadas en un contrato, que determina las obligaciones y derechos de las partes, y el sirviente se halla en el caso de examinar la legitimidad de la orden de su

⁴⁸ Mir Puig, Santiago, “Derecho penal, parte general”, página 439.

⁴⁹ Queralt i Jiménez, Joan Josep, “La obediencia debida en el Código Penal”, página 59.

patrón para obedecer sin responsabilidad su mandato (Extraído del libro “El derecho penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo I, pagina 321 y 322, Editorial Jurídica, reimpresión de la Segunda Edición, 2002).

Relaciones familiares.

Disposiciones pertinentes.

Artículo 222 del Código Civil: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Artículo 234 del Código Civil: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquier persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquél por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres”.

Artículo 19 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Doctrina.

Al igual que en las relaciones laborales, las potestativas familiares si bien dan lugar a un deber muy genérico de obedecer, carecen de la disciplina y estrictez necesarios para enfrentarnos a una situación de imposibilidad de comportarse de forma diversa a la ordenada.

Esta conclusión no es unánime, pues hay quienes consideran que no existen razones para excluir a la obediencia debida en las relaciones familiares y en las laborales. Al efecto, el tratadista español, don Gonzalo Quintero señala: “Bien es cierto, y así ha sido señalado por la doctrina, que la eximente de obediencia debida no circunscribe su eficacia a las relaciones jerárquicas en el ámbito de la Administración. Se ha admitido en relaciones paterno-filiales o laborales, en las cuales, en cambio, no existe evidentemente una figura de «delito de desobediencia», lo que no significa que no haya también reacciones jurídicas específicas (piénsese en las facultades que el Código Civil concede al padre sobre el hijo menor de edad, o las medidas que el derecho laboral

permite aplicar al empresario contra el trabajador que desobedece)”⁵⁰.

No concuerdo con la opinión citada por cuanto, al igual que el vínculo laboral, las relaciones potestativas familiares han sufrido un cambio radical.

De esta forma, ha variado el concepto de autoridad paterna, en términos tales que el fin de esta institución es el cabal desarrollo del menor. El interés superior del hijo ha sido uno de los principios orientadores de nuestra última reforma en la materia, así como uno de los pilares básicos de las normas internacionales que la rigen. Ello significa que se ha moligerado la autoridad del padre y la posibilidad de efectuar castigos -ya físicos, ya psíquicos- sobre el menor. Es por ello que la sola existencia de un mandato delictuoso del padre o madre para el hijo, no lo excusa de su responsabilidad criminal. Este podrá encontrar su inimputabilidad en razón, probablemente, de su minoría de edad, mas no en función de la obediencia debida.

Otro ejemplo de esta verticalización en nuestro Derecho de familia lo encontramos en la eliminación de la potestad marital mediante la Ley N° 18.802 de 09 de junio de 1989, instituto definido por el antiguo artículo 132 del Código Civil como: “*el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer*”, el cual contemplaba una serie de consecuencias cuales eran la incapacidad relativa de la mujer casada, la representación legal de la mujer por su marido, la obligación de la mujer de seguir a su marido a donde quiera que trasladare su residencia, el derecho del marido para oponerse a que la mujer ejerciera un determinado trabajo o industria y, lo que es especialmente relevante, el deber de obediencia de la mujer al marido.

Sólo podría entenderse que tiene aplicación la obediencia debida en las relaciones laborales y domésticas en el evento que se estimare que se trata de un caso de error de prohibición, teoría que conforme a lo expuesto en la parte general de este trabajo, debe ser desechada.

Funcionarios públicos.

Disposiciones pertinentes.

Artículo 10 número 10 del Código Penal: “*Están exentos de responsabilidad criminal:*

10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

Artículo 150 A del Código Penal: “*El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.*

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún

⁵⁰ Quintero, Gonzalo, “El delito de desobediencia y la obediencia justificada”, páginas 75 y 76.

tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua”.

Esta norma se encuentra dentro del párrafo titulado: “*De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”.

Artículo 159 del Código Penal: “*Si en los casos de los artículos anteriores de este párrafo, el inculpado justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden*”. Esta norma se encuentra dentro del párrafo titulado: “*De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”.

Artículo 226 del Código Penal: “*En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.*

En estos caso el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir”.

Artículo 252 del Código Penal: “*El empleado público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio, será penado con inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.*

En la misma pena incurrirá cuando habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que éstos hubieren desaprobado la suspensión.

En uno y otro caso, si el empleado no fuere retribuido, la pena será reclusión menor en cualquiera de sus grados o multa de once a veinte sueldo vitales”.

Artículo 58 letra f) del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, Ley Número 18.883: “*Serán obligaciones de cada funcionario:*

f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico;”

Artículo 59 del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, Ley Número 18.883: “*En el caso a que se refiere la letra f) del artículo anterior, si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual*

recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que represente la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones. Si se tratare de una orden impartida por el alcalde, las copias se remitirán al respectivo consejo de desarrollo comunal”.

Doctrina.

A la luz de las normas citadas no cabe duda alguna que los empleados públicos tienen el deber de obedecer las órdenes de sus superiores, y que el principio que los rige es el de la obediencia reflexiva (salvo en el artículo 159 del Código Penal).

Si bien ya se encuentra anotado en este trabajo, parece pertinente reiterar que el cumplimiento de un mandato lícito constituye un caso de cumplimiento del deber, por lo que el accionar del subordinado se encuentra justificado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 número 10 del Código Penal. Ello por cuanto resulta contradictorio sancionar a aquél que ajusta su actuar al ordenamiento jurídico.

Comentando las normas del Estatuto Administrativo don Mario Garrido Montt indica: “Estas disposiciones sientan el principio de la obediencia reflexiva en la administración pública, pero estimamos que se refieren a las órdenes ilegales que no disponen la ejecución de un acto típico, o sea de un delito, pues en este último caso, aunque insista el superior, el funcionario subordinado no debe cumplir la orden; la obediencia debida en materia administrativa no puede extenderse a la ejecución de delitos penales”⁵¹.

Esta conclusión debe extenderse a las disposiciones de los artículos 226 y 252 del Código Penal. No puede arribarse a otra interpretación, por cuanto no existe el deber jurídico de cumplir órdenes delictuosas. Las normas señaladas y las del Estatuto Administrativo se refieren a la responsabilidad derivada por el cumplimiento de órdenes simplemente ilegales, mas no delictivas.

Y ello por cuanto la perpetración de ilícitos penales no cabe dentro del servicio del funcionario público, ni de la esfera de competencia del superior. Por lo tanto la exención de responsabilidad que se contempla en el inciso 2º del artículo 226 Código Penal y en el Estatuto Administrativo hay que entenderlas referidas a las materias civiles y administrativas, mas no penales; y únicamente para aquellas que derivan de la ejecución de mandatos simplemente ilícitos y no para aquellas que signifiquen atentados a los bienes jurídicos que gozan de protección penal. Asimismo, no se puede sancionar en virtud del artículo 252 del Código Penal al funcionario que desobedece la orden delictuosa.

De esta opinión se muestra partidario don Eduardo Novoa Monreal, al señalar: “Por consiguiente, si en los casos de los artículos mencionados, excepto el artículo 159 del C. Penal, el superior imparte una orden dirigida a la ejecución de un delito, el subalterno debe abstenerse de cumplirla, y si la cumple, realiza un hecho típico y antijurídico, que reúne los requisitos objetivos necesarios para la responsabilidad penal”⁵².

Mención aparte merece el artículo 159 del Código Penal, norma que impone la

⁵¹ Garrido Montt, Mario, “Nociones fundamentales de la teoría del delito”, nota al pie de la página 248.

obediencia absoluta.

Como ya se ha señalado en este trabajo, es un elemento común a los códigos latinoamericanos el que sean menos estrictos con los delitos que atentan contra las libertades públicas cuando éstos son impetrados por autoridades. La lógica indica que la autoridad debe velar por el bienestar de los ciudadanos por lo que debiera ser de un mayor disvalor los atentados a los derechos básicos si son cometidos por ésta que por un particular. Pero nuestro Código Penal, heredero del derecho español, opera en sentido inverso al que el sentido común indica, y es menos riguroso con la autoridad.

Expresión de esta peculiaridad de nuestra normativa jurídica criminal encontramos en el artículo 159 del Código Penal. La disposición establece la exención de responsabilidad en virtud de la obediencia debida sin la necesidad de que el inferior represente su voluntad de contrariedad para con el contenido de lo ordenado. Asimismo, resulta indudable que en este caso se trata de la excluir la responsabilidad penal, y no sólo la civil o administrativa, por cuanto se encuentra ubicada en el párrafo 4 del Título III, del Libro II del Código Penal, titulado “*De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”, a lo que se debe agregar que ocupa la norma la voz “*las penas señaladas en dichos artículos*”, que son de naturaleza punitiva.

Esta interpretación es a la que arriba el voto de disidencia de la Sala Penal de nuestra Excelentísima Corte Suprema, el cual es sustentado por don Enrique Cury y don Alberto Chaigneau en causa Rol N° 2.894-2000, de marzo de 2001 (el fallo aparece citado a continuación, en la parte relativa a la jurisprudencia).

Al efecto el Considerando número 1° del voto disidente señala que “el artículo 159 del Código Penal establece una exculpante de obediencia disciplinaria cuya eficacia no está condicionada a que el inferior haya representado la orden. Por eso, a nuestro juicio, introducir esa exigencia argumentando que si en casos semejantes la representación es requerida no se ve motivo para suponer que aquí se prescinde de ella, implica hacer analogía en perjuicio del procesado, lo cual se encuentra categóricamente vedado por lo dispuesto en los artículos 19 N° 3, inciso primero de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal”; para agregar en el Considerando 2° que: “cuando el legislador ha estimado necesario para conceder la exención de pena, que el inferior represente la orden al superior, lo ha expresado claramente así, como sucede, por ejemplo, en el artículo 226 del Código Penal, y en el 335 del Código de Justicia Militar. Por consiguiente, si el artículo 159 del Código Penal nada dice a este respecto es, simplemente porque, en los casos a que él se refiere, la ley está dispuesta a otorgar la exculpación aunque no haya habido representación, de modo que rebasar su tenor literal para introducir en la disposición el requisito implica, como ya se ha dicho, analogía “*malam partem*” y, por eso, prohibida”.

El Considerando 3° señala que: “la regla del artículo 159 está dada especialmente para funcionarios que han inferido agravios a los derechos garantidos por la Constitución y, consecuentemente, prevalece sobre otras disposiciones generales que pudieren serle aplicables a los funcionarios de la Policía de Investigaciones, o a cualquiera otro

⁵² Novoa Monreal, Eduardo, “Curso de derecho penal chileno”, Tomo I, página 446.

funcionario, cuando incurren en delitos diferentes de aquellos a que se refiere la disposición en cuestión”.

Para finalizar, el Considerando 4º apunta: “Que, por otra parte, el que el artículo 159 sea menos exigente que otras normas semejantes para conceder la exculpante de obediencia al funcionario, corresponde a la sistemática de nuestro Código más que centenario, el cual, al menos en las disposiciones que se conservan de su texto original, tiende a tratar al funcionario que atenta en contra de los derechos garantidos por la Constitución de manera más benévola que a los particulares que incurren en conductas semejantes a las descritas en el párrafo Cuarto del Título III del Libro Segundo del Código Penal. Esto es, ciertamente, criticable y contrario a la “naturaleza de las cosas” o a la “idea de lo justo”, ya que el funcionario, sobre lesionar los derechos garantidos de la Constitución, atenta también contra los deberes que le impone su condición de tal y debería, en consecuencia, ser tratado con más severidad que el particular que obra de tal manera. Pero el juzgado no puede apoyarse en referencias a la “naturaleza de las cosas” o la “idea de lo justo” para crear delitos que no se encuentran en la ley, aumentar las sanciones que ella establece o introducir requisitos a las causales la exclusión de responsabilidad que en ella no se contemplan, pues esa es una tarea privativa del legislador”, para concluir que: “por estas consideraciones, que miran a la seguridad jurídica como elemento integrante también de la idea de Justicia, creemos que la sentencia recurrida debiera haber sido casada de oficio por haber infringido lo preceptuado en el artículo 159 del Código Penal, gústenos o no lo que esa disposición preceptúa”.

Es este el único artículo del Código Penal que establece la exención de responsabilidad criminal en virtud de la obediencia debida para los funcionarios públicos.

O sea, la normativa incurre en la incongruencia que para la eliminación de la responsabilidad administrativa y civil del funcionario público derivadas del cumplimiento de órdenes ilícitas pero no delictuosas, se exige la representación; cuestión que no resulta necesaria para la irresponsabilidad penal, tratándose de delitos impetrados contra los derechos garantidos por la Constitución, correspondientes al párrafo respectivo, como son, la detención, arresto o destierro de carácter arbitrario, los atentados a la inviolabilidad del hogar, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de imprenta, de reunión o de deambulacion, entre otros.

Pero deberá considerarse derogado tácitamente el artículo 159 del Código Penal si se encuentra, en el juicio específico, en conflicto con algún Tratado relativo a los Derechos Humanos suscrito por Chile que prohíba la aplicación de la obediencia debida como eximente de responsabilidad criminal. Sin perjuicio de ello, sería del todo recomendable su derogación expresa, tanto por ser contrario a la “idea de lo justo” y a la “naturaleza de las cosas”, como afirma con precisión el voto disidente, como por seguridad jurídica.

Lo dicho es válido para todo atentado a los bienes jurídicos de protección penal cometido por un funcionario público de los contemplados en el párrafo 4 del Título III del Libro Segundo del Código del ramo, titulado “*De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*”; excepto para los delitos de

aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, inferidos en una persona privada de libertad.

La reforma al Código Penal a través de la Ley N° 19.567 ha roto con la tradición referida de ser menos estricto con el funcionario público y ha establecido niveles de rigurosidad mayores para con el empleado público, derivada de su condición de garante de la integridad e indemnidad de la persona privada de libertad, ya sea por detención, prisión preventiva o por la aplicación de sentencia ejecutoriada que impone una pena privativa de libertad.

Mediante la dictación de la Ley N° 19.567, publicada en el Diario Oficial con fecha 01 de Julio de 1998, se incorporó al articulado permanente del Código Penal los artículos 150 A y B, se reemplazó el artículo 150 y se derogó el párrafo “13. *De la vagancia y mendicidad*”, contenido en el Título VI del Libro II, así como los artículos 305 al 312 en él incluidos.

Interesa el artículo 150 A en razón del conflicto que puede suscitar con el artículo 159, ambos del Código Penal, normas correspondientes al mismo párrafo.

Para la delimitación de la controversia jurídica, hemos de situarnos en diversas situaciones hipotéticas.

- El funcionario público (entre los cuales deben considerarse especialmente los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública; esto es miembros de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones) que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales; en virtud de una orden, la cual ha sido “*consentida*” por el funcionario ejecutor.

En este caso no opera la eximente consagrada en el artículo 159 del Código Penal por expresa disposición del inciso primero del artículo 150 A del mismo cuerpo legal, que sanciona tanto al que ordena como al que consintiere. Y no podría ser de otra forma porque, en este evento, nos enfrentamos a un caso de co-autoría, que excluye a la obediencia debida, conforme se ha expresado en la parte general de este trabajo.

En otras palabras, ninguna duda cabe que en caso de consentir el funcionario mandatario con las acciones de tormentos o apremios ilegítimos inferidos a una persona privada de libertad no puede excusar su responsabilidad penal en virtud de la obediencia debida, por cuanto en inciso 1° del artículo 159 del Código Penal resulta inequívoco al respecto; pero aún cuando la norma no contemplará la expresión “*consintiere su aplicación*”, se debiera arribar a la misma conclusión, de conformidad a los principios del instituto de la obediencia jerárquica.

- El problema serio se presenta en el caso del funcionario público que recibe la orden de aplicar tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, a la persona privada de libertad, y la ejecuta aún contra su íntima voluntad. ¿Se encuentra exento de responsabilidad criminal en virtud del artículo 159 del Código Penal?

Estimo que la respuesta necesariamente ha de ser negativa, y ello porque el art. 150 A inciso 2° impone un deber al funcionario público de impedir o hacer cesar las conductas típicas en el evento que tuviere conocimiento de su comisión.

Y si no cumple con tal deber legal se le impone la misma pena del autor o de los

co-autores, disminuida en un grado.

Si el Código Penal demuestra esa rigurosidad para con el funcionario que tiene conocimiento pero carece de participación directa, solo cabe concluir que es más exigente con el ejecutor material de los tormentos o apremios de carácter ilegítimos. Para ello baste recordar el elemento lógico consagrado en el inciso 2º del artículo 19 del Código Civil, el cual indica que para interpretar una expresión obscura de la ley ha de recurrirse a su intención o espíritu, y el inciso 1º del artículo 22 del mismo cuerpo legal, el cual nos obliga a interpretar una norma con otra, de manera de lograr entre éstas la debida correspondencia y armonía.

- El funcionario público que, conociendo la ocurrencia de los tormentos o apremios ilegítimos inferido en una persona privada de libertad, no cumple con el deber impuesto por el inciso 2º del artículo 150 A del Código Penal, esto es, de impedirlos o hacerlos cesar, en virtud de los expesos mandatos impartidos por sus superiores.

Se trataría de un caso de omisión por obediencia debida. A este funcionario tampoco se le aplica la eximente del artículo 159 del Código Penal, siempre que se estime que ha tenido la facultad o autoridad necesaria para impedirlos o hacerlos cesar, elementos de carácter normativos a los cuales resulta necesario abocarse.

Resulta incuestionable que el inferior no tiene la “*autoridad*” necesaria para ello. Cuando la ley hace alusión a esta expresión, solo puede entenderse que tiene como destinatarios a funcionarios de superior o igual rango de aquellos que ejecutan o consienten con la aplicación de los tormentos o apremios ilegítimos inferidos en una persona privada de libertad.

Pero la interrogante surge porque la normativa utiliza la voz “*facultad*”, y la conjunción disyuntiva “o”; por lo que debe entenderse que es una (facultad) u otra (autoridad), suficiente para hacer nacer en el empleado público el deber de hacer impedir o cesar las conductas típicas señaladas de que ha tenido conocimiento, cuyo incumplimiento la ley estima de suficiente gravedad como para hacerlo merecedor de la misma pena que los autores o co-autores, disminuida en un grado.

Por ello resulta necesario determinar el alcance de la expresión “*facultad*”. Su sentido natural y obvio indica que es el poder o aptitud para hacer o dejar de hacer una cosa.

De lo anotado, resulta claro que todo funcionario es poseedor de la facultad a que hace referencia el artículo 159 inciso 2º del Código Penal, pues siempre este podrá y deberá tomar medidas para impedir o hacer cesar los tormentos o apremios ilegítimos inferidos en la persona privada de libertad.

A ello se debe sumar, a mayor abundamiento, la obligación legal que pesa sobre todo funcionario público en orden a dar noticia de la ocurrencia de un hecho que revista los caracteres de delito.

Resulta necesario determinar el alcance de esta obligación para el funcionario público que posee la facultad pero carece de la autoridad para impedir o hacer cesar las conductas descritas.

Para ello, una posibilidad, es estimar que basta que este empleado público, detentador de la facultad pero sin la autoridad, formule la denuncia respectiva, ya en sede

jurisdiccional, ya en sede policial. Con ello, habrá dado cumplimiento, con su deber legal. Pero esto significaría que la disposición legal resulta una simple reiteración y por ende, inoficiosa y carente de autonomía, lo cual resulta absurdo.

En virtud de que la denuncia de todo delito es la regla general para los funcionarios públicos, es menester concluir que el inciso 2º del artículo 150 A del Código Penal le impone un deber especial de cuidado tratándose de tormentos o apremios ilegítimos inferidos a una persona privada de libertad, en cuyo evento la simple denuncia no es necesariamente suficiente para considerar cumplida su obligación.

Sólo podrá entender cumplido con su deber el funcionario público que ha tomado todas y cada una de las medidas que a su alcance han estado, en la situación particular en que se presente, a fin de impedir o hacer cesar los ilícitos; cuestiones de hecho que han de ser determinados por los jueces del fondo.

En todo caso, se debe ser más riguroso con el empleado público que tiene la autoridad para hacer cesar los tormentos o apremios ilegítimos.

Lo anteriormente señalado se encuentra en concordancia con las siguientes normas, señaladas en el Capítulo II de la Parte General, relativo a los derechos fundamentales:

Artículo 5 del Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Artículo 2 N° 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Artículo 4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura, publicada en el Diario Oficial con fecha 13 de enero de 1991,

Artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política.

Se podrá estimar que la interpretación preferente del artículo 150 A por sobre el 159, ambos del Código Penal, resulta equivocada por la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal, y porque violenta el principio pro-reo (pro-procesado) que ha de orientar la determinación del sentido y alcance de toda norma punitiva.

Pero resulta preferente optar por el principio de especialidad (cuyo espíritu se consagra en el artículo 4º del Código Civil), por cuanto la norma específica ha de primar por sobre la general, si tiene igual rango normativo.

En todo caso, este principio de especialidad aludido, obliga a entender que el artículo 159 se encuentra vigente en todos los otros casos de delitos de empleados públicos que no constituyan torturas o apremios ilegítimos inferidos en una persona privada de libertad; siempre que, claro esta, no se encuentre en contradicción con alguna norma contemplada en algún Tratado Internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente, en cuyo caso hemos de estarnos a este.

Jurisprudencia.

En CONTRA JOSÉ LUIS SILVA Y OTROS, se instruyó proceso con motivo de la detención, tortura y destierro arbitrarios de cinco marineros de la capitania de puerto de

Pisagua, delitos que se tienen por acreditados. La Corte Suprema falla que como los cabos y soldados de la policía de Pisagua que tomaron parte en estos hechos lo hicieron por órdenes de sus superiores a quienes debían obediencia disciplinaria, procede declararlos exentos de responsabilidad penal conforme al artículo 159 del Código Penal. (Extraído del libro “El derecho penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo I, página 321, Editorial Jurídica, reimpresión de la Segunda Edición, 2002).

En CONTRA JERÓNIMO VÁSQUEZ Y OTROS, la Corte de Concepción decide que, de conformidad con el artículo 159, si el que aplica tormentos lo hace por orden de algún superior a quien debe obediencia, debe imponerse pena solamente a este último (Extraído del libro “El derecho penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo I, página 321, Editorial Jurídica, reimpresión de la Segunda Edición, 2002).

En causa Rol N° 122.319 seguida ante el 14° Juzgado del Crimen de Santiago ante el Ministro en Visita extraordinaria don Alejandro Solís Muñoz en sentencia de 23 de marzo de 1988 condena a miembros de las Policías de Investigaciones como autores del delito de detención ilegal realizado en la ciudad de Rancagua en contra de una ciudadana brasileña y su hija de sólo 13 años, tipificado en el artículo 148 del Código Penal a las penas de 541 días, suspensión del empleo por el plazo de un año y condenación en costas; acogiendo la demanda civil por la suma de veinte millones de pesos, siendo solidariamente responsables de esta obligación todos los partícipes además del Fisco de Chile. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia apelada con fecha 19 de mayo de 2000, con deducción de la demanda civil a la suma de diez millones.

En contra de dicha resolución fue deducido por la defensa de algunos de los procesados de inferior rango recurso de casación en el fondo. Alegan para ello una infracción sustancial en la interpretación y aplicación de la eximente contemplada en el artículo 10 número 10 del Código Penal y del artículo 159 del Código Penal, la que ha influido en forma sustancial en lo dispositivo del fallo. Hacen expresa mención que la norma del artículo 159 se encuentra en el mismo párrafo del artículo 148, ambas normas relativas a los delitos de los funcionarios públicos contra los derechos garantizados por la Constitución.

La Excma. Corte Suprema para la resolución del recurso de casación entablado da por efectivos ciertos hechos, cuales son, que la referida detención se ejecutó en cumplimiento de órdenes impartidas por el Jefe de la Primera Unidad de la Primera Comisaría de Asaltos de la Policía de Investigaciones de Chile, que la detención materia de autos no fue registrada en el libro de detenidos, de visitas o novedades de la Unidad Policial, y que la detención de la víctima y de su hija menor se realizaron sin orden de aprehensión alguna.

La Corte Suprema, rechaza el recurso de casación en el fondo por los motivos que se pasan a exponer.

- En cuanto a la aplicación del artículo 10 número 10 del Código Penal. El Considerando número 7° señala que la eximente de responsabilidad contenida en el artículo 10 número 10 del Código Penal, radica en que quien actúa, ejerza facultades que le correspondan de acuerdo con la autoridad de que está investido, situación que en autos no concurre, porque si bien el empleo de medios coercitivos constituye una facultad

inherente a las funciones policiales, el uso de la fuerza debe limitarse a lo indispensable y sólo cuando sea necesario, lo que en autos no ocurrió, en que, sin antecedente legal alguno que lo permitiera y sin orden judicial competente que lo ordenara, se detuvo a la querellante y a su hija menor.

- En cuanto a la aplicación del artículo 159 del Código Penal. El Considerando número 11° señala que sostienen los reclamantes que no les correspondía objetar la orden de arresto recibida por sus superiores jerárquicos, dando a entender que en su caso ello ocurría así porque en la Policía de Investigaciones sobre esta materia regiría el principio de obediencia absoluta; sin embargo, el decreto ley N° 2.460 de 1979, no contiene en su articulado disposición alguna que disponga en forma directa o indirecta, expresa o tácita, que los funcionarios deben cumplir las órdenes de sus superiores sin derecho a representársela, de estimar que son ilegales o que no cumplen con todos los requisitos dispuestos por la ley. Así, que el artículo 1° del decreto ley disponga que su personal estará sometido a un régimen jerárquico y disciplinario estricto, no permite concluir que en cumplimiento de las órdenes recibidas no puede el subordinado poner en duda y representar a sus superiores la ilicitud y legalidad de dichas órdenes, de lo que se desprende que el principio que rige a la Policía de Investigaciones es el general de nuestra legislación, de obediencia reflexiva, porque la absoluta se presenta sólo en casos excepcionales, por ejemplo en casos de guerra, como aparece de los artículos 287, 336 y 337 del Código de Justicia Militar.

Por su parte el Considerando número 12° del fallo señala que los recurrentes en cumplimiento de la orden recibida por sus superiores jerárquicos, no podían dejar de saber y tener muy presente en el ejercicio de sus funciones, lo prescrito sobre la libertad de las personas, contenido en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, y lo preceptuado en los artículos 251 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; normas que deben cumplirse para detener a una persona, especialmente las contenidas en los artículos 253 y 254 del mismo Código de Procedimiento Penal, ello no sólo en virtud de los estudios previos a que deben someterse quienes aspiran a ser detectives y posteriores cursos de perfeccionamiento, como porque en el presente caso aparecen inexcusables circunstancias de no haberse cerciorado antes de cumplir lo que se les ordenaba, si la detención que debía llevarse a efecto cumplía con el requisito esencial de haber sido expedida por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley

La referida sentencia fue acordada con los votos del Ministro señor José Luis Pérez Z, y de los Abogados Integrantes señores Franklin Geldres A. y Álvaro Rencoret S. El voto disidente es suscrito por los Ministros señores Alberto Chaigneau y Enrique Cury U., quienes estuvieron por casar de oficio la sentencia en atención a que el artículo 159 del Código Penal no contempla la necesidad de representar la orden por lo que exigirla sería crear un requisito supra-legal y, de oficio, por cuanto la aplicación de la señalada disposición no fue alegada en el plenario (Extraído de Gaceta Jurídica, Número 249, marzo de 2001, página 113 y siguientes, Causa Rol N° 2.894-2000).

Ejecución de las resoluciones judiciales por las Fuerzas de Orden.

Disposiciones pertinentes.

Artículo 73 de la Constitución Política de la República: *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales: *“Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren.*

La autoridad legalmente requerida debe prestar el auxilio, sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide ni la justicia o legalidad de la sentencia o decreto que se trata de ejecutar”.

Doctrina.

Para este efecto la Constitución Política y el Código Orgánico de Tribunales establecen la obediencia absoluta.

Al derecho le repugna la obediencia absoluta, por ende, es de excepción y únicamente se preceptúa en casos calificados por razones poderosas. Pues bien, las decisiones judiciales, de ordinario emanan de una litis, la cual tiene establecido un procedimiento, que contempla –variando su forma- ciertos principios informativos entre los cuales ha de nombrarse por la pertinencia, el de igualdad, bilateralidad de la audiencia, el derecho a ser oído y la posibilidad de recurrir o impugnar las resoluciones judiciales que se vayan dictando. Como es de fácil apreciación, con generalidad las resoluciones judiciales que se dictan durante el transcurso de un proceso son fundadas y producto de un sistema racional, cual es el procedimiento. El mejor ejemplo para demostrar este aserto está constituido por las diferentes partes, expositivas, considerativa y resolutive que ha de tener aquella resolución que resuelva el conflicto, poniendo fin a la instancia, o sea, la sentencia definitiva.

Por ello es que en este caso el legislador considera que, al momento de la ejecución de la resolución mediante la coacción a través de la fuerza pública rige, en forma excepcional, la obediencia absoluta; por cuanto la etapa de racionalización de la decisión

podrá realizarse en forma oportuna pero posterior (en caso de medidas prejudiciales), o ya se produjo (en la mayoría de los casos) o, incluso, extenderse, mediante la interposición de los correspondientes recursos legales (por ejemplo, en caso de la interposición de un recurso de apelación concedido en el sólo efecto devolutivo).

Entonces, los destinatarios de los incisos 3º y 4º del artículo 73 de la Constitución Política de la República y del artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales, normas que imponen la obediencia absoluta, son los miembros de las fuerzas públicas y solamente para la ejecución de las resoluciones judiciales.

Por ende, si producto de la ejecución de la resolución se cometiera un delito, no se podrá perseguir la responsabilidad criminal en el funcionario ejecutor, sino en el juez que la dictó.

Fuerzas Armadas.

Disposiciones pertinentes.

Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980: “*Las fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.*”

Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones, constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Carabineros se integrará, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional son además profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

Artículo 211 del Código de Justicia Militar: “*Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto de los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada”.*

Artículo 214 del Código de Justicia Militar: “*Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable, salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.*”

El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”.

Artículo 287 del Código de Justicia Militar: *“Será castigado con la pena de presidio militar perpetuo a muerte el militar que rehúse obedecer la orden de marchar contra el enemigo o la de realizar cualquier otro servicio de guerra en presencia del enemigo; el que dé voces para introducir el espanto o promover el desorden en la tropa, al principio o en el curso del combate; el que huya durante el combate, provoque la fuga de otros, se desbando, abandone el puesto que le corresponde o no haga en él la debida defensa y el que participe en amotinamiento, desobediencia o revuelta para obligar a retirarse o rendirse al jefe de las fuerzas atacadas por el enemigo, o para impedir un combate o hacer cesar el comenzado.*

El culpable comprendido en alguno de los casos antes expresados, podrá ser muerto en el acto por cualquiera de los presentes sea superior o inferior”.

Artículo 334 del Código de Justicia Militar: *“Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.*

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”.

Artículo 335 del Código de Justicia Militar: *“No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden y, en casos urgentes, modificarla, dando inmediata cuenta al superior.*

Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior”.

Artículo 421 del Código de Justicia Militar: *“Se entiende por acto de servicio todo el que se refiere o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas”*

Artículo 430 del Código de Justicia Militar: *“Se entiende por superior:*

1.- El que ejerza autoridad, mando o jurisdicción, por destino que se le ha conferido legalmente, o por sucesión de mando con arreglo a las leyes o reglamentos; en todos los asuntos de su autoridad, mando o jurisdicción;

2.- El comisionado por autoridad competente para un acto del servicio, en lo relativo a su comisión;

3.- Fuera de los dos casos anteriores, el de mayor empleo o el más antiguo si se trata de individuos de la misma graduación”.

Doctrina.

La existencia de Fuerzas Armadas es algo de lo que hasta la fecha, ningún Estado soberano puede prescindir, sin correr serio riesgo de ver afectada su independencia. Tiene por función la protección de la República de ataques externos mediante –en forma

principal- la disuasión; o, en defecto de ésta, el conflicto bélico. Para el cumplimiento de sus fines y su adecuada regulación se crea el Derecho militar, que rige a sus miembros.

Se ha considerado que donde mayor importancia alcanza la eximente en estudio es en el campo castrense, en donde, la verticalidad y la estricta disciplina a que están sometidos sus integrantes haría que la obediencia sea considerada indispensable para el funcionamiento de las ramas.

Contrario a esta ampliación se muestra don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, quien señala: “Ahora bien: dentro de esta menguada extensión es ya tradicional –de Rossi y Alimena a Sánchez Tejera o Novoa Monreal- conferir un tratamiento especial a la milicia e inclinarse a una mayor latitud de la obediencia jerárquica en lo castrense. Sin embargo, no vemos ninguna razón para ello y creemos que su concepto, su finalidad, su naturaleza y sus requisitos son exactamente iguales en lo civil y en lo militar”, para proseguir: “Al fin y al cabo, también el ejército es un cuerpo de la Administración pública y la defensa nacional, a él encomendada, uno de los fines del Estado. Es factible que en él, por sus peculiares características resultan más frecuentes los casos en que haya de aplicarse la institución que venimos estudiando, aunque también en la Administración civil puede no ser rara y –lo que posee mayor importancia- son varios los cuerpos en que cabe”⁵³.

Por mi parte estimo que debe la obediencia debida ser interpretada con mayor latitud en el ámbito castrense, por cuanto, como se verá en el capítulo siguiente, las sanciones para el delito de desobediencia son de mayor gravedad en el ámbito militar que en el civil; por lo que ha de entenderse que para el legislador es de mayor relevancia el deber de obediencia en aquel ámbito. Y ello se traduce en una mayor presión para cumplir los mandatos en los cuerpos armados.

Para determinar la doctrina de obediencia a que están sometidos los miembros de las Fuerzas Armadas es necesaria una distinción entre las situaciones de guerra de aquéllas en que no se presenta.

Nuestro derecho demuestra que no existe el deber de obediencia absoluta en el evento de no encontrarnos frente a una situación de guerra; tiempos en los cuales ha de regirse por la norma general, cual es, la obediencia reflexiva.

En todo caso el inferior para encontrarse beneficiado por la eximente de la obediencia debida debe, de conformidad a la expresión “*dando inmediata cuenta al superior*” del artículo 315 del Código de Justicia Militar y de la imposibilidad de excluir de responsabilidad en caso de “*concierto previo*” del artículo 214 del mismo cuerpo legal, manifestar en términos claros su disconformidad con el contenido de lo ordenado. En este sentido apunta don Enrique Cury, al decir: “Este es un aspecto crucial en la consideración de los requisitos que debe reunir el cumplimiento de mandatos antijurídicos para eximir de responsabilidad penal. El sólo deja de ser reprochable al autor material si se evidencia como un acto de voluntad mal formada, como un *querer contrastante con el desear*. Únicamente entonces puede afirmarse con prioridad que la orden ha configurado para el inferior una situación de verdadera inexigibilidad. Con ello, por otra parte, se echa luz nueva sobre las motivaciones no siempre explícitas del enjuiciamiento recaído en ciertas

⁵³ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “La obediencia jerárquica en el Derecho penal”, páginas 170 y 171.

conductas históricas, como las de aquellos jefes nacionalsocialistas que basaron la defensa de sus casos en la obediencia debida a las órdenes procedentes de sus superiores. Puesto que en la mayor parte de tales situaciones había razones poderosas para suponer en los inculpados una adhesión decidida a los mandatos que se les dirigían, los tribunales obraron correctamente al desestimar tales alegaciones, pues ellas pretendían formalizar la situación de inexigibilidad más allá de lo tolerable para el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho”⁵⁴.

El militar subordinado, de conformidad con lo ordenado por los artículos 214 y 334 del Código de Justicia Militar, sólo debe cumplir aquellas órdenes que tengan relación con el servicio. Este constituye un elemento de carácter normativo que limita en forma considerable el deber de obediencia a que están sujetos los miembros de los cuerpos castrenses.

Para su conceptualización resulta necesario recurrir al artículo 421 del Código de Justicia Militar, el cual dispone que: “*se entiende por acto del servicio todo el que se refiere o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas*”. De su lectura se desprende que no nos otorga una definición del acto del servicio sino que sólo establece los caracteres a que ha de estarse en caso de conflicto para determinar si el acto concreto específico, o, más precisamente en lo que interesa, si la orden, es calificable del servicio o no. De acuerdo al texto legal habrá una orden del servicio si emana del superior jerárquico y el contenido de lo mandado corresponda a la función o labor profesional, lo que no dice mucho.

La jurisprudencia ha determinado que el acto de servicio requiere la legalidad del actuar de los militares. Ello se desprende de la contienda de competencia conocida por la Excm. Corte Suprema, Rol N° 3243-00. Se planteó por el Segundo Juzgado Militar de Santiago una solicitud de inhibitoria en causa por secuestro con homicidio de cuatro personas de lo cual han sido imputados miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden, actuando como miembros de la Central Nacional de Investigaciones, sancionado en el artículo 141 del Código Penal, a la Sra. Ministra doña Dobra Lusic Nadal (quien conoce en primera instancia en virtud del fuero, por ser querellante en el juicio doña María Yolanda Manríquez Sepúlveda, quien investía a la fecha de los hechos, la calidad de Juez del Undécimo Juzgado Civil de Santiago).

En el Considerando 8° del fallo por el cual la Ministra rechaza la inhibitoria, dando lugar a la contienda de competencia, invoca el referido artículo 421 del Código de Justicia Militar, apuntando que “de tal forma que no puede entenderse comprendido dentro de tales actos “del servicio” o realizados “con ocasión” del mismo, la perpetración de delitos comunes cometidos fuera de los márgenes de la legítima función militar”. El informe del entonces Fiscal de la Corte Suprema, don Enrique Paillas Peña, ratifica lo señalado por la Sra. Ministra al decir: “Los individuos que cometieron los hechos punibles, eran militares, pero estaban en comisión extra-institucional en la Central Nacional de Informaciones. En esta forma, salieron de sus funciones propias para transformarse en miembros de una policía secreta al servicio de un gobierno de facto”, agregando que: “Las Fuerzas Armadas son una institución respetable: su misión es proteger a la nación

⁵⁴ Cury, Enrique, “Derecho penal, parte general”, página 96.

de ataques exteriores. Pero lo sucedido en este caso escapa por completo a su misión institucional”; para concluir, analizando la disposición legal citada, que: “En el caso de que se trata, la función desempeñada por los militares en la CNI escapa a su ocupación normal”. La Corte Suprema, en sentencia de 11 de diciembre de 2000 declara que es competente para conocer del caso la Ministra de Fuero Sra. Dobra Lusic (Extraído de Gaceta Jurídica, N° 245, correspondiente al mes de noviembre de 2000, página 99 y siguientes).

Interrogado sobre el contenido material de la orden del servicio don Rafael Mackay señala: “En conclusión es orden relativa al servicio, con relieve general en nuestro código castrense, todo mandato o precepto formulado por un superior militar en razón de cargo a un subordinado suyo, con el objeto de ejecutar un acto adecuado a la finalidad común más próxima a ambos y subalterna al fin de la institución respectiva”, para con posterioridad precisar: “Para terminar este párrafo, corresponde dejar consignada una última cuestión, a saber: que hay ocasiones- como en el caso del artículo 214 del Código de Justicia Militar, el que más adelante será materia de nuestra preocupación- en que este Código usa la expresión “orden del servicio” no en el sentido estricto que hemos dejado de manifiesto, sino como sinónimo de mandato dado para la realización de un acto que habitualmente ejecutan los militares en el desempeño de sus cometidos, de aquellos que no causan extrañeza por “exorbitantes”, sin una consideración rigurosa de la finalidad del mismo, y, en consecuencia, como equivalente a órdenes “aparentemente” adecuadas al cumplimiento de las funciones militares”⁵⁵.

Esta última parece ser la interpretación correcta, según la cual habrá que dar aplicación a la teoría de la apariencia para determinar si la orden es o no del servicio, teoría que ha de regir, asimismo, para determinar si existe o no “uso de atribuciones legítimas” –como ordena el artículo 334 del Código de Justicia Militar-, concepto que es sinónimo al de competencia del superior, el cual, como se señala en la parte general de este trabajo, habrá de determinarse, precisamente, en conformidad a la teoría de la apariencia.

Esta exigencia legal para aplicar la eximente la circunscribe en términos notables. Es posible que existan órdenes que aparezcan como referidas a la función militar, no obstante lo cual, no lo son en definitiva, en cuyo evento el militar subordinado que la cumplió deberá, de conformidad con las normas de los artículos 214 y 334 del Código Justicia Militar, encontrarse exento de reproche criminal en virtud de la eximente en estudio. Y ello por cuanto el aparente apego de la orden a las funciones del servicio militar, amén de la situación de jerarquía en que se encuentra sumido, hacen imposible sancionarlo penalmente por cuanto todo sujeto, con una capacidad normal de motivación y de actuación, se habría comportado de igual manera.

Pero, asimismo, no es posible afirmar que toda orden sea calificable como aparentemente propia a la función militar, por lo que no toda orden antijurídica podrá, por el inferior, ser cumplida con exención de reproche criminal. Y ello nada tiene que ver con el tipo de obediencia a que se encuentre sometido, por cuanto haya o no cumplido la formalidad de la representación, exista o no insistencia del superior, el inferior, frente a

⁵⁵ Mackay Barriga, Rafael, “El delito de desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile”, página 110.

una orden que no aparece como propia de la función militar, deberá, en todo evento, abstenerse de cumplirla.

Por lo anterior, no es una facultad del inferior el desobedecer el mandato de contenido delictivo que se escapa de aquellas funciones aparentes del servicio, sino que es un imperativo jurídico que pesa sobre él. No podría, por ejemplo, invocar la eximente en estudio, aquel militar que en virtud de un mandato tortura a aquellos sublevados detenidos o les da muerte, o aquél que cumple con una detención sin que exista resolución judicial.

En síntesis, para que el subordinado miembro de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas pueda, en el juicio respectivo, verse exento de la sanción punitiva en virtud de la obediencia debida debe la orden ser aparentemente propia de la función militar. De otra forma, la existencia del reproche criminal ocurre por cuanto no se encuentra el sujeto frente a una imposibilidad de actuar de otra forma.

Queda por resolver en qué casos es aplicable la obediencia debida como minorante de responsabilidad criminal a la luz de lo dispuesto en el artículo 211 del Código de Justicia Militar.

De conformidad a la primera parte de la disposición, la atenuante no es aplicable para el caso de excesos en la ejecución de lo ordenado, o si no cumplió con la debida representación frente a una orden que tendía con notoriedad a la perpetración de un delito.

Fuera de esas dos hipótesis conductuales se aplica la atenuante a los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas, se trate de delitos militares o comunes en que han participado como ejecutores. Para su procedencia es siempre necesaria la existencia de la orden y que ella emane de un superior jerárquico.

La norma agrega que "*si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada*". Por ello, es necesario concluir que la atenuante recibe aplicación simple para aquellas órdenes que no aparecen como propias del servicio; y si en definitiva lo son, pero no se aplica la obediencia debida por faltar algún otro requisito, se trata de una atenuante muy calificada.

Tratando de elaborar un resumen de las situaciones desarrolladas por el legislador para los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas, se puede decir que:

Si en el proceso no se acredita la existencia de la orden y que ésta emanó de un superior, no se aplica la obediencia debida ni como eximente ni como atenuante.

Si existe orden que emana del superior acreditada en el juicio, pero hubo concierto previo, no se aplica la obediencia debida ni como eximente ni como minorante de responsabilidad criminal.

Si la orden no ha sido suspendida en su ejecución por el inferior, debiendo hacerlo, por no haber podido apreciar suficientemente la situación del superior al dictarla, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, no puede

aplicarse la obediencia debida ni como eximente ni como atenuante de responsabilidad criminal.

Si lo ordenado no aparece como propio del servicio, no puede aplicarse el instituto en estudio como eximente de responsabilidad, pero sí como atenuante; siempre que exista la orden y ella haya emanado de un superior, circunstancias debidamente acreditadas en el proceso.

Si la orden era propia del servicio, y, por ausencia de algún otro requisito no se puede eximir al subordinado en virtud de la obediencia debida, se aplica como atenuante muy calificada.

Si existe orden emanada del superior, aparente del servicio, debidamente representada e insistida, se aplica la eximente, siempre que su contenido no sea de una ilicitud manifiesta.

Por su parte, en caso de conflicto bélico, nuestro derecho militar interno consagra la obediencia absoluta (artículos 287, 336 y 337 del Código de Justicia Militar), pero habrá que tener siempre presente las disposiciones de carácter internacional que rigen la materia, especialmente las Convenciones de Ginebra, las cuales han sido ratificadas por nuestro país.

Jurisprudencia.

En CONTRA JUAN CUEVAS, la Corte de Santiago aprueba el sobreseimiento dictado en primera instancia a favor del ayudante del comandante de policía y otras personas que cooperaron con éste en una detención arbitraria, por haber procedido “en obediencia de órdenes superiores, lo que puede eximirlos de responsabilidad” (Extraído del libro “El derecho penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo I, página 321, Editorial Jurídica, reimpresión de la Segunda Edición, 2002).

En CONTRA AQUILES CARTER Y OTRO, desecha la Corte Suprema la eximente de obediencia debida y sólo la aplica como atenuante de responsabilidad penal, por estimar que ella no es procedente por cuanto la orden tendía notoriamente a la perpetración de un delito, no obstante lo cual el inferior no representó su ilegalidad, y, a mayor abundamiento, la orden no fue impartida dentro de las atribuciones legítimas del superior (Extraído del libro “El derecho penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo I, página 322, Editorial Jurídica, reimpresión de la Segunda Edición, 2002).

En CONTRA CARLOS LEDDIHN Y OTROS la Corte Marcial de la Armada rechaza la alegación de obediencia invocada por la defensa de algunos procesados por estimar que el artículo 334 del Código de Justicia Militar sólo se refiere a una orden relativa al servicio, excluyéndose su aplicación cuando la orden importa la comisión de un delito (Extraído del libro “El derecho penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo I, página 322, Editorial Jurídica, reimpresión de la Segunda Edición, 2002).

CAPÍTULO III. LA OBEDIENCIA DEBIDA Y EL DELITO

DE DESOBEDIENCIA

“No está habilitada ninguna instancia superior para disponer un acto inmoral; no existe ningún derecho, ninguna obligación, ninguna licencia para cumplir un acto en sí inmoral, lo mismo que si él es ordenado, igual si la negativa de obrar entrañe los peores daños personales” (Pío XII, alocución al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, 3 de octubre de 1953).

Relación de la eximente con el delito de desobediencia. Cualquiera sea la naturaleza jurídica que se atribuya al instituto en estudio, habrá en concordarse que sólo puede éste invocarse por aquél que no se encuentra autorizado a desobedecer. Si el agente está en situación, otorgada por el ordenamiento jurídico, para desobedecer el mandato específico que se le ha impartido, se ve, lógicamente, imposibilitado de excluir su eventual responsabilidad penal en virtud de la obediencia debida. Como señala con mayor rigor técnico y precisión don Gonzalo Quintero: “los límites de la exculpación por obediencia debida dependerán del ámbito del deber de obediencia que se desprenda del delito de desobediencia”⁵⁶.

Ello es particularmente claro si se estima que la naturaleza jurídica de la eximente reside en el conflicto de deberes, como algunos postulan. Pero a la misma conclusión ha de arribarse si, como se ha hecho en estas páginas y sostiene la mayor parte de la doctrina nacional, se considera que se trata de un caso de inexigibilidad de otra conducta; y ello por cuanto si el sujeto activo obedeció no obstante encontrarse facultado para no hacerlo, cumplió el mandato no por encontrarse imposibilitado de actuar de otra forma, sino, lisa y llanamente, porque así lo quiso.

Sin lugar a dudas el agente no se encuentra legitimado para desobedecer el mandato cuando su incumplimiento le puede significar el máximo de reproche al que nos podemos ver expuestos, cual es la sanción penal.

Es por lo expuesto que existe una vinculación directa entre la obediencia debida y las diversas figuras típicas que el ordenamiento jurídico contemple para la desobediencia. En términos generales, un mayor ámbito del delito de desobediencia implica una mayor posibilidad de aplicar la eximente; y, a la inversa, en aquellas legislaciones que son menos rigurosas con la desobediencia encontrarán una menor aplicación de la obediencia debida.

Por lo anterior, parece pertinente revisar, aunque sea de forma somera, si existen en nuestro derecho figuras típicas para la desobediencia, y, en la afirmativa, la gravedad que ellas presentan.

Funcionarios públicos. A ellos les resultan aplicables dos normas señaladas en el Código Penal, que se pasarán a revisar.

Desobediencia abierta. Está contemplado en el artículo 252 inciso 1º: “*El empleado*

⁵⁶ Quintero Olivares, Gonzalo, “El delito de desobediencia y la obediencia justificada”, página 75.

público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio, será penado con inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”.

El sujeto activo es únicamente el empleado público, y la acción (verbo rector) está en negarse abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio.

Por ello debe existir una dependencia jerárquica –inmediata o mediata- entre el superior y el subordinado.

Asimismo, debe tratarse de una desobediencia abierta, o sea, una negativa expresa –ya verbal, textual o simplemente gestual- a cumplir lo ordenado, sin motivo.

En lo que aquí interesa, la desobediencia debe ser respecto de una orden competente emitida por el superior. Por ello no puede producirse colisión entre la obediencia debida como causal de exclusión y el delito de desobediencia. Jamás podrá verse compelido el inferior, en función del delito de desobediencia abierta, a cumplir una orden de contenido delictual.

Resistencia o pertinencia en la suspensión. El artículo 252 inciso 2º del Código Penal dispone: *“En la misma pena incurrirá cuando habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que éstos hubieren desaprobado la suspensión”.*

El sujeto activo ha de ser necesariamente el empleado público, sobre quien pesa, como denota el artículo en comento, el derecho-deber de suspender el cumplimiento de órdenes superiores antijurídicas.

Si el subordinado cumple la orden y ella es legítima, su cumplimiento no acarreará consecuencias jurídico penales. Si, en cambio, estima que la orden es ilegítima debe decretar la suspensión, la que ha de comunicar a sus superiores, para que reevalúen el mandato.

Si los superiores, en la etapa de reevaluación, estiman que la orden era ilegítima, se revocará sin consecuencias ulteriores. En cambio, si estiman que ella es ajustada a derecho debe el inferior, en principio, cumplirla, pues de no hacerlo, incurriría en el delito en comento.

Y digo en principio, por que si el mandato no es sólo ilegítimo, sino, a juicio del inferior manifiestamente delictivo, deberá abstenerse de ejecutar la orden reevaluada; y ello porque no existe deber alguno de cumplir mandatos delictuosos. Así lo advierte don Alfredo Etcheberry, al decir: “Pero debe recordarse que si el empleado persiste en la suspensión, y en definitiva la orden resulta calificada de ilícita dentro de las instancias legales de revisión de la misma, no puede sancionarse al empleado por delito de desobediencia, ya que a la orden le faltaba el requisito vinculatorio de su legalidad sustancial”⁵⁷.

El inciso 3º del artículo 252 del Código Penal, contempla una regla común para ambos tipos delictivos: *“En uno y otro caso, si el empleado no fuere retribuido, la pena será reclusión menor en cualquiera de sus grados o multa de once a veinte sueldos*

⁵⁷ Etcheberry, Alfredo, “Derecho penal”, página 206.

vitales”.

Funcionarios Judiciales. Contempla nuestro Código Penal un tipo criminal propio para los miembros de los Tribunales de Justicia en el Libro II, Título V, párrafo 4, denominado “*Prevaricación*”, en el artículo 226.

Prevaricación-desobediencia. Esta figura está elaborada en el siguiente tenor: “*En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.*”

En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir”.

Los únicos sujetos activos de éste delito son los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales, y la conducta consiste en negarse a cumplir las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes. Además de ellos debe considerarse lo dispuesto por el artículo 227 del Código Penal, que amplía este espectro, al disponer: “*Se aplicarán respectivamente las penas determinadas en los artículos precedentes:*

1.º A las personas que, desempeñando por ministerio de la ley los cargos de miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales, fueren procesados por algunos de los crímenes o simples delitos enumerados en dichos artículos.

2.º A los subdelegados e inspectores que incurrieren en iguales infracciones.

3.º A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo atribuciones análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos”.

Por lo expuesto, ha de probarse en el juicio que la orden cumplió con las formalidades del caso (por ejemplo, la forma de comunicación de ella) y que ella emanó de una autoridad superior competente.

Ello siempre que no sea el mandato evidentemente contrario a las leyes –expresión de suma relevancia en la materia-, o que haya motivo fundado para temer de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. Lo cual significa que sobre el subordinado pesa el deber jurídico de suspender el cumplimiento de la orden en estos casos y comunicar al superior mandante las razones de la suspensión.

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 2º, si la autoridad insiste en la orden debería el subordinado cumplirla, quedando exento de responsabilidad criminal, la que recaerá exclusivamente en el superior mandante.

El problema se plantea en el evento que el subordinado se rehusa a cumplir la orden no obstante la insistencia del superior. Con acierto don Alfredo Etcheberry señala: “si el

subordinado, pese a la insistencia, deja sin cumplir la orden, no puede ser sancionado por el delito de desobediencia, si en definitiva la orden resulta ser ilícita, dentro de las instancias legales de revisión”⁵⁸.

La penalidad asignada al delito se encuentra en el artículo 225 del Código Penal, norma inmediatamente anterior, consistente en la suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte sueldos vitales o sólo en ésta, si la desobediencia se debió a negligencia o ignorancia inexcusable.

Miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. A ellos les resulta aplicable el Código de Justicia Militar el cual contempla en el Título VII del Libro III los delitos de insubordinación, agrupando en esta categoría a los de desobediencia (párrafo 1º) y a los de ultraje a superior (párrafo 2º); lo cual resulta concordante con que la subordinación jerárquica militar da origen a los deberes de obediencia y respeto al superior.

De estos sólo interesa el primero de ellos, el de desobediencia. El legislador los ha dividido en dos figuras, a saber: el tipo base se encuentra en el artículo 336 del Código de Justicia Militar, denominada inobediencia, desobediencia impropia o no abierta; la figura “*calificada*” se encuentra en el artículo 337 del mismo cuerpo legal, denominada desobediencia propia o abierta. Estas normas se pasarán a analizar.

Inobediencia, desobediencia impropia o no abierta. Se encuentra establecida en el artículo 336 del Código de Justicia Militar en los siguientes términos: “*El militar que fuera del caso antes contemplado, dejare de cumplir o modificare por iniciativa propia una orden del servicio impartida por su superior, será castigado:*

1.- *Con la pena de reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte, si el delito se hubiere cometido en presencia del enemigo y, con tal motivo, se hubieren malogrado las operaciones de guerra del Ejército nacional o aliado, o favorecido las del enemigo;*

2.- *Con la de reclusión militar menor en su grado medio a reclusión militar mayor en su grado medio, si se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren seguido perjuicios graves;*

3.- *Con la de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, en los demás casos”.*

Los sujetos activos deben ser los miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, esto es, este ilícito penal sólo puede ser cometido por militares, reduciéndose la posibilidad de autoría a una categoría determinada de individuos.

Los verbos rectores son dos, dejar de cumplir lo ordenado, o modificar el mandato por iniciativa propia, de lo cual se desprende el que puede ser un delito tanto de acción (modificar la orden) o de omisión (dejar de cumplir lo ordenado).

Sin embargo, no todo mandato incumplido daría lugar a la configuración delictiva, sino que debe -además de cumplir los requisitos señalados en los artículos 334 y 335 del Código de Justicia Militar-, tratarse de una orden del servicio, elemento de carácter normativo que integra el tipo, al cual ya me referí en el capítulo anterior.

⁵⁸ Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Tomo IV, página 197.

La penalidad de la figura es de reclusión militar en cualquiera de sus grados, siempre que no concurra alguna de las circunstancias calificantes que la misma norma contempla, cuales son:

Si se incurre en la desobediencia impropia frente al enemigo y producto de la acción del inferior se malogra la acción del Ejército nacional o aliado, o se favorece el del enemigo, la sanción puede ir desde reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte.

Si se incurre en la desobediencia impropia frente a grupos rebeldes o sediciosos y de la acción u omisión del inferior se deriven graves perjuicios (lo cual ha de demostrarse en el proceso respectivo) la penalidad puede ir de reclusión militar menor en su grado medio hasta reclusión militar en su grado medio.

Desobediencia propia o abierta. Está contemplada en el artículo 337 del Código de Justicia Militar, el cual dispone: “*El militar que se negare abiertamente a cumplir una orden del servicio que le fuere impartida por un superior, será castigado:*

1.- Con la pena de reclusión militar perpetua a muerte, si la desobediencia se llevare a cabo en las condiciones señaladas en el número 1.- del artículo anterior;

2.- Con la de reclusión militar mayor en grado medio a máximo si la desobediencia se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren producido perjuicios graves, o si, cometida en presencia del enemigo, no se hubieren producido los efectos a que se refiere dicho número 1.- del artículo anterior;

3.- Con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo a reclusión militar mayor en su grado mínimo, en los demás casos”.

En este caso el verbo rector es diverso, consistente en negarse en forma abierta a cumplir la orden, por lo que, a diferencia de la figura base, es un delito sólo de acción, no pudiendo existir desobediencia abierta frente al mero incumplimiento de lo mandado.

El mandato debe ser del servicio, cuestión ya vista, y debe emanar del superior, porque resulta indispensable la relación de dependencia, mediata o inmediata.

El rechazo a la orden del superior es categórico y ello explica la cualificación de la figura. La desobediencia es de mayor gravedad que la inobediencia precisamente por cuanto ella significa un mayor atentado al bien jurídico militar de la subordinación. La acción del subordinado consiste en negarse abiertamente a cumplir la orden de servicio que le es impartida por el superior. La negativa puede ser de forma verbal, textual o simplemente gestual, pero debe ser terminante, esto es, lo suficientemente categórica para ser calificada de abierta. Por ello, resulta esencial para la configuración del ilícito penal la manifestación de la negativa en presencia del superior, como anota don Renato Astrosa: “Lo fundamental para que se configure el tipo es que la orden no sea cumplida en la forma dada por el superior y que cualquier expresión de rechazo de la orden por el inferior se realice en presencia del superior, ya que si esto no ocurriera, estaríamos ante un delito de inobediencia”⁵⁹.

Se debe anotar que se trata de un delito de resultado, pues debe, en definitiva, no cumplirse con lo ordenado para la realización típica, no bastando la simple puesta en

⁵⁹ Astrosa Herrera, Renato, “Derecho penal militar”, página 362.

peligro del deber de subordinación.

La penalidad de la figura es de reclusión militar menor en su grado mínimo a reclusión militar mayor en su grado mínimo, siempre que no concurra alguna de las circunstancias calificantes que la misma norma contempla, cuales son:

Si se comete el delito en presencia del enemigo y como consecuencia se hubieren malogrado las operaciones de guerra del Ejército nacional o aliado o favorecido las del enemigo, la pena es de reclusión militar perpetua o muerte.

Si se comete el delito en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren producido perjuicios graves, o se comete en presencia del enemigo, sin malograrse las operaciones de guerra del Ejército nacional o aliado o sin favorecer las del enemigo, la pena es de reclusión militar mayor en grado medio a máximo.

Ambas figuras típicas contemplan una norma común en el artículo 338 del Código de Justicia Militar, el cual dispone que: *“Tratándose de los delitos a que se refiere este Título, los Tribunales podrán sustituir las penas de reclusión militar menor por la de pérdida del estado militar”*.

Delito de desobediencia en servicio de guerra que afecte su deber militar. Está contemplado en el artículo 287 del Código de Justicia Militar, dentro del Título relativo a los delitos contra los deberes y honores militares, párrafo 1 referente a los delitos en servicio, siendo del siguiente tenor: *Será castigado con la pena de presidio militar perpetuo a muerte el militar que rehúse obedecer la orden de marchar contra el enemigo o la de realizar cualquier otro servicio de guerra en presencia del enemigo; el que dé voces para introducir el espanto o promover el desorden en la tropa, al principio o en el curso del combate; el que huya durante el combate, provoque la fuga de otros, se desbande, abandone el puesto que le corresponde o no haga en él la debida defensa y el que participe en amotinamiento, desobediencia o revuelta para obligar a retirarse o rendirse al jefe de las fuerzas atacadas por el enemigo, o para impedir un combate o hacer cesar el comenzado.*

El culpable comprendido en alguno de los casos antes expresados, podrá ser muerto en el acto por cualquiera de los presentes sea superior o inferior”.

La figura contempla una serie de conductas las que se podrían englobar en desobedecer las órdenes impartidas en caso de guerra que afecten su deber. Ellas van desde no hacer la debida defensa del puesto que le corresponde (elemento típico en extremo vago) hasta participar en un amotinamiento.

La penalidad asignada a este delito militar es gravísima, variando desde el presidio militar perpetuo hasta la muerte. Sin embargo, la mayor particularidad se encuentra en el inciso segundo, el cual señala que el infractor (la norma habla de culpable, voz inexacta porque presupone la existencia de un juicio, que en la especie no se da) puede ser muerto en el acto por cualquier presente sea superior o inferior. Esta barbaridad jurídica resulta de difícil explicación por cuanto no contempla juicio y cualquier presente puede dar muerte al presunto infractor.

Jurisprudencia.

En Contra GERARDO ILLEZCA BETANZO (año 1993), se acusó al Cabo de

Carabineros quién desobedeció las órdenes de sus superiores de retirarse de las filas y entregar su arma, amenazó a un Sargento para que éste nada hiciera y se dirigió a la tropa hablando a favor de marinos insurrectos. La Corte Suprema lo condenó como autor de los delitos de desobediencia (artículo 337 número 3 del Código de Justicia Militar), de ofensa a un superior (artículo 343 del Código de Justicia Militar) y de inducción a tibieza en el servicio (artículo 276 del Código de Justicia Militar) (Extraído del Libro “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo IV Parte General y Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2202, reimpresión de la segunda edición, 2002, página 586).

En Contra JOSÉ BRAULIO ESTRADA FICA (año 1996), se acusó al Cabo de la Fuerza Aérea quien recibió la orden de un Comandante de quitarse las zapatillas de agua antes de entrar al casino. El Cabo miró sus pies, dando a entender que estaban limpios y entró al casino, sin decir palabra, ante lo cuál el Comandante lo sacó del casino y dispuso su arresto. Fue condenado en primera instancia y absuelto por la Corte Marcial, pues la Corte estimó que no hubo un rechazo manifiesto de la orden, por lo que no puede ser condenado de conformidad a lo dispuesto por el artículo 337 del Código de Justicia Militar. Asimismo, la Corte estimó que rige la obediencia reflexiva, manifestada en el derecho a representación que posee el inferior, conforme al artículo 335 del Código de Justicia Militar, por lo que no exige un cumplimiento inmediato de lo ordenado. En la especie la Corte señaló que al mirarse los pies el Cabo ejerció su derecho de representación, y frente a la insistencia debía cumplir, pero fue el propio Comandante el que impidió, con su actitud de sacarlo del recinto y arrestarlo, que manifestara su voluntad de cumplir o rechazar la orden insistida (Extraído del Libro “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, Alfredo Etcheberry, Tomo IV Parte General y Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2202, reimpresión de la segunda edición, 2002, página 586 y 587).

Comentarios. Se ha señalado en este trabajo que no existe el deber jurídico de obedecer mandatos de contenido delictual, a los cuales apunta la obediencia debida. Por otra parte las infracciones penales derivadas de la desobediencia sólo pueden hacerse efectivas en la eventualidad que la orden haya sido de carácter legítima.

Por ende, en estricto rigor técnico, parece no existir relación entre la eximente de la obediencia y el delito de desobediencia. Sin embargo, la realidad es bastante más compleja que esta disociación.

En estas páginas se ha adherido a la teoría que ve en la obediencia debida un problema de inexigibilidad de otra conducta. Esto es, si bien la voluntad del inferior existe y es capaz, ella ha sido, de cierta forma alterada o torcida por la relación jerárquica y por la eventualidad, frente al incumplimiento, de verse expuesto a sanciones disciplinarias o penales.

Por ello resulta indudable que el juez, en el proceso específico en donde se invoque la eximente en estudio, ha de tener presente la sanción penal que el agente creía a que podía verse expuesto si no cumplía la orden (aún cuando en definitiva ello no fuera a ocurrir). Y ello por cuanto esa creencia ha, sin duda alguna, sido uno de los elementos que a torcido la voluntad del inferior.

El tribunal ha de ser necesariamente más riguroso para la aplicación del instituto en estudio si la legislación no contempla sanciones penales frente a la resistencia al

cumplimiento de las órdenes, o sí, estableciéndolas, son de escasa gravedad; mientras que, inversamente, deberá ser más proclive a la aplicación de la obediencia debida frente a una legislación que resulta en extremo rigurosa frente al incumplimiento del inferior.

En ese contexto, las normas penales expuestas relativas a la Administración del Estado contemplan sanciones meramente disciplinarias, por lo que ha de estimarse que la aplicación de la eximente de la obediencia debida debe limitarse seriamente.

Lo mismo ocurre con la norma del artículo 226 del Código Penal aplicable a los miembros de los tribunales de justicia, por lo que ha de llegarse a la misma conclusión.

Cuestión diversa ocurre en el Código de Justicia Militar en cuyo caso los artículos anotados contemplan sanciones de carácter privativas de libertad hasta la muerte para la desobediencia. Valga decir, aunque sea en forma tangencial, que la aplaudida abolición de la pena de muerte de nuestro ordenamiento jurídico no es tal, pues ésta y otras figuras típicas de nuestro Código de Justicia Militar la siguen manteniendo.

Esta mayor penalidad implica que la autorización para desobedecer es menor que en las otras áreas de nuestro derecho, por lo que ha de interpretarse por el juez con mayor latitud la eximente de la obediencia debida cuando se invoque.

PARTE III. ALGUNOS CASOS DE DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO I. SITUACIÓN ARGENTINA

“Ningún militar está obligado a cumplir una orden que manifiestamente constituye delito o sea contraria a las leyes y usos de la guerra, la obediencia ciega no existe, existe la obediencia funcional, del servicio, las órdenes legítimas, una orden ilegítima no debe ser cumplida.” Balza Martín, ex Comandante en Jefe del Ejército argentino, en declaración recogida por el Diario “La Hora”, de 23 de julio de 2003.

Ley argentina de obediencia debida. Una de las más particulares aplicaciones de la eximente en estudio fue la realizada en Argentina por el Presidente don Raúl Alfonsín con motivo de la dictación de la Ley N° 23.251. Fue sancionada y promulgada el 08 de junio de 1987, la llamada Ley Argentina de Obediencia Debida, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 1.- Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Art. 2.- La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Art. 3.- La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los 5 días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite dictará respecto del personal comprendido en el art. 1, primer párrafo, la providencia que se refiere el art. 252 bis del Código de Justicia Militar o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según corresponda.

El silencio del tribunal durante el plazo indicado, o en el previsto en el segundo párrafo del art. 1, producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente, con el alcance de cosa juzgada.

Si en la causa no se hubiere acreditado el grado o función que poseía a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaración indagatoria, el plazo transcurrirá desde la presentación del certificado o informe expelido por autoridad competente que lo acredite.

Art.- 4.- Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.429, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1 de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1, primer párrafo, de la presente ley.

Art.- 5.- Respecto de las decisiones sobre la aplicación de esta ley, procederá recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que podrá interponerse dentro de los 5 días de su notificación. Si la decisión fuere tácita, el plazo transcurrirá desde que ésta se tuviere por pronunciada conforme con lo dispuesto por esta ley.

Art. 6.- No será aplicable el art. 11 de la ley 23.049 al personal comprendido en el art. 1 de la presente ley.

Art. 7.- (De forma).

Esta normativa legal mereció el repudio generalizado de la doctrina argentina, pues adolece de serias deficiencias, las que se pasan a analizar.

1. Inexistencia de una orden para la operatividad de la obediencia debida. Resulta indispensable en toda normativa que revista una mínima lógica el que para hacer

operativa la exigente de la obediencia debida, exista una orden. Es un requisito básico sobre el cual ésta conteste la doctrina, consignado en el capítulo pertinente aun cuando ello resulta casi innecesario, dada su obviedad. Sin la existencia de una orden mal podremos hablar de obediencia, pues sólo la hay respecto de un superior determinado, frente a una orden precisa y concreta, que mande realizar al inferior una conducta específica.

Pues bien, la ley en comento llega al absurdo de sancionar la aplicación de la exigente de la obediencia debida sin que se acredite, en el proceso respectivo, la existencia de orden alguna. Tal cual. Resulta que para la aplicación de la exigente, la ley, por una ficción creada a través de una presunción de derecho, supone la existencia de la orden. O sea, basta acreditar la ocurrencia del hecho delictivo, que éste se realizó dentro del período comprendido por la ley, y que el victimario pertenecía a algunas de las ramas señaladas por la disposición legal.

No es necesario probar la existencia de orden alguna, válida o no, con formalidades o carentes de ella, competente o incompetente o aparente del servicio. Toda discusión en torno a estos puntos resulta estéril, pues la ley supone que ella existió. Y dicha conclusión resulta de la simple lectura del inciso 1º del artículo 1º de la Ley Nº 23.521, pues señala “*se presume sin admitir prueba en contrario*”..., para continuar: “*no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida*”. Comentando la disposición el jurista don Manuel de Rivacoba y Rivacoba señala que esto “es crear sólo con mente y voluntad la realidad e imponerla como tal, sirviéndose para este objeto de los medios y elementos coercitivos de que, para ordenar la vida social, como es natural, y no para forzarla, dispone el Derecho”⁶⁰.

La ficción de la ley se materializa a través de una presunción de derecho, con lo cual el legislador argentino, no contento con suponer que existe una orden, impide que se pueda acreditar la inexistencia del mandato. Si bien resulta en extremo difícil la probanza de un hecho negativo como el indicado, esto es, que para la comisión del ilícito en específico materia del proceso, no existió orden alguna sino por ejemplo, colusión o complicidad; dicha vía resultó, *ex ante*, vedada a las víctimas y sus familiares.

2. *Ninguna función cumple la competencia, ni real ni aparente.* La exigente de la obediencia debida se ha entendido sólo cuando la orden cae dentro del ámbito de competencia del superior. Este requisito ha dado lugar a discusiones en torno a si es o no necesaria la competencia, y si existen o no facultades válidas para ordenar la ejecución de actos ilícitos. En este trabajo se optó por exigir una *competencia aparente*, pues debe existir una conexión mínima entre la orden dada y la órbita del superior; cuestión indispensable para el error, pero también necesaria en la obediencia debida (pues de otra forma el inferior estaría exento de responsabilidad criminal, no obstante incurrir en un ilícito por completo ajeno al de su servicio, lo cual implica una extensión inaceptable del instituto). Pero es del caso que aquí se aplica la exigente, esté la orden o no dentro de la órbita real o aparente del servicio militar. Según esta particular norma basta que se alegue que el acto se cometió con el propósito de reprimir el terrorismo, según indica la

⁶⁰ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada Ley Argentina de Obediencia Debida”, página 528.

Ley 23.049. Nada más. Con ello es suficiente, a juicio del legislador, para que se aplique la eximente de la obediencia, haciendo caso omiso al requisito señalado y a las discusiones doctrinales a que ha dado lugar.

3. *Adopción de la coacción como naturaleza jurídica de la obediencia debida.* La naturaleza jurídica de la obediencia debida, es uno de los temas más controvertidos por la doctrina, el cual tiene efectos prácticos. En cuanto a ella la Ley Argentina de Obediencia Debida adopta posiciones. Ello por cuanto el artículo 1º de la Ley en comento, dispone, en su inciso 3º, una nueva presunción de derecho, mediante la cual se señala que los victimarios obraron “*en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad o legitimidad*”. Con ello le atribuye la naturaleza jurídica de “*coacción*” a la obediencia debida. Y, como se vio, ella es una teoría que hoy día se encuentra rechazada por la doctrina jurídica penal por ser institutos del todo diversos la coacción y la obediencia debida. Recordando lo anotado con anterioridad, la coacción implica un vínculo de mayor fuerza en la conciencia y voluntad del sujeto activo, al punto que prácticamente la dirige; cuestión que no ocurre en la obediencia debida, en donde no existe una amenaza de sufrir un mal irreparable y grave, sino sólo una relación de subordinación y, en el peor de los casos, la potencialidad de verse expuesto a un proceso por el delito de desobediencia.

Por lo demás, en aquellos casos en que sí exista una amenaza de un mal irreparable y grave, en cuya virtud el subordinado efectivamente haya actuado coaccionado, debería éste acreditar tal circunstancia en el proceso, no vislumbrándose razones para la creación de la norma en comento.

4. *Discriminación arbitraria del legislador.* La simple lectura de la ley nos demuestra que ella crea una discriminación arbitraria, en su artículo 2º, al establecer que la eximente de la obediencia debida creada no será aplicable para los casos de “*los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles*”. Y ello constituye una desigualdad legal arbitraria, exenta de toda lógica.

Nadie podría razonablemente esgrimir que la desigualdad creada por el artículo 2º es fundada. Si bien una primera lectura puede hacer pensar en nobles propósitos del legislador, se aprecia, fácilmente, que ella adolece de una pobre técnica legislativa, por cuanto se toman algunas figuras típicas para declararlas exentas de la aplicación de la eximente, olvidando muchas otras de igual o mayor gravedad.

No adolecería del vicio señalado una norma que disponga un mínimo de punibilidad, a partir del cual, los delitos que la posean no podrían verse sus ejecutores beneficiados por la eximente. Pero se optó por esta vía casuística, haciendo patente una desigualdad caprichosa.

Comentando el artículo don Manuel de Rivacoba y Rivacoba dice: “Pues bien, entiéndase como se quiera la *atrocitatem facinoris*, lo cierto es que los coautores y auxiliares subsecuentes de esta pretendida ley no se han detenido ante tan tremenda valla, sin que pueda alegarse en su favor a tal respecto el art. 2, ya que delitos de parecida o mayor significación y repugnancia que los excluidos en éste quedan

beneficiados por aquélla, como el homicidio, con todas sus figuras agravadas, la tortura, los abusos deshonestos, el rapto o el robo con homicidio”. Para graficar señalando: “El desequilibrio de la ley, no ya con el complejo normativo argentino, sino incluso consigo misma, llega al absurdo de eximir de responsabilidad criminal, *¡por considerar que obró en virtud de obediencia debida!*, a quien mató, sin privarse de hacerlo en las condiciones más horribles, a un niño de tierna edad, y no, en cambio, al que lo dejó vivir y, movido acaso en medio de la barbarie por un impulso de piedad, lo ocultó o le sustituyó el estado civil, o al de eximir el robo con homicidio, en que la violencia culmina en la muerte, y no, sin embargo, la apropiación extorsiva de inmuebles, en que basta el mero empleo de violencia”⁶¹.

Pero las desigualdades de la ley no terminan en la anotada. Se aplica la ley, según el artículo 3º, en *“todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal”*. Ello significa que aquellos que hayan sido condenados con anterioridad a la entrada de la vigencia de la ley no podrán aprovecharse de sus efectos, pues sólo alcanza las *“causas pendientes”*, no encontrándose en tal estado aquélla que ha finalizado por sentencia firme condenatoria, lo cual viola el principio pro reo, que informa a todo el derecho penal, y el señalado principio de igualdad ante la ley, ya que autores de idénticos delitos corren diversa suerte en función de los meros tiempos procesales.

5. *Indebida injerencia del legislador en las atribuciones del Poder Judicial.* Mención aparte merece la ley en torno a los problemas que genera a la independencia del Poder Judicial. El inciso 2º del art. 3º señala que *“El silencio del tribunal”...“producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente, con el efecto de cosa juzgada”*. La ley normalmente se impone a la autoridad judicial, quien, luego de su interpretación –proceso que incluye el análisis de ella misma y del resto del ordenamiento jurídico que sea pertinente- la aplica en aquellos casos en que sea subsumible la norma. Pero esta ley particular viene a suplantar la voluntad del sentenciador, constituyendo el silencio de éste la aplicación lisa y llana de la exigente de la obediencia debida sin que medie resolución judicial alguna. Las ficciones de este especial legislador parecen no tener fin, desconociendo, de paso, la independencia que debe ostentar todo Poder Judicial perteneciente a un Estado de Derecho.

Relacionado con la independencia que ha de ostentar todo Poder Judicial, la ley presenta, asimismo, problemas en la reconstrucción de los hechos. Sabido es que dicha tarea es atribución soberana de los jueces del fondo. Ya se señaló el forzamiento que la ley realiza al suponer, para todos los casos, la existencia de una orden; supliendo el legislador, la voluntad del juez. Asimismo, habrá de consignarse el señalado en el inciso 3º del art. 3º, a través del cual se dispone que la calidad del funcionario se acredita mediante *“certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite”*. Con ello se está privando al sentenciador de la facultad de dar o no por acreditado la calidad de funcionario, señalando que, quien debe hacerlo, es la propia autoridad castrense, lo cual deja la puerta abierta para la expedición de certificados falsos. Documentos carentes de autenticidad pueden siempre existir en un proceso judicial cualquiera que sea su

⁶¹ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada Ley Argentina de Obediencia Debida”, página 528.

naturaleza, civil, penal, de menores, laboral, etc. Pero lo novedoso de la norma es que intenta privar al sentenciador de la facultad para determinar, si así resultase conforme al mérito del proceso, la falsedad del documento. Tengamos presente que en los períodos de represión militar con normalidad aparece uno o más grupos integrados por civiles articulados, o simplemente particulares, que coadyuvan a la labor represora. Enfrentados a un juicio para hacer efectivas sus eventuales responsabilidades criminales, no resultaría extraño, teniendo a la mano la norma señalada, que se les acredite, en fraude, como miembro de alguna de las ramas castrenses.

Igualmente, se trata de privar al órgano jurisdiccional de la facultad para citar a prestar declaración indagatoria a aquéllos que sean imputados como autores, cómplices o encubridores (artículo 4º). Pero no se ve como se pueda acreditar la condición de funcionario, y el haber actuado para reprimir el terrorismo, requisitos necesarios para que opere la eximente, sin la necesaria comparecencia al tribunal.

Si a lo anotado sumamos las presunciones ya comentadas vemos que hay una intromisión por parte del legislador en las tareas propias del Poder Judicial, pues se le está imponiendo a los jueces una forma determinada de apreciar los hechos y de interpretar la ley aplicable. El jurista argentino, don Marcelo Sancinetti, comentando la ley, indica: “Hemos llegado, pues, a la conclusión de que la ley 23.251, por su contenido, constituye *no una ley, sino una sentencia judicial dictada por el Congreso*”. Para agregar: “Pero, además de la infracción a la división de poderes, esta sentencia tiene una peculiaridad. Se trata de jueces (los legisladores) que han podido fallar elípticamente cientos de hechos sin conocer el expediente, sin haber tenido a la vista ninguna de las actuaciones”⁶².

6. *El fin del legislador es lograr la impunidad.* Como queda claro, la finalidad del legislador es lograr la impunidad de los partícipes, evitando incluso la comparecencia a los tribunales por parte de los uniformados victimarios. Pero, como señala Rivacoba: “De cualquier modo, lo que dicha ley no puede impedir, y para lo que siempre queda expedita la vía a las víctimas de sus desafueros, es para exigir la pertinente condena civil de aquéllos, así haya de ser en juicio ordinario de lata y lenta tramitación, y no, por cierto, con la esperanza de hacer efectiva algún día la indemnización que les corresponda, sino con el propósito de que queden probados judicialmente con la autoridad de la cosa juzgada los desmanes que cometieron, que configuran repulsivos delitos comunes para todas las leyes punitivas del mundo, incluida la argentina, y de cuya condena penal sólo les ha liberado una ley inconstitucional”⁶³.

Y como su objetivo último es la impunidad, más allá de la monstruosa aplicación de la obediencia debida que ordena, y de los problemas dogmáticos que presenta, pone en jaque los fundamentos del derecho penal. Desde antiguo se discute en el ámbito del derecho penal la función preventiva o represiva de esta área del derecho. Cualquiera sea la posición que se adopte, cabe señalar que la impunidad —se logre a través de la

⁶² Sancinetti, Marcelo, “Obediencia debida y constitución nacional”, página 498.

⁶³ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Incongruencia e inconstitucionalidad de la llamada Ley Argentina de Obediencia Debida”, página 532.

amnistía, indultos generales, o a través de la obediencia debida- convierte en inútil al derecho penal. Lo priva de la función inhibitoria y evita que se materialicen mínimos márgenes de justicia. Y ello tiene repercusiones, pues cuando el Estado abdica o declina a su función de castigar aquellos delitos que atentan gravemente contra la sociedad y comunidad organizada, es ésta la que, se toma la justicia por sus manos. Grandes grados de impunidad significan grandes grados de frustración, que pueden, cual más cual menos, traer de vuelta la vendicta privada, con las funestas consecuencias que ello significa.

Cuesta imaginarse una situación más gráfica para señalar que el derecho penal es una expresión de poder, que, usada con propósitos políticos, puede transformarse en una poderosa herramienta –quizá la más temible- en contra de los ciudadanos, generando desigualdad e inequidad, ya sea por la vía de creación arbitraria de figuras típicas, ya por la exención injusta de responsabilidades criminales.

En agosto de 2003 la Cámara de Diputados de Argentina, ratificado por el Senado de dicho país, aprobó la anulación de la Ley de Obediencia Debida. Sin embargo, sus efectos prácticos si bien tendrán que ser determinados por los Tribunales de dicho país, es de estimar que serán escasos; por cuanto es reconocido en el derecho penal el principio pro reo, en cuya virtud los efectos de las leyes favorables se incorporan al estatuto jurídico del presunto victimario y se imposibilita la aplicación retroactiva de normas penales desfavorables a éste; amén de la multiplicidad de juicios ya juzgados en donde ha de primar la cosa juzgada.

Se podrá apreciar que muchas de las críticas y comentarios que se efectúan a la Ley Argentina de Obediencia Debida pueden escapar el objeto del presente trabajo. Pero estimo que ello resulta necesario para demostrar, en los hechos y no con meras abstracciones académicas, los peligros de una inadecuada utilización de la obediencia debida.

CAPÍTULO II. SITUACIÓN ESPAÑOLA

“...más aquél lo deue pechar, por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno destes desfonrrasse, o firiesse o matasse a otro, por mandato de aquél en cuyo poder estuiesse, non se podría escusar de la pena, porque non es tenuta de obedecer su mandado es tales cosas como estas; e si lo obedesciere e matare, e fiziere alguno de los yerros sobredichos, deue ende auer pena, también como el otro que lo mandó fazer...”. Ley 5, Título XV, Partida VII.

Como se señaló con anterioridad la diferencia más significativa del derecho español con nuestro ordenamiento jurídico, en la materia, residía en el establecimiento en dicha normativa, de la eximente de la obediencia debida con caracteres generales. Así el artículo 12 número 8º del Código Penal Español, declaraba exento de responsabilidad criminal a: “*El que obra en virtud de obediencia debida*”.

En virtud de esta característica que tenían el derecho español es que en este trabajo

se ha preferido el análisis jurisprudencial, para apreciar la interpretación que en dichas latitudes tuvo esta eximente; siendo especialmente útil para tal efecto algunas sentencias que, sobre la materia, ha dictado el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional de España.

*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*⁶⁴. Se ha tratado, en aras de la sistematización, de agrupar las sentencias aquí reseñadas en función de algunos de los requisitos anotados en la parte general del presente trabajo.

Relación de subordinación con vigencia jurídica valedera. El primer requisito para encontrarnos frente a la eximente es la existencia de una relación de desigualdad, que conlleve subordinación, la cual debe ser reconocida por el derecho. Las siguientes sentencias del Tribunal Supremo tratan el punto.

i- *El que yendo asociado a una ronda con un Alcalde dispara su arma y causa un homicidio a la voz de fuego dada por dicha Autoridad, que se cree acometida, aunque realmente no lo era, sin ser agente de la Autoridad, ni llamado por ella para que formase parte de la ronda, ni tampoco requerido para que acudiese en su auxilio, sino que voluntariamente se asoció a dicha ronda, marchando detrás de ella con un arma corta de fuego; si aparece que el Alcalde no tuvo necesidad racional de mandar hacer fuego ni contra un grupo que en situación tranquila estaba en la plaza del pueblo a hora no intempestiva ni contra un individuo que destacándose de dicho grupo vino hacia él en ademán de acometerle, el homicida no puede invocar esta eximente doce, porque libre como lo había sido para reunirse a la ronda, libre quedaba para separarse de ella, no teniendo obligación imprescindible en ningún caso de obedecer a la voz de fuego dada por el Alcalde, ni menos necesidad de disparar el arma que llevaba contra los del grupo, que ningún movimiento hicieron contra la Autoridad (S. 20-2-872; G. 10-5-872; t. 5.º, página 252)*. El Tribunal Supremo excluye aquí la obediencia debida por la inexistencia del vínculo de subordinación necesario para hacerla operativa.

ii- *Ni al carlista que hace fuego por orden de otro, tanto porque la Ley no puede referirse a los que se alzan contra el Gobierno constituido, ni a los que se reúnen con un fin criminal, como porque la obediencia tiene sus límites y no alcanzan a autorizar que se cometan crímenes comunes, que ni han de ser mandados ni tampoco obedecidos (S. 6-11-877; G. 27-1-878; t. 17, página 307)*. La relación de subordinación debe tener vigencia jurídica valedera.

iii- *El desobedecer el procesado, Procurador, las insistentes órdenes y requerimientos de la Autoridad judicial para recoger una causa no puede alegarse obrara en virtud de obediencia debida a mandatos de lo militar, a cuyas órdenes prestaba servicio, alegando ser soldado voluntario en unos talleres militares, probando documentalmente las horas de servicio, no teniendo impedimento ni coacción moral alguna por parte de esta última que le privara de cumplir lo por ella ordenado y siendo perfectamente compatibles ambos servicios, sin que ello en modo alguno le pueda eximir de la responsabilidad contraída, ni siquiera atenuar la gravedad de la infracción cometida*

⁶⁴ Los casos aquí reseñados han sido extraídos del libro de don Manuel Rodríguez Navarro “Doctrina Penal del Tribunal Supremo”, Tomo I, artículos 1º a 119, páginas 697 hasta 709.

al tratarse de orden no contrapuesta por las de otra Autoridad y no imposibles de cumplir, sin que tratara siquiera de excusarla ante el Tr. de la jurisdicción ordinaria al que estaba adscrito por su función profesional (S. 16-6-942; Rep Jurisp. Aranzandi, 823). La mera relación derivada de pertenecer voluntariamente a unos talleres militares no es bastante para que sea operativa la eximente; debiendo prevalecer su carácter profesional, de procurador.

iv- No es debida la obediencia por parte del conductor de un tranvía, que comprueba que los frenos de su vehículo no funcionaban y carecían de toda eficacia, a la orden del Inspector de la Empresa, posteriormente procesado y luego fallecido, que manda al reo recurrente reanude la circulación, dado que la obediencia que exige es la impuesta por la naturaleza y rigor del vínculo de subordinación entre superior e inferior, lo que no sucede en la simple relación de servicio entre conductor e inspector de una línea de tranvías (S. 30-12-952; Rep. Jurisp. Aranzadi, 2.661). No existe verticalidad entre el conductor y el inspector del tranvía, por lo que no hay relación jurídica de subordinación valedera.

v- Son condiciones necesarias para su aplicación que la subordinación al que mande se halle ordenada por la Ley, que el mandato sea legítimo y que esté dentro de las facultades de quien lo expide; siendo incuestionable que limita la función sacerdotal al ámbito puramente espiritual, no obstante su relevancia social y el respeto que sus indicaciones merecen, desde el momento que éstas se salen de su propia órbita, y más cuando tienden al incumplimiento de una obligación legalmente impuesta, cual es la de que quien posee un camión no lo conduzca sin estar habilitado al efecto, acto ilícito y no permitido, el valor estimativo de la eximente cae por su base en razón a no existir fundamento para que el procesado acatase mandato en abierta oposición a la Ley, aun teniendo en cuenta la persona de quien emanaba (S. 11-3-958; Rep- Jurisp. Aranzadi, 804). La relación espiritual que se tiene con el sacerdote no da lugar a la necesaria relación de subordinación para hacer aplicable la eximente.

vi- Ni para un particular respecto de otro que le ordena escribir en una papeleta de empeño nombres y cantidades si constituye una verdadera falsedad (S. 18-11-887; G. 5-1-888; t. 39, página 707). La ausencia de relación de subordinación excluye el deber de obedecer.

vii- La obediencia debida es eximente cualesquiera que sean los vicios o defectos legales cometidos por la Autoridad que dictara el acuerdo obligatorio y las responsabilidades subsiguientes del mismo.

En su virtud, alcanza al pastor que lleva su ganado a cierta zona fijada por el Alcalde en méritos de las disposiciones de la Ley de Epizootias de 18-6-914 y su Regl. De 4-6-915, sin avisar ni requerir en debida forma al dueño del terreno para los efectos procedentes (S. 7-6-916; G. 30-12-916; t. 96, página 319). Es una aplicación extraña de la obediencia debida, por cuanto mas bien es un caso de acción conforme a derecho, pues no existe relación de dependencia entre el pastor y la autoridad.

La relación jurídica de subordinación debe ser de derecho público. Las relaciones de subordinación derivadas del ámbito privado, como ocurre en materias civiles, comerciales o en las relaciones potestativas familiares, excluye la aplicación de la obediencia debida. Los siguientes fallos analizan este aspecto.

i- *No puede basarse esta circunstancia en la creencia de la procesada de que se hallaba obligada a obedecer ciegamente a su marido, porque ni la autoridad que el marido concede la Ley como jefe de familia puede facultarle para promover los más execrables atentados, ni el concepto erróneo e inverosímil que tuviera la procesada sobre el contenido de su subordinación conyugal significa otra cosa que ignorancia del derecho, que nunca excusa de observarlo (S. 9-10-925; G. 16-3-926; t. 112, página 572).* Se elimina del ámbito de la obediencia debida a las relaciones potestativas familiares derivadas del matrimonio.

ii- *No se ofrecen afirmados hechos por los que pueda colegirse que la esposa e hijos del recurrente se vieron en el caso de obediencia, ni cohibidos por la superioridad de aquél para rehuir y dejar de prestar los auxilios requeridos para el cuidado del después interfecto, por lo que no es de apreciar (S. 26-6-926; G. 13-3-927; t. 113, página 688).* Las relaciones potestativas familiares, por no ser de derecho público, no dan lugar a la eximente en estudio.

iii- *Aun cuando entre el procesado y otro sujeto mediasen las relaciones de criado y amo o principal y dependiente, voluntariamente establecidas entre ambos, de ellas, como de ninguna situación de dependencia y respectiva superioridad creada por mutuo convenio entre particulares, no podía nacer la obligación del primero de obedecer al segundo en lo que no fuese legal y permitido, y, por tanto, si se prestó a contribuir a la comisión de una estafa, su participación debe estimarse como emanada de su libre albedrío y constitutiva de tal supuesto de delito, y no originada por la necesidad de cumplir mandatos superiores e inductiva bajo este concepto de exención de responsabilidad (S. 28-6-883; G. 27-9-883; t. 29, página 126).* La obediencia debida sólo nace en las relaciones de derecho público, excluyéndose las relaciones de dependencia de tipo laboral.

iv- *Ni teniendo en cuenta la edad de la hija, próxima a los 25 años, que vivía independiente y lejos de su padre, y la conducta que observó en actos distintos de falsedad y fingimiento, interviniendo de acuerdo con el mismo, aceptando en donación una finca embargada judicialmente a su padre y fingiéndose mayor de edad, siendo menor, y con el concurso de un tío suyo hizo que dicha finca en pocos días pasase a poder de dos personas y más tarde volviera al suyo, causando un perjuicio de más de 2.000 pesetas (S. 13-1-886; G. 15-5-886; t. 36, página 51).* Se excluyen de la obediencia debida las relaciones filiativas.

v- *No resulta evidenciado que los culpables obrasen en obediencia debida a su madre al dedicarse a la expendición de carnes nocivas a la salud pública (S. 30-10-909; G. 30-3-910; t. 83, página 243).* Las relaciones potestativas no dan lugar a obediencia debida.

vi- *De los hechos aparece que, de existir la obligación de obediencia, no podía ser debida, porque las relaciones en que se desenvuelven el amo con el criado y el principal con el dependiente, como creación voluntaria entre particulares, no puede nacer de ellas la subordinación al que manda ordenada por la Ley y que la eximente exige, y en el caso aún resulta más clara la falta de la obediencia debida por el que recurre puesto que en los hechos probados se sostiene como tales que al ordenarle sus principales el transporte*

de los dos bidones con alcohol y acetona y el pañuelo con el celuloide le advirtieron la peligrosidad de las materias, la que él ya conocía perfectamente por el mucho tiempo que llevaba al servicio de aquéllos, quienes asimismo le ordenaron las transportara a pie para evitar accidentes, pero lejos de obedecer el mandato, con descuido y negligencia manifiestos, subió al tranvía con los bultos por su propia voluntad y contraviniendo las disposiciones reglamentarias prohibitivas de la entrada en los coches tranvías de materias inflamables, e incumpliendo la orden recibida de portearlos a pie; al inflamarse las materias por causas no bien determinadas se produjeron muertes, lesiones y daños (S. 2-7-953; Rep. Jurisp. Aranzadí, 1.847). Las relaciones del derecho laboral no dan lugar a la obediencia debida.

vii- Para que pueda apreciarse es indispensable que concurren los requisitos siguientes: Que la subordinación al que manda esté ordenada por la Ley, que el mandato sea legítimo y que esté dentro de las atribuciones del que manda, es decir, que el que mande lo haga en virtud de sus atribuciones y el que obedece dentro de sus deberes, porque faltando alguno de estos requisitos no puede existir obediencia debida; y si bien es cierto que entre el procesado y el dueño del vehículo que aquél conducía existía un vínculo laboral, en los hechos probados no se hace constar que el patrono ordenase a su dependiente que hiciera el servicio con las deficiencias de alumbrado y frenado que tenía la camioneta, y aunque efectivamente lo hubiera mandado, este mandato no era legítimo por el peligro que indudablemente entrañaba circular por una vía pública en tan defectuosas condiciones para la seguridad de las personas y las cosas, y hasta de los propios ocupantes del vehículo, y el obrero o dependiente no estaba obligado a obedecer la supuesta orden en caso de que se le hubiera dado, porque precisamente por su profesión habitual de chofer no podía ignorar el riesgo a que se exponía caminando de noche, con escasa luz y no estando los frenos en buenas condiciones (S. 22-10-958; Rep. Jurisp. Aranzadí, 3.039). Nuevamente se excluye la obediencia debida por, entre otras consideraciones, ser la relación de dependencia de tipo laboral.

viii- La apreciación de esta circunstancia eximente, establecida para liberar de responsabilidad al inferior en el cumplimiento de órdenes emanadas de sus superiores, requiere, además de otros requisitos, el de que exista motivo de obligar por razón de obediencia jerárquica entre el que manda y obedece, y como no consta probado que aquélla se diera entre los procesados S. T. y V. G., ya que las relaciones que a ambos les ligaban eran meramente laborales, derivadas de su condición de empleado y patrono, respectivamente, que no es precisamente de las adecuadas para aplicarle tal exención, según la doctrina jurisprudencial, es manifiesto que el T. no puede escudarse, por razón de obediencia debida, para eximirse de responsabilidad del acto que realizó o de simular firma y rúbrica del señor R. R. en documento a que se hace referencia en la sentencia, aunque ello lo hiciera por orden o mandato de su patrono y también recurrente, V. G. (S. 12-3-956; Rep. Jurisp. Aranzadí, 773). Se reafirma la exclusión de la eximente en estudio por ser la relación de dependencia de tipo laboral.

Existencia de una orden. El deber de obediencia, como es de toda lógica, supone la presencia de una orden concreta y determinada, dirigida al subordinado quien deberá, en principio, cumplirla. Y ella implica tanto su ejecución, como los modos o medios empleados para tal fin. Las siguientes son sentencias que se pronuncian sobre este

punto.

i- *Presupone la existencia de una orden, su eficacia legal y la obligación de darle cumplimiento (S. 30-12-925; G. 1-5-926; t. 112, página 762).* El fallo reconoce explícitamente la necesidad de una orden.

ii- *Ni no estando probado que existiese mandato del Alcalde, fundado en otro del Gobernador de la provincia, para abrir la correspondencia de una persona, y no siendo, aunque lo hubiera habido, justamente debida la obediencia que quebranta la Ley y los derechos de los particulares (S. 29-3-876; G. 29-7-876; t. 14, página 425).* Se desecha la obediencia debida alegada por no encontrarse probada la existencia de las órdenes; lo que siempre ha de resultar indispensable en el proceso respectivo.

iii- *Ni porque no constando probado que el Alcalde diese la orden de hacer el disparo no puede apreciarse la obediencia debida, que nunca lo sería de no constar que el interfecto ofreciera resistencia (S. 19-4-877; G. 16-8-877; t. 16, página 430).* Se desecha la obediencia debida, pues se exige probar la existencia de la orden.

iv- *Ni si lo que declara probado la sala es que la orden que el recurrente recibió de su jefe, Comisario de Policía, fue la de proceder a la detención de unos individuos, entre los que se encontraba el interfecto, sin que pueda estimarse que tal orden se extendiera a emplear el medio violento que el procesado utilizó (S. 28-1-932; t. 126, página 105).* Los modos violentos no estaban contemplados en el mandato. Por tanto, la orden importa tanto en su fin como en los modos.

v- *Ni probado haber recibido el procesado, capitán de la Guardia Civil, reglamentariamente órdenes verbales de que en la represión el Gobierno no quería ni heridos ni prisioneros y que debía entregarse muertos a todos aquellos que se encontraban haciendo fuego contra la fuerza pública o portando armas o explosivos y con muestras evidentes de haberlo realizado; de haber recibido, asimismo, de su jefe jerárquico, el Director General de Seguridad, instrucciones generales gravísimas que le recordó en la estación férrea y más tarde orden telefónica de acabar con el movimiento en quince minutos, fuere como fuere, y aunque averado por el Tr. Popular que antes de la muerte de los detenidos se había cerciorado el procesado de que éstos en el curso de la rebelión habían hecho frente con armas a la fuerza pública, se ofrece evidente al juzgador que el recurrente ejecutó los hechos probados excediéndose en lo que estaba obligado a obedecer en relación a las órdenes de sus superiores jerárquicos, que interpretó extensivamente; y atendiendo el criterio amplio con que esta circunstancia ha de entenderse y la ausencia en el procesado de dolo al prestar la obediencia, es obligado en términos de suprema justicia aceptarlos como eximente incompleta (S. 23-1-936; Rep. Jurisp. Aranzadi, 196).* Se aplica la obediencia debida como eximente incompleta, por haber exceso en el cumplimiento de la orden.

vi- *Ni pues si bien los agentes de la Autoridad habían recibido del Alcalde la orden de cachear a todos los ciudadanos por la noche, estas órdenes fueron excedidas obligando al Juez municipal a poner las manos en alto y amenazándole, o sea causándole vejaciones innecesarias para la función que les había sido encomendada y cuya significación delictiva como desacato a la Autoridad representada en la víctima tuvo que constar a los procesados (S. 10-6-936; Rep. Jurisp. Aranzadi, 1.295).* A juicio del Tribunal

Supremo en este caso, a diferencia del anterior, el exceso en la ejecución de la orden hace improcedente la aplicación de la eximente, aun como eximente incompleta.

vii- *No es de apreciar porque requiere como premisa de hecho la existencia indubitada de un mandato, la cual no concurre en el caso porque el Alcalde no dio ninguno, concretándose a solicitar gasolina para valerse del empleo de ella y de unos carrizos de fácil combustión, aparte de que aquél ha de ser legítimo, exigiendo a tales efectos que corresponda a las atribuciones del que lo dicta, o sea con competencia para ello, y a los deberes del que ha de cumplirlo, e igualmente que la obediencia de que se trata es a la jerarquía y no la que pueda derivarse de otra causa (S. 8-10-951; Rep. Jurisp. Aranzadi, 2.050).* Entre otras consideraciones, se desecha la obediencia debida alegada por no resultar acreditada en el proceso la existencia de la orden.

viii- *No puede estimarse en atención a que por muy rigurosas y severas que fuesen las instrucciones comunicadas a los guardas jurados, en este caso no obró el procesado en virtud de obediencia debida, porque unas instrucciones en términos generales deben ser interpretadas con lógica y no constituyen mandatos ni órdenes concretas que forzosamente haya que acatar, y aunque así se considerasen, es bien notorio que el culpable –guarda jurado- no se atuvo a las instrucciones recibidas y las traspasó con su irreflexivo y poco cauteloso proceder (S. 27-10-951; Rep. Jurisp. Aranzadi, 2.211).* Las meras instrucciones generales no constituyen órdenes concretas, por lo que se desecha la eximente en estudio.

ix- *Ni en el hecho de que el dueño de un ganado diga en términos generales al encargado de éste que lo introduzca donde pueda, sin causar daño en ciertas plantaciones, constituye un verdadero mandato ni impone al segundo tan estricta obediencia que pueda estimarse debida cuando implica la comisión de un acto justificable, cual es la intrusión del ganado en heredad ajena (S. 3-7-891; G. 19-9-891; t. 47, página 13).* La falta de orden excluye la obediencia debida.

Dicha orden debe encuadrarse, en forma aparente, dentro del ámbito de atribuciones del superior. Sobre este requisito en este trabajo se adhiere a la teoría de la apariencia, mientras que otros exigen que se dé la competencia del superior. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es rica en la materia.

i- *No cabe suponer que el procesado hubiese obrado al disparar el tiro que causó la muerte al interfecto en virtud de obediencia debida, porque para esto era preciso que estuviera ordenada por la Ley la subordinación de aquél al titulado Comandante de armas carlista que dio la voz de fuego y que el mandato de éste fuese legítimo y estuviera dentro del límite de sus atribuciones (S. 7-2-877; G. 4-8-877: t. 16, páginas 175).* El Tribunal Supremo desecha la obediencia debida, entre otras razones, por estimar que la orden no se comprendía dentro del límite de las atribuciones del superior, esto es, por carencia de competencia para la dictación del mandato.

ii- *Es preciso haber recibido previamente orden o mandato de la Autoridad que sea competente, lo cual no sucede cuando un Alcalde pide, no de oficio, sino privadamente, la suma malversada al procesado, depositario de fondos municipales, que éste le da bajo un simple recibo (S. 2-12-875; G. 5-1-876; t. 13, página 400).* Es por esto que, en la parte pertinente, pareció preciso exigir la existencia de “órdenes aparentes del servicio”, para

excluir precisamente este tipo de acciones en que lo ordenado se aleja, en forma significativa, del ámbito de atribuciones del superior.

iii- *Para que concurra es preciso que el que manda lo haga en virtud de sus atribuciones, y el que obedece, obedecer dentro de la ley (S. 30-11-925; G. 29-4-926; t. 112, página 697).* Al igual que el caso anterior se exige la competencia del superior.

iv- *Esta circunstancia no es aplicable al que obedece órdenes que están visiblemente fuera del que las da y recaigan sobre hechos que constituyan delitos (S. 18-12-882; G. 25-5-883; t. 27, página 449).* Se excluye en la especie la obediencia debida por estar “visiblemente fuera del que las da”, esto es, con claridad alejado del ámbito de competencia.

v- *Es indispensable que el mandato sea legítimo y procedente el medio empleado para llevarlo a cabo, o, lo que es lo mismo, que el que manda y el que obedece obren, respectivamente, dentro del cumplimiento de la Ley, que no es aplicable al caso de autos porque el alcalde no tenía atribuciones para mandar hacer fuego en este caso, que no pasó de la esfera de un altercado, ni los que hicieron fuego tenían obligación de obedecerle (S. 27-11-876; G. 6-3-877; t. 15, página 553).* La competencia del superior es un requisito que vuelve a exigir el Tribunal Supremo para aplicar la eximente en estudio.

vi- *En el abuso que el Alcalde hiciese de sus facultades no puede perjudicar al Secretario, porque con tal carácter estaba obligado a auxiliarle como dependiente de la Autoridad, porque tratándose del ejercicio de facultades extraordinarias no estaba obligado a saber si existían o no motivos poderosos que, apreciados por el Alcalde, principal responsable de sus actos, dieran lugar al allanamiento de cierta morada so pretexto de unos disparos y gritos subversivos supuestamente ocurridos en el interior de ésta, y la lesión del interfecto (S. 11-11-876; G. 19-1-877; t. 15, página 472).* Se acoge la obediencia debida alegada, pero se reconoce a la autoridad las “facultades extraordinarias”, esto es, la competencia, estimando el Tribunal Supremo errada la apreciación de los antecedentes para su ejercicio, lo cual no alcanza al subordinado, quien se limitó a ejecutar la orden.

vii- *Y en el Teniente de Alcalde, pues la orden de presentar la cédula, la de llamar al Ayuntamiento a los que se creía sin ella y la de detenerlos en su caso fue del Alcalde, y así se manifestó siempre, por más que el Teniente le prestara auxilio (S. 28-2-877; G. 8-8-877; t. 16, página 262).* En la detención el Teniente de Alcalde actuó en conformidad con lo ordenado por su superior competente.

viii- *Ni si el recurrente, como recaudador de las sillas de un paseo, y a consecuencia de disputa habida con un sujeto sobre el derecho a ocupar una que acababa de dejar, le lesionó; dados estos hechos, no puede estimarse comprendido en las eximentes once y doce porque pudo y debió limitarse a ejecutar las órdenes de la persona a quien servía, en lo relativo al orden de las sillas confiadas a su custodia, sin lesionar a dicho sujeto, lo cual nadie podía ordenarle ni él estaba obligado de ningún modo a obedecer (S. 23-11-877; G. 30-1-878; t. 17, página 386).* La orden no puede contener la lesión de una persona por ausencia de facultades para ello; fallo en el que se aprecia la similitud conceptual del Tribunal Supremo entre obediencia debida y cumplimiento del deber, aquí reseñada de manera explícita.

ix- *Ni si ni el procesado, a pesar de su carácter de Teniente de Alcalde, estaba en su derecho cuando dio a sus acompañantes la voz de “fuego con ellos”, se produjo la acometida contra el Juez y Fiscal municipales, alguacil y demás personas que con el Juzgado iban a la práctica de una diligencia en juicio verbal, para la que había sido citado el procesado, ni los que al obedecer la orden de éste acometieron a las personas aludidas obraron en virtud de un deber (S. 4-3-886; G. 13-8-886; t. 36, página 405). Se excluye la obediencia debida por la ausencia de competencia, pues el superior no “estaba en su derecho”.*

x- *Ni si el homicidio fue cometido obedeciendo órdenes o indicaciones de la Autoridad, cuya obediencia no era debida, porque aquélla no tenía derecho a mandar disparar el arma contra el interfecto, ni el procesado, de su parte, estaba obligado a cumplir tal mandato (S. 12-7-897; G. 17-9-897; t. 59, página 47). Se desecha la alegación de la obediencia debida, pues la autoridad “no tenía derecho a mandar disparar”, es decir, carecía de facultades para ello.*

xi- *No atenúa, antes agrava grandemente, la obediencia ciega a mandatos odiosos que proceden de supuestas autoridades ilegítimas y criminales (S. 5-4-884; G. 21 y 22-9-884; t. 31, página 702). La ilegitimidad de la autoridad, que la convierte en sólo supuesta, implica la ausencia de competencia.*

Que lo ordenado no aparezca manifiestamente como ilícito. El derecho no puede admitir obediencia alguna para excusar penalmente actos que, a todas luces, son claramente contrarios al ordenamiento jurídico. Fallos del Tribunal Supremo tratan el punto.

i- *Para la estimación de esta eximente es preciso que recaiga sobre actos lícitos y permitidos, obrando, lo mismo el que manda que los que obedecen, dentro de la Ley (S. 29-4-929; G. 17-9-930; t. 120, página 243). Al exigir el Tribunal Supremo la licitud de la orden, no se aprecian diferencias entre la aplicación del cumplimiento del deber y la obediencia debida.*

ii- *La obediencia no es debida cuando los actos sobre que versa son constitutivos de delito o falta (S. 4-3-890; G. 16-9-890; t. 44, página 300). La ilicitud de la orden haría improcedente la aplicación de la eximente; pero no se exige que ella sea manifiesta.*

iii- *No puede calificarse de obediencia debida la que se presta al cumplimiento de un mandato administrativo que infringe una Ley (S. 4-4-891; G. 26-8-891; t. 46, página 532). La misma doctrina antes comentada.*

iv- *Ampara a los actos en cumplimiento de órdenes recibidas de superior jerárquico en los funcionarios subordinados, no solamente cuando estas órdenes son justas, sino también cuando quienes las cumplen están en la creencia de que lo son, pero no cuando, como en el caso presente, les consta que la orden es injusta (S. 29-4-935; t. 133, página 131). En este caso el Tribunal Supremo, basado en la teoría del error, excluye, con acierto, la obediencia debida cuando la orden es manifiestamente ilícita; no obstante lo cual declara que el instituto se aplica principalmente frente a los mandatos lícitos, al declarar “no solamente cuando estas órdenes son justas”.*

v- *Y habiendo el procesado realizado los hechos que como delito sancionan los arts.*

210 y 215, hoy 184 y 191, deteniendo a un particular en su domicilio en cumplimiento del mandato de su jefe, el Alcalde, mandato que si no era legítimo no consta fuese conocido como notoriamente ilegal para el que lo cumplía (S. 12-7-902; G. 8-1-903; t. 69, página 62). Se aplicó, con precisión, la eximente de la obediencia debida por no ser la orden de detención, notoriamente ilegal.

vii- *Ni un Juez municipal tiene facultad para ordenar la sustitución de una sentencia condenatoria por otra absolutoria ni el recurrente, a pesar de su carácter de Secretario, tenía el deber de cumplir la orden que determinaba la comisión de un delito (S. 29-11-892; G. 30-3-893; t. 49, página 572).* La ilicitud manifiesta de lo ordenado excluye la obediencia debida.

viii- *Ni si otorgando el art. 76 de la Constitución la facultad de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado como privativa de los Trs., y no siendo debida la obediencia, conforme al art. 380 del Código, cuando con ello se infringe terminantemente la Ley, no puede invocarse dicha eximente ante la infracción indiscutible de la Ley Municipal, que ordena reintegrar en sus cargos a los Concejales absueltos o cuyos procesamientos fuesen dejados sin efecto, comunicada resolución judicial a los Regidores interinos (S. 29-12-903; G. 4-4-904; t. 71, página 403).* Se excluye la obediencia debida, por cuanto “se infringe terminantemente la Ley”, lo que es igual a decir que el mandato es manifiestamente ilícito.

ix- *Ni porque aun en el caso, no admitido, de haber ejercido la profesión sin título el perjudicado bajo la dependencia o mandato de un veterinario, no se hallaría exento de responsabilidad criminal, porque no cabe estimar la obediencia debida con relación a actos prohibidos por la Ley (S. 21-6-907; G. 3-1-909; t. 78, página 554).* La ilicitud de la orden, aun cuando no manifiesta, hace en concepto del Tribunal Supremo improcedente la obediencia debida.

x- *Ni probado que los procesados realizaron los hechos cooperando en su condición respectiva de Alcalde y cabo del Somatén del pueblo por impulso propio o requerimiento extraño a un movimiento contra el Gobierno de la República, hecho que como constitutivo de delito no podía serle lícitamente ordenado por nadie ni podía obrar en virtud de obediencia debida (S. 7-12-935; t. 135, página 367).* La ilicitud de lo ordenado excluye la obediencia debida; pero el fallo no establece que ella debe ser manifiesta.

xi- *La obediencia al superior jerárquico sólo es debida cuando el mandato procede de quien está investido de autoridad para darla y recae sobre actos lícitos y permitidos, y como a los procesados, según los hechos probados, les constaba que tal cualidad de debida obediencia no podía atribuirse a la orden de G., como Jefe de Almacén, dado el acto ilícito y no permitido de dejar salir del mismo el carbón que era sustraído, y teniendo en cuenta que, en cambio, lo hacían para auxiliar o coadyuvar a las sustracciones del carbón por aquél realizadas, resulta patente que aunque existiera tal orden no podía serle lícitamente dada por nadie y menos ellos obrar por obediencia debida (S. 23-11-950; Rep. Jurisp. Aranzandi, 1.-951).* A juicio del Tribunal Supremo la ilicitud de la orden hace improcedente la obediencia debida, aun cuando no sea manifiesta; con lo que no ven diferenciaciones conceptuales entre esta eximente y aquélla derivada del cumplimiento del deber.

xi- *Para su apreciación se precisa que recaiga sobre actos lícitos y permitidos, es decir, que lo mismo el que mande que los que obedecen obren siempre dentro de la Ley, y como esto no sucede en el caso, porque se trata de la comisión de un hecho delictivo, no es de estimar (S. 24-11-954; Rep. Jurisp. Aranzadi, 2.708).* Nuevamente se exige la licitud de la orden, con lo cual se asimila al cumplimiento del deber.

xii- *Ni respecto a los Regidores de un Ayuntamiento, porque nadie tiene autoridad para hacer ejecutar las acciones que la Ley prohíbe (S. 24-10-877; G. 11-12-877; t. 17, página 253).* Exige el Tribunal la licitud de la orden para la aplicación de la obediencia debida.

No debe existir concierto previo del inferior para con el superior. Si existe concierto previo nos enfrentamos a una coautoría, que excluye la relación jerárquica desigual, necesaria para encontrarnos frente a la eximente.

i- *Para su posible estimación es preciso, de una parte, la existencia de mandato legítimo que emane de Autoridad o superior con atribuciones para decretar órdenes justas y que obren dentro del círculo de las mismas, y de otra, un subordinado que tenga la obligación de acatarlas y obedecerlas, sin discriminar la razón en cada caso, salvo que sean manifiestamente contrarias a la Ley, cuyos elementos no se dan en el de autos, porque ni siquiera se advierte la efectividad del mandato, pues realmente hubo pacto, y, además, los funcionarios administrativos del Consorcio no están ligados por vínculos y deberes legales de subordinación, pudiendo y debiendo negarse a ejecutar actos opuestos a las disposiciones del Poder público, cualquiera que sea su rango y el de sus órganos representativos, entre ellos la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, facultada expresamente para dictar instrucciones, o aquellos que causen lesión al bien jurídico (S. 4-6-950; Rep- jurisp. Aranzandi, 1.140).* La sentencia establece que “*realmente hubo pacto*”, expresión que no puede significar sino la existencia de colusión, la cual excluye la obediencia debida.

Conclusión del análisis jurisprudencial. Resulta curioso ver como, en la óptica del Tribunal Supremo, no se aprecian diferencias entre la obediencia debida y el cumplimiento del deber, no obstante tener establecida por entonces un numeral propio.

Ello por cuanto los fallos, salvo calificadas excepciones, exigen en forma reiterada que el superior tenga competencia para la dictación de la orden y que ésta sea lícita.

De esta forma se le priva al instituto de la obediencia debida de toda vocación de autonomía, por cuanto, conforme a esa interpretación, no se vislumbran diferencias significativas entre el instituto en comento y la eximente derivada del cumplimiento del deber; lo cual resulta absurdo por cuanto el Código Penal español los contemplaba como causales con numerales propios.

Con probabilidad, esta vida común otorgada por la jurisprudencia influyó sustancialmente para que nuestra Comisión Redactora excluyera a la obediencia debida del catálogo de eximentes.

Situación actual. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, establece el nuevo Código Penal español. No se contempla en este cuerpo legal, en forma expresa, la obediencia debida ni como eximente (circunstancias contempladas en el artículo 20 de

dicho cuerpo legal) ni como atenuante (circunstancias contempladas en el artículo 21 de dicho cuerpo legal) de la responsabilidad criminal. Tampoco se le instaura en título alguno referente a delitos específicos.

Por ende, aquellos que deseen alegar hoy la obediencia debida en dicho país, como exención o atenuación de la responsabilidad penal, deberán recurrir a normas análogas.

Como exención, se podrá utilizar el artículo 14, que excluye la responsabilidad criminal derivada del error invencible sufrido por el agente, o su punición como cuasidelito si fuese vencible.

Otra posibilidad se encuentra en la circunstancia 6º del artículo 20 del Código Penal, el cual declara exento de responsabilidad criminal al que obre impulsado por un miedo insuperable.

Por su parte el numeral 7º del artículo 20 declara exento de responsabilidad criminal al que obre en cumplimiento de un deber. Pero resulta manifiesto, como se ha anotado, que ella sólo está referida al cumplimiento de los mandatos de carácter lícito.

Como atenuación, el artículo 21 que rige la materia, contempla situaciones tales como, las eximentes incompletas, la de actuar a consecuencia de la grave adicción a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas u otras que produzcan efectos análogos, la de actuar por estímulos tan poderosos que hayan causado arrebató u obcecación, entre otras. Finaliza con una causal abierta, señalando como atenuante a cualquier otra circunstancia de análoga significación, en la que podría, eventualmente, encuadrarse la obediencia jerárquica.

Pero esta tarea parece estéril. Amén de las diferencias doctrinales entre las causales determinadas por el nuevo Código Penal y la obediencia debida, ha de tenerse presente que el propósito del legislador, manifestado en la exposición de motivos y en el cuerpo legal, es de dar un tratamiento más riguroso al funcionario público; ámbito en el cual el instituto en estudio adquiere relevancia.

CONCLUSIONES

“Nosotros, pilotos veteranos y pilotos activos (...) nos negamos a acatar órdenes ilegales e inmorales de llevar a cabo la clase de ataques que el Estado de Israel realiza en los territorios (palestinos). Nosotros, a quienes se nos enseñó a amar a Israel y a contribuir a la empresa sionista, nos negamos a participar en ataques de la Fuerza Aérea sobre centros de población civil”. Carta firmada por 27 pilotos de la Fuerza Aérea israelí, en la cual anuncian que se abstendrán de participar en futuros ataques sobre zonas densamente pobladas de Cisjordania y la Franja de Gaza, aparecida en el Diario “El Mercurio” (Cuerpo A, página 5), el jueves 25 de septiembre de 2003.

En la parte general del presente trabajo se ha tratado de definir la obediencia debida, y establecer sus requisitos como circunstancia exculpante de la responsabilidad criminal. Asimismo, se ha buscado explicitar las más importantes posiciones que buscan desentrañar su naturaleza jurídica, tomando posición al respecto. Capítulo aparte se ha dejado a la relación del instituto con los delitos que signifiquen violaciones a los derechos fundamentales de las personas cometidos por autoridades. Se ha buscado, ya en la parte relativa al derecho chileno, analizar el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia, han dado a la obediencia debida. En otro aspecto, relativo al derecho comparado, se ha pretendido analizar el caso especial de la llamada Ley de Obediencia Debida de la República de Argentina, para ejemplificar los alcances prácticos que el instituto puede llegar a tener, y se ha optado por un análisis principalmente jurisprudencial del derecho español de los tiempos en que la legislación de dicho país establecía la eximente con caracteres generales, cuestión que no ocurrió en Chile.

En estas páginas se ha definido a la obediencia debida como aquella eximente o atenuante de responsabilidad penal en cuya virtud el subordinado de una relación con vigencia jurídica valedera de derecho público que cumple una orden delictuosa aparente del servicio, queda exento de responsabilidad penal o ésta se ve atenuada, siempre que haya representación en aquellos casos en que lo exige la ley y no exista concierto previo, ni la orden sea manifiestamente ilícita o constituya delito de lesa humanidad; eximente o atenuante, en su caso, que no alcanza al superior de la orden.

Por otra parte, las limitaciones más significativas de la obediencia debida se desprenden de la propia definición anotada.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que para que ella se presente debe existir el deber de obedecer el cual se origina de una relación jerárquica, la que debe ser reconocida por el derecho, o sea, con vigencia jurídica valedera. Asimismo, únicamente las relaciones de derecho público admiten la aplicación de la eximente.

Siguiendo con las restricciones, se han formulado las razones de carácter dogmáticas, político criminales y positivas, en virtud de las cuales, a juicio del suscrito, debe descartarse la eximente tratándose de delitos de lesa humanidad; asimismo, también ha de desecharse si la orden adolece de manifiesta ilicitud.

Otros conceptos normativos limitantes a los cuales se le ha dedicado especial atención, es aquél relativo a la competencia, a la orden de servicio y al uso de atribuciones legítimas; para cuyas conceptualizaciones se ha adherido a la teoría de la apariencia.

Como se comprenderá, tampoco es posible pretender invocar con éxito la obediencia debida si existe concierto previo entre el inferior y el superior, en cuyo evento nos encontramos frente a un caso de coautoría.

Lo último que debe decirse en lo referido a las limitaciones, es que el inferior no debe actuar coaccionado o errado; pues éstas son situaciones del todo diversas a la obediencia debida.

En cuanto a su naturaleza jurídica se ha optado, siguiendo la doctrina actualmente mayoritaria en nuestro país, por considerarla uno de los casos englobados en las situaciones de inexigibilidad de otra conducta; conjuntamente con el miedo insuperable y la fuerza irresistible.

Más allá de estas consideraciones, que por lo demás se encuentran desarrolladas, de correcta o deficiente forma, en el cuerpo de este texto, ha de buscarse en esta etapa del trabajo una idea general referente al tema.

En esa tarea, es de notar que la humanidad ha ido evolucionando hacia una mayor igualdad de sus individuos y a establecer la libertad, con la consecuente responsabilidad, como un valor fundamental.

Este avance implica que las relaciones de subordinación se han ido racionalizando. El deber de obedecer presenta una restricción progresiva de sus ámbitos de aplicación, y una creciente exigencia de fundamentación en las áreas en donde permanece.

Así, se ha abolido la esclavitud, se ha reivindicado la dignidad del trabajo; asimismo,

las facultades de corrección que poseen los padres respecto de los hijos son cada vez más tenues y deben tener siempre como finalidad el interés superior del menor. Un buen ejemplo de lo dicho se encuentra en nuestro derecho interno con la extinción del deber de obedecer de la mujer casada al marido, que establecía el hoy derogado inciso 1º del artículo 131 del Código Civil.

En ese mismo sentido, el deber de obediencia ciega o absoluta se encuentra en franca decadencia en nuestro mundo occidental. Ello ha traído aparejado el que la revisión del inferior del contenido de lo mandado, que antes se veía como una facultad o poder, en la actualidad se estime que constituye un deber a cumplir, lo cual es concordante con la creciente autonomía ética (autonomía en el sentido más técnico, esto es, el poder de dictar las propias normas) que se nos reconoce a los seres humanos

La obediencia debida como instituto que encuentra su naturaleza jurídica en la imposibilidad de otra conducta nace en Alemania, y con motivo de una relación laboral de dependencia. Hoy sin duda, en la misma hipótesis fáctica, el sujeto no se encontraría exento de reproche criminal por la obediencia debida. Ello por cuanto, el ámbito laboral es un buen ejemplo de la referida pérdida de la verticalidad en las relaciones jurídicas de poder.

La posibilidad que la sola relación de jerarquía implique una deformación de la voluntad que coloque al sujeto en la imposibilidad de comportarse de otra forma, resulta cada vez más cuestionable en relaciones que tienden a una mayor horizontalidad y racionalización.

En el ámbito castrense –donde históricamente se ha dado mayor relevancia a la obediencia- encontramos el mismo proceso de racionalización y autonomía referidos. Es el caso de 27 pilotos israelíes, que hicieron pública una carta en que señalan que se abstendrán de participar en ataques en zonas pobladas de Cisjordania y la Franja de Gaza (conflicto en el que cerca de 500 soldados ya han preferido la cárcel antes que realizar asesinatos selectivos en los tres años que lleva la intifada); parte de cuyo texto se anota al comenzar esta parte. Y no es el único caso, pues ya en 1982 un comandante de brigada de tanques se negó a invadir el Líbano porque vio niños al frente (como da cuenta el Diario “El Mercurio”, en el Cuerpo A página 6, del 27 de septiembre de 2003).

Por lo dicho, es de presumir que la exigente de la obediencia debiera ir progresivamente desapareciendo de los ordenamientos jurídicos. Estimo que el primer paso para ello, pasa por su eliminación como exculpante de responsabilidad, teniendo aplicación únicamente como minorante; para, con posterioridad, excluirla aun como dicha circunstancia.

Consecuencialmente, se debe agregar la imposición de la obediencia relativa como la doctrina a que han de sujetarse los funcionarios públicos y los miembros de los cuerpos armados; sistema propio de un Estado de Derecho y Democrático.

Pero para que ello ocurra falta camino por recorrer; el momento en que se produzca ya obedece más bien a la sociología y a la decisión política legislativa. Dependerá del nivel de educación de los individuos integrantes de la respectiva sociedad. Será un cambio lento y progresivo, pero su ocurrencia resulta en extremo probable.

Por lo anterior, no existen razones para incorporar con alcances generales la obediencia debida como causal de exclusión de responsabilidad penal en nuestro ordenamiento jurídico (aun cuando no pueden compartirse los argumentos de la Comisión Redactora de nuestro Código Penal para su eliminación del catálogo general de eximentes); sino, por el contrario, creo que la evolución natural del instituto –como ya dije– será su moligeración, consistente primeramente en su establecimiento únicamente como atenuante, para culminar con la eliminación de toda disposición normativa que la contemple.

La importancia del fenómeno jerárquico –que siempre va a existir en una sociedad organizada– deberá ser uno de los elementos que en el juicio punitivo específico ha de considerarse para apreciar si hay coacción o error invencible, pero no como una eximente autónoma y bastante de la responsabilidad criminal, pues no es debida una obediencia destinada a la comisión de delitos.

Bibliografía.

- Astrosa Herrera, Renato, "Derecho penal militar", Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1974.
- Aylwin Azócar, Tomás, "La obediencia debida como eximente de la responsabilidad criminal", Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Universitaria S.A., 1956.
- Benvenuto Vergara, Luis, "Obediencia debida (artículo 10 N° 10 del Código Penal)", Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Universitaria S.A., 1966.
- Cousiño Mac Iver, Luis, "Derecho Penal Chileno", Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.
- Cury Urzúa, Enrique, "Derecho Penal, Parte General", 2 tomos, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- Etcheberry, Alfredo, "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, Segunda Edición, Editorial Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976.
- Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo I, Parte General y Tomo IV, Parte General y Parte Especial, Editorial Jurídica, Santiago, reimpresión de la Segunda Edición, 2002.
- Garrido Montt, Mario, "Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.

- Hübner Gallo, Jorge Iván, “Introducción al Derecho”, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- Jiménez de Asúa, Luis, “Problemas de derecho penal”, Ediciones Jurídicas, Perú, 1987.
- Lledó Vásquez, Rodrigo, “Derecho Internacional Penal”, Editorial Congreso, Santiago de Chile, Primera Edición, 2000.
- Mackay Barriga Rafael, “El delito de desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile, Memoria N° 12, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.
- Mejía Linares, Miguel Ángel, “La Obediencia Debida”, artículo publicado en la Revista de Marina, Armada de Chile, Valparaíso, año CXII, Vol. 113 N° 835, Nov-dic 1996, páginas 584-94.
- Mera Figueroa, Jorge, “Los delitos contra los Derechos Humanos en los Códigos Penales Latinoamericanos”, en “Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
- 15- Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Segunda Edición, Editado por Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985.
- 16- Montealegre Klenner, Hernán, “La seguridad del Estado y los Derechos Fundamentales”, Alfabeta Impresores, Santiago de Chile, 1979.
- 17- Morrillas Cueva, Lorenzo, “La eximente de obediencia debida en la PANCP: Una continuidad discutible”, Universidad de Granada, “V Jornadas de Profesores de Derecho Penal”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, Sección de publicaciones e intercambio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, Editorial Nueva Época, Madrid, 1983.
- 18- Novoa Monreal, Eduardo, “Curso de Derecho Penal Chileno”, 2 Tomos, Segunda Edición, reimpresión del texto original, Editorial Jurídica, Edición Cono Sur, Santiago, 1985.
- 19- Quintano Ripollés, Antonio, “Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal”, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.
- 20- Quintero Olivares, Gonzalo, “El delito de desobediencia y la obediencia justificada”, artículo del profesor agregado de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Cuadernos de Política Criminal, 1980.
- 21- Queralt i Jiménez, Joan Josep, “La obediencia debida en el Código Penal”, Librería Bosch, Ronda Universidad, Barcelona, 1986.
- 22- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Incongruencia e Inconstitucionalidad de la llamada Ley Argentina de Obediencia Debida”, por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Ediciones Depalma, Doctrina Penal, Buenos Aires, 1987.
- 23- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno”, Edeval, Valparaíso, 1974.
- 24- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “La obediencia jerárquica en el Derecho Penal”, Edeval, Valparaíso, 1969.
- Rodríguez Navarro, Manuel, “Doctrina Penal del Tribunal Supremo”, Tomo I, artículos 1º a 119, Aguilar S.A. Ediciones, Madrid, 1959.

Sancinetti, Marcelo A, "Análisis Crítico del Juicio a los Ex Comandantes", en "Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

Sancinetti, Marcelo A, "Obediencia Debida y Constitución Nacional", Texto de la conferencia pronunciada por el autor en la Asociación de Abogados de Buenos Aires el 27 de julio de 1987, por invitación de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, "Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo I, Tipográfica Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1978.

Vives Antón, Tomás Salvador, "Consideraciones Político Criminales en torno a la obediencia debida", catedrático de Derecho penal en la Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, "Estudios Penales y Criminológicos V", cursos y congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Imprenta Minerva, Santiago de Compostela, 1981.

Textos positivos.

Constitución Política de la República de Chile.

Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convenciones de Ginebra, sobre el Derecho de Guerra

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Declaración sobre la Protección de todas las personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal.

Estatutos del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia.

Estatutos del Tribunal Militar Internacional para los juicios de Nuremberg.

Principios de Nuremberg.

Código Civil.

Código de Justicia Militar.

Código del Trabajo.

Código Orgánico de Tribunales.

Código Penal.

Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales, Ley Nº 18.833.

Código Penal español.

Ley Nº 23.521 de la República Argentina, llamada Ley de Obediencia Debida.

