



¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional

M.^a del Carmen Gómez Rivero *Prof.^a Titular de Derecho penal de la Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. El sentido de la relevancia penal de la obediencia debida. II. Los presupuestos que generan el deber de obediencia III. La inserción del problema de la obediencia debida en las coordenadas de un modelo funcional. IV. La especificidad de la problemática de la obediencia debida: ¿un problema aparente? V. ¿Es realmente necesaria la obediencia debida como figura autónoma? VI. La valoración del art. 33 del Estatuto de la Corte Penal internacional. VII. Conclusión y perspectivas.

Hablar del deber de obediencia es hablar, de una u otra forma, de uno de los pilares básicos sobre los que descansa la existencia de cualquier ordenación estatal, y que formalmente permite su propio funcionamiento. En efecto, una sociedad que no se articule sobre el principio de distribución —vertical— de funciones, sería por definición impracticable y, en cualquier caso, repelería su calificativo como una verdadera *ordenación* social. Por ello, dejando a un lado la vieja polémica en torno a los existencia y presupuestos del deber de obedecer en ámbitos familiares o, en general, basados en relaciones intersubjetivas privadas, como por ejemplo, el ámbito laboral, no es de extrañar que la articulación funcional de cualquier Estado en todas y cada una de sus proyecciones descansa sobre la lógica propia de la estructuración jerárquica. Esa ordenación define ámbitos competenciales que a su vez generan una cadena de mandos donde la potestad de los superiores de emitir órdenes encuentra su correlato en el consiguiente deber de obedecer de quienes organizativamente se encuentran en los niveles inferiores.

Dicha ordenación, que recorre de principio a fin el funcionamiento de cualquier sociedad, plantea al Derecho penal la difícil cuestión en torno al valor que deba concederse a la alegación de haber actuado respetando ese modelo de distribución competencial cuando las directrices superiores dan paso a un resultado delictivo. La dificultad es fácil de entender si se repara en que la misma proviene de varios frentes. En primer lugar, porque su solución demanda la necesidad de encontrar un difícil equilibrio entre dos extremos que, en principio, pudieran presentarse como antagóni-

cos: de un lado, el respeto de aquella secuencia de mando sobre la que descansa la ordenación estatal; de otro, la salvaguarda de un principio que es, a su vez, uno de los pilares básicos del Derecho penal: el de la *responsabilidad personal* de cada interviniente por su propia cuota de participación en el hecho. Este principio exige, en efecto, que, sin desconocer aquella estructura, se tenga presente la necesidad de no desplazar, o si se quiere de no vaciar, los focos de responsabilidad de un sujeto a otro cuando al primero de ellos pueda formularse un juicio de reproche autónomo. Porque si esto fuera así, la pretensión de trasladar exclusivamente al superior la imputación del suceso, descargando correlativamente al inferior de aquella, supondría tanto como romper el vínculo normativo de atribución por el dato de descubrir un responsable primero en cuya actuación aquél encuentra explicativamente su origen. No hace falta insistir en que hace tiempo que el Derecho penal repele cualquiera de las versiones a que da paso esta construcción.

Pero en segundo lugar, junto a la necesidad de respetar ese complicado equilibrio, las dificultades para encontrar una solución adecuada a la problemática de la obediencia debida se agudizan por otro tipo de razones. Y es que no puede desconocerse que la discusión que la rodea está, al menos en determinados ámbitos, gravada con una carga *político-criminal* extraordinariamente acentuada, en la que adquiere singular protagonismo el juicio en torno a la conveniencia, la utilidad, e incluso la justicia misma del castigo. No podría ser de otra forma si se repara en que lo que se discute es nada menos que los límites

dentro de los cuales el Estado está dispuesto a proteger frente a eventuales pretensiones de responsabilidad penal a quienes aleguen haber actuado al amparo del propio diseño funcional que aquél instaura y fomenta. Si esto es así ya en general, la discusión adquiere tintes singulares allí donde lo que está en juego es la depuración de responsabilidades por los excesos cometidos por el propio Estado, y en los que, por tanto, el manejo de esa estructuración jerárquica se presta a convertirse en un tentáculo más al servicio de su propia perversión. En estos casos extremos el valor que se conceda a la alegación de la obediencia dispara no sólo el referido ingrediente político criminal, entendiéndose por tal el componente jurídico-valorativo en torno a la justicia de la exigencia de responsabilidad. Dispara ante todo el componente *político* en el sentido más genuino del término, de tal suerte que la discusión en torno a la cobertura que deba prestar la alegación de razones de obediencia se convierte a la postre en una arma más con la que condicionar los deseos de su exigencia. Porque al margen de los distintos modos de articular una transición política¹, la perspectiva histórica enseña que, junto a otros métodos, el deber de obediencia se presta como pocos institutos jurídicos a servir de cobertura con la que callar los crímenes cometidos a su amparo².

A la vista de lo anterior, no es de extrañar que exista un tupido halo de dificultades alrededor de todos los aspectos relacionados con el deber de obedecer. Esta afirmación, que no es difícil deducirla de la literatura que le ha prestado atención hasta la fecha, se confirma apenas se realiza una aproximación a la trayectoria misma de su tratamiento jurídico. Y es que, si bien es verdad que en no pocos ámbitos es algo consustancial al Derecho un cierto margen de discusión en torno a los límites y modos de configurar buena parte de las figuras jurídicas, lo que separa esa

dificultad general de la problemática que rodea a la obediencia debida es que en ésta la incertidumbre planea ya sobre la necesidad misma de su existencia.

En efecto, la discusión que tradicionalmente ha envuelto a la obediencia debida no se agota en sus presupuestos, sus límites o, de forma general, en torno al modo de compaginar su diseño legal con las coordenadas de un sistema político y jurídico más amplio en el que está llamada a integrarse. Aquella discusión, por el contrario, ha calado hasta los pilares de su legitimidad cuestionando, por ello, la admisibilidad misma de su existencia. No hay mejor prueba al respecto que el dato de que nuestro Código penal del 95³, abandonando la opción legislativa anterior, haya omitido en el catálogo de eximentes del art. 20 cualquier referencia a la obediencia debida⁴. Y por lo mismo tampoco es de extrañar que esa misma opción legislativa acompañe a no pocos Códigos de Derecho penal común en nuestro entorno comparado, que relegan de esta forma su problemática a los esquemas comunes de resolución de conflictos ensayados con carácter general por la dogmática jurídico penal⁵.

En las páginas que siguen se trata de realizar una aproximación al valor que, desde las premisas del Derecho penal actual, quepa atribuir a la alegación de haber actuado en obediencia. Bien es verdad que a partir de esta cuestión se abren otra serie de interrogantes. Baste pensar, por ejemplo, que en los casos en que se afirme la responsabilidad del obediente se suscita nada menos que la cuestión en torno a la forma de articularla con aquella en que incurra el superior, algo que traslada entonces el problema a los retos que plantea esta estructura a la clásica teorización de las formas de autoría y participación y, en especial, respecto a los casos de órdenes dictadas dentro de aparatos organizados de poder, al rendimiento que las mismas puedan ofrecer ante la peculiar

1. No es éste el lugar adecuado para abordar esos modos. Puede verse un estudio de los mismos en PIRINEO DE BRITO/AGUILAR FERNÁNDEZ/GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en *Las políticas hacia el pasado*, Madrid, 2002.

2. No hay mejor prueba al respecto que las Leyes de Obediencia debida y Punto Final, sancionadas en Argentina el 5 de junio de 1987 por el primer Gobierno democrático de Raúl Alfonsín. Con ellas se pretendía dar cobertura a las violaciones de derechos humanos cometidas tras el golpe militar de 24 de marzo de 1976, que dio paso a la primera Junta militar formada por el teniente general José Videla, el almirante Eduardo Massera y el brigadier Orlando Agosti. Estas leyes fueron dictadas como consecuencia de la presión dirigida al Gobierno presidido por Alfonsín por parte de las Fuerzas Armadas a raíz del procesamiento de quienes participaron en esos crímenes, entre ellos, los nueve miembros de las tres Juntas militares que se sucedieron desde 1976. Finalmente, ya durante el mandato de Kirchner, dichas leyes fueron declaradas nulas por el Parlamento en agosto de 2003.

3. El Código penal de 1973 declaraba en su art. 8.12 exento de responsabilidad criminal a "El que obra en virtud de obediencia debida".

4. En nuestra doctrina, entre otros, ya se manifestaron respecto a la regulación anterior partidarios de suprimir dicha eximente MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid, 1984, págs. 215 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, págs. 445 y ss.

5. Véase un estudio de Derecho comparado en MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales*, ob. cit., págs. 36 y ss.

morfología de las estructuras criminales organizadas⁶. Pero ésta y otras cuestiones relacionadas con el "cómo" de la responsabilidad exceden de las pretensiones del presente trabajo que, como se decía, se limita simplemente a indagar el "sí" de la misma por parte de quienes actúan en cumplimiento de directrices superiores.

Así delimitado el problema, la polémica en torno a la bondad o incorrección de la exigencia de responsabilidad penal en tales casos requiere hacer una serie de consideraciones previas sobre el propio sentido de la relevancia penal de la obediencia debida (1) así como sobre algo que a su vez se convierte en su presupuesto: la delimitación de la existencia de tal deber (2). Sólo entonces puede abordarse la tarea de insertar su problemática en las coordenadas más amplias del diseño jurídico penal desde el que pretenda enfocarse y que, sin lugar a dudas, a su vez, servirá de banco de prueba de su propio rendimiento (3). A partir de esas reflexiones se cuestiona tanto la especificidad de su problemática (4), como la consiguiente necesidad de su existencia jurídica autónoma (5). Un último epígrafe se ocupa de valorar el alcance que, a la luz de lo anterior, haya de darse a la regulación de la obediencia debida en el Estatuto de la Corte penal internacional (5).

I. El sentido de la relevancia penal de la obediencia debida

Un sistema de ordenación estatal perfecto, entendiéndose por tal el hecho de que cada una de sus

instancias y cada uno de sus operadores funcionarían como engranajes ideales, desplazaría, por inexistente, la discusión en torno a la relevancia jurídica de la obediencia. Porque dentro de ese sistema idílico, la obediencia no sería sino una secuencia más dentro del funcionamiento regular del sistema que, como se apuntaba más arriba, necesita conceptualmente de esta figura para su propia existencia. Por ello, si esto fuera así, el Derecho penal no tendría siquiera espacio para plantear cuál debiera ser el valor de la hipotética alegación de quien hubiera cumplido una orden o, en general, un mandato superior. Estaríamos simplemente ante el funcionamiento ordinario de aquellos engranajes de ordenación social. Como es sabido, el Derecho penal no tiene las notas de otras ramas del Ordenamiento jurídico que pudieran adjetivarse como regulativas (p. ej., el Derecho civil). El Derecho penal es, por el contrario, un Derecho excepcional; es un Derecho que sólo actúa cuando se produce una quiebra grave en el funcionamiento regular de la sociedad. Por lo mismo, es una rama del Derecho que renuncia a la imposición de un castigo por aquel funcionamiento irregular cuando existen circunstancias, también excepcionales, que así lo permiten. Desde estos parámetros, insisto, la relevancia penal de la obediencia, en cualquiera de esos dos sentidos, sería por definición inexistente en un sistema cuyos operadores funcionarían siempre conforme a Derecho. Por ello, si el problema de la obediencia debida existe, y algunos Códigos penales, como el nuestro hasta 1995, la contemplan

6. Al respecto se encuentran defensores prácticamente de todas las fórmulas: desde la consideración de los superiores como autores mediatos (por ej., ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, trad. de Cuello Contreras y González de Murillo, Barcelona, 1998, págs. 269 y ss; adhiriéndose a este autor véase en nuestra doctrina, MUNOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", en *Revista penal*, 2002; KAI AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Cancio Meliá, Colombia, 1998; el mismo en "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", en *Revista Penal*, julio 2003, págs. 27 y ss.), hasta los partidarios de reconducir su estructura a los esquemas de la inducción (por ej., GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966; no obstante, al rechazar la inducción en cadena, considera que los miembros intermedios que van transmitiendo la orden son cómplices, págs. 191 y ss.) e incluso de la complicidad (por ej., en nuestra doctrina HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996, pág. 276, si bien excepciona el último de los miembros intermedios que sería inductor), pasando por los que consideran que el título de responsabilidad debe ser la coautoría (por ejemplo, JAKOBS, Comentario a la Sentencia del BGH de 26 de julio de 1994, trad. y nota previa de Gutiérrez Rodríguez, en *Revista de Ciencias penales*, 1999, págs. 264 y ss). Con amplias referencias sobre la doctrina alemana véase por ejemplo LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelnden Werkzeug*, Aachen, 2000. En nuestra doctrina, por ejemplo, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000, págs. 337 y ss.

A nivel jurisprudencial, superada la doctrina subjetiva de la autoría que se aplicó por los Tribunales alemanes en los juicios por los crímenes nazis y que igualmente fue empleada por el BGH en el caso Staschynskij (dando el Tribunal consideró como cómplice a un agente secreto del KGB pese a que había sido ejecutor material de un asesinato, por entender que no actuaba en interés propio, sino siguiendo las instrucciones del Servicio Secreto de una potencia extranjera), el BGH ha aplicado la construcción de ROXIN de la autoría mediata en la Sentencia de 26 de julio de 1994, relativa a la responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA en relación con los disparos en la frontera. Esa sentencia casaba la decisión del Tribunal de primera instancia (el LG Berlin), que había apreciado una forma de inducción.

como circunstancia eximente, el presupuesto lógico que la dote de racionalidad no puede ser otro que el funcionamiento irregular de los parámetros regulativos del comportamiento de las instancias inferiores.

Esos parámetros regulativos cuyo funcionamiento anormal plantea la posible relevancia penal de la alegación de haber actuado en obediencia pueden ser cualquiera de los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, puede suceder, en primer lugar, que el déficit de funcionamiento se produzca ya en el plano de la ordenación legislativa, algo que a su vez, al menos en los casos paradigmáticos, traslada la atención a la problemática propia de los crímenes cometidos bajo regímenes totalitarios. En ellos se plantea no ya sólo la responsabilidad de los dirigentes y de los colaboradores en las altas instancias por la existencia y continuidad misma del sistema. También se plantea la de los ejecutores materiales de sus directrices, algo que, con las implicaciones políticas y político-criminales que se subrayaban más arriba, encara su solución con el tratamiento que se dispense a la posible eficacia eximente o atenuante de la responsabilidad penal por haber actuado por razones de obediencia.

En cualquier caso, dicho déficit en la ordenación estatal misma y, con ella, en su producción normativa, para detectarlo como tal, requiere unos presupuestos que reenvían su problemática a otra más amplia que demandaría un estudio jurídico aparte: la de la definición de los parámetros con los que mensurar la licitud del sistema legislativo de un Estado y las consiguientes dudas en torno a la posibilidad de trasladar la arquitectura propia de un sistema democrático que, *a posteriori*, pretenda juzgar esos crímenes a la ordenación totalitaria que respaldó su comisión. Dicho de

otra forma, traslada su problemática al debate en torno a la relatividad de la validez de las normas a la luz de la vigencia de principios supraestatales que encuentran su entronque último en el Derecho natural, y que habrían de considerarse de mayor calado que la vigencia de una concreta configuración legal positiva. Si esta relatividad de la vigencia de las normas prospera, cuando a la luz de esos parámetros superiores aquella ordenación normativa pudiera calificarse como ilícita, se plantea la procedencia de la impunidad o, al menos, de un trato penal menos severo, para quienes hubiesen actuado en cumplimiento de esos mandatos.

Sin duda, un caso que de forma paradigmática puede ilustrar esta cuestión es el de los disparos efectuados por la guarda fronteriza a los ciudadanos de la DDR que, contraviniendo la Ley de fronteras de 1 de mayo de 1982, pretendían cruzar el muro que separaba las dos Alemanias. En estos casos el juicio en torno a la responsabilidad penal de los soldados fronterizos por las más de 200 muertes cometidas requería superar un doble filtro. En primer lugar, la determinación de que los hechos, pese a estar amparados por la Ley de fronteras⁷ y, por tanto, por el Derecho positivo vigente en aquel momento, habían de considerarse ilícitos. En segundo lugar, caso de afirmarse lo anterior, que quienes realizaron dichos disparos merecían un reproche penal pese alegar haber actuado en cumplimiento de dichas leyes y de las órdenes que conforme a las mismas habían recibido. Dejando de momento a un lado esta segunda cuestión, por lo que hace a la primera, tanto el Tribunal Federal de Justicia en Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y de 26 de julio de 1994, así como la Corte Constitucional Federal en Sentencia de 24 de octubre de 1996 y finalmente el Tribunal Europeo de Dere-

7. Dicha Ley, tras comprender en su art. 17 b) como uno de los atentados a la frontera ("*Grenzverletzungen*") el paso ilegal de la misma, definía en el art. 27 los casos en los que resultaba autorizado el empleo de armas: "1.- El empleo de armas de fuego es la medida más extrema de empleo de violencia contra las personas. Las armas de fuego sólo pueden utilizarse en aquellos casos en los que la acción corporal con o sin medios auxiliares no tenga éxito o de forma evidente no prometa ningún éxito. El empleo de armas de fuego contra las personas está permitida cuando su uso contra cosas o animales no sea eficaz. 2.- El empleo de armas de fuego está justificado para impedir la comisión inminente o la continuación de un hecho delictivo que, según las circunstancias, se presente como un delito grave ("*Verbrechen*"). También está justificada para la captura de personas sobre las que pesan fundadas sospechas de haber cometido un delito grave. 3.- Por regla general el empleo de armas de fuego será precedido por una voz de aviso o por un tiro de advertencia, siempre que no concurra un peligro inminente que sólo puede evitarse con el uso dirigido de armas de fuego. 4.- El empleo de armas de fuego no procede cuando: a.- pudiera ponerse en peligro la vida o salud de personas ajenas; b.- el individuo, por su aspecto, pudiera ser un niño; c.- se alcanzase el territorio de un Estado vecino; 5.- Tras el empleo de armas de fuego debe atenderse en la medida de lo posible la vida de las personas. Al lesionado deben prestarse los primeros auxilios adoptando las necesarias medidas de seguridad".

Debe tenerse en cuenta que el parágrafo 213 del Código penal de la DDR disponía: "Quien atravesase ilegalmente las fronteras de la DDR o infrinja las normas de residencia temporal de la DDR o de tránsito a través de la DDR, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o con la suspensión condicional de la pena, con arresto o multa".

Puede verse una reproducción de otros artículos de la Ley de fronteras así como de la normativa complementaria BUTH, *Die Entwicklung des militärischen Befehlsrechts unter besonderer Berücksichtigung des Militärstrafrechts der DDR*, 1985.

chos Humanos en sentencia de 22 de marzo de 2001⁸, consideraron que el principio de legalidad y la consiguiente prohibición de la aplicación de leyes penales de forma retroactiva, consagrado por el art. 103 de Texto constitucional alemán, no podía considerarse óbice a la apreciación de dicho injusto. Para ello la Corte Suprema Federal argumentó sobre la base de la conocida fórmula de Radbruch, elaborada en 1946 para posibilitar el castigo de los crímenes cometidos al amparo de los postulados del nacionalsocialismo⁹. Conforme a la misma, debe reconocerse la prevalencia del Derecho natural y de los principios internacionales que en él se inspiran sobre la vigencia de la ley positiva cuando ésta suponga un caso extremo de injusticia (*"der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat"*¹⁰). A partir de ahí el Tribunal concluía que la autorización contenida en la Ley de Fronteras no podía ser tenida en cuenta a la luz del derecho natural y los derechos humanos; y de forma más concreta, a la luz de los arts. 6 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la RDA en 1994¹¹.

Pese a que la aplicación de dicha fórmula ha dado paso a la reacción de no pocos autores que la acusan, entre otros extremos¹², de desconocer la imposibilidad de trasladar los esquemas de un régimen democrático a la realidad política que sirvió de trasfondo a los crímenes fomentados estatalmente¹³, lo cierto es que ha sido hasta la fecha la única línea argumentativa sólida para sortear los obstáculos que de otra forma vedarían el enjuiciamiento de esos crímenes conforme al principio de legalidad y la consiguiente prohibición de aplicar retroactivamente las leyes penales más desfavorables al reo¹⁴.

Tal vez sólo sea conveniente apuntar por ahora que cuando las distorsiones en el funcionamiento del sistema encuentran su origen en su configuración misma y, con ella, ya en el plano de la producción normativa, la posibilidad de alegar haber actuado en cumplimiento de directrices superiores y, por ello, amparado por los esquemas de la obediencia, se abre, al menos en teoría, a un círculo de actores extraordinariamente amplio. Baste pensar que por situarse el fallo del sistema en la instancia —legislativa— que ordena a todos y cada uno de sus operadores, aquella obediencia podrían alegar-

8. TEDH 2001/229, que tras fundamentar la irretroactividad de las leyes penales en el principio de confianza, consideró que la misma falla "si, para los actos criminales más graves, otro Estado incrimina ciertos hechos excluyendo en algunas circunstancias su carácter reprochable admitiendo hechos justificativos, incluso invitando, por encima de la norma escrita, a cometer tales actos, favoreciéndolos y violando así gravemente los derechos humanos generalmente reconocidos por la comunidad internacional...". La Sentencia se dictó con motivo del recurso presentado por tres condenados, altos cargos en el seno del aparato del Estado y del Partido Socialista Unificado de la RDA, que alegaron la atipicidad de las acciones que les fueron imputadas en el momento de su comisión.

9. Sobre la aplicación de dicha fórmula por la jurisprudencia, véase por ejemplo AMELUNG, "Die strafrechtliche Bewältigung der DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz -Ein Zwischenbereich", en GA 1996, págs. 51 y ss.

10. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946.

11. No obstante, el BGH se planteó si era posible interpretar la Ley de Fronteras de conformidad con los derechos humanos, esfuerzo éste orientado, como destaca KAI AMBOS, a construir un Derecho para el tiempo del hecho que confirmara la posibilidad del castigo sin vulnerar la prohibición de retroactividad. Para el Tribunal, la causa justificante encontraría su límite allí donde los disparos se efectuasen con dolo de matar contra un fugitivo poco peligroso, KAI AMBOS, *Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales en el muro*, Universidad Externado de Colombia, 1999, trad. de López Díaz (versión original del artículo "Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer", publicado en JA 1997, págs. 983 y ss.).

12. Como la producción de un vacío normativo, ya que esos principios supraestatales no pueden crear el Derecho que reemplace a las normas que se consideran contrarias al mismo, o la contrariedad al mandato de certeza. Sobre éstas y otras críticas en relación con la problemática de los disparos del muro, véase por todos KAI AMBOS, *Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales en el muro*, ob. cit., págs. 16 y ss.

13. Entre la abundante literatura, véase por ejemplo JAKOBS, *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, págs. 52 y ss.; el mismo en "Untaten des Staates -Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenzen der ehemalige DDR?", en GA 1994, págs. 10 y ss. (puede encontrarse una traducción de Pilar Giménez en DOXA, 1995, págs. 445 y ss.); DANNECKER, "Die Schüsse an der innerdeutschen Grenze in der höchstrichterlichen Rechtsprechung -BGH -Entsch. c. 3.11.1992", en Jura, 1994, págs. 585 y ss.; ARNOLD, "Bundesverfassungsgericht contra Einigungsvertrag", en NJ, 1997, págs. 115 y ss.; SCHREIBER, "Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht", en ZStW 1995, págs. 156 y ss.; KAI AMBOS, *Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales en el muro*, ob. cit., págs. 25 y ss., también en relación con los responsables del régimen de frontera, págs. 31 y ss.; DREIER, "Gustav Radbruch und die Mauerschützen", en JZ, 1997, págs. 421 y ss.

14. Entre la abundante literatura que justifica la aplicación de la fórmula de Radbruch, al menos en los casos de "ilegalidad extrema" representados por los disparos a matar dirigidos a personas indefensas, véase ALEXY, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg, 1993, págs. 3 y ss.; GROPP, "Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? - Zur Strafbarkeit der Berliner 'Mauerschützen'", en NJ, 1996, págs. 393 y ss.; ROSENAU, *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze*, Baden-Baden, 1996, págs. 107 y ss.

la como línea de principio todos los participantes o colaboradores permanentes o puntuales en cada uno de los tentáculos del poder autoritario. De nuevo en el ejemplo de los tiradores del muro, ello comprendería desde el supuesto paradigmático de los guardas de frontera que estaban funcionalmente obligados a cumplir las órdenes del Ministerio de Defensa, hasta los miembros de dicho Ministerio, quienes a su vez se basaban en las decisiones del Consejo Nacional de Defensa, pasando por los comandantes de los regimientos de los guardas de frontera, encargados por su parte de poner en práctica las órdenes dadas por el Ministerio de Defensa. De esta forma podría articularse toda una cadena de actuaciones cuyo eslabón superior vendría representado por la red normativa que sirve de cobertura al sistema¹⁵. Pero igualmente en ese círculo de actores que teóricamente podrían am-

pararse en la obediencia habría de incluirse a los jueces que dictasen resoluciones judiciales conforme a aquellas leyes¹⁶. Por último, no puede olvidarse que también los particulares que de una u otra forma secunden las leyes, órdenes e incluso las resoluciones judiciales que contribuyan a alimentar el régimen podrían alegar razones de obediencia cuando de esa forma cooperasen a la comisión de delitos¹⁷. Resulta así que la alegación de la obediencia abarcaría tanto la esfera civil como militar. No es por ello de extrañar que este capítulo haya dado paso, incluso, a bifurcar la regulación de la obediencia debida en la común, propia del Código penal, y la militar, propia de dicho Código de justicia penal que suele orientarse conforme a criterios regulativos propios.

Junto a estos casos en los que la configuración misma del Estado determina que la eventual co-

15. Bastante ejemplificador de esta cadena es el hecho de que en una decisión de 14 de septiembre de 1962 del Consejo Nacional de Defensa este órgano determinase que las órdenes dictadas por el Ministerio de Defensa deberían hacer ver a los guardas de frontera que quienes violaran las leyes de frontera "deberían ser en todo caso arrestados como adversarios y, si fuera necesario, aniquilados". Por su parte, una instrucción de servicio de 1 de febrero de 1967 disponía que la "colocación bien precisa y concentrada de las minas en el terreno... debe impedir la movilidad de los que violaran la frontera... y conducir a su arresto o aniquilamiento". Estas órdenes a su vez eran puestas en práctica por los comandantes de los regimientos de los guardas de frontera.

16. Baste pensar de nuevo en la época nazi en la actuación de los jueces de los llamados "Tribunales de Salud Hereditaria", encargados de aplicar la Ley de 14 de julio de 1933, de "prevención de la descendencia patológica hereditaria". La misma incluía entre los casos en que procedía la esterilización supuestos como el retraso mental congénito o el padecer un alcoholismo grave. No obstante, como señala MUÑOZ CONDE, en la práctica no pocas veces se autorizaron esterilizaciones que iban mucho más allá de las razones puramente médicas, "como forma de prevención de la asocialidad y de la delincuencia y contra judíos y opositores políticos", en MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓ, *¿Vencedores o vencidos?*, Valencia, 2003, pág. 36. En cualquiera de estos casos, esto es, en los de aplicación estricta de la ley así como en los de desviaciones de la misma, se plantea el valor penal que pueda tener la alegación de razones de obediencia.

Otro caso donde se plantea la responsabilidad de los jueces es, por ejemplo, en los conocidos procesos de Waldheim. Como es sabido, se trataba del enjuiciamiento de los abusos cometidos por la actuación judicial en el Gobierno de la RDA entre los meses de abril y junio de 1945. En concreto, se ventilaba la responsabilidad de los jueces por la violaciones a las garantías básicas cometidas en los procesos contra más de 3.000 personas que los rusos detuvieron tras la Segunda Guerra Mundial acusadas de haber colaborado con el régimen nazi. Los juicios se celebraron con el desconocimiento más absoluto de garantías básicas y con una predeterminación clara del fallo subordinada a los intereses políticos. Sobre las dificultades para enjuiciar a estos jueces por prevaricación conforme al Derecho posterior, véase, entre otros muchos, WEBER, "Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Ländern", en GA, 1993, págs. 211 y ss.; MAIWALD, "Rechtsbeugung im SED-Staat", en NJW 1993, págs. 1881 y ss., quien se plantea la posible responsabilidad de los jueces y fiscales no sólo por su actuación positiva, sino también respecto a su actitud omisiva en la persecución de delitos, como los relacionados con los disparos en el muro. Si bien critica una concepción positivista que sirviera de coartada a su impunidad, reconoce las dificultades para la persecución, como la relativa a la prueba del elemento intencional de los delitos contra la Administración de Justicia. Ello además, señala, encerraría el riesgo de conceder la impunidad a quienes tuvieran más pervertido el sentimiento jurídico, ya que en ese caso no podría decirse que obrasen intencionalmente; AMELUNG, "Die strafrechtliche Bewältigung des DDR-Unrechts durch die deutsche Justiz-Ein Zwischenbericht", en GA 1996, págs. 59 y ss.; BURIAN, "Richterliches Unrecht im totalitären Staat", en ZStW 2000, págs. 106 y ss. Este autor, tras depurar conforme al criterio de la relación externa del juez con los ciudadanos los casos en que realmente puede hablarse de actividad judicial como presupuesto del delito de prevaricación (págs. 122 y ss.), considera que el punto de referencia para determinar la concurrencia de este delito no sólo debe ser el Derecho vigente que debió aplicar el juez, sino también el Derecho suprapositivo ("*Überpositives Recht*"). Éste debe actuar como correctivo allí donde la decisión judicial, si bien estuvo ajustada al Derecho entonces vigente, vulneraba los principios superiores que no puede desconocer ningún Estado (págs. 124 y ss.); MARXEN/MIYAZAWA/WERLE, *Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsunrecht in Japan und Deutschland*, 2001, págs. 169 y ss.

17. Volviendo de nuevo al caso de los crímenes cometidos durante el nacionalsocialismo, baste pensar ahora, por ejemplo, en la conducta de los médicos que materialmente esterilizaron a personas con enfermedades hereditarias o, simplemente por su condición jurídica, siguiendo las resoluciones de los jueces que, a su vez, según se veía en la nota anterior, unas veces se amparaban y otras se excedían de las previsiones de la Ley de prevención de la descendencia patológica hereditaria, de 14 de julio de 1933. Véase a este respecto el comentario de MUÑOZ CONDE en MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓ, *¿Vencedores o vencidos?*, ob. cit., págs. 33 ss.

bertura de quienes actúan de forma antijurídica pueda descubrirse ya a nivel legislativo, la posible operatividad de la obediencia debida también puede encontrar su origen en una actuación irregular de las distintas autoridades, civiles y militares, dentro de un Estado de Derecho. Aquí habrían de contemplarse todas las órdenes, tanto ejecutivas puntuales como reglamentarias, emitidas por las autoridades que contradijeran los mandatos legislativos o las disposiciones normativas de rango superior. De hecho, puede decirse que el capítulo de órdenes ejecutivas ilícitas engrosa en términos porcentuales el mayor número de casos en que los Tribunales han tenido que pronunciarse en torno al posible valor de aquella alegación, hasta el punto de que su problemática se convierte en el referente paradigmático que en su día inspiró las respectivas formulaciones de la obediencia debida en los Códigos penales, comunes y militares, que la contemplan.

Por último, no puede olvidarse que también en un Estado de Derecho sería imaginable alegar el deber de obediencia respecto a las irregularidades cometidas en la actuación del poder judicial. Bastaría pensar ahora en todo el espectro de conductas ilícitas que encontrarán su origen en el cumplimiento de una resolución judicial que pudiera

calificarse como injusta o contraria a Derecho. Al margen de la eventual responsabilidad en que pudieran incurrir los miembros del poder judicial, una vez más, el argumento de quien alegara actuar al amparo de sus resoluciones se orientaría a demostrar que acataba una orden —judicial— que hacía imperativa su conducta y, con ello, a trasladar el centro de responsabilidad a otras instancias ajenas a su actuación.

En cualquiera de esos ámbitos descritos, lo que se discute es si el Derecho debe dispensar un trato distinto a quien alega esas razones como el móvil que impulsaba su actuar. Lógicamente, las dudas no se agotan en la tarea de responder de forma negativa o afirmativa a esa pregunta. De ser éste el caso, se suscita igualmente la cuestión en torno a la forma de cuantificar ese trato especial. Porque el mismo puede materializarse con diferente intensidad: desde la exención de cualquier responsabilidad hasta una simple atenuación de la pena, más o menos generosa¹⁸. Cada una de esas opciones, a su vez, puede reconducirse dogmáticamente a diferentes expedientes que recorrerían las distintas secuencias del delito. Así, la exención de pena podría basarse en la *atipicidad* misma de la conducta¹⁹ pero también, con más frecuencia, en su reconducción a una *causa de*

18. De hecho, ya en los primeros procesos planteados en los juicios de Leipzig tras la Primera Guerra Mundial podían encontrarse respectivos ejemplos del modo de articular su tratamiento. Uno de ellos es el llamado caso del *Castillo de Llandoverly*, juzgado por el Tribunal Supremo alemán en Leipzig en julio de 1921. En él se procesaba a dos tenientes que obediendo órdenes habían torpedeado un barco hospital inglés y hundido los botes salvavidas en la creencia de que se trataba de objetivos militares camuflados. El Tribunal negó que la obediencia pudiera exonerar de pena pero admitió una atenuación de la misma. Por su parte, en el caso conocido como "*Castillo de Dover*", relativo a la orden del gobierno alemán de hundir todos los buques hospitales, que dio paso al hundimiento del castillo de Dover en mayo de 1917, la Corte aceptó la defensa de las órdenes superiores, si bien sobre la base de que, dado que la orden procedía del Gobierno, podría considerarse precedente creer que los subordinados la habían considerado como legítima.

19. Como sucedería para los autores —realmente minoritarios— que han pretendido reconducir su problemática a la estructura propia de un supuesto de falta de acción. Una exposición de quienes defendieron esta teoría, hoy prácticamente abandonada, puede encontrarse en QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, ob. cit., págs. 316 s.

En este sentido, entre otros, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam zum strafrechtlichen Wertung hoheitliche gebotenen Handeln*, Tübingen, 1958, quien tras descartar que pueda fundamentarse un deber de obediencia cuando la orden sea manifiestamente antijurídica (págs. 52 y ss.), considera que las órdenes amparadas por una presunción de legitimidad son obligatorias, de tal modo que cuando se dirijan a la producción de un resultado ilícito se planteará una colisión de deberes. En el caso de los funcionarios civiles, el deber de obediencia nunca podrá prevalecer frente a la comisión de un hecho punible; por el contrario, en el caso de los militares el hecho realizado al amparo de una orden podrá quedar justificado si se trata de la comisión de una falta (págs. 181 y s.); BRINGEWAT, "*Der Rechtswidrige Befehl*", en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1971, para los casos en que la orden de paso a una contravención, págs. 132 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, 1981, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, siempre que se trate de órdenes no manifiestamente antijurídicas y el subordinado no conozca su ilicitud; SCHUMANN, *Strafrechtliche Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, 1986, págs. 29 y ss.; LENCKNER, "*Der 'rechtswidrige verbindliche Befehl' im Strafrecht - nur noch ein Relikt?*", en *Fs. für Stree/Wessels*, Heidelberg, 1993; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, München, 2001, vor §32.89. Este autor parte de la teoría de la diferenciación entre dos relaciones de modo similar a lo que sucede con la autoría mediata en la que el instrumento actúa lícitamente. La orden permanece ilícita en la relación externa; sólo se justifica en relación con el ejecutor sobre la base de su relación interna basada en el deber de obediencia; LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, Frankfurt, 1995, pág. 185, con amplias referencias doctrinales.

En nuestra doctrina véase QUERALT JIMÉNEZ, quien condiciona su apreciación a que la ejecución o cumplimiento de lo mandado integre la clase de mandato que el obediente debe acatar, por pertenecer dicha clase a la que confirma su relación de dependencia para con el ordenante, *La obediencia debida en el Código penal*, ob. cit., pág. 235. Véase en la misma obra otras referencias doctrinales en págs. 395 y ss.

justificación²⁰ o incluso de *inculpabilidad* del autor²¹. Por su parte, la opción de concederle efectos meramente atenuatorios de la responsabilidad podría encontrar su encaje tanto en sede de antijuricidad por la vía de las eximentes incompletas, como en sede de culpabilidad, normalmente con base en la lógica propia de la exigibilidad disminuida de un comportamiento diferente.

Sea como fuere, lo cierto es que resultaría ilusorio presentar la sostenibilidad de cada una de esas opciones en términos puramente asépticos a partir de un instrumental dogmático que se limitase a exponer los resultados de un razonamiento desconectado tanto de las coordenadas más amplias en que se contextualice su construcción como de las consecuencias a la que con la misma pretenda llegarse. Por el contrario, por las razones que en parte ya se anticipaban más arriba, su debate no puede aislarse ni del entorno valorativo en que se desenvuelve ni, por lo que ahora interesa, de la metodología jurídica desde la que se afronte su tratamiento. Es esto lo que nos introduce en la segunda cuestión ya anunciada más arriba: la necesidad de insertar la problemática de la obediencia debida en el contexto más amplio de la estructuración misma del sistema desde el que se analice.

En este orden de ideas, desde que ya en los años setenta ROXIN, en una monografía revisionista del panorama que hasta entonces había imperado en Alemania, *Política criminal y sistema de Derecho penal*²², denunciara la inviabilidad de la pretensión de construir un sistema encerrado en sí mismo, de

espaldas a las metas político criminales que pretende alcanzar, pueden considerarse abandonados los intentos de aislar a la solución dogmática de esas metas²³. Hoy día, en efecto, cualquier aproximación al estudio de una figura jurídica, también la obediencia debida, no puede hacerse más que desde el entendimiento de que el Derecho penal no es una ciencia que, como las propias de la naturaleza, pueda limitarse a exponer mecánicamente los resultados que arroje una conjugación mecánica de sus postulados, desentendiéndose así de la racionalidad o conveniencia de los mismos. El Derecho penal, por el contrario, y ahí radica precisamente el mérito de las concepciones *funcionalistas*, está llamado a aplicarse y a desplegar su eficacia en un sistema social cuyos resultados, por tanto, no puede apriorísticamente ignorar. No debe desconocerse, además, que con relación al instituto jurídico que aquí interesa, esto adquiere especial protagonismo. Porque, como se apuntaba más arriba, se trata de una figura que, por su significado mismo, está preñada de connotaciones valorativas en torno a la conveniencia e incluso a la justicia misma de la depuración de responsabilidades.

En cualquier caso, antes de entrar a analizar las posibles soluciones con las que puede enfocarse la alegación del deber de obediencia desde los esquemas de un modelo consecuencialista, resulta necesario todavía clarificar una cuestión previa que condiciona en un plano lógico la dimensión fáctica misma del problema. Me refiero a la relativa a los presupuestos del deber de obedecer.

20. Ya a principios de siglo defendía esta postura MAYER, que puede considerarse como su precursor, *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten*, Tübingen, 1908. Este autor enunció la crítica hoy clásica a la teoría justificacionista, que apunta a la contradicción que encierra pretender afirmar que una orden antijurídica puede justificar (págs. 131 y ss.). Por ello, propone reconducir su tratamiento a una causa de exculpación por la vía del error (págs. 135 y ss.), de tal forma que el inferior quede exculpado si actuó desconociendo la ilegalidad de la orden.

Entre la abundante literatura véase también por ejemplo DOLAPTSCHIEFF, "Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?", en *ZStW* 1939, págs. 238 y ss.; VON WEBER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl*, Bonn, 1948, si bien reconduce el problema a las causas generales de exclusión de la pena, como las coacciones, error o colisión de deberes; OEHLER, "Handeln auf Befehl", en *JuS* 1963, págs. 301 y ss., 304 y ss.; AMELUNG, "Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten", en *JuS* 1986, quien aprecia una colisión de deberes; el mismo en "Rechtfertigung und Entschuldigung von Polizeibeamten in deutschem Recht", en *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Freiburg, 1988, págs. 1372 y s.; en la misma obra, KÜPER, "Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigungsgründen", págs. 361 y s.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, AT, 9 Auf, 1985, pág. 340; DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 1988, vor §32.8.

En nuestra doctrina, puede encontrarse una exposición de esta teoría con abundantes referencias a sus defensores en QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, ob. cit., págs. 321 y ss.

21. 2.ª ed., Buenos Aires, 2000, Traducción e introducción de MUÑOZ CONDE.

22. De hecho, las pretensiones al respecto existentes en el pasado, unas veces, en el mejor de los casos, no pueden calificarse más que como sesgadas; otras, como ha destacado MUÑOZ CONDE en su obra *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, ob. cit., págs. 89 y ss., 129 y ss., sospechosas de encubrir con discusiones dogmáticas una realidad tan espeluznante como fue la propia del régimen nacionalsocialista.

23. Véase una completa exposición en QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, ob. cit., págs. 69 y ss., quien se decanta por el criterio de atender a si la ejecución o cumplimiento de lo ordenado integra la clase de mandatos que el funcionario o particular respectivamente deben acatar por pertenecer dicha clase a la que confirma su relación de dependencia con el ordenante. De esta forma, entiendo, al ponerse el acento en las condiciones de la ejecución y no en los requisitos de la orden, se respeta el principio de responsabilidad personal, págs. 229 y ss.

II. Los presupuestos que generan el deber de obediencia

No se afirma nada nuevo al decir que cuando se plantean los presupuestos bajo los que el Derecho penal debe atender a las razones de obediencia como posible causa exoneradora o atenuatoria de la pena, se está implícitamente planteando una cuestión que representa justamente el reverso de ese problema; a saber, la delimitación de los requisitos de un delito que prácticamente contemplan todos los Códigos penales: el de *desobediencia*, delito que por otra parte representa uno de los tipos nucleares de cualquier Código penal militar. No es por ello de extrañar que tanto en nuestro país como fuera de nuestras fronteras sea abundante la literatura que se ha ocupado de perfilar los presupuestos y límites de ese deber conforme a la respectiva plasmación positiva.

En esa tarea suelen combinarse los criterios *formales*, que apuntan a los clásicos parámetros de competencia, clase de la orden y forma externa del mandato, con criterios *materiales*, que ponen ahora el acento en la tolerabilidad mínima de lo ordenado conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico²⁴. En este sentido puede decirse que tanto en las propuestas doctrinales como en el plano de la producción normativa abundan las fórmulas que apuntan a que aquélla no atente de forma *manifiesta* o *palmaria* contra otros preceptos de rango jurídico superior. La razón por la que esto sea así es fácil de entender. Porque cuando el contenido de lo ordenado desborda de forma burda los parámetros regulativos superiores, la pretensión de seguir exonerando de responsabilidad a quien comete un injusto penal amparado en ella acabaría convirtiendo a la obediencia en una suerte de expediente fraudulento con el que esquivar la responsabilidad que de otra forma habría de derivarse para el comportamiento de que se trate. La concesión de un beneficio jurídico a la alegación de la obediencia sobrepasaría entonces los límites de lo admisible o tolerable y, con ello, de lo justo. Ese proceder contradiría a su vez uno de los princi-

pios a los que se hacía referencia al comienzo de este trabajo: el de *responsabilidad individual*. Porque si se otorgara un trato penal distinto a quien argumentase haber obedecido órdenes pese a su manifiesta ilegalidad se estaría desplazando el foco de responsabilidad exclusivamente hacia la figura del superior, vaciando de forma correlativa e injustificada la cuota que corresponde a quien las ejecutó materialmente.

Pero el juego del posible efecto eximente o atenuante de la responsabilidad de quien actúa en obediencia, así como, de forma paralela, el alcance del delito de desobediencia, requiere todavía seguir depurando los supuestos que pudieran presentarse. Por ello la estructuración de la distinta fenomenología suele continuar mediante la vertebraación de los respectivos mandatos manifiesta o no manifiestamente ilegales en aquellos que a su vez revisten un contenido delictivo y aquellos otros que, por el contrario, atentan simplemente contra normas administrativas o civiles y, en general, de naturaleza no penal.

De hecho, no puede ignorarse la importancia de esta segunda clasificación de cara a depurar los propios presupuestos conceptuales que dotan de sentido en el ámbito penal a la alegación de la obediencia. Porque el presupuesto lógico de su relevancia de cara a la atenuación o exclusión de la responsabilidad es que su ejecución haya dado paso a la comisión de un hecho delictivo. Si por el contrario se tratase de una simple contravención administrativa, el único interés de determinar si existía o no un deber de obedecer habría de circunscribirse, no a la obediencia, sino a los casos opuestos de desobediencia allí donde el sujeto denegase el cumplimiento del mandato alegando dicha contrariedad a las normas reglamentarias. En realidad, es con relación a estos casos respecto a los que se ha planteado la vieja e inagotable polémica en torno a la viabilidad de los llamados "*mandatos antijurídicos obligatorios*"²⁵.

A partir de las combinaciones entonces resultantes, suele existir unanimidad a la hora de descartar, por su gravedad, cualquier beneficio pe-

24. Esta cuestión, por ser propia más bien de la genuina problemática del delito de desobediencia excede de lo que aquí interesa. Baste apuntar que su discusión se remonta ya a la doctrina más antigua y, sin embargo, se sigue proyectando aún hasta nuestros días. Así, por ejemplo, en relación con aquella doctrina más antigua véase el estado de la discusión en DOLAPTSCHIEFF, "Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?", en *ZStW* 1939, págs. 238 y ss.; LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, *ob. cit.*, págs. 91 y ss. En nuestra doctrina puede verse un estudio de esta problemática con referencias doctrinales en MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida*, *ob. cit.*, págs. 67 y ss., y en QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, *ob. cit.*, págs. 211 y ss. En el ámbito militar véase por ejemplo, CALDERÓN SUSÍN, en *Comentarios al Código penal militar*, coord. Bleuca Fraga/Rodríguez Villasante, Madrid, 1988, págs. 409 y ss.

25. Al respecto véase por todos DUCKLAU, *Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen. Eine Untersuchung anhand von 900 Urteilen deutscher Gerichte von 1945 bis 1965*, Freiburg, 1976, donde puede encontrarse un estudio de la aplicación que del entonces artículo 47 del Código penal militar, que regulaba la obediencia debida, hicieron los Tribunales de Justicia respecto a los delitos cometidos durante el régimen nacionalsocialista.

nal para quien hubiera ejecutado una orden delictiva que presentaba dicho carácter de forma *manifiesta*, algo que a su vez suele operar a modo de presunción de que el sujeto conocía dicha ilegalidad.

No es por ello de extrañar que ya a nivel jurisprudencial, la aplicación de este criterio se remonte a los Juicios de Leipzig, celebrados tras la Primera Guerra Mundial, y que se proyecte a la jurisprudencia posterior, incluidos los juicios de Nuremberg²⁶. Así, con relación a aquella primera jurisprudencia, en el caso del Castillo de Llandovery²⁷, aunque se concedió una atenuación de la pena, el argumento del Tribunal para negar que la obediencia pudiera exonerar de responsabilidad penal se basaba en el carácter manifiesto de la ilegalidad de lo ordenado:

“el subordinado que obedezca una orden está sujeto a castigo si tenía conocimiento de que la orden del superior implicaba la violación de un derecho civil o militar... Cabe ciertamente argüir en favor de los subordinados militares que no están en la obligación de cuestionar la orden de su oficial superior, y que pueden dar por sentada la legalidad de ésta, pero no puede sostenerse tal certeza si todo el mundo, incluido el acusado, sabe

que la orden en cuestión es ilegal y no cabe la menor duda de ello”²⁸.

Dicho criterio es el que ha seguido igualmente nuestro Tribunal Supremo en la conocida sentencia de 22 de abril de 1983, en la que se enjuiciaba a los militares que protagonizaron el golpe de Estado de 23 de febrero de 1981. Entre otros argumentos²⁹, el Alto Tribunal, en la línea de la Sentencia dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar de 22 de abril de 1983, rechazó cualquier efecto eximente o atenuante de la obediencia debida por considerar que las órdenes de los superiores,

“cuyo cumplimiento entrañaba la perpetración de un alzamiento o levantamiento militar constitutivo de rebelión de dicha índole, y que atentaba contra la Constitución, contra el Gobierno, contra la Democracia y contra Instituciones fundamentales, eran manifiestamente ilegítimas y delictivas, y nunca debieron ser obedecidas”³⁰.

Como no podía ser menos, ya en el plano de la producción legislativa es ése el criterio que inspira a no pocos textos legales. Volviendo de nuevo al país germano, la atención al carácter ilícito manifiesto de la orden inspira actualmente el parágrafo 5 de la Ley penal militar de aquel país³¹, siguiendo una larga tradición en la regula-

26. Como ya se recordaba marginalmente (nota 19), se procesaba a dos tenientes que obedeciendo órdenes habían torpedeado un barco hospital inglés y hundido los botes salvavidas en la creencia de que se trataba de objetivos militares camuflados.

27. Véase al respecto GARRAWAY, “Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre 1999, págs. 785 y ss.

28. Como los relativos a la falta misma de una relación de jerarquía en relación con determinados acusados: “no consta que el Teniente General M. B., obedeciera órdenes de ningún superior jerárquico, ni que se hallara en la creencia, errónea desde luego, de que tales órdenes se habían dado y él las había recibido, sin que, por lo demás, el ‘impulso regio’ del que, con exceso y tan gratuitamente, se ha hablado en este recurso y a lo largo de toda su tramitación, haya pasado de hábil alegato enmascarador, invocado por los sublevados, los que trataron y tratan de parapetarse tras la Corona, afirmando mendazmente que obedecían órdenes Reales, órdenes de las que no existe rastro, huella, atisbo o asomo en el relato fáctico de la resolución impugnada”.

29. Esta misma argumentación, referida al Coronel I.I. puede encontrarse también en la Sentencia respecto a otros acusados. Véase por ejemplo el razonamiento respecto al Teniente Coronel T. M.: “ni el Teniente General M. B., ni el General A. C. ni cualquiera otro de los conjurados era superior jerárquico del Teniente Coronel T. M., perteneciendo a Cuerpos y Armas distintos al de la Guardia Civil, sin que la pretendida orden estuviera dentro de la competencia de quienes, en su caso, la formularon, y sin que, como es obvio, estuviera dicha orden revestida de las formalidades legales, siendo, además ilícita e ilegítima, constitutiva de delito y atacando al ordenamiento constitucional. La pretendida Orden Real, ‘leit motiv’ de muchos de los acusados, no tiene base fáctica alguna en la narración histórica de la sentencia de instancia, en la cual tampoco se consignan datos objetivos a partir de los cuales se pudiera inducir que, el acusado T. M. se hallaba firmemente convencido de que estaba cumpliendo los deseos, expresos o tácitos de su Majestad. Y no sobra razonar que, si, hipotéticamente y con los debidos respetos a Su Majestad, tales órdenes hubiesen existido, ello sin perjuicio de la inmunidad de la Corona que proclama la Constitución, no hubiera excusado, de ningún modo, a los procesados, pues, tales órdenes, no entran dentro de las facultades de Su Majestad el Rey, y siendo manifiestamente ilegítimas, no tenían por qué haber sido obedecidas”. Razonamientos similares pueden encontrarse respecto a otros acusados, como el Comandante P. Z., o los Capitanes A. G y M.A.

30. Conforme al artículo 5 de la Ley militar de 24 de mayo de 1974 (*Wehrstrafgesetz*): 1.- “El inferior que por obediencia comete un hecho ilícito que sea constitutivo de delito sólo es culpable cuando reconoce que se trataba de un hecho ilícito o bien cuando ésto era evidente conforme a las circunstancias conocidas por él.

2.- Si en atención a la especiales circunstancias en que se encontraba el inferior en la ejecución de la orden su culpa es inferior, los Tribunales pueden atenuar la pena conforme al parágrafo 49 del Código penal, e incluso prescindir de la pena en relación con las faltas”.

31. Así, el *Código penal de la República Federal de Alemania* de 1940 (MSiGB) disponía en su parágrafo 47 que el inferior será castigado por el cumplimiento de un mandato si conocía que el mandato del superior perseguía la comisión de un delito militar o común. Por su parte, conforme al parágrafo 22 de la *Ley penal militar de la República Federal de Alemania* de 1957 (WSiG), no son vinculantes las órdenes que “no se imparten con fines de servicio, lesionan la dignidad humana o su realización supondría la comisión de un delito o de una falta”. Conforme a su parágrafo 5: “El inferior que, por mandato, comete una acción sancionada con pena, tan só-

ción militar alemana³². Debe tenerse en cuenta, además, que dicho criterio es el que se ha seguido en el Código penal internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*), de 26 de junio de 2002, en vigor desde el 30 de junio de ese mismo año. Conforme a su parágrafo 3, la obediencia debida en el ámbito militar se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad, siempre que el autor no conozca la antijuricidad de la orden y dicha antijuricidad no sea evidente³³.

El mismo criterio es deducible de nuestro Código penal militar de 9 de diciembre de 1985. Conforme a su artículo 21, "No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución"³⁴⁻³⁵. Ya en un ámbito distinto, el criterio del carácter delictivo manifiesto de la orden es el que igualmente ha inspirado el art. 5.1 d) de la LO 2/1986,

de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (*BOE* núms. 63, del 14): "Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente:... d) Sujetarse, en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes".

Con todo, a nivel internacional hay que decir que no siempre se ha manejado como baremo la conjunción del criterio de la manifiesta ilicitud con la premisa de que se trate de la comisión de un hecho grave. Así, mientras el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, o los de Tokio, Ruanda así como el de la antigua Yugoslavia manejaban exclusivamente como criterio la atención a las exigencias de justicia, que de esta forma podrían actuar mitigando la responsabilidad³⁶, otros

lo será culpable si se trata de un delito o una falta, y conocía esta cualidad o era para él evidente (*offensichtlich*) según las circunstancias conocidas por él".

Véase por ejemplo ARNDT, "Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls", en *Neu Zeitschrift für Wehrrecht*, 1960, págs. 145 y ss.; SCHIRMER, *Befehl und Gehorsam*, München, 1965, págs. 92 y ss.

32. "Actúa sin culpa quien cometa un hecho punible de los previstos en los parágrafos 8 a 14 en ejecución de una orden militar o de un mandato de análoga fuerza vinculante siempre que el autor no conozca que la orden o el mandato era ilícito y cuya ilegalidad tampoco sea evidente". Véase al respecto, por todos, WEHRLE/JESSBERGER, "La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El Código penal internacional alemán", *Revista penal*, julio 2003, págs. 125 y ss. 132.

33. Debe advertirse, no obstante, que no siempre este criterio ha sido el que ha seguido la regulación militar. Así, respondía a una línea subjetivista, en el sentido de poner el acento en la prueba del concreto y efectivo conocimiento por parte del inferior, el Código penal de la Marina de Guerra de 19 de agosto de 1888. Conforme a su art. 10.12, "Están exentos de responsabilidad criminal: 12. El que obra en virtud de obediencia debida. Esta circunstancia la tomarán o no en cuenta los Tribunales, según los accidentes de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó la obediencia con malicia o sin ella". En los mismos términos se pronunciaba el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Sobre una perspectiva histórica de la regulación militar de la obediencia debida, véase HIGUERA GUIMERA, *Curso de Derecho militar español, I. Parte General*, Barcelona, 1990, págs. 342 y ss.

34. De forma inequívoca, el Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CP militar español, de abril de 2003, reproduciendo casi literalmente, como habrá ocasión de ver, el Estatuto de Roma, dispone: "No será eximido de responsabilidad criminal el militar que hubiere cometido un delito en cumplimiento de una orden emitida por una Autoridad o un superior, sea militar o civil, salvo que estuviere obligado por ley a obedecer dicho orden, no supiera que la orden era ilícita y la orden no fuera manifiestamente ilícita".

35. Conforme al art. 8 de la Carta del Tribunal de Nuremberg: "El hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento de un orden de su gobierno o de un superior no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser tenido en cuenta para la mitigación del castigo impuesto por el Tribunal, si las exigencias de justicia así la requiriesen". Véase un comentario al respecto, por ejemplo, en KASTNER, "Das internationale Militärtribunal 1945-1946", en *JA* 1995, págs. 802 y ss. En los mismos términos se expresaban el art. 6 del de Tokio, el art. 6.4 del Tribunal penal internacional para Ruanda, así como el art. 7.4 del Estatuto del Tribunal Internacional *Ad Hoc* para la antigua Yugoslavia.

Este criterio está igualmente presente en otros documentos internacionales, como el *Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996), cuyo art. 2 dispone que "El hecho de que una persona acusada por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya actuado en cumplimiento de las órdenes de su Gobierno o un superior no le exime de su responsabilidad penal pero podrá ser tenida en cuenta en la mitigación de su castigo, si la Justicia así lo requiriese".

Una completa exposición de los precedentes a nivel internacional de la regulación de la obediencia debida puede verse por ejemplo en VERHAEGEN, "La negativa a obedecer órdenes manifiestamente criminales. A favor de un procedimiento accesible para los subordinados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo, 2002.

36. Véase las Reglas de Justicia penal de las Naciones Unidas para la policía y el mantenimiento de la paz, Oficina de las Naciones Unidas en Viena, febrero de 1994. Conforme a la regla 2.11: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán alegar obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden de emplear la fuerza o armas de fuego, o raíz de la cual se ha ocasionado la muerte o heridas graves a una persona, era ilícita y tuvieron oportunidad razonable de negarse a cumplirla".

documentos internacionales han optado por poner el acento, más allá de baremos objetivos, en el efectivo conocimiento de esa realidad por parte del sujeto actuante³⁷. No obstante, el criterio de la manifiesta ilicitud y, a partir de él, el conocimiento efectivo por parte del inferior, ha sido por el que se ha decantado el Estatuto del Tribunal penal internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Conforme a su art. 33:

“Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita;
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita

2.- Al los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.

Del alcance de este precepto habrá ocasión de ocuparse en un apartado posterior. Antes, sin embargo, debe perfilarse una cuestión previa y trascendental para su comprensión: la relativa a los instrumentos jurídicos desde los que acercarse a la interpretación de sus previsiones.

III. La inserción del problema de la obediencia debida en las coordenadas de un modelo funcional

Como se recordaba más arriba, el mérito común a los distintos modos de razonar de las corrientes que se han dado en llamar *teleológicas* o *funcionalistas* es poner sobre el tapete la necesidad de conjugar la vertebración dogmática del problema jurídico en cuestión con la racionalidad de las consecuencias que pretendan alcanzarse.

Pero esta orientación hacia las consecuencias y hacia la búsqueda de los resultados más funcionales a un sistema puede hacerse desde dos ópticas distintas que, respectivamente, condicionan la solución de los distintos problemas dogmáticos y también, por ello, de la obediencia debida. Así, en

efecto, esa funcionalización puede articularse, en primer lugar, hacia el *exterior*, probando el rendimiento de cada una de las categorías del delito en la búsqueda de la solución más correcta de acuerdo con criterios de política criminal. Es éste el modo de razonar que ha inspirado la construcción del modelo teleológico moderado elaborado por ROXIN ya en la década de los 70. Conforme al mismo, este autor limita de entrada las coordenadas de la discusión a determinados presupuestos mínimos que garanticen la conformidad de las soluciones con un sistema *principlista*, que aun cuando se oriente teleológicamente, no pierda de vista los derechos del individuo y el respeto de las garantías que le son propias por encima de la preservación de las coordenadas sistémicas en las que se inserte³⁸. Pero desde estos esquemas se trata, a su vez, de garantizar que la solución defendida cumpla la exigencia de llegar a resultados cuando menos plausibles. En palabras de ROXIN: “cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado, de algún modo, con respecto a la prohibición de su acción... los problemas son de naturaleza político-criminal, y no pueden ser resueltos adecuadamente con el — para decirlo con Jescheck— automatismo de los conceptos teóricos”³⁹.

Pero, en segundo lugar, dicha funcionalización puede orientarse hacia el *interior* mismo del sistema. Desde esa perspectiva, ahora la búsqueda de la solución funcionalmente más adecuada sería la que permita alimentar la continuidad misma de esa ordenación sistémica. Como es sabido, es ésta la orientación del que se ha dado en llamar *funcionalismo extremo*, cuyo máximo precursor puede considerarse a JAKOBS. Desde sus planteamientos no existe ningún contenido ni orientación político criminal fuera de la propia auto conservación del sistema, con independencia de su contenido u orientación. Dice JAKOBS, “La perspectiva funcional no está comprometida con ningún modelo determinado. Quien sólo sabe que una sociedad está organizada funcionalmente, no sabe nada sobre su concreta configuración”⁴⁰. En definitiva, se trata de construir un Derecho penal hacia el interior, de tal forma que su cometido sea el aseguramiento de la estabilidad normativa de la

37. Y así, escribe: “la política criminal que definiendo y que he hecho fecunda en el plano dogmático se basa en los concretos contenidos de la vieja Ilustración europea, en la medida en que han encontrado acogida en el sistema de valores de la Constitución y de nuestra legislación penal”, ROXIN, “Política criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad”, en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Valencia, 2000, pág. 69.

38. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, ob. cit., pág. 44 y s.

39. JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, en *ZStW* 1985, pág. 751.

40. JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, Trad. de Cuello Contreras y González de Murillo, Madrid, 1997, pág. 553.

sociedad, esto es, la vigencia de sus expectativas normativas esenciales. Desde sus premisas, la pena no es más que confirmación de la identidad de la sociedad.

Lógicamente, cada uno de estos modos de razonar da paso a toda una vertebración particular de las distintas instituciones penales así como de las soluciones que se ensayen para cada uno de los problemas dogmáticos. Por razones lógicas, no es éste el lugar para exponer las distintas, y por lo demás conocidas, ramificaciones de cada uno de estos esquemas de pensamiento. Aquí sólo se pretende llamar la atención sobre el dato de que en relación con la obediencia debida que ahora interesa, ambos representantes de las respectivas formas de entender un sistema funcional se decantan, si bien con diferentes argumentos y matices, por la solución de considerar que la conducta resulta justificada.

En efecto, a esta solución llega JAKOBS, al menos como línea de principio, al entender que la mayoría de las veces el ejecutor, ni podrá darse cuenta de cuándo la comisión de una contravención está justificada o no, ni, incluso después de que se le aclare este extremo, podrá decidir por sí. Además, entiende, sólo si se le descarga del riesgo de esa antijuricidad resulta tolerable el ejercicio de su función: "Los 'costes' de las organizaciones jerárquicas debe, pues, soportarlos aquel que se sirve de la jerarquía (el superior como autor mediato), no aquel de quien ésta se sirve (el subordinado está justificado)"⁴¹. Ello, en cualquier caso, aclara, con independencia de que se trate de un injusto penal o cualquier otro injusto "porque la punibilidad depende no sólo de la magnitud del injusto, sino también de las necesidades de reaccionar ante determinado injusto imponiendo pena. Además, el paso de la infracción administrativa a la infracción penal es en ocasiones (p. ej., con respecto a las conductas de circulación rodada) difícil de determinar. Por eso, de *lege ferenda* habría que esforzarse por distinguir entre la lesión,

no justificada, de bienes individuales susceptibles de legítima defensa, o de otros bienes irrenunciables, por una parte, y la lesión, justificable, de bienes estatales renunciables, por otra"⁴².

Ahora bien, lo cierto es que esa solución de JAKOBS sufre, al menos implícitamente, una importante mutación en los casos más graves a partir de la propia comprensión del sistema funcional que sostiene. Es lo que sucede en relación con los crímenes más graves cometidos en el marco de una actuación dictatorial del Estado. Según entiendo, para estos supuestos, a la postre, este autor identifica en sus consecuencias la comisión de crímenes al amparo de órdenes ilícitas con la exclusión del juicio mismo de tipicidad. Así lo posibilita el entendimiento de un sistema articulado sobre la base de la preocupación por perpetuar las condiciones de su existencia, con independencia de que luego se juzgue como ilícito o no. No otra cosa le lleva a proponer dejar extramuros del juicio de imputación los casos de cumplimiento de normas así como de órdenes puntuales emitidas conforme a las mismas y a los principios que inspiran el propio sistema al que sirve. Es lo que defiende para los casos en los que se ventila la posible eficacia eximente del cumplimiento de normas emanadas por un Estado en desconocimiento de los derechos fundamentales y de los principios garantistas propios de una ordenación estatal democrática. Porque para un sistema que se considere cerrado en sí mismo, la obediencia de las normas que lo perpetúan nunca podría dar paso siquiera al juicio de tipicidad, que justamente define el espectro de las conductas socialmente intolerables. Lógicamente, también desde esos esquemas se sigue la pretensión de desvirtuar dicho juicio de tipicidad en los casos en los que la actuación del sujeto no encuentre su referente inmediato en la ley, sino que entre ésta y su conducta se interponga la orden emanada por un superior que a su vez la dicta con la pretensión de asegurar la continuidad de aquel sistema.

A partir de lo anterior puede entenderse la solución a la que llega este autor para la problemática

41. JAKOBS, *Derecho penal. Parte General, ob. cit.*, nota 21, pág. 553.

42. JAKOBS, *GA 1994, ob. cit.*, págs. 10 y ss., pág. 17: "Si, como era el caso de la DDR, antes de las potencias de ocupación existía un ordenamiento que desconocía los derechos humanos y era sostenido por más o menos figuras fíteres, faltaba un entorno adecuado en el que pudiera destacarse un crimen como maldad subjetiva. No es culpa la falta de capacidad para oponerse a la amplia corriente de ese entorno. La culpabilidad en sentido jurídico presupone que en el momento de los hechos exista la alternativa de acomodarse al ordenamiento jurídico. Si éste por su parte está pervertido, en él no se puede destacar nada individualmente. La vinculación a través de la prohibición de regreso a las arbitrariedades de la ordenación vigente contiene por ello algo materialmente correcto: Si en el momento de la comisión de los hechos existía impunidad, aunque los motivos para ello fueran perversos, el crimen no puede caracterizarse como expresión de una maldad subjetiva sino como ajustado a ese Ordenamiento". Esta argumentación, que resulta singularmente ajustada, no para los dirigentes sino para los ejecutores, la completa más adelante con su comprensión previa en torno al concepto de "enemigo". "La pena, como reacción jurídica, presupone que con el crimen el autor resulte vinculado jurídicamente con la víctima, y que por tanto el autor y la víctima se definan como personas que mutuamente han de respetarse. Quien no está jurídicamente vinculado es enemigo, y podría sin más aniquilarse u olvidarse pronto, si garantiza permanecer inocuo en el futuro, pero no es un autor porque su crimen no lesiona una comunidad con la víctima" (pág. 19).

tantas veces referida de los tiradores del muro que actuaron secundando órdenes de instancias superiores del gobierno de la RDA (Ministerio de Defensa y las órdenes de los comandantes de los regimientos de los guardas de frontera), que a su vez se amparaban en una normativa superior (la Ley de Frontera). Y también desde esas premisas puede explicarse la pretensión de aferrarse a los esquemas positivistas que muestra JAKOBS, así como a una comprensión estricta del principio de legalidad que le lleva a rechazar la aplicabilidad de la fórmula de Radbruch y, con ello, la posibilidad de fundamentar el castigo por los hechos realizados al amparo de normas autoritarias que lo permitiesen⁴³. En estos supuestos, conforme a los parámetros de aquella forma de razonar, el inferior no habría de contemplarse sino como un instrumento ciego al servicio del sistema que, por tanto, repele la calificación de su conducta como penalmente relevante. El resultado es, pues, idéntico a sostener la atipicidad misma de los crímenes cometidos al amparo de aquellas leyes.

Estos resultados quedan, sin embargo, radicalmente vedados desde la construcción teleológica moderada de ROXIN. Como se anticipaba, también este autor se inclina por ubicar el conflicto en sede de antijuricidad, no de culpabilidad. Así lo hace a partir de la comprensión de aquella secuencia como la categoría del delito destinada funcionalmente a la solución social de conflictos. Desde esta tarea político criminal, dice ROXIN, debe acometerse la sistematización de la antijuricidad: "Si se analizan los medios con los que el legislador supera el problema de la solución social de conflictos, se pone de manifiesto que se trata de un número limitado de principios ordenadores que, combinados diferentemente, determinan el contenido de las causas de justificación y cuyo juego en el caso concreto fija el juicio sobre la utilidad o daño social de una conducta, sobre la justificación o el injusto"⁴⁴. Frente a ella, la culpabilidad, explica ROXIN, viene acuñada desde el punto de vista político criminal por la teoría de los fines de la pena. Por ello, para dar cabida a estos fines, junto al límite infranqueable del viejo concepto de culpabilidad, propone manejar una cate-

goría más amplia que denomina como *responsabilidad* y en la que estarían llamadas a integrarse aquellas consideraciones preventivas⁴⁵. De esta forma, no quedan mermados los principios garantísticos del Estado de Derecho, "puesto que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad", con la consecuencia de que "no sólo se limita lo preventivamente admisible mediante el principio de culpabilidad, sino que también se restringe la posibilidad de la punición de la conducta culpable mediante la exigencia de que la misma sea preventivamente imprescindible"⁴⁶.

Como ya se anticipaba, para ROXIN, la alegación del deber de cumplir órdenes o mandatos superiores encontraría su sede propia en la categoría de la antijuricidad. Pero ello, añade, con un límite que impida que se desborden los resultados cabalmente admisibles: que se trate de órdenes que no impliquen la comisión de hechos graves. La lógica argumentativa que respalda este modo de razonar es la previa comprensión ya expuesta de la antijuricidad por parte de este autor como una categoría ordenada a la solución de conflictos; en este caso, "un supuesto de colisión, que hay que juzgar conforme al §34 y en el que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario y el militar si se trata de infracciones poco importantes frente al interés en evitar el injusto; en cambio en el caso de infracciones más graves (como pueden ser las que vulneren el Derecho penal o la dignidad humana, pero incluso una parte de las que vulneren el Derecho contravenacional) tiene prioridad el interés por evitar el injusto"⁴⁷. Por el contrario, si el inferior ejecuta una orden que implique la realización de un delito o un crimen, sería responsable, en concreto, como autor culpable, mereciendo entonces el superior la calificación de inductor⁴⁸.

Como el propio ROXIN reconoce, la principal dificultad de esta solución, y que bien pudiera convertirse en frente de críticas por sus adversarios, podría ser la imposibilidad dogmática de que

43. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, ob. cit. págs. 77 y s.

44. ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, ob. cit. págs. 99 y ss.

45. ROXIN, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1997, pág. 793.

46. ROXIN, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., pág. 744.

47. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pág. 744; el mismo en *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., pág. 190.

48. Véase por ejemplo AMELUNG, en *JuS* 1986, ob. cit., pág. 337, quien fundamenta también frente al funcionario la justicia de esta solución: el funcionario ejecutor "debe soportar el riesgo de que se oponga a él legítima defensa como un riesgo propio de su profesión que ha elegido libremente".

los terceros afectados pudieran a su vez defenderse en legítima defensa, algo que, sin embargo, no presentaría problema alguno para los autores que conceden a la obediencia el valor de una causa de exculpación⁴⁹. Por ello, preocupado porque la solución que sostiene no lleve a situaciones injustas de cara a quienes entonces hubieran de soportar la ilegalidad de la actuación ordenada, se esfuerza por asegurar que, al menos, puedan acudir a los cauces defensivos que permite la apreciación de un *estado de necesidad*. Para ello explica que, aunque la conducta ilícita se lleve a cabo por un instrumento que actúa conforme a Derecho, la orden sigue siendo constitutiva de injusto. Con este proceder, concluye, se garantiza la solución más satisfactoria desde el punto de vista político criminal, en cuanto que se aseguran todos los derechos del ciudadano: "Primero, porque al mismo le exime del deber de soportar graves daños el hecho de que una orden antijurídica dirigida a menoscabar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal... de entrada ya no es obligatoria. Segundo, porque el ciudadano tiene en el Estado un deudor seguro y con capacidad de pago respecto a los prejuicios que se le hayan irrogado. Y tercero, porque frente a la ejecución de una orden antijurídica se puede justificar por el §34 un resistencia defensiva del afectado, si éste actúa enjuiciando correctamente la situación antijurídica"⁵⁰.

De esta forma, la solución dogmática de ROXIN consigue conciliarse plenamente con las exigencias de justicia. Por un lado, porque garantiza que el subordinado no responda pese a la ilegalidad de la orden cuando aquélla no sea grave. Si, por el contrario, estos casos de infracciones menores se considerasen antijurídicas para el inferior, se estaría instaurando un deber exarcebado de comprobar la conformidad a Derecho del mandato que recibe, algo que desvirtuaría el *principio de*

confianza sobre el que se asienta la estructuración de cualquier sistema social. Por otro, porque garantiza igualmente que los terceros no tengan que cargar con las consecuencias que derivan de dicho error, permitiéndoles para ello que puedan defenderse bajo los cauces de un *estado de necesidad*.

Puede decirse, por ello, que en sus resultados la propuesta de ROXIN se presentan a primera vista como impecable. No obstante, aun reconociendo su bondad, la pregunta que surge de inmediato es si realmente para llegar a esa solución era necesario recurrir a articular una argumentación autónoma, entendiendo por tal una propuesta vinculada a la específica morfología de la obediencia debida o si, por el contrario, su problemática propia era tan sólo aparente, de tal forma que a ese mismo tratamiento podría haberse llegado por los cauces que ya ofrecen otros expedientes ensayados con carácter general para asegurar una comprensión orientada a las consecuencias de la categoría de la antijuricidad. De ello se ocupan las líneas que siguen.

IV. La especificidad de la problemática de la obediencia debida: ¿un problema aparente?

No es casual que haya sido uno de los discípulos españoles de ROXIN, MUÑOZ CONDE —quien ya en los años setenta tradujera y se posicionase en torno a la obra programática básica de aquél, *Política criminal y sistema de Derecho penal*⁵¹—, el autor que haya propuesto una comprensión de la categoría dogmática de la antijuricidad orientada teleológicamente hacia la dimensión conflictual que trata de dirimirse bajo la misma. El esfuerzo de este autor se orientaba, en definitiva, a asegurar una comprensión cabal del conflicto que trata de resolverse con ella que a su

49. ROXIN, *Derecho penal, Parte General, ob. cit.*, págs. 744 y s.; véase el mismo en "Otras causas de justificación y exculpación en Derecho penal", en *Justificación y exculpación en Derecho penal*, Madrid, 1995, págs. 223 y ss. En la misma línea de preocupación por alcanzar la justicia de la solución puede verse en la doctrina alemana, por ejemplo, a LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl, ob. cit.*, pág. 185; y en la doctrina portuguesa a TAIPA DE CARVALHO, "Obediencia Hierárquica e Responsabilidade Jurídica do Funcionario", en *Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1997*, págs. 309 y ss. Este autor sale al paso de la posible objeción de que esa solución sería injusta para el ciudadano ofreciendo varios argumentos. El primero, la necesidad de atender a los intereses del funcionario, ya que de otra forma tendría que oponerse a obedecer. En segundo lugar, dado que sólo sostiene la justificación para los casos en los que la consecuencia de lo ordenado no es muy grave (de tal forma que el inferior no reconozca la ilicitud), subraya que la imposibilidad de la defensa por el particular nunca se va a plantear en relación con bienes jurídicos fundamentales, como la vida o la integridad física. En tercer lugar, argumenta sobre la base del interés de la sociedad en que se practiquen actuaciones como la detención de sospechosos, quienes, en su caso, podrán demostrar posteriormente su inocencia. Por último argumenta que en todo caso el Estado y los superiores que actuaron de forma incorrecta estarán obligados a indemnizar al ciudadano por los daños causados.

50. Véase su Introducción a *Política criminal y sistema de Derecho penal, ob. cit.*, págs. 17 y ss.

51. MUÑOZ CONDE, "¿'Legítima' defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación", en *Estudios penales y criminológicos, XV, Santiago de Compostela, 1991*, págs. 280 y s.; véase también el mismo en *Derecho Penal, Parte General, 5ª ed.*, Valencia, 2002, págs. 318 y ss., 329.

vez permita una solución airosa en situaciones cuya resolución hasta entonces parecía oponerse no pocas veces al sentimiento de justicia. Es lo que sucedía, por ejemplo, en el ámbito de la legítima defensa en casos como el del sujeto que cree ser víctima de una agresión inminente y actúa en lo que reputa una situación de defensa frente a una agresión que, en realidad, es inexistente. Sin embargo, su error estuvo motivado por la concurrencia de una serie de circunstancias e indicadores externos tales que cualquier persona sensata en la situación del autor habría incurrido en el mismo. Un ejemplo que el propio MUÑOZ CONDE maneja es el conocido caso Goetz: en el metro de Nueva York viajan, entre otras personas, cuatro jóvenes de raza negra que se dirigen a uno de los pasajeros, que ya ha sido atacado varias veces, pidiéndole que les dé cinco dólares. El pasajero sin mediar palabra saca un revólver y dispara cinco tiros, alcanzando a uno de los jóvenes que queda gravemente herido. ¿Hasta qué punto, se pregunta el autor, tiene que soportar las consecuencias de dicho error quien motivado por esa apariencia actúa en lo que cree una necesidad defenderse? En esa preocupación por conciliar las exigencias de justicia con la solución dogmáticamente acertada propone su comprensión de la antijuricidad conforme a los parámetros de lo "razonable". De acuerdo con este criterio, se trata de reservar el mismo tratamiento a los casos en que realmente concurren sus presupuestos y a aquellos otros que, conforme al criterio de *lo razonable*, deban equipararse a aquéllos. Como concluye el autor, contra ese modo de razonar "nada hay que objetar, siempre que se sea consciente de que se trata de un criterio objetivo que, aun teniendo en cuenta las circunstancias del autor, en ningún caso pretende sustituir la realidad por la creencia subjetiva de la persona. Esta forma de objetivización de la percepción subjetiva es, pues, perfectamente lícita y permanece dentro

del ámbito de la objetividad que exigen los presupuestos de las causas de justificación"⁵².

Pues bien, según entiendo, la problemática que encierra la obediencia debida y a cuya solución plausible llega, según se ha visto, ROXIN a partir de los esquemas de un sistema funcionalista moderado, no es más que la implícita confirmación del rendimiento que ofrece el criterio de lo "razonable" que ensayara MUÑOZ CONDE. Como enseguida habrá ocasión de comprobar, su cabal aplicación llevaría a los mismos resultados que en la construcción de ROXIN garantizan tanto la correcta comprensión del problema como la justicia de su solución. En efecto, una vez depurados los casos que deban dirimirse en el terreno de la antijuricidad como sede de solución de conflictos sociales, los criterios específicamente diseñados para la obediencia debida; a saber, los de la entidad de lo ilícito, su carácter manifiesto o no y, vinculado a lo anterior, el conocimiento que de tales circunstancias haya tenido el sujeto, entiendo que pueden reconducirse inductivamente a la fórmula de la *razonabilidad* como criterio más amplio con el que aquellos parámetros encontrarían su equivalencia.

En efecto, la exigencia de que el delito a que dé paso el cumplimiento de la orden no se califique como grave y que, a su vez, el inferior no conociera el carácter delictivo de su actuación, entiendo que pergeñan las exigencias que presuponen y cumplen los requisitos del *error razonable*. Los presuponen, en primer lugar, en cuanto que al exigir que se trate de delitos menos graves se excluye ya a aquellos en los que sería imposible acudir al baremo de lo razonable; los cumplen, en segundo lugar, en cuanto que para que pueda apreciarse dicha ecuación entre un error razonable y la efectiva concurrencia de los presupuestos de la justificación no sólo es necesario que desde un punto de vista objetivo se trate de hechos sobre los que razonablemente podía haber errado también un

52. Quisiera advertir que, ya en relación con la específica problemática del deber de obediencia, el criterio de lo razonable no ha pasado desapercibido a nuestra doctrina. Valga de cita el razonamiento de PÉREZ DEL VALLE, quien propone acudir a dicho parámetro como forma de limitar el deber de examen del inferior, de tal forma que "la obediencia jerárquica es una reducción expresa de las exigencias de una comprobación *ex ante* de la licitud de la orden por parte del subordinado, de acuerdo con la estructura jerárquica en la que se enmarca su actuación. De ese modo, se suaviza 'la carga del examen' a lo que una persona razonable hubiese podido conocer en la situación de hecho", en "La desaparición de la 'obediencia debida' en el Código penal y su efecto en el Derecho penal militar", en *EDJ*, 5, 1996, págs. 272 y ss.

No obstante, pese al recurso por parte de este autor al criterio de lo razonable, entiendo que pueden marcarse diferencias con lo que aquí se sostiene. Y es que, según lo interpreto, este autor maneja dicho parámetro a la hora de acotar el deber de examen que corresponde a los subordinados, pero no lo utiliza directamente en relación con el contenido mismo de lo ordenado. De este modo, pareciera que en el caso de relaciones fuertemente jerarquizadas, como sucede en el ámbito castrense en época de conflicto, el subordinado pudiera exonerarse de responsabilidad sobre la base del entonces casi inexistente deber de examen. Y ello aun cuando cualquier persona, de forma razonable, pudiera percatarse de la ilegalidad material de la actuación. En definitiva, el riesgo es que al relacionar el criterio de lo razonable con el deber de examen y no con el contenido de la orden como tal, se acabe ampliando de forma injustificada lo operatividad de la exigente.

hombre medio. Es preciso también que, ya en el caso concreto, conforme a los especiales conocimientos del actuante y en su específica situación, no hubiera conocido la ilicitud de su conducta⁵³.

Con todo, para comprender la forma en que tiene lugar esta ecuación entre los requisitos exigidos por ROXIN para la plausibilidad de la alegación de la obediencia y la construcción normativa de MUÑOZ CONDE en torno a la racionalidad de la situación, conviene diferenciar los distintos casos que pudieran plantearse. En este orden de ideas, en el diseño de la fenomenología propia en la que puede manifestarse el problema de la obediencia debida, son imaginables tres grandes grupos de casos.

- a) En primer lugar, aquellos en los que la ilegalidad de la orden no es manifiesta, de tal modo que puede decirse que, en principio, cualquier persona habría incurrido en el mismo error.
- b) En segundo lugar son imaginables supuestos en los que, a diferencia de los anteriores, puedan deducirse ya externamente indicios para sospechar su ilegalidad, de tal modo que sería exigible para el inferior una labor previa de examen acerca de su conformidad a Derecho.
- c) La última tipología la representan los casos que colmarían esta escala de intensidad creciente en cuanto a la entidad de error. Me refiero a aquéllos en los que la ilegalidad de la orden resulte evidente. Es lo que sucedería con aquellos en que ésta fuese contraria a las normas de Derecho internacional y, en general, a los principios supraestatales que lo inspiran. Sin lugar a dudas, el caso paradigmático lo representan los crímenes cometidos bajo las directrices de los regímenes dictatoriales.

Así esbozada a grandes rasgos su distinta fenomenología, tanto el tratamiento como la argumentación dogmática que respalda a cada uno de estos grupos de casos requiere abordarlos por separado. Vayamos por partes.

En la primera tipología de supuestos el inferior actúa en una situación de un error en la que pu-

diera haber incurrido cualquier persona. Son, en definitiva, los casos de ilegalidad no manifiesta de la orden, sólo pensables con relación a los mandatos que dan paso a la comisión de delitos menos graves. En esos supuestos, la confianza del inferior en torno a la legalidad de lo ordenado habría de encontrar su apoyo tanto en el hecho de que el mandato cumple en apariencia las exigencias formales, como por respetar, también en apariencia, ahora desde el punto de vista material, las disposiciones de rango superior. Por ello, desde una perspectiva externa, a partir de las circunstancias cognoscibles *ex ante* por cualquier expectador objetivo así como teniendo en cuenta los especiales conocimientos del autor, no habría razones para poner en tela de juicio la vinculatoriedad del mandato y la consiguiente obligación del inferior de ejecutarlo⁵⁴. Exigir que pese a todo éste tuviera que comprobar caso por caso su legalidad no sólo desbordaría lo que cabalmente puede exigírsele. También daría al traste con uno de los principios básicos de la división funcional propia de un régimen de subordinación que, además, la hace posible. Me refiero al *principio de confianza*. Como es sabido, se trata de un principio que en general inspira el mundo de las relaciones humanas y, con ellas, las jurídicas, habiendo encontrado calado en la resolución de los más variados ámbitos en Derecho penal y que ahora se proyectaría a respaldar la creencia en torno a la legalidad de las instrucciones recibidas. Porque si pese a esa apariencia de legalidad o, al menos, de no ilegalidad manifiesta, el inferior hubiera de cuestionar cada orden que recibe, no sólo se paralizaría de forma insostenible el funcionamiento ordinario de la disciplina, civil o militar, basada en las relaciones de subordinación. Igualmente se llegaría a la consecuencia, intolerable por injusta, de generar en el inferior un temor continuo a incurrir en responsabilidad por la ejecución de lo mandado. Ello, a su vez, no sólo desbordaría, como ya se apuntaba, el ámbito de lo cabalmente exigible para aquél, sino que arrastraría la actuación del obediente a un

53. En este sentido escribe MUÑOZ CONDE, "El carácter manifiesto, claro y terminante de la infracción debe estimarse, pues, de un modo objetivo, es decir, basta con que un funcionario medio, situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esa vulneración, con independencia de cuáles pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto", *Derecho penal, Parte General, ob. cit.*, pág. 349.

54. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, ob. cit.*, pág. 190. Igualmente la correspondencia que aquí se sostiene entre la solución elaborada específicamente al hilo de la obediencia debida y el criterio de la razonabilidad puede descubrirse en otros autares de la literatura alemana. De forma clara es el caso, por ejemplo, de LEHLEITER, *Der rechtswidrige verbindliche Befehl, ob. cit.*, págs. 193 y s. Este autor considera que, además de las órdenes que den paso a la comisión de un ilícito no penal, también son vinculantes aquellas en las que, aunque determinen la comisión de un delito, tanto el superior como el inferior actuaron de modo cuidadoso desde una perspectiva *ex ante*. No lo será, por el contrario, cuando desde esa misma perspectiva el inferior conociera o conforme a sus circunstancias debiera haber podido conocer la alta posibilidad de la comisión del delito. Me parece evidente que esta construcción no es sino el paralelo de la exigencia de que el error fuera razonable, en el sentido de que en el mismo podría haber incurrido cualquier persona.

terreno tan minado de inseguridad que haría insoportable el ejercicio de su función subordinada. Por ello, aun cuando en tales casos la actuación del inferior, *ex post*, acabe determinando la comisión de un delito, tanto las exigencias funcionales como el sentimiento más básico de justicia reperirían su castigo.

No es sino el razonamiento anterior el que está presente en la propuesta que formulara MUÑOZ CONDE de entender la antijuricidad en clave de lo que pueda considerarse como *razonable*. Porque un Estado que pretenda ser respetuoso con los derechos de los ciudadanos y que renuncie a exigirles comportamientos que contradirían los cimientos mismos de la confianza sobre la que descansa el funcionamiento de su estructura tiene que conceder eficacia eximente de pena a quien incurra en aquella clase de error. De hecho, según entiendo, es también este razonamiento el que en última instancia late en la elaboración de ROXIN cuando propone eximir de cualquier responsabilidad al inferior allí donde actúe sin conocer ni poder razonablemente conocer el injusto que realiza, aun cuando éste consista en la comisión de un delito. Así, tras establecer como regla general que las órdenes que impliquen la realización de un delito o crimen no son vinculantes y no deben ser obedecidas, añade, "si no obstante, el subordinado las obedece, puede darse autoridad mediata, por ejemplo, porque el soldado cree falsamente en su naturaleza vinculante"⁵⁵.

Junto al anterior, el segundo gran grupo de casos a los que puede responder la fenomenología

de la obediencia debida corresponde a aquellos en que se trata de órdenes en las que el vicio de su ilegalidad tiene mayor intensidad e impide, por tanto, reconducirla a los parámetros de lo razonable. Por otra parte, sin embargo, tampoco podría hablarse de un error radicalmente burdo, como sucedería en los supuestos en que aquélla fuese contraria a los postulados básicos del Derecho penal internacional y a los principios garantistas supranacionales. Baste pensar, por ejemplo, en el caso del superior que ordena una detención pese a existir indicios de que no se han cumplido los requisitos procedimentales para ello.

Ahora, en efecto, se trata de un error que, al no poderse calificar como razonable, se presta a incluirse en la categoría de aquellos que se adjetivan como vencibles. En ellos, a diferencia del caso anterior, la concurrencia de indicios en torno a la ilegalidad de la orden permite formular un juicio de exigibilidad al inferior de un comportamiento distinto. Ello determina que su estructura problemática no responda a otros esquemas que a los del *error de prohibición vencible* que, como es sabido, determina una atenuación de la pena.

El fundamento de un tratamiento penal distinto —menos severo— para esta fenomenología de supuestos habría de descubrirse en la afectación de lo que ROXIN llama la "*normative Ansprechbarkeit*" y que bien pudiera traducirse como "*accesibilidad normativa*" por parte del autor⁵⁶, que, por tanto, encontraría su sede dogmática en la categoría de la culpabilidad. Con ella, se trata de concii-

55. ROXIN, "Problemas básicos del sistema de Derecho penal", en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, ob. cit., trad. del artículo de Gómez Rivero, págs. 47 y ss.

56. En nuestro país, baste señalar sólo dos casos. El primero es el de los conocidos sucesos de Casas Viejas, que tuvieron lugar en enero de 1933 en el marco de los movimientos anarcosindicalistas. En él se planteaba la responsabilidad de quienes atentaron contra un grupo de insurrectos capitaneados por un carbonero llamado Seisdedos. Los Guardias de Asalto actuaron al amparo de la orden de su capitán —Rojas—. Para reducir la rebelión que había estallado en el pueblo, ordenó la detención de cuantos hombres sospechosos fuesen hallados en sus casas. Después de incendiada, por orden de él, la choza de Seisdedos y una vez traídos a su presencia los detenidos hizo que entrasen en el corral, donde dio la voz de fuego a los guardias de Asalto, quienes descargaron sus armas contra el grupo de los detenidos, matando a catorce hombres. Al parecer, la actuación estuvo a su vez amparada por un telegrama que decía: "Es orden terminante Ministro de la Gobernación se arrase casa donde se han hecho fuertes los revoltosos". Por su parte, antes de salir de Madrid hacia casas Viejas el Capitán Rojas había recibido personalmente una orden del Director General de Seguridad del siguiente tenor: "¡Ni heridos ni prisioneros; tiros a la barriga!".

Respecto a la responsabilidad de los ejecutores, si bien el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de enero de 1936, consideró que "la simple apariencia de ilicitud o ilegalidad, por clara que se ofrezca, no es motivo suficiente para rehusar la obediencia, porque aquel carácter puede desaparecer conocidas que sean las razones o motivos referidos al plan general, el de la orden, el que en ningún caso ha de entregarse al examen y discusión de aquellos a quienes toca simplemente obedecer...", recordaba que para que produzca efecto eximente, la actuación ha de ceñirse estrictamente al contenido de la orden. Y en el caso enjuiciado "se ofrece notorio a la conciencia del juzgador que el recurrente ejecutó los hechos que se declaran probados excediéndose en lo que estaba obligado a obedecer en relación a las órdenes de sus superiores jerárquicos que interpretó extensivamente". Dejando a un lado lo cuestionable de la aplicación del razonamiento al caso, esas consideraciones le llevan a admitir la obediencia simplemente como eximente incompleta.

Un segundo caso, mucho más reciente, en el que se planteó el valor de la obediencia en nuestro país es el del golpe de Estado de 23 de febrero de 1981. Como se recordaba más arriba, si bien con diferentes argumentos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983, confirmado la Sentencia dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982, rechazó la aplicación de la eximente de obediencia debida. Respecto a los argumentos que ahora interesan, relacionados específicamente con la inadmisibilidad del error, baste reproducir las palabras del Alto Tribunal respecto a uno de los acusados, el Coronel M. G.: "no actuó en

liar las exigencias de prevención general con la atención a los argumentos de prevención especial que aquél demanda y que determinan una renuncia a la intervención punitiva o, al menos, una intervención menos grave que la prevista en abstracto en el Código penal para el delito de que se trate.

La última fenomenología de casos en que, a grandes rasgos, pudiera plantearse su problemática se correspondería ahora con los supuestos en los que el inferior incurre en errores que pueden calificarse como burdos. Como ya anticipaba, el caso paradigmático es el de los crímenes cometidos al amparo de regímenes dictatoriales que, por atacar contra los derechos humanos, vulneran los principios supranacionales que trazan el marco mínimo e insorteable de actuación *por y dentro* de un Estado. Baste pensar ahora en la variada gama de supuestos que van desde los asesinatos, actos de torturas o secuestros ordenados en el marco de regímenes dictatoriales hasta las órdenes

puntuales dictadas en situaciones de inestabilidad política que atentan palmariamente contra los derechos humanos o contra los pilares democráticos sobre los que se asienta la construcción del Estado⁵⁷. Dada la gravedad de estos crímenes así como su consiguiente carácter manifiesto, sería inconcebible que pudiera concederse eficacia justificante, siquiera como eximente incompleta, a su comisión por parte del inferior con el único argumento de actuar en cumplimiento de mandatos provenientes de instancias superiores. Como enseña la experiencia de un buen número de los juicios internacionales habidos hasta la fecha, la gravedad de los crímenes contrarios a aquellas exigencias mínimas de Derecho internacional impide concederle ningún tipo de beneficio a quien los ejecuta⁵⁸, ni por la vía justificante, ni por los cauces más limitados del error de prohibición⁵⁹. Abrir la posibilidad de eximir o atemperar la responsabilidad penal por los crímenes cuando su gravedad es radicalmente incompatible con la su-

virtud de obediencia debida, y ello no sólo por la patente ilicitud de la orden y por su carácter anticonstitucional, sino porque el Teniente Coronel T. M. era de inferior graduación al referido acusado y no ostentaba ningún tipo de jerarquía sobre el mismo, no cabiendo siquiera la aplicación de dicha eximente como putativa, pues, a menos que, el Coronel M. G., fuera persona de credulidad pueril —lo que no puede pensarse dada su graduación—, no podía creer, de buena fe, que las órdenes de invadir y ocupar el Palacio de los Diputados, procedieran del Director General de la Guardia Civil, lo que, en definitiva, pudo comprobar con una simple llamada telefónica, como se ha dicho antes, debiéndose concluir pues con que no se hallaba inmerso en un error, vencible o invencible, ni en una creencia psíquica en la legitimidad de las órdenes que decía transmitir el Teniente Coronel T. M., sino que, antes al contrario, se sumó voluntariamente a los planes de los conjurados, por propia convicción, prestándoles los auxilios requeridos”.

57. Así puede explicarse que desde los juicios de Nuremberg se excluyera el valor justificante de la alegación de razones de obediencia. Posiblemente el caso paradigmático sea el de Eichmann, acusado de su participación en el exterminio de judíos durante el régimen nacionalsocialista. Pese a esas alegaciones, la Corte declaró, “*We reject absolutely the accused’s version that he was nothing more than a ‘small cog’ in the extermination machine*”. Véase las referencias a éste y otros juicios en los que, a la luz de la manifiesta ilegalidad de la orden, se excluye su valor justificante en DUFOUR, “¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre, 2000.

58. Desde luego, debe quedar claro que con esta negativa no se trata de arrancarle una suerte de revancha a la historia y aplicar ahora de forma casi vengativa construcciones que sirvieron de caparazón al régimen nazi. Baste pensar en la propuesta que hiciera MEZGER para negar cualquier relevancia jurídico penal al error de derecho a partir de lo que denominaba “culpa por conducción de la vida”, y que ahora podría aplicarse a los responsables por haber cometido esos hechos actuando con “ceguera” a los valores jurídicos de la comunidad. Sobre esta construcción véase MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓN, *Vencedores o vencidos*, ob. cit., pág. 43, nota 20. Véase el mismo en *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989, págs. 31 y ss.; o en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, ob. cit., págs. 133 y ss. Resulta evidente que cuando se plantea la responsabilidad de quienes ejecutaron los horrores nazis no se trata de imputarles una forma de culpabilidad por conducción de la vida, sino de la responsabilidad por cada uno de los crímenes cometidos en la conciencia de la barbarie a la que respondían.

59. La experiencia enseña que en la práctica, por razones de conveniencia política, no pocas veces se han usado distintas vías para evitar el castigo por estos crímenes del pasado contrarios a los derechos humanos. Unas veces, porque sin necesidad de hacer un uso desviado de los instrumentos jurídicos, simplemente se renuncia al castigo (respecto de lo que es buen ejemplo la transición española); otras, porque se dictan leyes para cubrir expresamente estos supuestos (baste pensar en las hoy derogadas Leyes argentinas de Obediencia debida y Punto Final); y finalmente en otras ocasiones porque, o bien las condenas acaban diluyéndose, o “milagrosamente”, como en el caso alemán, pese a la apertura de “procesos de desnazificación”, algunos responsables no sólo salieron “ilesos” de los mismos, sino que consiguieron reintegrarse sin mayores reparos en el nuevo régimen. Lógicamente, se trata de un problema que ya no es privativo de la obediencia debida que aquí se ventila. Baste remitirse una vez más a la obra de MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, ob. cit., págs. 370 y ss., donde puede comprobarse no sólo la asombrosa impunidad que consiguió este penalista colaborador en el régimen nazi, sino también su vuelta sin mayores problemas a la cátedra de Derecho penal después del fin del régimen, desde la que además pudo iniciar una discusión dogmática con Welzel capaz de distraer la atención respecto a los horrores del pasado. Véase también MUÑOZ CONDE en MUÑOZ CONDE/MUÑOZ AUNIÓN, *Vencedores o vencidos*, ob. cit., págs. 54 y ss.

puesta buena fe del actuante sería, al menos como diseño teórico y con independencia del uso perverso de todo tipo de expedientes de los que la experiencia histórica da buena cuenta, realmente insostenible⁶⁰.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que esta solución permanece invariable con independencia de que quien actúe en obediencia se adhiera internamente a los actos que comete —actuando así en la comisión de tales crímenes “por convicción”—, o que, por el contrario, manifieste internamente una actitud de rechazo y de desaprobación moral de la conducta. En estos casos, todo lo más que podría venir en consideración sería una atenuación de la pena basada en una disminución de la culpabilidad, pero ahora por cauces ajenos ya a la lógica propia del error. En concreto, su explicación habría de reconducirse a la idea de disminución de la *inexigibilidad*, fundamentalmente a partir de la comprobación del miedo o temor a sufrir graves castigos en caso de desobediencia⁶¹. Con todo, lo que interesa destacar por ahora es que entonces, una vez más, la base argumentativa para un tratamiento diferente de estos supuestos habría de buscarse en la idea de “accesibilidad normativa” que ya manejara ROXIN.

Con lo anterior se ha intentado trazar un paralelismo entre la construcción propuesta por el principal representante de un sistema funcional moderado y los resultados a que podrían llegarse la mayoría de las veces gracias al rendimiento propio de la comprensión del conflicto que se ventila en la sede de la antijuricidad conforme a los cánones de lo razonable. Ahora bien, a partir de lo anterior queda todavía por resolver una cuestión adicional que se plantea como obligada a la luz de aquellas reflexiones. Es la relativa a la conveniencia e incluso a la necesidad misma de articular una específica causa de exclusión de la antijuricidad que atienda a la actuación bajo obediencia y que estuviera llamada a abrigar los supuestos cu-

yo tratamiento se ha reconducido en las líneas anteriores a la categoría propia de la solución social de conflictos.

V. ¿Es realmente necesaria la obediencia debida como figura autónoma?

Como es sabido, el Código penal del 95, abandonando la tradición que había acompañado a la regulación penal española, que contemplaba la obediencia debida como eximente, ha optado por prescindir de dicha mención autónoma en el catálogo de circunstancias que excluyen la responsabilidad. De esta forma, el Código penal actual se aproxima al de otros países, como Alemania, en los que no hay ninguna referencia a dicha circunstancia, relegándose su mención a otros cuerpos normativos especiales, como el Código penal militar. La pregunta que surge entonces es si con la eliminación de esa mención ha desaparecido una figura jurídica que estuviese llamada a tener un rendimiento propio. Adelantando en buena medida conclusiones, considero que la respuesta tiene que ser negativa.

Y es que, según entiendo, incluso en los casos descritos en los que el baremo de lo razonable permite reconducir su tratamiento a los esquemas propios de una causa de justificación, el punto de referencia de la misma no debería ser una eximente específica de obediencia. La eximente que habría de apreciarse en estos casos sería otra distinta que sí contemplan la mayoría de los legisladores penales, y que se ha mantenido en el Código del 95: la del *cumplimiento de un deber*⁶². Como es sabido, esta eximente está pensada para dar cobertura a la actuación de quienes aleguen actuar en el ejercicio de sus funciones aun cuando de otra forma el comportamiento fuera punible. Baste pensar, por ejemplo, en el agente policial que impide coactivamente la actuación de algunos

60. Cuestión distinta es la discusión que pudiera plantearse cuando en el caso concreto se pretendiera dar relevancia en esa sede a la situación en que se encontraba el inferior. De hecho, por ejemplo, en relación con los crímenes cometidos en el sistema nacionalsocialista, JÁGER cuestiona que pudiera apreciarse para los inferiores una situación de estado de necesidad o de coacción por temor a sufrir severos castigos caso de negarse a cumplir las órdenes, en *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*. Olten und Freiburg, 1967. En esa obra puede encontrarse un recorrido por diferentes casos de desobediencia que no fueron seguidos de castigo, págs. 91 y ss., algo que lleva a este autor a concluir que cuando los inferiores hubiesen actuado movidos por tal temor se trataría más bien de un estado de necesidad putativo, pág. 159.

61. Conforme al art. 20.7 del Código Penal de 1973, quedaba exento de pena “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

62. Bajo la vigencia del anterior Código penal, este peligro ya lo denunciaba VIVES ANTÓN, “La obediencia debida sirve para prestar en todo evento una coartada al funcionario que cumplimenta la orden ilegal y, en definitiva, para promover que las órdenes (todas las órdenes, ilegales o no) sean cumplidas... La eximente de obediencia debida juega un mal papel en la escena del Código penal de un Estado democrático. Porque un Estado democrático es, antes que nada, un Estado normativo, un Estado de leyes, y la eximente de obediencia debida alzaprima, ‘de facto’ las decisiones y las órdenes sobre las normas y las leyes”, en “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1981, pág. 146.

manifestantes para impedir altercados o que de tiene a una persona bajo sospecha. Pese a que, en sí mismas consideradas, esas conductas podrían ser constitutivas de un delito contra la libertad, la actuación motivada por el desempeño del cargo actuaría excluyendo el juicio de antijuricidad de la conducta.

Según entiendo, es a esta circunstancia a la que debe reconducirse la fenomenología de casos antes descrita en la que resultaría plausible conceder efecto eximente a la actuación por obediencia. Baste recordar que se trata de supuestos en los que el inferior cree de forma razonable que actúa conforme a Derecho por estar cumpliendo un deber, el deber de obediencia. Si esto es así, la causa de justificación por medio de la que debe concederse relevancia a ese error es justamente dicha circunstancia. Pretender configurar una causa de justificación autónoma, con un *nomen iuris* específico, no sólo no añadiría nada a la solución que ya pudiera alcanzarse por dicha vía y desenfocaría la genuina razón por la que reserva un tratamiento especial a estos supuestos. También, lo que sin duda es más grave, podría encerrar un serio peligro: el de prestarse a servir como cobertura del cumplimiento ilícito de órdenes que, sin embargo, resultan contrarias a los principios jurídicos más básicos⁶³. Y es que, al permitir formalmente también esa interpretación la letra de la ley, la exclusión de la misma sólo podría asegurarse por la vía de una interpretación judicial correcta, algo que entonces habría de garantizarse caso por caso en su aplicación práctica.

Pero tampoco para los supuestos identificados más arriba cuyo tratamiento habría de discurrir por los cauces del error de prohibición vencible, el punto de referencia del mismo habría de ser una causa de justificación autónoma de obediencia de una orden. Por el contrario, aquélla vuelve a ser de nuevo una causa de justificación distinta: el cumplimiento de un deber. En efecto, ahora el inferior cree, debido a un error no burdo pero sí superable, que actúa en cumplimiento de un deber que en realidad es inexistente. Si esto es así, si el deber de obrar es el punto de referencia de su error, tampoco para esta fenomenología de casos haría falta recurrir a configurar de forma autónoma la obediencia como una causa excluyente de responsabilidad

penal; y por eso también, una vez más, habría que dar la razón a nuestro legislador del 95 cuando optó por prescindir de su mención expresa.

De hecho, desde la base de esta reduplicación puede entenderse la distorsión que en el anterior Código penal generaba la existencia autónoma de la obediencia debida así como el hecho de que aquélla estuviera llamada a solucionarse con expedientes hermenéuticos que, dicho sea de paso, a veces suponían auténticas piruetas argumentativas alentadas por la única pretensión de evitar el absurdo al que, de *lege lata*, parecía abocar la existencia de esta figura jurídica. Así, por ejemplo, sólo desde los esfuerzos por dotar de sentido a la contemplación expresa de aquella eximente pueden explicarse propuestas interpretativas como la formulada por MORILLAS CUEVA, atenta al contenido delictivo o no de la orden y, por tanto, vinculante o no⁶⁴.

Llegados a este punto, ni qué decir tiene que tampoco la incorporación de la obediencia debida tendría sentido en relación con los casos en que la orden resulte ilícita de modo burdo. No podría ser de otra forma dado que, como se viene insistiendo, todo lo más que podría venir en consideración en tales supuestos es una causa de *inexigibilidad* de otra conducta, cuya sede sistemática sería entonces la categoría de la *culpabilidad*.

VI. La valoración del art. 33 del Estatuto de la Corte Penal internacional

En la líneas anteriores se ha afirmado que a la luz del rendimiento que ofrece la comprensión de la antijuricidad conforme a los parámetros de lo razonable no sólo resulta innecesaria sino también, incluso, peligrosa, la pretensión de consagrar expresamente una circunstancia excluyente de la responsabilidad penal sobre la base del deber de obediencia.

Con todo, sin embargo, la tendencia a nivel internacional no puede decirse que camine hacia la desaparición de dicha circunstancia. Al contrario, el Estatuto de la Corte penal internacional no sólo ha mantenido la referencia al cumplimiento de las órdenes, sino que incluso, apartándose de sus precedentes, no se ha limitado a concederle un mero efecto atenuante de la pena, como hiciera el

63. MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida*, ob. cit., pág. 161. Véase una exposición de las distintas construcciones doctrinales ensayadas en tal sentido bajo la vigencia de aquella regulación en págs. 62 y ss.

64. Tal vez sólo resulte necesario señalar adicionalmente que el carácter no manifiesto de la orden debe entenderse, no de acuerdo con la legislación interna de cada Estado, que como demuestra la experiencia histórica puede fundamentar en regímenes dictatoriales sin mayores reparos los abusos más palmarios a los derechos humanos. Por el contrario, el punto de referencia habrán de ser las exigencias garantistas reconocidas a nivel internacional. En realidad, se trata de la vieja polémica que abriera la fórmula de RADBRUCH a mediados del pasado siglo, y a la que ya hubo ocasión de referirse más arriba.

Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg o el de los Tribunales de Tokio, para la Antigua Yugoslavia o Ruanda. Frente a ellos, le ha concedido nada menos que efectos eximentes de la misma. Así, como ya hubo ocasión de señalar, en su Parte III, "De los principios generales del derecho penal", dispone en el art. 33, titulado "*Órdenes superiores y disposiciones legales*":

"1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviese obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior de que se trate;
- b) No supiera que la orden era ilícita;
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".

¿Qué valor cabe atribuir entonces a una causa de justificación de este cariz?; ¿era realmente necesaria e incluso conveniente su inclusión?

Ante todo resulta evidente que el propio Estatuto de la Corte reconoce que con su mención no se trata más que de la referencia expresa a un caso de error. Así viene a avalarlo, en efecto, el hecho de que el artículo 32.2, tras considerar irrelevante el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de competencia de la Corte, añade: "Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto".

A partir de lo anterior, la pregunta que se suscita es doble. En primer lugar, a qué tipo de error es al que se refiere el precepto. En segundo lugar, si a partir de lo anterior, era realmente necesario o conveniente su mención expresa.

La primera cuestión es, como se anunciaba, la relativa a la acotación del tipo de error a que en el

Estatuto corresponde estructuralmente la relevancia penal de la alegación de la obediencia. A este respecto, entiendo que basta conjugar los requisitos de los que se hace depender en el Estatuto la concesión de la impunidad con las consideraciones que se han ido realizando en la páginas precedentes para concluir afirmando que el valor de dichas previsiones sólo puede ser declarativo, no constitutivo; esto es, su valor sería el de consagrar expresamente una causa de *exención* de la pena basada en que la ilegalidad de la orden no era manifiesta, de tal modo que pudiera decirse que no sólo el ejecutante no conocía ese carácter, sino que tampoco cualquier otra persona, conforme a los módulos de lo *razonable*, hubiera podido conocer esa ilegalidad.

En efecto, basta hacer un recorrido por los distintos requisitos que cumulativamente exige el precepto para llegar a esta conclusión. Así, dejando de momento a un lado la exigencia del deber de obedecer como presupuesto de su alegación, el legislador parte de que su cumplimiento haya dado paso a la comisión de un crimen que es competencia de la Corte; que desde un punto de vista subjetivo el inferior u obligado no tuviese conocimiento de que la orden era ilícita y que, ahora desde un punto de vista objetivo, la orden tampoco fuera manifiestamente ilícita⁶⁵. Estos requisitos permitirían entender que el error sobre la prohibición en que incurre el inferior puede calificarse como "razonable" y, con ello, equipararse a todos los efectos a la concurrencia efectiva de la causa de justificación.

Debe observarse por otra parte que frente a esa fórmula, el hecho de que en los Estatutos del Tribunal Militar de Nuremberg, y posteriormente en los de Tokio y para la antigua Yugoslavia y Ruanda, no se manejara la fórmula de la manifiesta injusticia, es lo que explica que el efecto que en ellos se concediera a la obediencia debida fuera, todo lo más, el de mitigar la responsabilidad. Porque al desvincularse la regulación de esta circunstancia del carácter manifiesto del error, desaparecería la posibilidad de considerarlo "razonable", con el

65. Véase por ejemplo PAOLA GAETA, "The Defence of Superior orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law", en *European Journal of International Law*, 1997, págs. 188 y ss., 190; GARRAWAY, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre 1999, *ob. cit.*, pág. 792 y s., quien no obstante se esfuerza por encontrar un supuesto que pudiera conducirse a sus previsiones: el art. 8, párrafo 2 (b), que en su apartado xix) considera que es una violación grave emplear "balas que abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o tenga incisiones". Para el autor, "Pocos soldados rasos son expertos en los efectos lesionadores de los distintos tipos de munición y pocos podrían probablemente identificar las balas a las que se aplicaría esta prohibición".

Aun sin esta argumentación expresa, también desde la dificultad de descubrir crímenes internacionales cuya ilegalidad no sea manifiesta, se explican las críticas que se han dirigido a este artículo y que apuntan al desmesurado e injusto ámbito de impunidad que puede producir su estricta aplicación. Véase por ejemplo DUFOUR, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, diciembre 2000, *ob. cit.*, págs. 969 y ss.; quien destaca lo que hasta ahora había sido la práctica internacional de asociar la exención de pena por obediencia con la concurrencia de una situación de coacción, denunciando incluso que la redacción del art. 33 hubiera podido justificar numerosas actuaciones cometidas bajo el régimen nazi.

consiguiente efecto de exclusión de la antijuricidad. Por ello puede explicarse que en las reglas de esos Tribunales el actuar secundando mandatos superiores se contemplase simplemente como una causa de atenuación de la pena por la menor culpabilidad, a reconducir unas veces a un error de prohibición vencible; otras, cuando ni siquiera se diera ese error, a una situación de exigibilidad disminuida por miedo o por actuar bajo coacción.

Con la exigencia de estos requisitos se garantiza expresamente la imposibilidad de que el tratamiento penal más favorable pudiera comprender supuestos que se corresponden al grupo de casos referidos más arriba, caracterizados por una confrontación palmaria y absoluta entre el contenido de lo ordenado y el respeto de los derechos humanos consagrados en normas supraestatales. Es lo que sucede con los crímenes propios de los regímenes autoritarios, como sería el caso de la desaparición forzada de personas. Porque en ellos se trataría de crímenes manifiestos, frontalmente incompatibles con la posibilidad de aceptar que el error del actuante pudiera adjetivarse como "razonable".

Ahora bien, más allá de una delimitación negativa de los supuestos que expulsaría esa regulación, se hace necesario encontrar el espacio propio de juego de dicha cláusula e identificar los casos en los que todavía a nivel internacional pudiera descubrirse una situación de error que se preste a calificarse como racionalmente admisible para el sujeto que la sufre. Y sin embargo, lo cierto es que esa tarea resulta endiabladamente complicada. Porque realmente es difícil imaginar hipótesis cuyo enjuiciamiento sea competencia de la Corte y que, sin embargo, no revistan el carácter de crímenes manifiestos, con la consiguiente imposibilidad de considerar el error del ejecutor sobre tal condición como racionalmente admisible.

En efecto, esta imposibilidad, que reconoce el propio art. 33 para las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad, es trasladable a la mayoría de los casos imaginables llamados a juzgarse por el Tribunal. Basta hacer un recorrido por el catálogo de delitos contemplados en el art. 8 sobre los que la Corte tiene competencia para conocer para llegar a esa conclusión. Entre ellos se encuentran crímenes como matar intencionalmente (art. 8, a i); someter a torturas o a otros tratos inhumanos (art. 8, a ii); infringir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar grave-

mente contra la integridad física o la salud (art. 8, a iii); tomar rehenes (art. 8, a viii); dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades (art. 8 b), i); lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil (art. 8 b), iv), etc. ¿Cómo sería posible descubrir entre estos supuestos casos en los que sin embargo pudieran apreciarse los requisitos del artículo 33?

Como es fácil advertir, además, las dificultades no sólo se plantean por el hecho de que, objetivamente, se trata de comportamientos que difícilmente pueden abrigar un supuesto de error razonable bajo el argumento del carácter no manifiesto de la orden. Aquellas dificultades surgen igualmente por el dato de que, como se puede comprobar de la simple descripción de las conductas, el castigo de muchas de ellas requiere de un elemento subjetivo que asegure la actuación dolosa o intencional del agente ("*deliberadamente*", "*intencionalmente*")⁶⁶.

Por ello, en tales supuestos, si acaso, el único argumento que restaría para negar el carácter manifiesto de la orden sería acudir a una suerte de presunción absoluta de legitimidad de la misma por el hecho de provenir de un poder gubernamental⁶⁷. Resulta evidente, sin embargo, que esa justificación difícilmente podría admitirse desde la premisa de la responsabilidad personal de los individuos y el reconocimiento de que su actuación bajo las coordenadas de un régimen autoritario no puede identificarse con la anulación radical de sus facultades cognitivas. En realidad, cuando el inferior alegue dicha presunción lo que ocurrirá es algo totalmente distinto; a saber, que ha asumido como propia la escala de valores de la maquinaria estatal autoritaria en la que actúa. Y esa asunción de valores difícilmente merece una exención de pena. Al contrario, es justo lo que la fundamenta.

A partir de todo lo anterior resulta fácil responder a la segunda pregunta formulada más arriba; esto es, la relativa a la conveniencia y utilidad de la regulación de la obediencia debida. Porque a la luz de todas las reflexiones anteriores la respuesta no deja lugar a equívocos: la mención, al menos tal como está en el Estatuto, es realmente insatisfactoria.

Bien es verdad que, a diferencia de cuanto se sostuvo respecto a la inclusión de esa cláusula en el Derecho penal interno, donde su mención,

66. De hecho, como ya se señalaba marginalmente, es esa la argumentación que estuvo presente en caso el conocido como el "Castillo de Dover", en el que la Corte aceptó la defensa de que el hundimiento de los barcos hospitalares por parte del Gobierno alemán se basaba en una orden que, por provenir del mismo gobierno, los obedientes habían reputado como legítima.

por redundante, hacía que se valorase como innecesaria e, incluso, como peligrosa, a nivel internacional la referencia expresa a la obediencia debida bien pudiera hacerse acreedora a primera vista de una valoración positiva. Así habría que entenderlo si se piensa que de esa forma podría asegurarse su aplicación uniforme. Dicha mención expresa, en efecto, pudiera parecer acertada en aras de garantizar la igualdad de soluciones con independencia de las distintas regulaciones que ofreciera el ordenamiento de cada uno de los países sobre los que la Corte tiene competencia.

Lo cierto es, sin embargo, que ese juicio que, *a priori*, pudiera merecer su mención expresa, se desvanece tan pronto como se tiene en cuenta el contrasentido ya denunciado que su concreta regulación comporta. Habría sido por ello más coherente que los redactores del Estatuto se hubieran limitado a asegurar una correcta reconducción en cada caso de la estructura problemática de la obediencia a los expedientes generales que ofrece la Parte General. En este sentido, al menos, resultaba más aceptable la línea marcada por los Estatutos de los Tribunales Internacionales que le han precedido, que se referían bajo la rúbrica de la obediencia tan sólo a los supuestos que con más frecuencia están llamados a producirse en la práctica internacional; esto es, aquellos en los que el inferior actúe en una situación de error vencible o su actuación estuviera motivada por el temor a la desobediencia, supuestos en los que únicamente procedería una atenuación de la pena por un juicio disminuido de culpabilidad. Pero no ha sido así. Y ante esa realidad sólo queda confiar en la sensatez y en el buen sentido jurídico de quienes están llamados a aplicar sus previsiones, único bastión para salvar las incoherencias insitas a la propia configuración estatutaria de la eximente.

VII. Conclusión y perspectivas

La preocupación primera que siempre inspiró la elaboración del Derecho penal fue la de salvaguardar la excepcionalidad misma de esta forma de reacción punitiva. Las notas de violencia y gravedad que le son propias justificaron de forma lógica e indubitada la inclusión de este principio entre aquellos que integran el catálogo garantista de la intervención penal. Sin embargo, justamente porque el sentido de esa limitación es minimizar la intervención penal, esa cuidadosa labor de selección de conductas no siempre se ha mantenido con el mismo escrúpulo a la hora de acotar las circunstancias que pudieran excepcionar lo que a su vez era una intervención extraordinaria. Es lo que

ha ocurrido con la clásica inclusión de la obediencia debida en la tradición de nuestro Código penal hasta 1995. No significa esto que la incorporación de la eximente hubiera de explicarse incondicionalmente desde motivos, en sí, insostenibles e incluso perversos. Al contrario. La presencia de una estructura jerarquizada, la necesidad de no cuestionar los principios básicos de subordinación y confianza, máxime cuando se trata de la disciplina militar, así como la pretensión de volver la vista a los verdaderos centros de responsabilidad dejando al margen a los meros ejecutores de esos núcleos decisorios fueron sin lugar a dudas algunas de las razones jurídicas para incorporar esa específica circunstancia eximente al articulado del Código penal.

La experiencia histórica enseña, sin embargo, que el significado mismo de la eximente conlleva en sí el riesgo de sufrir una terrible perversión: la de enmascarar las razones políticas que buscan por esta vía la garantía de una salida airosa para quienes en los casos más graves posibilitaron con su actuación la existencia de regímenes capaces de arrasar sin mayores escrúpulos los derechos humanos fundamentales. Es más, ese riesgo tampoco desaparece por completo en los sistemas que precinden de incorporar la eximente y ventilan su problemática por los cauces generales de exención o atenuación de la responsabilidad. También en ellos, en efecto, la aceptación de la relevancia penal de la alegación de haber obrado en obediencia requiere una cuidada delimitación de los casos en que aquélla sea aceptable.

Es desde esa óptica desde la que se explican los esfuerzos ensayados en la doctrina alemana por ROXIN a partir de las coordinadas del sistema funcional de que parte. Y es igualmente la necesidad de garantizar la depuración de los casos en que proceda su apreciación lo que justifica el traslado a esta figura del criterio de lo *razonable*, que ya manejara con carácter general MUÑOZ CONDE como parámetro interpretativo de las causas de justificación, y que es igualmente apto para llegar en sus resultados al mismo clima de racionalidad que pretende la elaboración del maestro alemán.

En cualquier caso, dada la especial facilidad de la alegación de la obediencia debida para dar cobertura a formas intolerables de impunidad resulta criticable que el Estatuto de la Corte Penal Internacional haya optado por contemplarla de forma autónoma como eximente, desbordando, incluso, el papel que le habían reconocido los Tribunales penales internacionales que le han precedido. Ese reconocimiento sólo puede dar paso a dos situaciones igualmente inadmisibles: o el augurio de la inaplicación de un precepto cuya ale-

Revista Penal

... ¿Aun un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática...

gación contradiría incluso los requisitos de los que se hace depender su viabilidad en el Estatuto; o, si se le reconoce un potencial de aplicación

práctica, abrir de nuevo la puerta a la incertidumbre en torno al uso que se haga de la misma. Ninguna de las dos opciones es alentadora.