

Consideraciones críticas en torno al Principio de Obediencia Debida

Fernando H. Llano Alonso, Doctor en Filosofía del Derecho, Moral y Política

Daniel I. García San José, Doctor en Derecho. Departamento de Derecho Internacional Público

*Antonia Monge Fernández, Doctora en Derecho. Departamento de Derecho Penal y Procesal
Universidad de Sevilla*

I. Introducción

Es probable que, al escribir su *Vorschule der Rechtsphilosophie*(1), Gustav Radbruch fuera consciente de la magnitud que alcanzarían posteriormente sus reflexiones iusfilosóficas en torno al tradicional dilema entre el Derecho natural y el Derecho positivo, y, de modo particular, entre la noción de justicia y la de seguridad jurídica como elementos de la vida del Derecho que, según indica PÉREZ LUÑO, se exigen y contradicen mutua e irremediabilmente(2).

Al hilo de esta cuestión, parece obvio afirmar que tras la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 se ha conjurado la posibilidad hipotética de apelar al principio de obediencia debida para justificar actos que, si bien se adaptan rigurosamente al tenor literal de la ley, pueden repugnar a la conciencia, al sentido de justicia y a la razón humana; por ello, hoy día, en el contexto de la Comunidad Europea se asume la normativa y los tratados internacionales como una parte prioritaria del Derecho interno, basta recordar aquí los ejemplos suministrados por diversas Constituciones de nuestro ámbito: (el art. 25 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; el art. 8.1 de la Constitución de la desaparecida DDR; el art. 55 de la Constitución francesa de 1958, o más recientemente, los arts. 94 y 96 de la Constitución española de 1978)(3).

Sin embargo, en la realidad cotidiana, y a pesar del innegable esfuerzo que nuestros legisladores han llevado a cabo para paliar una de las más profundas lagunas de los modernos ordenamientos jurídicos, el principio de obediencia debida, al ser conjugado con el concepto de amnistía, sigue presentando múltiples conflictos y contradicciones a los juristas, tanto a escala teórica (desde una óptica iusfilosófica) como a nivel práctico (en concreto desde un horizonte internacionalista y penalista). Precisamente ésta será la triple perspectiva desde la que analizaremos y someteremos a valoración crítica algunas de las más relevantes incógnitas que aún en la actualidad permanecen sin desvelarse(4).

SUMARIO

I. Introducción

II. La obediencia debida como causa de justificación en el Derecho penal: los casos alemán y español.

A) Derecho penal alemán.

B) Derecho penal español.

III. La eximente de obediencia debida en la práctica internacional más reciente

IV. Conclusiones

II. La obediencia debida como causa de justificación en el Derecho penal: los casos alemán y español

La Segunda Guerra Mundial marcó un hito decisivo no sólo en el orden político europeo, sino también en los planos científicos y culturales, con reflejos en la dogmática jurídico-penal, introduciendo nuevos y revolucionarios principios acordes con la reciente configuración del planeta.

Grosso modo, el 25 de noviembre de 1945, en la ciudad alemana de Nuremberg, se reunió el Supremo

Tribunal de las Fuerzas Aliadas para juzgar a los detenidos por presuntos crímenes de guerra y contra la humanidad(5), acaecidos en la etapa álgida del nacionalsocialismo. De este modo, los procesados, sometidos al Tercer Reich, alegaron en su defensa haber actuado en "obediencia debida", de conformidad con las órdenes jurídicas vigentes.

Por consiguiente, al margen de cualquier valoración política o ideológica, nos interesa analizar hasta qué punto extiende sus límites la "obediencia debida", eximiendo a los que actuaron bajo su imperio y, por ende, exonerando de responsabilidad criminal a quienes realizaron sus conductas de acuerdo con el Derecho penal vigente en aquel momento.

La obediencia debida puede definirse como una eximente conforme a la cual, se declara exento de responsabilidad criminal a quien actúe acatando las órdenes emanadas de un superior(6). Es decir, el "subordinado que ejecuta un mandato vinculante actúa, puesto que está obligado a obedecer, con arreglo a Derecho, aunque el contenido de aquél contradiga el ordenamiento jurídico (por ejemplo, constituya una infracción administrativa o una acción ilícita)"(7). No obstante la aparente simplicidad de esta definición, la naturaleza jurídica(8) de esta figura se presenta como una cuestión en absoluto baladí, de cuyo estudio se han ocupado tanto doctrina como jurisprudencia penales desde todos los tiempos. Sin embargo, sin adentrarnos en esta polémica, aceptamos a priori la tesis que

1. Radbruch, G. "Vorschule der Rechtsphilosophie", en *Rechtsphilosophie*. Gesamtausgabe. Band 3, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 108 ss.

2. Pérez Luño, A.E., *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 71; en este punto, vid. COTTA, S., "Rights und Rule of law", *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, II, 1995, p. 95.

3. ALARCÓN CABRERA, C., *Dimensiones de la paz como valor en el constitucionalismo comparado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988, pp. 95 ss.

4. En este sentido coincidimos con el Prof. Klaus Adomeit en señalar que hasta que no sean alcanzadas unas mínimas cotas de justicia, es precisa una crítica político-jurídica, vid. *Rechtstheorie für Studenten*, R.v. Decker, Heidelberg, 1979, p. 178; nos remitimos también a la Conferencia pro-

nunciada en la Facultad de Derecho de Sevilla (5-XII-95) en torno a la "Situación actual de la Filosofía del Derecho alemán".

5. A este respecto se estableció la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, de modo que estos delitos podían ser perseguidos de forma indefinida.

6. Respecto a la obediencia debida, vid. AMMON, R. "Der bindende rechtswidrige Befehl", *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 217, Duncker & Humblot, Berlin, 1926; WEBER, H.v. "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl", *Monatsschrift für deutsches Recht*(MDR)(citado por año y página) 1948, pp. 34 ss.; WÜRTENBERGER, T. "Der Irrtum über die Völkerrechtmässigkeit des höheren Befehls im Strafrecht", *Monatsschrift für deutsches Recht* (MDR), Verlagsgesellschaft, Hamburg, 1948, pp. 271 ss.; JESCHECK, H-

considera la obediencia debida como una causa de justificación, con todas las consecuencias que ello entraña. A mayor abundamiento, el ámbito en el que normalmente se desarrolla esta eximente es el funcional y castrense, donde su peculiar estructura, en base a relaciones de subordinación y jerarquía, implican un cierto deber de obediencia. No obstante, el inferior jerárquico no está obligado a cumplir cualquier orden, sino sólo aquella que revista unas determinadas formalidades y requisitos, que serán analizados a continuación(9).

En primer lugar, es preciso que medie una relación jerárquica entre el superior y quien acata el mandato. De otro modo, resulta ineficaz tratar de aplicar una eximente cuando el sujeto no estaría obligado por ningún vínculo o deber de sujeción.

A continuación, en segundo término, se exige que quien ordena el mandato sea competente para dictar la disposición, facultad de carácter abstracto, aunque circunscrita a las funciones propias del cargo(10). Asimismo, el subordinado debe estar habilitado para cumplir lo ordenado. Por último, ha de tratarse de una orden expresa, revestida de las formalidades legales y, no obstante, antijurídica(11).

La cuestión se torna aún más compleja en los casos en que el sujeto no conoce la antijuridicidad del mandato, pero podía haberlo conocido. Concretamente, el caso más frecuente es el error sobre los límites de la causa de justificación; es decir, el sujeto creía erróneamente que su acción era legítima. No obstante, faltaría el elemento objetivo de la causa de justificación, con lo que la acción resulta ser antijurídica(12).

Sin embargo, desde el sentido común parecería injusto equiparar este caso con aquél donde el sujeto actúa, sabiendo que el acto que realiza es ilícito y contrario a Derecho. De este modo, para solventar esta discriminación punitiva, la doctrina elaboró la figura del error de prohibición, al dispensar un tratamiento más moderado, incidiendo en la culpabilidad, ya con la exclusión total de la misma(13), ya con su atenuación(14).

La obediencia debida aparece regulada legalmente en distintos cuerpos normativos, cuyo análisis obviamos por razones materiales de espacio y tiempo(15). No obstante, nos referiremos a los Códigos penales alemán y español, por representar modelos relevantes en la tipificación de esta figura legal.

A) Derecho Penal Alemán

En la doctrina alemana una de las cuestiones que ha originado una prolija literatura, desde siempre, ha sido la distinción entre causas de justificación ("Rechtfertigungsgründe") y causas de inculpabilidad ("Entschuldigungsgründe")(16), con las consecuencias que ello conlleva. Incluso, otros autores recurren a un tertium genus, hablando de "causas de exclusión del injusto penal" ("Strafunrechtsausschlussgründe")(17).

H. Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, passim; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., "La obediencia debida en el Derecho Penal Militar", en Revista Española de Derecho Militar REDM núm.3, Madrid, 1957, pp. 29 ss.; QUINTERO OLIVARES, G. "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", en Cuadernos de Política Criminal(CPC) 12, Madrid, 1980, pp. 59 ss.; JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducción y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 676 ss.; VIVES ANTÓN, T.S. "Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida", en Estudios Penales y Criminológicos V, Santiago de Compostela, 1981, pp. 133 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. La obediencia debida, Barcelona, 1987, passim; CEREZO MIR, J. "La eximente de obrar en cumplimiento del deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Madrid, 1987, pp. 273 ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal, Parte General, 1ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 305 ss.; 3ª ed., Valencia, 1998, pp.375 ss.

No obstante, esta discusión se torna estéril, a partir del pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo Federal, al considerar, con anterioridad a la reforma de la Parte General del StGB, que la creencia errónea sobre una situación de "estado de necesidad exculpante excluye el dolo", equiparando causas de justificación y causas de inculpabilidad(18).

Por lo que respecta a la obediencia debida y, más concretamente, al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, el Código penal alemán no regula esta circunstancia en su articulado. En líneas generales, su elaboración es fruto de la doctrina y jurisprudencia dominantes, quienes consideran que el principal efecto de esta figura consiste en la exclusión del dolo o, al menos, la punición que correspondería a un comportamiento doloso(19).

A mayor abundamiento, el error de prohibición invencible, al contrario de lo que sucede con la figura antes descrita, sí aparece regulado en el Código penal alemán, concretamente en su parágrafo 17(20). De manera que, en atención a los parámetros expuestos, de acuerdo con los preceptos indicados, el actuar en obediencia debida se consideraría una causa de exclusión de la culpabilidad, a tenor de la cual, a pesar de la incorrección social de la acción ejecutada, el Derecho excluye la "posibilidad" o "necesidad" político-criminal de una sanción penal(21).

B) Derecho Penal Español

No obstante, la solución que se arbitra en el Ordenamiento penal español es diferente, por contar con preceptos legales que permiten otros argumentos, no viables en el Ordenamiento germano.

El legislador español contenía en el art. 8 del Código Penal un elenco de circunstancias que eximían de la responsabilidad criminal a quienes actuaren bajo cualquiera de ellas. Concretamente, en su apartado 12 disponía "el que obra en virtud de obediencia debida"(22). De este modo, aquellos sujetos que actuaren bajo esta específica circunstancia, podían alegarla ante los Tribunales, a fin de quedar totalmente eximidos de responsabilidad penal, o bien sufrir una atenuación en la misma.

Atendiendo a la argumentación esgrimida por nosotros en el apartado precedente, si consideramos la obediencia debida como "causa de justificación", tal apreciación convierte, ipso facto, un acto típico y antijurídico en lícito.

En conexión a lo anterior, si se apreciase algún tipo de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sería preciso acudir al Código penal, para conocer las consecuencias que del mismo se deriven. Concretamente, el error de prohibición se regula en el artículo 6 bis a) del Código Penal, último párrafo, al disponer:

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente

7. JESCHECK, H.-H. Tratado de Derecho Penal, Parte General, op. cit., p. 676.

8. En la doctrina española, algunos autores la han entendido como causa de ausencia de acción, así ALAMILLO CANILLAS, F. Para otros, constituye, incluso, una causa de imputabilidad. No obstante, la doctrina mayoritaria la han considerado como causa de justificación, por ejemplo, PACHECO, J.F., CUELLO CALÓN, E., DEL ROSAL, J., QUINTANO RIPOLLÉS, A., RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., GIMBERNAT ORDEIG, E., LUZÓN PEÑA, D.M., QUINTERO OLIVARES, G., BUSTOS RAMÍREZ, J., HUERTA TOCILDO, S., OCTAVIO DE TOLEDO, E., y MUÑOZ CONDE, F., (vid. VVAA, Código Penal Comentado, Akal, Madrid, 1990, p. 54).

9. En este sentido, la doctrina mayoritaria, siguiendo a MUÑOZ CONDE, aplica la llamada "teoría de la apariencia". En su virtud, se invoca el art.369 CP, en cuyo párrafo 2º se exime de pena por el delito de desobediencia de órdenes "dictadas dentro de los límites de la respectiva competencia y con las formalidades legales", cuando el mandato "constituya

excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66".

De este modo, si el sujeto cumplió una orden, en la creencia de que la misma era lícita, y habiendo observado la disposición con la máxima diligencia, aquél queda exonerado de responsabilidad criminal, al tratarse de un supuesto de error invencible. Ahora bien, si el autor actuó descuidadamente, pudiendo haber vislumbrado la antijuridicidad del mandato, la conducta será equiparada al comportamiento imprudente, de haber obrado con diligencia(23), sufriendo una atenuación en la penalidad(24).

Sin embargo, no podemos concluir sin mencionar la reciente promulgación de la Ley Orgánica de 8 de noviembre de 1995, que instaura el Código penal de la Democracia, acorde con los nuevos valores sociales y reflejo de los principios constitucionales. Este moderno cuerpo normativo excluye de su articulado la eximente de obediencia debida, marcando una ruptura con los Códigos precedentes. Esta omisión quizás obedezca a la intención del legislador de eliminar toda figura que evoque épocas lejanas, nacidas en una sociedad de corte militar, hoy obsoleta, donde predominaban las relaciones jerárquicas y de carácter castrense.

III. La eximente de obediencia debida en la práctica internacional más reciente

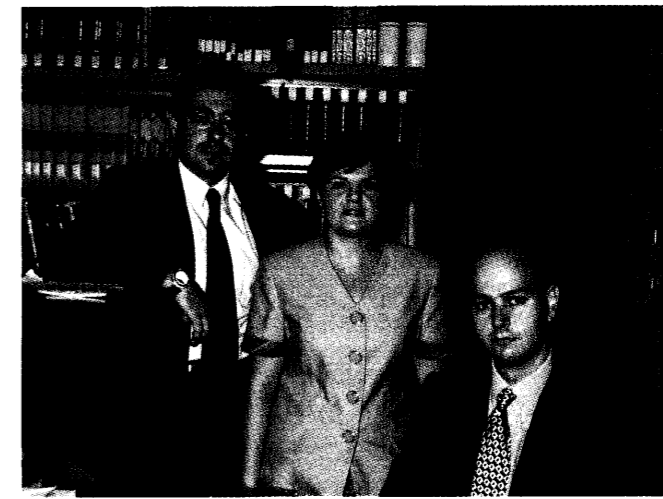
El Acuerdo de Londres, concluido por las Potencias vencedoras de la IIª Guerra Mundial (los Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido de Gran Bretaña y la URSS), el 8 de agosto de 1945, fue posible gracias al firme convencimiento de que los autores de determinados crímenes (crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la Humanidad) no podían quedar impunes.

Ha sido criticado el hecho de que los tribunales de Nuremberg y de Tokyo sirvieran para enjuiciar sólo a los responsables de estos crímenes que hubieran combatido en el bando perdedor de la contienda. A pesar de ello, su creación debe valorarse positivamente pues supuso, como ha señalado CARRILLO

infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley" o "infracción manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general". De aquí se deduce que si el mandato no infringe clara, manifiesta y terminantemente una ley, debe ser obedecido, "obediencia debida", pues de lo contrario se incurrirá en el delito de desobediencia, previsto en el párrafo 1º del art.369 CP (Derecho Penal..., op. cit., 1ª ed., pp. 306-307; 3ª ed., pp.381 ss.)

10. Por ejemplo, la orden de un superior militar que, atendiendo a razones personales, impone la detención de un civil y su entrega a la Policía no se incluye entre los fines del servicio, sin ser vinculante. Por consiguiente, el soldado que se percate de ello no resultará exculpado [vid. Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial); Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (citado por tomo y página; (RG 71, 284)].

11. Es, quizás, este último presupuesto el más problemático de todos, pues se reconoce un cierto margen al subordinado para determinar cuando una orden es aparentemente legal o no. Es decir, si existen indicios racionales de que la orden emanada del superior o, incluso, es manifiestamente ilegal, el inferior jerárquico no está obligado a acatarla, de modo que el subordinado es responsable personalmente. Por ejemplo, un sol-



SALCEDO, un principio innovador en Derecho Internacional: la responsabilidad internacional penal del individuo, distinta de la responsabilidad internacional del Estado por la conducta de sus órganos(25).

Defender la existencia de deberes y obligaciones internacionales de los individuos, los cuales están por encima de cualquier deber de obediencia al Estado del que sean nacionales supone, en palabras del profesor TRUYOL que aquéllos "no pueden, en consecuencia, prevalecerse, para justificarse, de un mandato recibido del Estado,

cuando (dicho Estado) haya sobrepasado las competencias y poderes que el Derecho Internacional le reconoce."(26)

La eximente de obediencia debida no ha de servir a la impunidad de los autores de determinados crímenes internacionales. Esta parece ser la idea que, sin embargo, está sometida a fuertes presiones que impiden su cristalización como un principio general del Derecho Internacional. Es significativo recordar, en este sentido, que tras los juicios de Nuremberg y Tokyo, sólo se han creado dos Tribunales Penales Internacionales ad hoc para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia(27) y en Ruanda(28), respectivamente, y que no ha sido hasta el pasado 17 de julio de 1998 que 120 países -de los 160 participantes en la Conferencia de Roma- aprobaron tras duras negociaciones el Estatuto de la Corte Penal Internacional -de carácter permanente- que cuando entre en vigor permitirá jugar a los responsables de crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de agresión(29).

La redacción del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda -referidos a la responsabilidad penal individual de los autores de los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda-, es un ejemplo más de la presión que acabamos de mencionar. Estructurados en cuatro apartados, el primero, que se refiere en términos muy amplios a los autores de tales crímenes, "persona", vendría a ser el género frente a las especies recogidas en los restantes párrafos.

De este modo, en el segundo se contempla el supuesto de que el autor de tales crímenes ocupara un cargo de oficial del

dado que en marzo de 1945 cumpliendo órdenes, pero conociendo su carácter delictivo, había participado en el fusilamiento de trabajadores extranjeros. En este supuesto, el BGH (Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal); Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Strafsachen (citado por tomo y página) castigó al soldado como culpable de asesinato (15, 214 y 217); ejemplo expuesto por JESCHECK, H.-H., Tratado de Derecho Penal..., op. cit., p. 679.

12. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal, Parte General, op. cit., 1ª ed., p. 287; 3ª ed., pp.381-382.

13. Supuesto de error invencible. El sujeto no hubiera podido superarlo, aún empleando una gran diligencia (MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal..., op. cit., pp. 253 ss.; 3ª ed., pp.307-308)

14. Supuesto de error vencible, esto es, el sujeto podría haber conocido el verdadero carácter de la orden, de haber observado en su comportamiento un mínimo de diligencia.

15. Sobre el Derecho comparado en esta materia, cfr. JANSSEN, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Soldaten für auf Befehl begangene Straftaten in rechtsvergleichender Betrachtung, Bonn, 1939, pp. 14 ss.; JESCHECK, H.-H. Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach

Gobierno (reiterando, así, el principio aplicado en Nuremberg y Tokyo de la distinción entre la responsabilidad internacional penal del individuo y la del Estado por la conducta de sus órganos), y en el párrafo siguiente se recoge la responsabilidad indirecta por actos cometidos por los subordinados(30).

El cuarto y último párrafo contempla la eximente de obediencia debida, en nuestra opinión, en unos términos no exentos de ambigüedad. Si de un lado se reiteran los principios derivados del Acuerdo de Londres, señalándose que: "El hecho de que el inculcado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un Gobierno o un superior no le eximirá de responsabilidad penal", de otro lado y en aparente contradicción, se añade: "Pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad".

El alcance del término "atenuante" significa, en principio, reducir la gravedad de la pena que en otras circunstancias le correspondería, pero, ¿llegaría hasta la absoluta impunidad? la expresa mención de la "Equidad", por otro lado, no deja de ser, cuando menos, inquietante. Recogido con un carácter residual en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, carece de la seguridad jurídica de las otras fuentes del Derecho, siendo significativo el hecho de que, hasta la fecha, ninguna controversia haya sido sometida a la Corte Internacional de Justicia para ser resuelta ex aequo et bono(31).

Llevada a sus últimos extremos, la aplicación de la equidad podría conducir a la libre absolución del acusado, dejando vacío de contenido la primera parte del párrafo cuarto, y resultando así una flagrante contradicción con el principio inspirador de todo el Estatuto, que no es otro que el de que los autores de determinados crímenes internacionales no quedasen impunes.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha venido a corregir en parte esta anomalía al haber hecho desaparecer de su artículo 33 los términos "en equidad". Sin embargo, la redacción de este artículo deja sentir una cierta fórmula de compromiso, manifestación de las fuertes presiones antes indicadas. Así, la regla retenida en esta disposición parece ser el principio general de la inexistencia de la eximente de obediencia debida (artículo 33.1)(32); tres excepciones a dicho principio (epígrafes a), b) y c) del párrafo primero del artículo 33)(33) y, a su vez, una limitación a la tercera de las excepciones permitidas al principio general (artículo 33.2)(34). Parece, en definitiva, que si bien el Estatuto de Roma no prohíbe la eximente de obediencia debida, al menos sí la restringe considerablemente.

El riesgo de la figura de la eximente debida está también pre-

sente en la posibilidad de que en su aplicación pesen móviles extrajurídicos y de oportunidad política, como ocurrió, por ejemplo, en Argentina, en el juicio celebrado contra los autores de los crímenes atroces (desapariciones, torturas, asesinatos políticos, etc.), cometidos durante el período de guerra sucia coincidiendo con la Junta Militar en el poder (1976-1982).

Durante los años comprendidos en ese período y con ese fin último de acabar con la subversión, se produjo una campaña estatal de represión sistemática cuyos detalles sólo se conocieron a finales de 1983, con la llegada de la Democracia en Argentina. En diciembre de 1985 en Buenos Aires (Argentina) se desarrolló un proceso contra los comandantes militares que dirigieron esta "guerra sucia" así como contra los oficiales y militares que participaron, a distintos niveles, en su ejecución.

El nuevo gobierno democrático decidió juzgar a los máximos responsables de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el período de gobierno militar. Sin embargo, este loable espíritu se vio frenado por las circunstancias de hecho de unas fuerzas armadas unidas alrededor de la oficialidad que presumiblemente sería inculpada durante ese o posteriores procesos de idénticas características. De este modo, el Gobierno se vio obligado a dictar la ley n° 23.049, de 9 de febrero de 1984, cuyo artículo 11 hacía referencia a la "obediencia debida".(35)

La situación de rebelión militar en los cuarteles (los famosos "caras pintadas") y el peligro para la seguridad y estabilidad del recién constituido gobierno democrático en Argentina, llevó al presidente Alfonsín a presentar al Congreso para su aprobación el 13 de mayo de 1987 una nueva ley relativa a la eximente de obediencia debida, en virtud de la cual, se consideró que todos los oficiales con rango por debajo del de coronel habían estado subordinados a una autoridad superior y no les había sido posible cuestionar la legitimidad de las órdenes que recibieron. La nueva ley anulaba también los efectos del artículo 11 de la Ley 23.049 que había establecido el principio de que ningún miembro de las Fuerzas Armadas podría ampararse contra el enjuiciamiento por haber cometido hechos aberrantes o atroces, alegando que actuó en cumplimiento de órdenes recibidas.(36)

IV. Conclusiones

Al término de estas reflexiones, coincidimos con Guido Fassò(37) al advertir la conveniencia de someter al control de la razón la elaboración de aquellas normas destinadas a regu-

so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach parag. 49 Abs. 1 gemildert werden").

21. Opinión mayoritaria en la doctrina penal alemana, representada por ROXIN, C. "Causas de justificación...", op. cit., p. 175.

22. Por otro lado, conviene poner de relieve que el Código Penal Militar regula de forma distinta la eximente de obediencia debida, atribuyendo al Juez la facultad de determinar en cada caso, la concurrencia de esta circunstancia eximente. Concretamente, el art. 185.12° del citado cuerpo legal, establece que los Tribunales apreciarán o no la eximente según las circunstancias del caso, teniendo presente si se prestó obediencia con malicia o sin ella.

23. Por ejemplo, los funcionarios de la Gestapo que intervinieron en el secuestro de judíos [BGH 2, 234 (240 ss.)], cit. por JESCHECK, H-H. Tratado de Derecho penal..., op. cit., p. 679.]error de prohibición vencible, ya que el funcionario hubiera podido advertir la ilicitud de la orden de haber puesto la atención necesaria.

24. Sobre el error de prohibición, vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal..., op. cit., pp. 253 ss.; 3ª ed., pp. 307, 352 y 429; en relación con los presupuestos objetivos de una causa de justificación, vid. op. cit., pp. 348 ss.

lar las relaciones intersubjetivas de los miembros que integran una comunidad socio-política, porque, de lo contrario, creeríamos que no estaría injustificada la desobediencia civil si consideramos que en estos casos, esta actitud representaría un genuino e inexcusable deber moral(38).

A este respecto, la violación indiscriminada de los derechos humanos supone, paralelamente, una transgresión de conceptos tan consustanciales al individuo como la libertad, la dignidad, la igualdad y la solidaridad. Así pues, carece de sentido cualquier apelación al principio de obediencia debida y, por ende, al seguimiento exhaustivo y riguroso del Derecho positivo, si ésta se efectúa al margen de unas elementales pautas axiológicas que permitan aspirar a un minimum de justicia.

Hoy día resulta indiscutible el amplio y unánime reconocimiento de los derechos esenciales al ser humano en los diferentes sistemas normativos, tanto a nivel interno como a escala internacional. Son muchos los instrumentos teóricos que amparan a los ciudadanos, sin embargo, es preciso llevarlos a una práctica efectiva pues sólo así podrán satisfacer en su plenitud las pretensiones y las esperanzas de los hombres, sin límites ni condicionamientos.

En efecto, como hemos comprobado en nuestro análisis jurídico-penal, con independencia de todo tipo de valoraciones ético-morales, la aparente sencillez conceptual del principio de legalidad penal no siempre coincide con la praxis forense, ya que las soluciones en el mundo del Derecho no son categóricas, puesto que se trata de una ciencia inexacta que permite adoptar, en orden a la casuística, distintas soluciones (siempre que sean argumentadas con medios legales) fundadas en el Ordenamiento jurídico-penal. De ahí que, aunque el resultado no sea tan halagüeño como hubiera sido de esperar, el quid de la cuestión no reside en la aplicación o inaplicación de la eximente de obediencia debida, sino en los límites de la misma, porque parece innegable que el terreno siempre farragoso de los elementos subjetivos obscurece, aún más, el estudio de esta causa de justificación, configurando una probatio diabolica o

prueba de muy difícil constatación que requiere la labor clarificadora del jurista.

Asimismo, y desde una perspectiva jurídica internacional, podríamos extraer tres conclusiones: en primer lugar, constatamos la presencia reiterada de la idea de que los autores de determinados crímenes no pueden quedar sin castigo. Como corolario de esa idea se enunció en 1945 el principio innovador en el Derecho Internacional de la responsabilidad internacional penal del individuo.

En segundo lugar, se ha analizado cómo distintos elementos jurídicos y extraños al Derecho actúan creando una tensión sobre dicha idea-eje. La eximente de la obediencia debida se encuentra afectada por esta tensión de tal modo que los términos en que aparece recogida en el párrafo cuarto de los artículos 7 y 6 de los Estatutos de los Tribunales Penales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, así como la redacción del artículo 33 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, responden a una idea de equilibrio, un punto de tangencia de dos fuerzas antagónicas que son manifestación de la coexistencia en el Derecho internacional contemporáneo de dos de sus principios estructurales: de un lado, la soberanía de los Estados, de otro, el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos. Como ha escrito el profesor CARRILLO SALCEDO, ambos principios coexisten y se condicionan recíprocamente, ya que la aceptación a nivel internacional de los derechos humanos no ha desplazado ni eliminado la soberanía de los Estados, aunque sí la ha relativizado(39).

La tercera y última conclusión que podemos destacar es que la solución de compromiso alcanzada -como se aprecia en la práctica internacional más reciente-, aun no exenta de riesgos, es, quizá, una de las menos malas, por cuanto, en última instancia se ha confiado a órganos jurisdiccionales, integrados por funcionarios imparciales, la difícil labor de que al aplicar el Derecho no se traicione a la Justicia.

25. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 42.

26. TRUYOL Y SERRA, Antonio: Théorie du Droit International Public. Curso General en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, RCADI, 1981 -IV, t. 173, pág. 416.

27. Instituido por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993. La Resolución así como su anexo en el que se contiene el Estatuto de dicho Tribunal Internacional han sido publicados en el B.O.E. núm. 281, de 24 de noviembre de 1993.

28. Instituido por la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre de 1995. La Resolución así como su anexo en el que se contiene el Estatuto de dicho Tribunal Internacional han sido publicados en el B.O.E. núm. 123, de 24 de mayo de 1995.

29. Artículo 5.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A fecha de 23 de abril de 1999 eran 82 los Estados que habían firmado el Estatuto y de ellos, dos ya lo habían ratificado. Para su entrada en vigor es preciso que al menos 60 Estados hayan ratificado el Estatuto o hayan expresado de algún otro modo su deseo de quedar vinculados por él (Art. 126) El texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional puede obtenerse en la website: www.un.org/law/icc/statute

30. Véase sobre este punto la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 2 de septiembre de 1998 en el caso Akeyasu (disponible en internet: www.icty.org) en la que el Tribunal ha señalado que aunque esta responsabilidad existe, sólo debería ser reconocida en un sentido muy restrictivo según consideraciones de política judicial y conforme a criterios de oportunidad y de justicia (pará. 256 del punto 6° "The Law" de la Sentencia. Igualmente interesante es la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 16 de noviembre de 1998 en el caso Celebici (disponible en internet: www.un.org/icty) en la que se señala respecto de la responsabilidad de autoridades civiles por crímenes

cometidos por subordinados que aquellos sólo serán responsables si ejercían algún tipo de control sobre éstos del tipo de la relaciones jerárquicas en el ejército (parás 377 y 378 de la Sentencia).

31. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: Curso de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 88.

32. Art. 33.1: "Quien hubiera 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 el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita."

33. Art. 33.2: "A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas."

34. Artículo 11: "El art. 34, inciso 5, del Código Penal deberá ser interpretado conforme a la regla del art. 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado en el artículo anterior que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar.

35. A ese efecto podrá presumirse, salvo evidencia en contrario, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consintiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes."

36. Para mayor información puede verse: AMNISTÍA INTERNACIONAL: Argentina: Los militares ante la Justicia, 1987, Madrid.

37. FASSO, G., La legge della ragione, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 1966, pp. 247 y ss.

38. FERNÁNDEZ, E., Teoría de la justicia y derechos humanos, Debate, Madrid, 1984, p. 238.

39. CARRILLO SALCEDO, J. A.: Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo, op. cit., p. 21.

Völkerstrafrecht, 1952, pp. 255 ss.; STRATENWERTH, G. Verantwortung und Gehorsam, 1958, pp. 27 ss.; WEBER, H.v. "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl", MDR 1948, pp. 35 ss.; WÜRTEMBERGER, T. "Der Irrtum über die Völkerrechtsmässigkeit des höheren Befehls im Strafrecht", MDR 1948, pp. 271 ss.

16. En opinión del Prof. ROXIN, parece más correcto hablar de "causas de exclusión de la responsabilidad" como concepto superior, que engloba a otros (Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense, en noviembre de 1992, "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", publicada en CPC núm. 46, Madrid, 1992, p. 174).

17. GÜNTHER, H-L. Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, passim.

18. BGHSt 5, pp. 371 ss.; citado por ROXIN, C. "Causas de justificación...", op. cit., p. 179.

19. ROXIN, C. "Causas de justificación...", op. cit., p. 179.

20. El citado precepto dispone: "Incurrir en una falta el autor que, en la ejecución del hecho, con conocimiento del injusto, lo lleva a cabo, de tal manera que actúa sin culpa, si no pudo evitar ese error. De poder haberlo evitado, se podrá atenuar la pena, en virtud del parágrafo 49, apartado 1". ("Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun,