



Título del Trabajo:

LA OBEDIENCIA DEBIDA: UNA DEFENSA VACÍA

Autor:

Erika S. Bauger¹

Ponencia presentada en el

II Congreso en Relaciones Internacionales del IRI

La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

11 y 12 de noviembre de 2004

¹ Instituto de Relaciones Internacionales, universidad Nacional de La Plata (IRI – UNLP)

I.- Introducción.

Aparentemente, la defensa de las órdenes superiores es un concepto relativamente sencillo de definir. No obstante, pese a su aparente simplicidad, entre los expertos jurídicos causa más confusión de lo que se pensaría. Quizás sea esta defensa una de las más objetadas en torno a fijar la responsabilidad penal de los funcionarios y por ello gran parte del debate doctrinario se ha centrado en determinar el lugar sistemático que ocupa la obediencia debida en la teoría del delito. Señalada como excluyente de la acción, como causa de justificación en cuanto implica el cumplimiento de un deber, o presentada como causa de inculpabilidad y, dentro de esta categoría, como una variante de la coacción o una especie de error, en la controversia se ha perdido de vista que la complejidad de las conductas, situaciones y fenómenos que pretendidamente cubre la obediencia debida no admiten un encasillamiento *a priori* y excluyente.

Aún cuando coincidimos con autores que niegan autonomía a la eximente, entendemos que no puede discutirse la conveniencia teórica y práctica de mantener la unidad de estudio, tratamiento y solución de los problemas que se plantean en torno a este instituto, y que se vinculan básicamente con la responsabilidad que es dable atribuir a los subordinados que, dentro de un régimen jerárquico y en cumplimiento de órdenes regulares, provenientes de un superior habilitado para impartirlas, cometen un delito.

En concreto, la problemática se desarrolla en derredor del grado de sujeción y constreñimiento a que el agente se ve sometido por la sola circunstancia de pertenecer a una organización o estructura jerárquica dada, el régimen disciplinario impuesto por la regulación respectiva y el correlativo estrechamiento del ámbito de determinación de aquél, la admisibilidad o rechazo de la posible existencia en el ordenamiento jurídico de órdenes ilegítimas de cumplimiento obligatorio, los requisitos de la orden, poder de inspección de ella por el subordinado y los límites fuera de los cuales no debe éste prestar obediencia.

A lo largo de la historia, varios textos convencionales han ayudado a definir las condiciones de admisibilidad de la defensa de órdenes superiores impartidas por el superior jerárquico. Asimismo, varios tribunales han tratado de interpretarla a los fines de aplicarla a los diversos casos a resolver. En la práctica podemos constatar en qué medida esta defensa sigue siendo una compleja nube, a pesar de su aparente simplicidad.

La aprobación en Roma hace algunos años del proyecto de creación de un Tribunal Penal Internacional nos hizo pensar en que el debate mencionado había culminado. Lamentablemente, el art. 33 inc. a) coloca como eximente de responsabilidad dicha figura de triste recuerdo para los argentinos.

Las leyes de punto final y de obediencia debida argentinas declaradas inválidas e inconstitucionales por una decisión judicial del juez federal Gabriel Cavallo que hizo un examen de las contradicciones entre las mismas y los

preceptos constitucionales que subordinan el derecho interno al derecho de gentes², serán analizadas aquí bajo la exclusiva óptica de su incompatibilidad con el derecho internacional.

II.- Antecedentes.

Desde muy temprano, la defensa de órdenes superiores preocupaba ya a los filósofos y a los juristas. Para Hobbes, la orden de un superior exigía obediencia absoluta³: Locke, por el contrario, consideraba que no se debía ejecutar la orden impartida por un superior que fuese ilegal, puesto que lo humano debía ser, ante todo, leal para con la ley. Hugo Grotius iba en la misma dirección y consideraba que la única forma de oponer resistencia a la injusticia era no aceptar la defensa de órdenes superiores cuando ellas no eran legítimas⁴. Fue esta idea la que orientó a la gran mayoría de pensadores y, como veremos, es la misma que sigue prevaleciendo hoy.

El primer acusado que trató de justificar sus crímenes recurriendo a este instituto fue Sire Peter de Hagenbach, en 1474, juzgado por el régimen de terror que impuso al interior de la ciudad fortificada de Breisach⁵. El tribunal rechazó su defensa, lo halló culpable y lo condenó a la pena capital. Más tarde, en 1660, el comandante de la guardia responsable de la ejecución de Carlos I, el coronel Axtell, fue juzgado por traición y homicidio. Este último invocó la defensa de obediencia a la orden de un superior, pero los jueces la rechazaron aduciendo que quien obedeciera una orden que condujera a una traición debía ser considerado como un traidor⁶.

En los Estados Unidos se encuentran registrados varios ejemplos de procesos en los cuales se ha invocado esta defensa. Comencemos por una sentencia de 1804 pronunciada por el juez Marshall, cuyos términos fueron los siguientes: *"Las órdenes no pueden cambiar la naturaleza del acto o legalizarlo, cuando sin esa orden el acto habría sido una clara infracción a la ley"*⁷.

En otro caso, un juez se pronunció respecto de la imposibilidad de eximir a un acusado de su responsabilidad cuando, en cumplimiento de una orden, este último haya matado a un civil⁸. Durante la guerra de 1812, un soldado

² Posteriormente el Congreso por Ley 24.952 derogó ambas normativas y luego las declaró insanablemente nulas por Ley 25.779

³ Hobbes, T., *Elements Philosophica De Cive*, cap. 12, párr. 1 y 2, citado en Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law*, 2ª ed., Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, 1999, p. 454.

⁴ *Ibíd*, p. 455.

⁵ Woetzel, R.K., *The Nuremberg Trials in International Law*, Stevens & Sons, Londres, 1962, pp. 19-20.

⁶ McCoubrey, H., *International Humanitarian Law: Modern development in the limitation of warfare*, 2ª ed., Brookfield, Ashgate, 1998, p. 219.

⁷ *"The instructions cannot change the nature of the transaction, or legalize an act which, without those instructions, would have been a plain trespass". Little c. Barrone*, 1 U.S. (2 Cranch) 465, 467 (1804).

⁸ *United States c. Bright*, 24 F Cas. 1232 (C.C.D. Pa. 1909) (nº 14647).

que fue injuriado por un transeúnte que no estaba de acuerdo con las posiciones de la marina, disparó su bayoneta contra su interlocutor. Acusado de homicidio, él alegó que se le había impartido la orden de matar a quien demostrara irrespeto hacia el trabajo de los militares. A manera de directiva, el juez Joseph Story indicó al jurado que si una orden era ilegal, tanto el subordinado como el superior debían ser acusados de homicidio⁹.

En 1827, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó una sentencia donde justificó la figura en el contexto militar:

*"(...) [una] obediencia rápida y ágil a las órdenes es indispensable para alcanzar completamente este objetivo. El servicio es un servicio militar, y la orden es de naturaleza militar; y en este caso, cualquier retraso u obstáculo en una ejecución eficaz e inmediata tiende, necesariamente, a poner en peligro el interés público. Mientras que los oficiales subalternos y los soldados se detienen a considerar si están en la obligación de obedecer o a sopesar de manera escrupulosa los hechos en virtud de los cuales su comandante en jefe ejerce su derecho a exigir servicios, el enemigo puede ejecutar con éxito una operación sin que haya posibilidad de oponer resistencia."*¹⁰.

Pese a las nefastas proyecciones que se puedan colegir de esta interpretación, en los Estados Unidos se pronunciaron muchas otras sentencias en el transcurso del siglo XIX, y todas ellas coinciden en el rechazo categórico de la defensa de órdenes superiores cuando la orden impartida supone una acción - o inacción- ilegal¹¹.

En Leipzig, tras la Primera Guerra Mundial, se instauraron dos procesos relacionados con la eximente de obediencia debida. El primero, correspondiente al caso del *Castillo de Llandovery*¹², donde dos tenientes fueron condenados por haber ejecutado una orden manifiestamente ilegal, al torpedear un barco hospital inglés y hundir los botes salvavidas para estar seguros de que no quedaría ningún testigo de su crimen. El juez interviniente arribó a la conclusión de que la eximente de obediencia debida a un superior era inadmisibles como justificación, habida cuenta de que los soldados debían haber sabido que la orden impartida por su comandante era manifiestamente ilegal.

⁹ *United States c. Bevans*, 24 F Cas. 1138 (C.C. D. Mass. 1816) (n° 14589).

¹⁰ *Martin c. Mott*, Corte Suprema de los Estados Unidos, (1827)

¹¹ *Wirz Trial*, H. R. Exec. doc. n° 23, 40e Cong. 2e Sess., 764; *Riggs c. State*, 3 Coldwell 85, 91 Am Dec. 272 (1866); *Mitchell c. Harmony*, 13 How. 115, 137 (1851); *Regina c. Smith*, 17 S.C. 561 (Cape of Good Hope, 1900). Para un ejemplo europeo, véase William Buchanan, (1813) *2 Reports of Certain Remarkable Trials* 3, 58 (*The Case of Ensign Maxwell*).

¹² *Empire c. Dithmar and Boldt* (Hospital ship "Llandovery Castle"), (1921) 2 ILR 437, 16 A.J.I.L. 708 *German War Trial, Reports of Proceedings before the Supreme Court in Leipzig*, CMD. 1450, Londres, H.M.S.O., 1921, pp. 56-57.

Cabe señalar, no obstante, que el Tribunal tuvo en consideración la defensa presentada por los acusados en tanto circunstancia atenuante; debido a ello, fueron condenados únicamente a cuatro años de prisión.

La segunda sentencia, conocida comúnmente como "*Castillo de Dover*"¹³, plantea mayores problemas. Mediante dos memorandos, el gobierno alemán ordenó el hundimiento de todos los barcos hospitales en virtud de sostener serios indicios para creer que tales embarcaciones transportaban militares y, en consecuencia, podían constituir objetivos militares. La Corte aceptó la eximente estimando que esta defensa era aceptable en todo tiempo. No obstante, estableció dos límites a su aplicación, a saber: cuando el subordinado va más allá de la orden impartida, o cuando el subordinado sabe que la orden es contraria al derecho. Sobre la base de meritar que las instrucciones habían sido impartidas por el mismo gobierno, el órgano jurisdiccional consideró que esta circunstancia constituía un elemento sustancial para arribar a la conclusión de que los subordinados habían juzgado la orden como legítima.

A nuestro modo de ver, este antecedente jurisprudencial constituye un avance aciago que ignora en qué medida el mal puede asumir una forma banal en tiempo de conflicto. Consiguientemente, cuando al final del juicio la Corte aseveró la irreprochabilidad de la conducta de los acusados estimando que la misma había sido desplegada con la convicción de legitimidad de la orden impartida, abandona un aspecto particular de los conflictos armados, a saber, el que la filósofa Hannah Arendt denomina la "*banalización del mal*" cuando se refiere al caso *Eichmann*¹⁴.

Con claridad meridiana existen evidencias históricas demostrativas de la posibilidad de que un gobierno convenza a todo un pueblo de la validez y legitimidad de su lucha. Gracias a tres simples "mentiras", el gobierno de Hitler logró, -según la expresión utilizada por la filósofa-, autointoxicar al pueblo entero sobre la base de las siguientes premisas: 1. Esa guerra no era verdaderamente una guerra. 2. El responsable de la guerra era el destino, y no Alemania. 3. Para los alemanes era una cuestión de vida o muerte: debían exterminar a sus enemigos o exterminarse entre ellos mismos¹⁵.

Asimismo, el caso del genocidio de Ruanda ilustra perfectamente esta imagen. Algún tiempo después de perpetradas las masacres y antes de las instauración del Tribunal Penal Internacional, los investigadores de las Naciones Unidas pudieron constatar cuan orgullosos se sentían algunos milicianos hutus por haber "contribuido a la eliminación de los tutsis". Para ellos, se trataba de una gloria y su "trabajo" había contribuido a la purificación de la raza humana.

¹³ *Empire c. Neumann* (Hospital ship "Dover Castle"), 16 *AJIL* 704.

¹⁴ Arendt, Hannah., *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalización del mal*, Ed. Lumen, España, 1991.

¹⁵ *Ibíd*, p. 90.

Estos ejemplos resultan demostrativos de la oscura proyección del razonamiento cristalizado en el proceso del "*Castillo de Dover*".

En otro orden de ideas, resulta interesante señalar que tras la Primera Guerra Mundial, la cuestión de la defensa de órdenes superiores provocó una gran división entre las grandes potencias, hasta el punto de impedir la entrada en vigor de un tratado relativo a la utilización de los submarinos y de los gases nocivos. En efecto, se requería la firma de cinco Estados, pero sólo se logró la ratificación por parte de los Estados Unidos, Japón, Italia y el Reino Unido; Francia se opuso aduciendo que su artículo III disponía el castigo a los criminales que actuasen o no de conformidad con la orden de su superior¹⁶. Por consiguiente, el tratado nunca entró en vigor.

III.- La aplicación por el derecho internacional penal contemporáneo.

Afortunadamente, la interpretación de esta causal de inculpabilidad no se estancó allí. Se puede incluso considerar que, salvo algunas excepciones, esta defensa fue rechazada de manera sistemática tras la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional, comúnmente conocido como el Estatuto de Nuremberg, repudió esta defensa expresamente argumentando que:

*"El hecho de que el acusado haya actuado siguiendo una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de su responsabilidad, aunque puede considerarse como atenuante de la pena, si el Tribunal decide que así lo exige la justicia"*¹⁷.

Pese a la claridad de este artículo, muchos de los grandes criminales de guerra intentaron excusarse en la obediencia debida a su superior jerárquico Hitler como justificación a inhumanas e indisciplinables conductas. Esta tentativa fue rechazada de plano por el Tribunal, negándose a la par, su estimación como atenuante de la pena, fundándose en que: *"(...) [u]na idea fundamental del Estatuto es que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos priman sobre su deber de obediencia para con el Estado del cual son ciudadanos. Quien haya violado las leyes de la guerra no puede justificar su conducta alegando la orden recibida del Estado, puesto que al impartir dicha orden el Estado ha excedido los poderes que le reconoce el derecho internacional"*.

En esta fase, conviene recordar el gran valor que se atribuyó a los principios enunciados por el Tribunal de Nuremberg. El 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la

¹⁶ Treaty in relation to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare, 6 de febrero de 1922, 25 L.N.T.S. 202, 16 *AJIL* 57 (Supp.Official Docs., 1922).

¹⁷ Acuerdo concerniente a la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del eje, RTNU, vol. 82, p. 279, art. 8 (en adelante "Estatuto de Nuremberg").

resolución 95(I)¹⁸, consagrando los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en la sentencia de este Tribunal. En ese sentido, la Comisión de Derecho Internacional a solicitud de la Asamblea General emprendió su codificación. Así, el Principio IV establece que: *"el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de su responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que en los hechos hubiese sido posible una elección moral"*. En consecuencia, el derecho internacional general había receptado, a más del principio de la responsabilidad penal individual, el rechazo de que se alegase como eximente de tal responsabilidad la obediencia debida.

Puede advertirse que el enunciado de este principio alude a los términos que se utilizan cuando se trata de la defensa de coacción. Seguidamente analizaremos cómo con mucha frecuencia ambas nociones se confunden, habida cuenta de que la defensa de coacción incluye generalmente la defensa de órdenes superiores. Este es el caso, por ejemplo, cuando la persona que ejecuta la acción, es decir aquélla a la cual se le imparte la orden, no posee la facultad para responder positiva o negativamente a la directiva en cuestión. De esta forma, el principio enunciado por la Comisión de Derecho Internacional conlleva a una confusión: en efecto, aunque el enunciado de la disposición alude al instituto de la coacción, su título se refiere claramente de la *"orden de un Gobierno o de un superior jerárquico"*¹⁹.

Desde el establecimiento del Estatuto y el juicio de Nuremberg, la orden de un superior jerárquico se excluyó sistemáticamente en tanto que hecho justificativo de la responsabilidad penal de los subordinados²⁰. Éste fue el caso de la Ley del Consejo de Control n° 10²¹ y de los tribunales que la aplicaron²². El caso *Einsatzgruppen* sigue siendo uno de los casos más conocidos donde se sostuvo: *"La obediencia de un soldado no es la obediencia de un autómatas. Un soldado es un agente de razonamiento. El no responde ni se espera que responda como una pieza de maquinaria"*²³.

Éste fue también el caso en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos

¹⁸ Res. AG ONU 95(I) (1946). Para el texto de los principios, véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1985*, vol II (segunda parte), pp. 8 y 12, doc. A/40/10, párr. 18 y 45.

¹⁹ Todo parece indicar que esta confusión proviene del juicio de Nuremberg, inclusive por cuanto los jueces habían decidido que la defensa podría ser admitida cuando el acusado no tuviera elección moral.

²⁰ Veremos que el Estatuto de Roma en algo modifica este tema.

²¹ Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, 20 de diciembre de 1945. *Diario Oficial del Consejo de Control para Alemania*, pp. 55 y ss. art. II. 4 b.

²² *United States c. von Leeb* ("German High Command Trial"), 1949 11 T.W.C. 1 (Tribunal Militar Americano); *United States c. Ohlendorf et al.* ("Einsatzgruppen Trial"), (1948) 4 LRTWC. 470 (Tribunal Militar Americano).

²³ *United States c. Ohlendorf et al.*, *ibid.* "The obedience of a soldier is not the obedience of an automaton. A soldier is a reasoning agent. He does not respond, and it is not expected to respond, like a piece of machinery".

o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes²⁴, las diferentes versiones del Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad²⁵, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio²⁶, y, más recientemente, en el Estatuto de los tribunales Penales Internacionales para Ruanda²⁷ y ex Yugoslavia, respectivamente²⁸. Por lo que atañe a los Convenios de Ginebra de 1949²⁹, ninguna de sus disposiciones alude a la defensa de órdenes superiores. Posteriormente, durante la elaboración de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, en el Protocolo I (relativo a los conflictos armados internacionales), se incluyó un artículo consagrado a la responsabilidad de los comandantes por las órdenes ilegales que pudieran impartir³⁰, pero los textos siguieron guardando silencio respecto del tratamiento de la orden superior.

Paralelamente, el derecho interno de la mayoría de los Estados asumió la actitud inversa respecto de la eximente de responsabilidad penal³¹. Así, este medio de defensa existe como tal y sólo se puede declarar culpable de crimen a un subordinado cuando sabe que la orden impartida es ilegal o cuando la orden que le da su superior es manifiestamente ilegal. Esta norma se encuentra particularmente en los códigos de disciplina militar de países como Alemania, Estados Unidos, Italia y Suiza, y la noción de responsabilidad condicional está consagrada en la jurisprudencia de los tribunales internos en materia de crímenes de guerra. Sólo algunos pocos países prohíben en el derecho interno el recurso a la defensa de órdenes superiores³². Otros Estados asumen una doble posición: permiten la defensa

²⁴ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Res. AG ONU, A/39/51 (1984), art. 2, párr. 3.

²⁵ Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1954*, vol. II, Proyecto de Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 51a sesión (6 de mayo - 26 de julio de 1996), Doc. of. sup. n° 10 (A/51/10), pp. 33-37, art. 5.

²⁶ Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Res. ONU, 9/XII/1948. En el ámbito interamericano, la Convención sobre Desaparición forzada de Personas, adoptada en Belén de Para el 9/6/1994, veda expresamente la figura en el art. VIII. Argentina la ratificó por ley 24.556 (B.O. 18/12/1995) y le otorgó jerarquía constitucional mediante ley 24.820 (B.O. 29/5/1997).

²⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Consejo de Seguridad, Res. 955, 8 de noviembre de 1994, art. 6, párr. 3.

²⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, Consejo de Seguridad, Doc. S/25704, 3 de mayo de 1993, art. 7, párr. 4.

²⁹ Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

³⁰ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, art. 87.

³¹ Green, L.C., *Is there an International Criminal Law?* Alberta L. Rev. 251 (1983). El autor examina la situación de 26 países representantes de la comunidad internacional.

³² Austria, Irán, Rumania y el Reino Unido. Para obtener una visión global del asunto, véase *Revue de droit pénal militaire*, vol. 10, 1971, p. 87.

cuando se acusa a uno de sus nacionales, pero la rechazan cuando el acusado combate con el enemigo o invoca la ley de un país extranjero. Éste es el caso de Francia³³ y de Bélgica³⁴, principalmente.

IV.- La práctica jurisprudencial reciente.

A tenor de estos textos internacionales, podríamos pensar que los acusados ya no invocan la obediencia debida. Ahora bien, la realidad nos demuestra que esta defensa es, por el contrario, una de las más esgrimidas. En efecto, desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, se han dictado varias sentencias referidas a esta causal.

El caso *Eichmann* es, sin lugar a dudas, una de las decisiones más conocidas y controvertidas³⁵ en el ámbito de la persecución de los criminales de guerra. Juzgado por la Corte del Distrito de Jerusalén, Adolf Eichmann fue acusado de haber participado en la ejecución de millones de judíos bajo el régimen nazi. Durante todo su proceso, una de las defensas más invocadas por el acusado fue la de haber actuado en cumplimiento de órdenes superiores. No obstante, a la luz de la prueba presentada, la Corte rechazó decididamente la versión del acusado de ser "*sólo una pieza pequeña de la maquinaria de exterminación*"³⁶.

Más recientemente, Klaus Barbie fue sometido a la justicia francesa por los crímenes perpetrados durante la Segunda Guerra Mundial. Acusado de crimen contra la humanidad y a fin de lograr una reducción de su pena, el imputado invocó el artículo 8 del Estatuto de Nuremberg. Sin embargo, tal como lo señalamos precedentemente, los jueces del Tribunal no aceptaron una disminución de la pena de los acusados so pretexto de haber cometido los crímenes amparados en la orden de un superior jerárquico; asimismo, el Tribunal exigió la presencia de coacción moral. Evidentemente, la defensa invocada por Barbie no fue aceptada y fue condenado a reclusión perpetua³⁷. El Tribunal de casación confirmó la decisión³⁸.

Asimismo, en los Estados Unidos, se rechazó la defensa de órdenes superiores³⁹ en dos casos relativos a las atrocidades cometidas por los

³³ Ordenanza del 28 de agosto de 1944 relativa a crímenes de guerra, *Journal officiel de la République française*, 30/8/1944, p. 780.

³⁴ Competencia de jurisdicciones militares en materia de crímenes de guerra, *Moniteur belge*, 26 y 27 de julio de 1947, p. 6304, art. 3.

³⁵ El secuestro del jerarca nazi Adolf Eichmann, en 1960 en Buenos Aires, por un comando del servicio secreto israelí para juzgarlo en Jerusalén, generó un gran debate en la Argentina y una enérgica protesta del gobierno de Arturo Frondizi en contra de Israel.

³⁶ A.G. *Israël c. Eichmann*, *ILR*, vol. 36, 1968, p. 18.

³⁷ *Barbie*, decisión del 8 de julio de 1983, *J.D.I.*, 1983, p. 791.

³⁸ *Barbie*, Corte de Casación, decisión del 6 octubre de 1983, *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 88, 1984, p. 507.

³⁹ *United States c. Schultz*, 39 M.R. 133, 136 (1966, Corte Marcial); *United States c. First Lieutenant William L. Calley, Jr.* (1971), 46 C.M.R. 1131 (1973), *aff'd* 22 U.S.C.M.A. 534, 48 C.M.R. 19 (1973). Para mayores detalles, véase Bassiouni, *op. cit.* (nota 1), p. 476.

soldados norteamericanos durante la guerra de Vietnam. Así, a título de ejemplo, baste recordar que en el caso de My La ⁴⁰ la Corte de Apelación rechazó la tesis de la obediencia debida afirmando que: *"puesto que su esencia era claramente ilegal - un hombre de sentido común hubiera comprendido de inmediato al leer o escuchar la orden que se trataba de un acto ilegal- no se le confiere al individuo protección por el crimen cometido bajo dichas órdenes"*.

V.- Ordenes superiores y coacción: una confusión que se mantiene.

Tal como se mencionó anteriormente, los juristas confunden regularmente la defensa de órdenes superiores con otras defensas del derecho internacional penal. Señalada como excluyente de la acción⁴¹, como causa de justificación en cuanto implica el cumplimiento de un deber⁴², o presentada como causa de inculpabilidad y, dentro de esta categoría, como una variante de la coacción o una especie de error, en la controversia se ha perdido de vista que la complejidad de las conductas, situaciones y fenómenos que pretendidamente cubre la obediencia debida no admiten un encasillamiento *a priori* y excluyente.

⁴⁰ *United States v. William L. Calley Jr.*, US Court of Military Appeals, 21.12.1973.

⁴¹ Hay acuerdo en sostener que la obediencia debida cuando la orden es legal, debe ser considerada excluyente de la antijuridicidad de un acto, no obstante también se la ha considerado como causa de exclusión de la acción, cuando la orden no es revisable por el subordinado, o de la culpabilidad. Para un panorama global de estas interpretaciones ver De La Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, cit., p. 561 y ss.

⁴² Roxin sostiene: *"Conforme a una extendida opinión, tan sólo concurre una exculpación del funcionario o soldado ejecutor. Esta postura se apoya fundamentalmente en el argumento de que una orden antijurídica, aunque sea vinculante, no puede transformar el injusto en un acto conforme a derecho y que un superior no puede realizar de modo admisible algo que él mismo no debe hacer, ordenándolo a un subordinado. La posición contraria, que afirma que el destinatario de la orden obligado a obedecerla está justificado, se basa en el argumento de que no puede ser que se obligue al funcionario a llevar a cabo una orden, es decir, que se le atribuya carácter vinculante a la orden, y al mismo tiempo se considere ese actuar conforme a deber, como antijurídico, exponiendo al funcionario a los efectos de la legítima defensa...Es cierto que la orden vinculante antijurídica constituye para el subordinado una causa de justificación. Cuando una orden vincular excepcionalmente es antijurídica, concurre en tal situación en la persona del subordinado un estado de necesidad, concretamente un caso de estado de necesidad justificante".* Posteriormente aclara: *"En la mayoría de los casos suele hablarse de colisión de deberes, pero ello no es del todo correcto, puesto que se produce una colisión entre un deber de actuar y un deber de omitir, lo que suele considerarse que es un problema de estado de necesidad...lo que sucede es que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas...donde se prefiere el interés en la obediencia del funcionario y del soldado frente al interés de evitar el injusto cuando se trata de infracciones mínimas -pues se trata tan sólo de infracciones administrativas, de contravenciones al ordenamiento jurídico-civil y de otras infracciones del derecho de la función pública-. En el caso de infracciones más graves, por ejemplo, hechos delictivos o acciones que son contrarias a la dignidad humana, la ponderación legal es exactamente inversa, y todos los intervinientes son punibles".* (Cf. Roxin, Claus, *"Otras causas de justificación y exculpación"*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 4, n° 8-A, p. 20 y ss.)

No obstante, se puede afirmar que la defensa con la cual más se confunde la obediencia debida es con la coacción⁴³, a pesar de existir un eje diferenciador que reside en la presencia o en la ausencia de elección moral. Tomemos el ejemplo de un militar que recibe la orden de hacer explotar una bomba al interior de un hospital. Moralmente, él no está en la obligación de ejecutar la orden y siempre será decisión suya acatarla o no. Pero la situación se torna diferente si el militar en cuestión ejecuta la instrucción para evitar poner en riesgo su vida o sufrir graves consecuencias. Éste será, por consiguiente, un caso de coacción y no una situación en la que un militar simplemente ha reaccionado a la orden de su superior. En el primer caso, el militar tenía la intención de cometer el crimen, en el segundo caso, no necesariamente existía la *mens rea*.

Podríamos pensar que la defensa de coacción permitiría la exoneración del militar. Sin embargo, no sólo no es así, sino que además es allí donde reside la confusión entre la orden superior y la coacción. Con mayor precisión, se puede establecer que la práctica, mucho más que el ejercicio de normatividad, exige una coacción para justificar una defensa de órdenes superiores. Según la Comisión de Derecho Internacional, la ausencia de elección moral es susceptible de permitir una disminución de la pena, cuando un individuo invoca la defensa de órdenes superiores. Esto quiere decir entonces, que la eximente cuando no se invoca acompañada de una situación de coacción, no implicará automáticamente una sanción menor:

"No obstante, la simple existencia de órdenes de un superior jerárquico no se traducirá automáticamente en la imposición de una sanción menor. El subordinado sólo puede ser objeto de una sanción menor en caso de que la orden del superior jerárquico reduzca efectivamente el grado de culpabilidad. (...) El hecho de haber cometido el crimen contra su voluntad a fin de evitar que la no ejecución de la orden recibida produjese, en las circunstancias del momento, graves consecuencias para él mismo o para sus allegados, podrá justificar, si se tiene en cuenta el menor grado de culpabilidad, una reducción de la sanción que de otra forma le sería impuesta".

La existencia de la confusión entre las dos defensas es, por consiguiente, evidente. El Tribunal de Nuremberg también exigió la ausencia de elección moral para que la defensa de órdenes superiores fuese admitida. Recordemos aquí el comentario hecho anteriormente a propósito del cuarto principio enunciado por la Comisión de Derecho Internacional: la orden superior sigue siendo inadmisibles, a menos que el autor del crimen no tenga la facultad moral de elegir si ejecuta la orden.

Más recientemente, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia emitió una sentencia en la cual los jueces confirmaron la posición adoptada

⁴³ Para Fierro: "es una coacción especial que funciona como causa de inculpabilidad plenamente autónoma y que, a diferencia de la coacción simple, no requiere ser acreditada, sino que se presume" (Cfr. Fierro, Guillermo, J., "Naturaleza jurídico penal de la obediencia debida", Cuadernos de Institutos, pp- 55-64).

por el Tribunal de Nuremberg y la Comisión de Derecho Internacional: el caso *Erdemovic*⁴⁴. Como miembro del ejército serbio-bosnio que participó en un pelotón de ejecución de aproximadamente 1.000 civiles bosnio-musulmanes que se encontraban desarmados y que asesinó personalmente aproximadamente a 70 personas, se estableció su responsabilidad en los hechos; y ello, a pesar de que el inculpado había alegado como eximente haber actuado bajo coacción de sus superiores quienes habían amenazado ejecutarlo junto con los prisioneros si no obedecía las órdenes impartidas.

Sobre la base de los principios generales de derecho expresados en numerosos derechos internos y la práctica seguida luego de la Segunda Guerra Mundial por Tribunales Militares de nueve países en aproximadamente 2000 casos en los que se entendió que la obediencia debida, para constituir una defensa ante la acusación de haber violado el derecho internacional humanitario, debía cumplir ciertos requisitos, el Tribunal entendió que sólo podía juzgar la defensa que se había invocado como una circunstancia –entre otras- atenuante de la pena pero no como un eximente de responsabilidad. Así, se puso de relieve que la defensa de la obediencia debida sólo es invocable si la violación se cometiese para evitar un daño físico serio e irreparable inmediato; si no hubiese modo de eludir la orden; si el remedio no fuese desproporcionado al mal que se cometía; si no hubiese sido posible efectuar una elección moral; debiéndose tener en cuenta –a más- las circunstancias en que el superior impartió las órdenes⁴⁵. El Tribunal señaló la exigencia de una presencia de coacción o de un estado de necesidad para apoyar una defensa de órdenes superiores. No obstante, el Tribunal juzgó necesario especificar que la orden en cuestión debía haberse impartido con el fin de influenciar el grado de *mens rea*: "*Si la orden no tuvo ninguna influencia en la conducta ilegal, puesto que el acusado se encontraba ya dispuesto a ejecutarla, no existe entonces circunstancia atenuante que se pueda argumentar*"

Por consiguiente, parece ineludible concluir la inexistencia pura y simple de la defensa de órdenes superiores como instituto autónomo de invocación independiente a otras defensas, ya sea como hecho justificativo o como circunstancia atenuante, pues en la práctica se demostró en reiteradas oportunidades que su admisión requería como elemento de acompañamiento una defensa de coacción.

⁴⁴ TPIY, *Le procureur c. Erdemovic* (IT-96-22-T), Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996.

⁴⁵ Al dictarse en el caso una nueva sentencia en primera instancia, en razón de la nulidad decretada en la apelación –véase al respecto lo dicho en la nota 69-, el segundo Tribunal que entendió en el caso asumió también esta defensa como una circunstancia mitigante de la pena y no como un eximente de responsabilidad para un soldado que cometa un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, condenándolo en definitiva a 5 años de prisión; Rowe Peter, "*Duress as a defence to war crimes after Erdemovic: a laboratory for a permanent Court ?*", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1988, pp. 210 y sigs.

VI.- El derecho "nuevo".

En julio de 1998, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁴⁶. El título del artículo 33 es "*órdenes superiores y disposiciones legales*". Pese a que la comunidad internacional adoptó esta disposición por consenso, ella sigue siendo objeto de críticas por diferentes razones. En primer lugar, porque sus redactores no juzgaron conveniente conservar la regla sólidamente establecida, tanto por los tratados como por la costumbre internacional, según la cual la defensa de órdenes superiores no puede *por sí sola* servir como hecho justificativo para exonerar a una persona declarada culpable, pero más aún, porque el enunciado mismo de la disposición es confuso, impreciso y podría conducir a resultados insensatos⁴⁷. Veamos la norma en cuestión:

"Artículo 33

1. Una persona que haya 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 eximida de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiere que la orden era ilícita; y

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."

Antes de analizar en forma pormenorizada los párrafos de la disposición, cabe poner de resalto que las versiones anteriores del Estatuto de Roma diferían de la versión que ahora conocemos. Ellas eran menos detalladas limitándose a enunciar que la defensa de órdenes superiores sólo era aceptable cuando la orden impartida no era manifiestamente ilegal⁴⁸. El

⁴⁶ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional puede encontrarse como documento U.N. Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998 (disponible en español en el sitio <http://www.un.org/spanish/law/icc/index.html>). Fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma (Véase Acta Final de la Conferencia, U.N. Doc. A/CONF.183/10). Entró en vigor el 1° de julio de 2002.

⁴⁷ Para una opinión contraria, véase Garraway, Charles, "*Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada*", *RICR*, vol. 836, diciembre de 1999, p. 785.

⁴⁸ El proyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional no contenía ninguna disposición respecto de la defensa de órdenes superiores, puesto que entonces se hacía hincapié en la aplicación del Estatuto y en la competencia de la Corte. El Comité *ad hoc* de 1955 no trató esta cuestión, y se limitó únicamente a mencionarla dentro de la lista de las posibles excusas que podían hacer parte del Estatuto. Véase Informe del Comité *ad hoc* sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, N.U., GAOR, 50a sesión, Sup. n°22, doc. ONU A/50/22, Anexo II, p. 59. Esta cuestión se debatió ampliamente ante el Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Véase documento ONU,

artículo 33 constituye entonces, un compromiso real entre dos tesis vigorosamente defendidas. La delegación norteamericana, y más particularmente el Profesor Theodor Meron, trató de convencer a las otras delegaciones de la existencia de la causal de obediencia debida. En contraposición a ésta, el Reino Unido, Alemania y Nueva Zelanda afirmaron, - en una posición más acertada-, que la defensa como tal no existía, pero que podía servir para apoyar una defensa de coacción, de error de hecho o de derecho⁴⁹. Pero, como es de nuestro conocimiento, el Estatuto de Roma se adoptó por consenso y este ejercicio exigía el compromiso. Obviamente, la tesis norteamericana se alimentó en el interés de evitar que la responsabilidad criminal de sus soldados en combate pudiera verse comprometida por obedecer una orden a la cual habrían acatado sistemáticamente en el fuego de la acción⁵⁰.

Esta preocupación era menor por lo que atañe al genocidio y al crimen contra la humanidad, puesto que estos ilícitos graves en grado sumo suponen una preparación activa que implica a las autoridades superiores, no siendo susceptibles de justificación alguna y menos de ser la consecuencia de un simple error de juicio. Fue así como por vez primera se contempló de manera explícita que la orden de cometer un genocidio y un crimen contra la humanidad constituye una orden manifiestamente ilegal. Este segundo apartado representa ciertamente un complemento positivo para el artículo 33 del Estatuto. Sin embargo, es susceptible de plantear problemas de aplicación, pues la persona implicada en un genocidio o en un crimen contra la humanidad no recibe por lo general la orden específica de cometer un crimen tal, sino más bien la directiva de ejecutar una acción precisa que, en sí misma, no reúne los elementos constitutivos de estos ilícitos.

Numerosos comentaristas afirman no obstante, que el segundo apartado del artículo 33 vela por que las personas acusadas de crimen contra la

GAOR, 50a sesión, Sup. n.º 22, A/50/22 (1996), vol. II, art. Q, y doc. ONU A/AC.249/1997/L9/Rev.1 (1997), art. M. El proyecto final del Estatuto presentado a la Conferencia de Roma indicaba finalmente que la defensa de órdenes superiores no podía exonerar a una persona de su responsabilidad criminal, salvo si la orden impartida no era manifiestamente ilegal, doc. ONU A/CONF/183/2/Ad.1.

⁴⁹ Kai Ambos, *“Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”*, en AA.VV, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y el Caribe*, Ambos, Kai y Malarino, Ezequiel (editores), Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Montevideo, 2003, pp. 25 y ss.

⁵⁰ Finalmente EEUU se retiró del Tratado anulando la firma del Presidente Clinton. A los fines de evitar el juzgamiento de nacionales norteamericanos por la Corte Penal Internacional, ha suscripto acuerdos bilaterales con al menos cincuenta países, por lo cual estos Estados a pesar de haber ratificado el Estatuto de Roma se comprometen a no extraditar a ningún acusado norteamericano. Para ello, la administración Bush aprobó la ley de protección de miembros de las fuerzas armadas estadounidenses (ASPA), revocando la ayuda militar a los países que habían ratificado el Estatuto a menos que cerraran un acuerdo bilateral con EEUU antes del 1 de julio de 2002.

humanidad o de genocidio queden automáticamente privadas de este medio de defensa⁵¹. Ahora bien, esto no es lo que la disposición indica.

Precisamente, es el contenido de la orden el que conlleva a la inadmisibilidad del medio de defensa y no la naturaleza de la acusación. En consecuencia, pese al apartado 2 del artículo 33, numerosas personas que hayan participado en la comisión de un crimen contra la humanidad o de un genocidio podrán seguir invocando la defensa de órdenes superiores. Por ejemplo, en el marco de un genocidio, un acusado que, tras recibir la orden de cometer la acción de impedir a la gente salir de un sitio esperando que otra persona prendiera fuego al lugar, no habrá recibido la orden de cometer un genocidio y podrá, en principio, invocar la defensa de órdenes superiores aunque haya participado en la comisión de aquel.

Pero retomando más exactamente lo que surge del primer apartado del artículo 33, podremos observar que tal como se encuentra redactado, hubiera podido justificar numerosas acciones cometidas bajo el régimen nazi, ya que contempla el tipo de argumento que se había expuesto durante el proceso instaurado contra jueces alemanes, donde estos alegaron haber actuado de conformidad con la ley de su país.

Por otra parte, un ejemplo que ilustra bien el caso es el de antiguos miembros de la guardia alemana apostados en la frontera que separaba la República Democrática de la República Federal. Antes de la caída del muro de Berlín, estos últimos debían dar cumplimiento a una directiva según la cual toda persona que intentara cruzar la frontera debía ser ejecutada. En noviembre de 1992, cierto número de guardias fueron juzgados; todos los acusados presentaron una defensa de órdenes superiores. La Corte Suprema de Alemania denegó la defensa aduciendo que no todo lo legal era necesariamente admisible⁵². ¿Habrían llegado a la misma conclusión los jueces si hubiesen tenido que aplicar el artículo 33 del Estatuto de Roma?

Según el profesor Cherif Bassiouni, el artículo 33 del Estatuto de Roma presenta dos problemas en particular⁵³. En su concepto, desde el punto de vista de la presentación de la prueba, existe un problema de dualidad en el sentido que, según lo dispuesto en el numeral 1 b) del segundo apartado, se debe comprobar que el acusado ignoraba que la orden era manifiestamente ilegal pues, como sabemos, la violencia sigue siendo una cuestión de apreciación individual, mientras que el numeral 1 c) del apartado 3 exige un examen objetivo, es decir, la legalidad del acto en cuestión. Igualmente, ¿dónde se debe colocar la carga de la prueba? Cuando la defensa invoca la ignorancia o incluso la ausencia de *mens rea*, la parte acusadora deberá comprobar entonces que el acusado sabía que la orden era ilegal, puesto que

⁵¹ Véase particularmente Triffterer, Otto, "Superior orders and prescription of law", y "Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes, Article by Article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 581;

⁵² Caso citado por Dufour, Geneviève, "¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores?",

⁵³ Bassiouni, *op. cit.*, p. 481.

una prueba como ésta sigue siendo uno de los elementos del crimen. Según Bassiouni, esto aumenta considerablemente la carga de la parte acusadora. En segunda instancia, este problema se aplica también al segundo apartado del artículo 33. En efecto, ¿será necesario que la parte acusadora pruebe primero que sí se impartió la orden de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad y que luego la defensa la refute? ¿Se tratará de una cuestión puramente jurídica o quizá de una cuestión mixta de derecho y hechos?

Parte de la doctrina no comparte este punto de vista, señalando que el artículo 33 se encuentra redactado de forma tal, que la carga de demostrar que este medio de defensa es admisible, recae sistemáticamente sobre el acusado⁵⁴. Según este enfoque, la norma declara inadmisibles la defensa de órdenes superiores debiendo el acusado demostrar que su caso se encuadra dentro de la excepción, y en especial pesa sobre éste, acreditar que la orden impartida no era manifiestamente ilegal.

Como corolario, resulta evidente que el artículo 33 está destinado a transitar por una etapa de interpretación en sus aspectos fundados y procesales. De su lectura se advierte que se trata de un artículo de difícil inteligencia, en especial si se lo compara con otros del Estatuto⁵⁵. Los jueces de la Corte Penal Internacional tendrán que avocarse a un arduo trabajo en pos de conciliar el derecho existente con el enunciado del artículo 33 pues, como ya se expresara, además de ser mucho más complejo que otras disposiciones del Estatuto de los tribunales penales internacionales, el Estatuto de Roma ha creado un derecho nuevo concediendo un medio de defensa a una persona acusada de crímenes ampliamente estigmatizados.

VII.- La cuestión en nuestro derecho.

Conviene aquí efectuar un breve encuadre de los principios que hacen al instituto en nuestro derecho⁵⁶:

a) Relación jerárquica, régimen disciplinario y ámbito de autodeterminación.

La relación jerárquica debe ser estatal quedando excluida la obediencia privada. El régimen disciplinario debe hallarse impregnado de cierta rigurosidad que reste capacidad decisoria al subordinado y lo predisponga para acatar casi automáticamente las órdenes que se le imparten.

⁵⁴ Triffterer, *op. cit.* (nota 76), p. 581. Sin embargo, este autor señala que el conocimiento del carácter ilegal del acto debe demostrarse y que en caso de duda, debe presumirse que el acusado no conocía la ilegalidad del acto.

⁵⁵ Véase, entre otros, el artículo 67 que no permite inversión de la carga de la prueba.

⁵⁶ El Código Penal en el art. 34 inc. 5 contempla expresamente la figura: "No son punibles...5º) El que obrare en virtud de obediencia debida."

En el ámbito de las relaciones jerárquicas del área funcional civil, el destinatario de la orden conserva, por lo común, un grado de autodeterminación que le posibilita negarse de plano a realizar actos que presuma, crea o intuya puedan ser contrarios a la Constitución o a las leyes, y aún más, la ley lo conmina a ello (art. 248 del Código Penal)⁵⁷. Sólo podrá en este caso excusarse con fundamento en el error o en la ignorancia acerca de la ilegitimidad de la orden ejecutada.

En cambio, la situación resulta diferente en el ámbito militar, pues su disciplina condiciona en grado sumo las posibilidades de evaluar el contenido de las órdenes que se imparten.

b) Facultad, deber y posibilidad de examen de la órdenes.

Determinar el alcance de las atribuciones de inspección de la orden conferida a los subordinados, por el contexto normativo de que se trate, es de crucial importancia para dilucidar en concreto la operatividad de la exigente de la obediencia debida.

En razón de verdad, todo subordinado –sea en el ámbito funcional civil o militar- tiene el deber de revisar los aspectos extrínsecos de las órdenes que ha de cumplir, esto es: que emane de quien ejerce la autoridad directa sobre él; si ella guarda relación con el género de funciones de su competencia, y si está revestida de las formas legales pertinentes. Pero en cuanto al contenido de la orden, mientras algunos regímenes consagran el deber de inspeccionar su contenido –como parte de un control de legalidad⁵⁸- o al establecer un régimen de libertad reglamentada (ámbito funcional civil) conceden la posibilidad cierta de hacerlo, otros cuerpos normativos vedan expresamente tal examen. Así ocurre, por ejemplo, con el ordenamiento militar vernáculo⁵⁹.

⁵⁷ La ley 10.430 Estatuto y escalafón del personal de la Administración Pública de la Provincia establece en el art. 78 referido a los Deberes "...Sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, derechos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente las siguientes obligaciones: (...) b) Obedecer las órdenes de su superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes. Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá."

⁵⁸ De La Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte General*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1972, p. 438.

⁵⁹ La ley 23.049, art. 11, ha reformado el Código de Justicia Militar, expresando que: "el art. 34, inc 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 o supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la junta militar. A ese efecto, podrá presumirse, salvo evidencia en contrario, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces o aberrantes". (Ver: Ramayo, Raúl A., "Algo más sobre la obediencia debida", L.L., 1986-C-735; Igounet (h), Oscar, "La obediencia debida militar como causal de justificación", L.L., 1986-D-817; Magariños, Mario y Saenz, Ricardo O., "La obediencia jerárquica y la autoría mediata en la estructura militar", L.L., 1986-E-1164 y Padilla, Miguel M., "Naturaleza de la ley 23.521", L.L., 1987-D-1092.

c) Órdenes ilegítimas de cumplimiento necesario. Prevalencia del deber de obediencia.

No es aceptado, en términos generales, que el orden jurídico pueda imponer la ejecución de actos ilícitos. Sin embargo, en ciertos casos, el derecho hace prevalecer el deber de obediencia frente a la opinión que sobre su posible ilegitimidad pueda tener el subordinado⁶⁰. Por ello, las órdenes cuya ejecución se le encomienda son –salvo criminalidad manifiesta– de cumplimiento obligatorio. El inferior no conoce qué información ha sido evaluada por el superior y desconoce los motivos que lo inducen a emitir la orden. De tal forma, el dominio del curso de los acontecimientos por el superior reduce a proporciones mínimas la posibilidad del subordinado de acceder a la licitud o ilicitud de la orden emitida, y sus conjeturas al respecto o aún su íntima convicción no lo eximen de cumplir lo ordenado⁶¹.

Compartimos el criterio de Soler cuando señala que el efecto que debe reconocerse a la obediencia debida está dado por el traslado de la relación imputativa, es decir, el desplazamiento de la acción, que será directamente imputable a quien impartió la orden ilegítima⁶².

Sin embargo, no debe incurrirse en el error de pensar que la regla general es la de excluir la acción sino que, por el contrario, el principio general está dado por el carácter excepcional que se reconoce a la obediencia debida en el ámbito penal, en base a que dentro del sistema republicano es indiscutible la primacía de la ley sobre las órdenes ilegítimas.

En tal sentido, como lo señala Bielsa⁶³, la obediencia tiene límites racionales y no puede asegurar la impunidad del ejecutor de una orden cuyo cumplimiento importa la comisión de un delito.

No obstante ello, en excepcionales supuestos, el ordenamiento jurídico priva al subordinado de toda posibilidad de inspección de la orden, siendo precisamente en estos casos cuando se produce el desplazamiento de la culpabilidad⁶⁴. Ello acontece, especialmente, cuando los fines que se persiguen son distintos de los comunes a toda administración pública⁶⁵.

⁶⁰ Conforme con la necesidad de distinguir el ámbito militar del civil, Nuñez, Ricardo C., *¿Se puede fundar en el error la impunidad por obediencia debida?*, Doctrina Penal, 1978-331.

⁶¹ Tratándose de órdenes del servicio militar, ninguna reclamación dispensa la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden (art. 675, Código de Justicia Militar).

⁶² Cf. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, (4ª ed.), cit., t. I, Buenos Aires, Ed. Tea, 1978, p. 278.

⁶³ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 275.

⁶⁴ Encontramos un ejemplo significativo en la ley 23.737 de Estupefacientes que en su art. 31 *ter* establece que: *“No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro...”*

⁶⁵ Cf. Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 346, quien trae a colación el mantenimiento de la disciplina en las FF.AA. respecto de los actos de

En el caso de que el ejecutor de la orden hubiese estado facultado para examinar la legitimidad de la misma y, no obstante, no hubiera advertido su contenido ilícito, no podrá sostenerse que actuó dentro de los límites de la obediencia debida, sino que estamos ante una causal de inculpabilidad generada en un error esencial.

d) Límites de la obediencia debida.

El subordinado se enfrenta entonces, con que, por un lado, el ordenamiento jurídico no le permite invocar su juicio personal adverso al contenido de la orden y, por el otro, tampoco le admite una exculpación basada en la obediencia ciega; entonces, ¿cómo se puede compatibilizar su deber de obediencia con el deber –opuesto– de resistir o desobedecer ciertas órdenes? ¿Qué es lo que le permitirá distinguir el mandato ilícito de cumplimiento obligatorio, del mandato ilícito que debe incumplir? ¿Es que acaso conserva, en alguna limitada medida, el poder de examinar el contenido de las órdenes?

Existen hechos ilícitos que, por su específica crueldad e intrínseca inmoralidad, lesionan sentimientos elementales de humanidad. Su grosera delictuosidad los coloca, en cierta forma, algo aparte del resto de los delitos: son los hechos atroces y aberrantes⁶⁶ que no encuentran justificación ni en épocas de guerra. El inferior que recibe la orden de ejecutar uno de estos hechos no necesita gozar de ningún poder de revisión, ya que su evidente ilegitimidad lo exime de efectuar cualquier tipo de examen⁶⁷.

servicio. Por su parte SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., t. I, p. 277, sostiene que el error corriente es tomar como ejemplo de máxima estrictez el anterior cuando más claro aparece ese orden si se toma al Poder Judicial con su organización escalonada y el complejo mecanismo de grados y recursos para revisar la legalidad de la sentencia.

⁶⁶ Esa característica *atrocitatis fascinoris* del hecho daría la pauta definitiva de distinción: de ahí en adelante no hay amparo en la obediencia debida. Terán Lomas, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, t. 2, *Apéndice de actualización*), recuerda que esto coincide en otros términos con lo dicho por Pacheco: “Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego a la vista de todo el mundo: el sentir íntimo y la conciencia, sublevándose a pesar nuestro, nos los señalan”. (Cf. Pacheco, Joaquín F., *El Código Penal comentado y concordado*, Ed. Manuel Tello, Madrid, 1888, t. I, p. 176). También alaba la concisión de Carrara: “La orden del superior es una excusa legítima cuando ella indujo al agente a la creencia razonada de no delinquir. Cuando a pesar de la orden, el subalterno tuvo la conciencia de realizar un delito, no puede dejar de ser imputable”.

⁶⁷ Terán Lomas, Roberto A. M., *Derecho Penal. Parte general*, cit., t. 2, *Apéndice de actualización*, y Pacheco, Joaquín F., *El Código Penal comentado y concordado*, cit., t. I, p. 176.

Las leyes 23.049 (B.O. 29/12/86) y 23.521 (B.O. 9/6/87) reformaron el Código de Justicia Militar. La primera estableció, respecto del personal subalterno, una presunción *iuris tantum* (salvo evidencia en contrario) de error acerca de la legitimidad de las órdenes recibidas, pero excluyendo los hechos atroces y aberrantes. La segunda introdujo una presunción *iuris et de iure* (sin admitir prueba en contrario) de no punibilidad por haber obrado en virtud de obediencia debida; amplió el espectro de beneficiados, pero omitió excluir, como lo hacía la primera, los hechos atroces y aberrantes. Al extender su aplicación a los oficiales superiores prescribió que, si en el plazo de treinta días desde la promulgación de la ley no se resolvía judicialmente que éstos habían tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes, se consideraría de pleno derecho que las personas mencionadas habían obrado en estado de

VIII.- Observaciones finales.

El constante rechazo a la codificación de la defensa de órdenes superiores y a la definición de sus parámetros de aplicación continúa vigente. Si bien es cierto que se han elaborado normas con el fin de circunscribir la utilización de la defensa, la praxis jurisdiccional continúa demostrando importantes problemas de aplicación, debiendo colegirse que cada caso merece un tratamiento particularizado.

Es que más allá de la aparente sencillez de la definición del término obediencia debida, ésta especifica su significado de acuerdo a la disposición en la que en concreto sea utilizada en el caso a resolver. Así, dicha expresión muestra como pocas la complejidad de los ordenamientos jurídicos, y los procesos de significación de los términos, que se acomodan poco a las imágenes piramidales que de ellos poseemos, y a las definiciones únicas e incontrovertibles con las que pretendemos acotar los problemas que presentan. Definiciones con un elevado nivel de abstracción y desprovistas del contexto de las expresiones en que las palabras se emplean suelen ocultar grandes obstáculos al intentar resolverlos.

En razón de verdad, son varios los aspectos de la defensa que requieren una mayor precisión, como por ejemplo, dilucidar hasta qué punto un subordinado puede negarse a ejecutar la orden, o incluso qué tipo de órdenes pueden considerarse manifiestamente ilegales. Todo esto puede parecer asequible, pero lo importante es no olvidar que se trata, entre otras cosas, de la aplicación de criterios subjetivos, de una apreciación personal propia de cada individuo, influenciado por sus principios morales, sus convicciones religiosas y su historia personal.

La historia nos ha demostrado con crudeza que por lo general, los crímenes de obediencia se cometen con la anuencia de tres rasgos, a saber: a) relación jerárquica rigurosa que reste capacidad decisoria al subordinado y lo predispongan a acatar casi automáticamente las órdenes que se le impartan; b) rutinización, que opera tanto a nivel individual como a nivel de la estructura, fragmentando el "trabajo" en una serie de operaciones automáticas, estereotipadas y normatizadas; y c) deshumanización, donde "el otro" queda cosificado, encarnando la amenaza al "nosotros".

coerción, bajo subordinación a la autoridad superior. Esta última ley dio lugar a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitiera un discutible fallo admitiendo su constitucionalidad (CSJN, 30/12/86, L.L., 1987-A-535, y J.A., 1987-I-315). En la causa N° 17.8889 *"Incidente de apelación de Simón, Julio"*, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Capital Federal con fecha 9 de noviembre de 2001 confirmó la resolución del Juez Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, Gabriel Cavallo dictada el 6 de marzo de 2001 (causa N° 8686/2000), en cuanto declaró inválidos e inconstitucionales los arts. 1 de la ley 23.492 –de "punto final"- y 1, 3 y 4 de la ley 23.521 –de "obediencia debida"- señalando la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Asimismo, el Congreso por ley 24.952 de fecha 17/4/98 derogó ambas normativas y posteriormente las declaró insanablemente nulas por ley 25.779 con fecha 3/9/2003.

Por lo expuesto, la obediencia debida constituye una de las defensas más complejas, tanto a nivel del derecho interno como del derecho internacional. Desde el proceso de Nuremberg, a cambio de seguir una norma bien elaborada, la comunidad internacional ha restablecido una defensa que pese a todo había sido expresamente rechazada. Más aún, al examinar de cerca la jurisprudencia, la doctrina y los textos internacionales, se debe reconocer que en realidad el instituto no cuenta con vida propia, asimilándose siempre a una defensa de coacción, de necesidad militar, de error de derecho o incluso de error de hecho.

Esta constatación nos lleva a ponderar que a pesar de que la figura continúa siendo centro de candentes discusiones en los medios jurídicos y militares, como tal, ya no existe de manera independiente. Ciertamente se sigue invocando con frecuencia, pero los jueces exigen en todos los casos su apelación conjunta con otra defensa que pueda apoyarla. Por consiguiente, ella sirve más como un hecho, como un elemento de prueba a fin de establecer la existencia, por ejemplo, de una situación de coacción moral. No obstante, el Estatuto de Roma le atribuye una existencia autónoma. Falta ver en qué medida y bajo qué condiciones los jueces de la Corte Penal admitirán la defensa tal como la contempla artículo 33 del Estatuto, siendo quizás la ocasión para establecer un marco claro y preciso de una figura cuya utilización e interpretación siguen siendo inconstantes.