

# DERECHO PENAL

---

*Sobre el efecto eximente del “actuar bajo órdenes” desde el punto de vista del derecho alemán e internacional penal*

*Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena*

*Omisión de control de lavado de activos: Un delito con tipicidad defectuosa*

*El aporte de la ciencia al acervo probatorio en materia procesal penal a finales del milenio (humanización)*

*Globalización del DIH. Penalización de infracciones y violaciones graves al DIH en el derecho interno colombiano*



# SOBRE EL EFECTO EXIMENTE DEL “ACTUAR BAJO ÓRDENES” DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ALEMÁN E INTERNACIONAL PENAL\*

*Kai Ambos\*\**

“Se sabe que los hombres que actúan bajo órdenes son capaces de cometer los peores crímenes. Cuando el emisor de las órdenes está enterrado y se les obliga a mirar hacia atrás no logran reconocerse. Ellos dicen: yo no lo hice y no están muy seguros de estar mintiendo. Si se les convence por medio de testigos, comienzan a vacilar y dicen: yo no soy así, eso no lo pude haber hecho. Ellos buscan las huellas del delito en su interior y no las pueden encontrar. Es sorprendente cuán convencidos están de ello. La vida que llevan posteriormente es realmente distinta y no es opacada por las acciones que cometieron. Ellos no se sienten culpables, no se arrepienten de nada. El hecho no ha dejado huella en ellos”<sup>1</sup>.

---

\* Este artículo fue publicado originalmente en la revista alemana *Juristische Rundschau*, 1998, pp. 221-226. Fue traducido por el doctor Carlos Caro Coria (Prof. de la Pontificia Universidad Católica del Perú) y revisado y actualizado por el autor.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Munich. Referente científico de Derecho Penal Internacional y para Hispanoamérica, en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg i. Br./Alemania). Asistente científico en la Universidad de Freiburg i. Br.

1. Canetti. *Masse und Macht*, 1980, pp. 369 s.

La invocación del “actuar bajo órdenes” o de la “actuación bajo o en cumplimiento de órdenes”<sup>2</sup> es una objeción clásica en juicios por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Desde los juicios actuales contra criminales de guerra de la antigua Yugoslavia, adquirió en Alemania una importancia práctica y abandonó definitivamente la “caja de los olvidos penales”<sup>3</sup>.

El análisis que se presenta a continuación fundamenta la tesis de que el derecho internacional penal vigente no reconoce que el alegato del “actuar bajo órdenes”, en el caso de crímenes graves, sea suficiente para otorgar una exención de pena, sino solamente para una atenuación (II). Con este fin se describirá la jurisprudencia internacional desde Nuremberg (II.1) y se analizarán las fuentes pertinentes del derecho internacional penal (II.2). La situación jurídica del derecho internacional penal influye sobre el derecho alemán –el cual se mostrará de forma sinóptica–, ya que, por un lado, éste contiene las reglas generales del derecho internacional (art. 25 de la Constitución alemana)<sup>4</sup> y, por otro lado, las órdenes deben estar en concordancia con las reglas del derecho internacional § 10 IV *Soldatengesetz*-SoldG = Ley de Soldados)<sup>5</sup>.

## I. LA SITUACIÓN JURÍDICA ALEMANA

1. Según el § 5 I *Wehrstrafgesetzbuch* (WStG = Código Penal Militar), el subordinado actúa sin *culpabilidad* si comete una acción *antijurídica* siguiendo una orden. De acuerdo con la opinión dominante, se trata de una *causa de exculpación sui generis*, que representa a la vez una regla excepcional de error de prohibición<sup>6</sup>. Si se diferencia más allá, considerablemente, entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad<sup>7</sup>, entonces “actuar bajo órdenes” se deberá denominar *causa de exclusión de la culpabilidad*, ya que el subordinado<sup>8</sup> no es alcanzado por la orden de la norma (“¡no cometes ninguna acción antijurídica!”) –como en el caso del error de prohibición. El § I WStG responsabiliza al receptor de la orden sólo en el caso de que “éste reconozca que se trata de una acción antijurídica o de que esto fuese evidente, según las circunstancias por él conocidas” (§ 5 I WStG; ver § 11 II 2 SoldG). La acción es *evidentemente* antijurídica, si la infracción penal está más allá de toda duda y puede ser reconocida por todos. Si es que el subordinado no tuviera ninguna duda, no tiene ningún deber de verificar y podrá cumplir la orden<sup>9</sup>.

2. Orden (ver § N° 2 WStG) es el término militar para instrucción; entre los civiles se habla de disposiciones (Jescheck/Weigend. *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, 5ª ed. 1996, p. 393).

3. Lenckner. *Festschrift* (libro homenaje) Stree/Wessels, 1993, 223.

4. Aquí se trata del derecho internacional consuetudinario, que goza de prioridad sobre el derecho legal simple (Jarass/Pieroth. *Grundgesetz*, 3ª ed., 1995, art. 25 nota marginal = mn 2,6).

5. Ver Arndt. *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* (NZWehr) 1960, 145 (147).

6. Jescheck/Weigend. AT (supra nota 2), p. 495 s., con más referencias en nota 5; Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT) 2ª ed., 1991, 16/12.

7. Con respecto a la diferencia ver Roxin. *Strafrecht* AT, T. 1, 3ª ed., 1997, § 19 mn. 48.

8. Ver Schölz/Lingen. *Wehrstrafgesetz* (comentario), 3ª ed., 1988, § 5 mn. 1.

La Corte Suprema (*Bundesgerichtshof*-BGH) se ocupó últimamente del tema en los casos relacionados con los disparos al muro<sup>10</sup>. La Corte partió de que la antijuridicidad de los disparos mortales era evidente, pues con la orden de disparar se cometía un delito de asesinato de acuerdo con el derecho penal de la RDA. Es un “principio de humanidad” que el Estado no tenga derecho de matar a los ciudadanos por el simple cruce de la frontera<sup>11</sup>. Esta visión ha sido justamente criticada como “simplista” e “indiferente”<sup>12</sup>. Pues el principio de culpabilidad exige una justificación convincente, de que la injusticia (extrema) del delito fue evidentemente reconocible para el autor. A eso se refiere la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*-BVerfG), cuando señala que la declaración de la culpabilidad penal de un determinado acusado exige –debido al fuerte adoctrinamiento en la antigua RDA– sumo cuidado; es especialmente insostenible establecer una infracción penal basada solamente en la presencia –objetiva– de una violación grave de los Derechos Humanos<sup>13</sup>. También se sumó a ello hace poco, el BGH, declarando (felizmente, aunque no muy pegado a la verdad) que el concepto de “evidencia” (*Offensichtlichkeit*) según el § 5 WStG siempre ha sido considerado por la jurisprudencia –sólo se puede referir a la BVerfG– como “problemático”<sup>14</sup>.

2. Si no se observan los requisitos del § 5 I WStG, sólo cabe una *atenuación* de la pena: “Si la culpa del subordinado, considerando la situación especial en la que se encontraba, es menor, entonces el Tribunal podrá reducir la pena según el § 49 I del StGB...” (§ 5 II WStG). Esto presupone que el ejecutor se encuentre en una situación especial que demuestre una culpabilidad menor. O el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto de sus actos o su resistencia frente a la orden criminal es tan reducida que su culpabilidad es menor<sup>15</sup>.

3. Las órdenes, sin embargo, pueden también tener un efecto *justificante*, cuando son obligatorias. En este caso, el subordinado tiene el *deber*, bajo sanción, de *obedecer* (ver §§ 19-21 WStG, 11 I SoldG), lo que depende solamente del carácter obligatorio

9. Schölz/Lingen, supra nota 8, § 5 mn. 12; Jescheck/Weigend, supra nota 2, pp. 495, 497; Eser. *Festschrift Odersky*, 1996, p. 337 (340); BGH 39, p. 1 (33); BGH NStZ 1995, 286; BGH Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)-Rechtsprechungsreport (RR) 1996, p. 323 (325).

10. Cfr. Ambos. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

11. BGHSt 39, 1 (33), también BGH Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, 1932 (1936) = BGHSt 39, p. 168; BGH NJW 1994, 2708 (2711); BGH NJW 1995, pp. 2728 (2732); BGH NStZ-RR 1996, pp. 323 (324s). Distinto en el caso de un simple dolo de daño a terceros BGHSt 39, 168 (194); BGH NSsZ 1993, p. 488; BGH NJW 1995, pp. 1437 (1438); BGH NStZ-RR, 1996, p. 322.

12. Ver Eser, supra nota 9, p. 339, también Schreiber, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 107 (1995), p. 157 (171); Gropp, Neue Justiz (NJ) 1996, p. 393 (398); Arnold/Kühl. *Juristische Schulung* (JuS) 1992, 991 (996); Amelung, *JuS* 1993, p. 637 (642); idem, NStZ 1995, p. 29 (3); idem, *Goldammer's Archiv* (GA) 1996, p. 51 (57); Dannecker, *Jura* 1994, 585 (594); otra opinión: Herzog (compilador), *Die strafrechtliche verantwortlichkeit von Todesschützen*, etc., 1993, p. 57.

13. BVerfG NJW 1997, 929 (932). También Arnold. *JuS*, 1997, p. 400 (403).

14. BGH 5 StR 137/96 (NJW 1997, 1245), p.12.

de la orden; obligatoriedad que, por otro lado, se debe diferenciar de su juridicidad o antijuridicidad.

De acuerdo con el § 22 I WStG (también § 11 I 3 SoldG) la *obligatoriedad* queda suprimida (y con ella el deber de obediencia) especialmente –aunque también en casos comparables<sup>16</sup>– cuando la orden no fue dada con finalidad oficial, cuando viola la dignidad humana o exige un comportamiento punible<sup>17</sup>. Por otro lado, una orden puede ser considerada ya *antijurídica* si ordena una simple falta o “irregularidad”. Por ello, la *no* obligatoriedad exige algo más que una simple antijuridicidad o ilicitud, debe tratarse de una antijuridicidad *cualificada* o bien una antijuridicidad específica *penal* (*Strafrechtswidrigkeit*)<sup>18</sup>.

El consecuente reconocimiento de una orden<sup>19</sup> (simplemente) *antijurídica* pero igualmente *obligatoria* representa una *contradicción* de valores: el ordenamiento jurídico califica la acción ordenada como antijurídica pero obliga al subordinado a ejecutarla<sup>20</sup>. Esta contradicción de valores, codificada por el derecho penal militar, no tiene que ser solamente aceptada como *lex lata*, sino también explica porqué el subordinado no sólo debe ser exculpado<sup>21</sup>, sino aún *justificado*<sup>22</sup>. El § 5 I WStG prevé la posibilidad de exclusión de *culpabilidad*, cuando el subordinado comete un hecho antijurídico, el cual realiza un tipo penal. Se refiere por tanto, como también lo hace el reglamento militar que dispensa de la obligación de obedecer (§§ 22 I WStG, 11 II 1 SoldG), a un hecho antijurídico *penal* o –más explícito– *criminal* (*strafrechtswidrig*), no sólo a un hecho simplemente antijurídico; tal hecho criminal se basará regularmente en una orden igualmente criminal<sup>23</sup>. Así, en caso de una orden *no* obligatoria (por ser criminal) es posible solamente una exclusión de *culpabilidad*<sup>24</sup>.

15. Schölz/Lingens, supra nota 8, § 5 mn. 16; ver auch v. Weber. *Monatsschrift de Deutschen Rechts* (MDR) 1948, p. 34 (38: “¡Costumbre de obedecer!”).

16. En el caso de una orden imposible, irrazonable o insostenible (ver Arndt. NZWehrR, 1960, pp. 145, 148).

17. Ejemplos en Arndt. NZWehrR, 1960, p. 145 (149). Distinto al Derecho del empleado público, donde el relevo de la obligación de obedecer, depende subjetivamente de que la penalidad del receptor de la orden sea posible de reconocer (crit. Lenckner, supra nota 3, p. 227).

18. Se refiere a la violación del orden jurídico al cometer un hecho penal, no a la antijuridicidad penal como escala de valoración especial entre la tipicidad y la antijuridicidad (ver Günther. *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, 1993).

19. Ver Lehleiter. *Der rechtswidrige verbindliche Befehl*, 1994, p. 71, que muestra las distintas opiniones y distingue entre órdenes “con un disvalor del resultado de carácter penal” (“strafrechtlichem Erfolgswertüberhang”) y otras que ordenan un hecho que no realiza un injusto penal.

20. Preciso en v. Weber. MDR 1948, 37; también Lehleiter, supra nota 19, pp. 97, 193.

21. Así el punto de vista de Arndt. NZWehrR 1960, 145 (148); hoy en día ver Weber en: Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, 10ª ed., 1995. § 23 mn. 53.

22. Jescheck/Weigend. AT, supra nota 2, p 394, en nota 16; Roxin, supra nota 7, § 17 mn. 18; Jakobs, supra nota 6, 16/14; Lenckner, supra nota 3, p. 224; Lehleiter, supra nota 19, p. 158 (171, 188), con explicación de las distintas opiniones.

23. Este no tiene que ser necesariamente el caso: el superior puede hacer valer independientemente las causas de justificación y exculpación (Schölz/Lingens, supra nota 8, § 5 mn. 4), el subordinado puede desviarse conscientemente de la orden dada.

El actuar bajo una orden *obligatoria* (*simplemente* antijurídica), por otro lado, debe ser tratado diferentemente, pues en este caso el subordinado está sujeto a una *obediencia obligatoria*. Él debe obedecer la orden de acuerdo con el reglamento militar aplicable y se opone al sentido de justicia hacerle por ello un reproche de antijuridicidad penal. Este sentir se funda dogmáticamente en que, tratándose de infracciones menores (no penalmente antijurídicas, en el sentido mencionado), predomina la obligación de obediencia sobre el deber de respetar el orden jurídico (colisión justificable de deberes)<sup>25</sup>. La responsabilidad personal del subordinado depende decisivamente del deber de obediencia dentro de la “relación jurídica *interna*” nacida de la obligatoriedad de la orden. La “relación jurídica *externa*” queda intacta, ya que la obligación de obediencia no hace que el accionar del subordinado sea jurídico o lícito, sino que desplaza solamente la responsabilidad penal a un nivel superior de mando<sup>26</sup>. Así, dentro de la jerarquía militar, se responsabiliza de una orden antijurídica obligatoria a aquel que utiliza dicha jerarquía (es decir al superior) y no a aquel que es utilizado por ella (el subordinado)<sup>27</sup>.

4. Las regulaciones ya mencionadas comparten en parte las constelaciones de *error*. Así establece, como ya se mencionó, el § 5 I WStG en caso de una orden no obligatoria (penalmente antijurídica), un régimen especial de error de prohibición<sup>28</sup>. El § 22 WStG regula errores sobre la obligatoriedad de la orden, que bajo las allí mencionadas condiciones descartan una penalidad por desobediencia (§§ 19-21 WStG)<sup>29</sup>. Por lo demás se aplican las reglas generales del error.

5. Finalmente, en casos de actuación bajo órdenes pueden concurrir causas de justificación y de exculpación generales, especialmente el estado de necesidad por orden (*Befehlsnotstand*), o bien por fuerza o coacción (*Nötigungsnotstand*).

Esto presupone que el subordinado cumple una orden –que reconoce como antijurídica– para evitar una situación de peligro de muerte o de daño a la integridad física. En este caso se somete a una fuerza real, mientras que en el caso de actuar bajo órdenes cede ante una obligación jurídica (obligación de obediencia)<sup>30</sup>. El estado de necesidad por orden representa un caso especial de estado de necesidad por fuerza o coacción, pero opera solamente si existe peligro de muerte o daño a la integridad física<sup>31</sup>. La clasificación del estado de necesidad por fuerza, como razón de justificación

24. Ver Jescheck/Weigend. AT, supra nota 2, p. 494.

25. En este sentido Jescheck/Weigend. AT, supra nota 2, p. 394; Roxin, supra nota 7, § 17 mn. 18.

26. Parecido en v. Weber. MDR 1948, p. 37; Lenckner, supra nota 3, p. 225.

27. Preciso en Jakobs, supra nota 6, 16/14.

28. Ver supra nota 6.

29. Ver Arndt. NZWehrR 1960, p. 145 (153).

30. Lehleiter, supra nota 19, p. 183.

31. Jescheck/Weigend. AT, supra nota 2, p. 483; también Jäger. *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 2ª ed., 1982, p. 81, el cual comprueba que los autores Nazis no estuvieron expuestos a tal peligro (94, p. 120).

o exculpación, es discutible<sup>32</sup>. Una exculpante encuentra sus límites en la cláusula de exigibilidad del § 35 I 2 *Strafgesetzbuch* (StGB = Código Penal), pues debe aceptarse el peligro cuando el autor del delito se encuentra en una relación jurídica especial, en cuyo marco puede típicamente aparecer dicho peligro<sup>33</sup>.

## II. LA SITUACIÓN JURÍDICA PENAL INTERNACIONAL

### 1. La jurisprudencia internacional desde Nuremberg

La “actuación bajo órdenes” adquirió, desde el punto de vista de la defensa, durante los juicios de Nuremberg<sup>34</sup> una connotación especial, ya que Hitler, como jefe supremo del mando, tras su muerte no podía ser enjuiciado. La libertad de los que recibieron las órdenes se hubiera logrado simplemente invocando una “orden del *Führer*” para cada crimen de los Nazis, bajo el supuesto de una jerarquía extremadamente vertical.

Para el Tribunal Internacional Militar (TIM) y los tribunales posteriores fue bastante fácil rechazar este postulado, el estatuto del TIM (art. 8º) y la Ley del Consejo de Control (de los Aliados) Nº 10 (KRG 10, art. II Nº 4) excluyen la “actuación bajo órdenes” como causal de exención de la punibilidad. El TIM argumentó que el artículo 8º era compatible con el derecho de todas las naciones y, por lo tanto, la “actuación bajo órdenes” sólo podría considerarse una causa de atenuación de la pena. Lo que habría que determinar es si de acuerdo al derecho penal de la mayoría de las naciones “existió, según la ley ética, la posibilidad real de elegir (*moral choice*)”<sup>35</sup>. Si esto no fuese así, existe la posibilidad de una atenuación de la pena. Con respecto a los crímenes concretos, el TIM llegó a la siguiente conclusión:

“Órdenes superiores, aunque hayan sido dadas por un militar, no podrán ser consideradas como atenuantes, si es que dichos crímenes indignantes y frecuentes fueron realizados en forma consciente, sin consideración y sin necesidad militar o justificación”<sup>36</sup>.

32. Ver la discusión actual en Lehleiter, supra nota 19, p. 182, el cual apela a una justificación (185); Jescheck/Weigend, supra nota 2, p. 484; diferenciando Roxin, supra nota 7, § 16 mn. 57.

33. Hirsch, en *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 13ª entrega, 1994, § 35 mn. 53, 55. § 35 I 2 StGB hace evidente que se trata del problema de la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma (ver Lenckner, en Schönke/Schröder, StGB, 25ª ed., 1997, § 35 mn. 2 a).

34. Como “Juicio de Nuremberg” se conoce el juicio contra Göring y otros (*Internationaler Gerichtshof-IMG, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem IMG, Nürnberg 1947*, 42 tomos) y los 12 juicios posteriores ante Tribunales Militares Estadounidenses (*US-Government Printing Office, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, Washington D. C., 1950-1953, 15 tomos, citados como TWC y tomo).

35. *IMG*, supra nota 34, p. 250. En ella se habla ciertamente de una posibilidad de exención por estado de necesidad por fuerza (ver v. Weber. MDR 1948, p. 39).

De igual manera se pronunciaron los tribunales militares en los juicios posteriores, basándose en el texto legal del art. II 4 b) KRG 10<sup>37</sup>. Se señala que emplear como justificación la “actuación bajo órdenes”, siguiendo la argumentación de la defensa, llevaría al absurdo resultado de que Hitler fue el único responsable de todos los crímenes<sup>38</sup>.

En algunos juicios se desarrollaron condiciones materiales de aplicación a la “actuación bajo órdenes”. El Tribunal en *US v. Brandt et al.*<sup>39</sup>, sostuvo el punto de vista de que la invocación de la causal de “actuación bajo órdenes” no es admisible si el acusado tenía un *espacio de decisión*, como la facultad de rechazar la orden o realizarla voluntariamente y por iniciativa propia<sup>40</sup>. En el *Proceso contra los juristas* se dijo que la aplicación de leyes formales no liberaba a nadie de responsabilidad; más bien, el proceder siguiendo la ley es condenable si es que las leyes invitan a cometer crímenes internacionales<sup>41</sup>. Según *US v. List et al.*<sup>42</sup>, la “actuación bajo órdenes” no puede excluir de responsabilidad penal en base al derecho interno de las “naciones civilizadas”, pero a nivel del derecho internacional depende de la jurisdicción de la orden. Sólo en el caso de una orden jurídica se puede tomar en consideración una exclusión del injusto; de otra manera –en el caso de una orden antijurídica– hace ya falta una norma válida<sup>43</sup>, así que la ejecución de la orden solamente podría considerarse como atenuante de la pena. Sin embargo, una exención de la punibilidad es posible alegando error<sup>44</sup>.

La cuestión del *conocimiento* (elemento subjetivo) cumplió un papel decisivo en *US v. Ohlendorg et al.*<sup>45</sup>. Partiendo del hecho de que un soldado no es una máquina, sino un ser racional, resulta que una exclusión del injusto sólo es posible si se trata de órdenes que se refieren a obligaciones militares, para cuya promulgación el superior tiene competencia y que además son legales. En el caso de una orden antijurídica

36. *IMG*, supra nota 34, p. 328 (traduc. del alemán). Ver también p. 253: “La relación entre líder y liderados, al igual que en una relación tiránica, no excluye de responsabilidad si es que se trata de crímenes estatales organizados.” (trad. del alemán).

37. *US v. Brandt et al.*, TWC II, pp. 227, 291, 296; *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, pp. 983 s.; *US v. von Leeb et al.*, TWC XI, pp. 475, 507 s.

38. *US v. von Leeb et al.* TWC XI, pp. 507 s; *US v. Weizsäcker et al.*, TWC XIV, p. 976.

39. *US v. Brandt et al.*, TWC II, pp. 227, 262 s.

40. Tal iniciativa propia se puede dar en caso de un exceso (ver BGH NJW 1995, pp. 1297 s: excesos individuales contra la población civil no cubierta por una orden militar y perseguida penalmente por el derecho militar).

41. *US v. Altstoetter et al.*, TWC III, pp. 983 s., 1128.

42. *US v. List et al.*, TWC XI, pp. 1236 s., también pp. 1271, 1280.

43. Literalmente: “...an illegal order is in no sense of the word a valid law which one is obliged to obey”. (*Idem.*, p. 1237) [“en el derecho válido carece de sentido que alguien esté obligado a obedecer una orden ilegal”].

44. Ver *US v. Milch*. TWC II, p. 788.

45. *US v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, pp. 470 s.; sobre casos precedentes en Alemania: pp. 483 s.; sobre acusados concretos: pp. 473, 517, 585; con respecto al “principio del liderazgo” en este contexto ver pp. 506 s.

depende de la –ya por el TIM citada– posibilidad de una “elección moral” y de que el subordinado pueda probar una “ignorancia excusable de su ilegalidad” (*excusable ignorance of their illegality*). Si es que faltara, el subordinado podrá invocar solamente un estado de necesidad por fuerza o coacción (*Nötigungsnotstand*)<sup>46</sup>. La invocación de la “actuación bajo órdenes” no es posible, en todo caso, si el subordinado se somete en algún momento al carácter antijurídico de la orden.

Esta jurisprudencia, sobre todo el veredicto del TIM, constituyó la base de otros numerosos juicios contra criminales de guerra nazis ante tribunales nacionales y de ocupación, en los que la “actuación bajo órdenes”, como razón de exención de punibilidad –por las mismas razones–, fue rechazada. De las numerosas decisiones jurisprudenciales internacionales<sup>47</sup>, es relevante el juicio contra el Director del Departamento de Asuntos Judfjos del Ministerio de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*, Adolf Eichmann<sup>48</sup>). En este caso se rechazó la objeción de la “actuación bajo órdenes”, debido a la falta de reconocimiento, por parte del derecho internacional penal, de las órdenes “evidentemente ilícitas” (*manifestly unlawful*)<sup>49</sup>. Por otro lado, se señaló que Eichmann no solamente cumplía órdenes, sino que actuaba de manera ‘sobrecumplidora’<sup>50</sup>. Hace poco, en el caso “Erdemovic” ante el ICTY, también fue negado el efecto eximente por “actuación bajo órdenes” basado en el texto del artículo 7º inciso 4 del Estatuto del Tribunal<sup>51</sup>.

Merece especial referencia, además, –no sólo desde un punto de vista alemán– la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Zona Británica (*Oberster Gerichtshof für die britische Zone-OGHBrZ*), sucesor del *Reichsgericht* en la zona de ocupación británica hasta el establecimiento del *Bundesgerichtshof*. Lamentablemente la jurisprudencia del OGHBrZ fue pocas veces citada<sup>52</sup>. Este Tribunal no examinó tanto la cuestión del efecto eximente de la “actuación bajo órdenes”, sino más bien el problema fundamental de cómo órdenes estatales –también órdenes legales– pueden

46 En la sentencia falta una delimitación clara (ver *idem*, p. 470).

47 Sobre los juicios inmediatos al término de la guerra ver United Nations War Crimes Commission (UNWCC), Law Reports of Trials of War Criminals, T. XV (Digest), 1949, pp. 157 ss.; secundaria. También Bassiouni, 1992, pp. 415 s., sobre el juicio contra Priebe ver Hein. *Deutsche Richterzeitung*, 1996, p. 476 (481).

48. Ver la condena (a muerte) del Juzgado de Primera Instancia de Jerusalén de 12.12.1961 (International Law Reports = ILR 36, 1968, pp. 5-14, 18-276; traducción al alemán en: Less, 1987) y la sentencia confirmatoria en la apelación ante la Corte Suprema de 29.5.1962 (ILR 36, 1968, pp. 14-17, 277-344).

49. *Juzgado*, supra nota 48, par. 218-20; CS, supra nota 48, par 15 (entre otros basándose en US v. Ohlendorf).

50. *Juzgado*, supra nota 48, par. 216, 228-231; CS, supra nota 48, par. 15 (pp. 313, 318 s.).

51. *ICTY-Trial Chamber I*, Sentencing Judgement, Drazen Erdemovic. Case Nº IT-96-22-T, 29-11-1996, par 15 s. (con anotaciones interesantes sobre el estado de necesidad por fuerza). Ver también Ambos/Ruegenberg, NSiZ-RR 1998, pp. 167 s.; Ambos, en: Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, T. III Makrodelinquenz, Baden-Baden 1998, pp. 391 ss.

52. El único trabajo que analiza la jurisprudencia de guerra (pero de modo demasiado negativo) es el de Storz. *Die Rechtsprechung des OGHBrZ*, 1969, passim.

desarrollar efectos eximentes y cómo, en un caso concreto, otras razones de justificación o excusa (sobre todo el estado de necesidad por fuerza) pueden tomar en cuenta la situación especial de sometimiento por fuerza o coacción del subordinado. En cuanto a las órdenes basadas en una ley, la Corte sostuvo con notable claridad en su primera sentencia sobre los casos de eutanasia decretada por Hitler en octubre de 1939, que éstas (y otras) “normas” no tenían ninguna obligatoriedad jurídica o legal:

“La opinión de ciertos profesores nazis de derecho de que cada capricho jurídicamente relevante de Hitler, que en su modo puede ser visto como norma, no obstante su forma, igual a una ley y obligatoria jurídicamente, es un autodesapoderamiento de los miembros de la comunidad jurídica denigrada a favor de un déspota, que analizado desde el punto de vista del Estado de Derecho no merece observancia como ciencia de las fuentes jurídicas”<sup>53</sup>.

La OGH no sólo se ha apoyado en el texto legal del KRG 10 en lo que respecta a la consecuencia jurídica concreta de la “actuación bajo órdenes”, sino que también se ha pronunciado sobre la situación jurídica alemana (en particular § 47 MStGB), diciendo que las infracciones graves del derecho no pueden ser justificadas por “actuación bajo órdenes”. El subordinado podría verse envuelto en una situación excepcional de necesidad debido a la orden que se le dio y por ello su conducta podría –bajo ciertas condiciones estrictas– ser justificada o exculpada por las causales de estado de necesidad o estado de necesidad por fuerza. El autor no sólo debe encontrarse en una situación objetiva de peligro, sino que debe estar consciente de dicho peligro y haberse decidido a realizar la acción ordenada para evitarlo:

“La circunstancia de que tal acción sea la única salida a dicha situación de peligro para la vida, debe haberlo llevado a esta elección... Si el autor no obró, a pesar del peligro inminente, para evitarla, sino por otros motivos, entonces no entran en vigencia los §§ 52, 54 StGB”<sup>55</sup>.

Por ello tiene que existir también un elemento subjetivo de justificación.

Sin embargo, el OGHBrZ llegó después a la conclusión que el artículo II 4 b) KRG 10 no quiere decir, para todos los casos, que la orden no sea relevante para la responsabilidad penal del receptor de la misma<sup>56</sup>. Más bien, expresa solamente un concepto jurídico que debe estar en concordancia con el Derecho de todas las naciones,

53. OGHSt 1, p. 321 (324) (traduc. del alemán). Ver también OGHSt 2, pp. 117 (128, 129). A este se unió el BGH, ver BGHSt 2, pp. 173 (177); 2, 234 (237s); 3, 110 (128); 3, 357 (362 s) así como recientemente refiriéndose al § 27 de la Ley de Frontera de la RDA BVerfG NJW 1997, p. 929 (931).

54. OGHSt 1, p. 310 (312). Sobre la situación jurídica alemana v. Weber, MDR 1948, pp. 35 s.

55. OGHSt 1, p. 313 (traduc. del alemán). Los §§ 52, 54 (antiguo) StGB regularon la “coacción por una situación de fuerza” (*Nötigung durch Zwangslage*) y el “estado de necesidad” (*Notstand*).

56. OGHSt 2, p. 269 (276).

es decir, concretamente puede depender de si es aplicable el derecho alemán, que es más benévolo con el subordinado (§ 47 MStGB) o el anglosajón que es más estricto. En el caso concreto, sólo lo mencionó y se inclinó por el derecho anglosajón. Según éste, depende si la orden era evidentemente antijurídica y si el subordinado debió reconocerla, es decir, si éste “estaba en la capacidad de comprender lo injusto de su proceder”<sup>57</sup>.

## 2. La normatividad y doctrina del derecho penal internacional

### a) Ninguna exclusión de la punibilidad

La jurisprudencia descrita refleja la situación del derecho internacional penal en la actualidad<sup>58</sup>. Como se ha comprobado en otro lugar<sup>59</sup>, las fuentes del derecho internacional demuestran claramente que el “actuar bajo órdenes”, en el caso de la violación de los derechos humanos, no se puede reconocer como causal de exclusión de la punibilidad. Tratados internacionales, tales como la Convención contra la Tortura de la ONU<sup>60</sup> (art. 2 apart. 3), niegan categóricamente cualquier exención de pena. El Estatuto de Roma,<sup>61</sup> si bien no contiene un rechazo tan absoluto como los otros instrumentos, declara inadmisibles la defensa que invoca el cumplimiento de la orden superior, en caso de órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad ya que éstas son consideradas ilícitas (art. 33 inc. 2). De esta manera el estatuto confirma la tendencia general de los tratados internacionales y regionales citados. El restante derecho en formación (*soft law*)<sup>62</sup>, sobre todo las resoluciones de la Asamblea General de la ONU y otros organismos de las NNUU, en general no se refieren a crímenes determinados, sino a crímenes internacionales y a violaciones graves de derechos humanos.

La responsabilidad penal del mando o superior, que conforma la contraparte lógica del receptor de la misma (subordinado), obedece a la denominada doctrina de la

57. *Idem*, p. 277.

58. Sobre la situación jurídica hasta fines de la Segunda Guerra Mundial, ver v. Weber. MDR 1948, p. 34.

59. Ver Ambos. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, p. 294, especialmente el cuadro II que se refiere a las fuentes internacionales desde Nuremberg (estatutos del IMG) hasta La Haya (estatutos de los tribunales para Yugoslavia v Ruanda); ahora también. Ambos. *Impunidad y derecho penal internacional*, 1999 (Buenos Aires, ad hoc; Bogotá, Universidad Externado de Colombia), cap. V, cuadro II.

60. BGBl. 1990 II 247. La Convención entró en vigencia el 26 de junio 1987 y fue firmada hasta el 27 de marzo de 1997 por 102 países, ver <http://www.un.org/Depts/treaty>.

61. *Rome Statute of the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International criminal Court on 17 July 1998, Doc. ONU A/Conf. 183/9; en: ILM 1998, 999; ver también <http://www.un.org/icc>.

62. Bajo “soft law” se entienden aquellas declaraciones o acuerdos extrajurídicos/os que no corresponden a las clásicas fuentes del derecho internacional como lo prevé el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia. Es por ello que no fundan ninguna obligación internacional, pero pueden llegar a tener importancia (política) o efectos penalizadores (intraestatales) (ver Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., 1984, §§ 540 s., 654).

responsabilidad de comando (*command responsibility*), que se encuentra en numerosas fuentes internacionales (más reciente también en art. 28 del Estatuto de Roma<sup>63</sup>) y está reconocida por el derecho consuetudinario internacional<sup>64</sup>.

En lo referente a la responsabilidad del subordinado, una diferenciación parece razonable. Si se trata de hechos reconocidos como *crímenes internacionales*, en particular por el Derecho de Nuremberg y su continuación a través de los estatutos de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y por el Estatuto de Roma, se rechaza una exclusión de la punibilidad. En lo que aquí concierne, existen tres grupos de delitos: crímenes de guerra (Derecho de La Haya y de Ginebra), genocidio y crímenes contra la humanidad<sup>65</sup>. Sin embargo, los Estados parte de la Convención sobre Genocidio, así como de las Convenciones de Ginebra (CG) y sus Protocolos Adicionales (PA), no se querían comprometer en esa cuestión<sup>66</sup>. Eso demuestra por un lado, que la reglamentación propuesta en el artículo 8º del Estatuto de la TIM (ninguna exclusión de la punibilidad), especialmente con respecto a las reglamentaciones del derecho nacional militar<sup>67</sup>, ya en la época generaba dudas y lleva, de otra parte, a preguntar por qué, a pesar de esto, fueron adoptados sin más por el Consejo de Seguridad de la ONU en los Estatutos del ICTY and ICTR. Parece que el Consejo de Seguridad –en vista de la crueldad de la guerra en la entonces Yugoslavia y en Ruanda– quería quitarle sustento, desde un principio, a la posibilidad de invocar el cumplimiento de una orden como causal de exclusión de la punibilidad. Como sea, no se puede negar que el rechazo de la orden superior como causal de exclusión de la punibilidad, reconocido además por la CDI en el Proyecto del Código de Crímenes de 1996<sup>68</sup>, tiene una base sólida en la jurisprudencia internacional desde Nuremberg,

---

63. Ver el comentario de Fenrick, en: Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, 1999 <www.nomos.de>.

64. Ver Ambos, *supra* nota 59, p. 303.

65. Ver art. 1-5 del “Estatuto del Tribunal para Yugoslavia” (resol. 827 del Consejo de seguridad de 25-5-1993), art. 2-4 del “Estatuto del Tribunal para Ruanda” (resol. 955 de 8-11-1994), como los artículos 17, 18 y 20 del “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind” de 1996 = Draft Code 1996 (Report ILC on the work of ist 48th session, 1996, A/51/10, par. 30 y s.; ver Ambos. *European Journal of International Law*, 1996, pp. 519, 529). La categoría “crímenes contra la humanidad” es sumamente discutida debido a su contenido (ver *idem*, pp. 536 y s.).

66. Ver Jescheck. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (SchwZStR) 1957, p. 217 (243); Gasser, en: Haug. *Menschlichkeit für alle*, 1993, p. 499 (591).

67. Las reglamentaciones mencionadas parten de una absoluta exención de la pena. Ver el Field Manual estadounidense de 1956 (en Jescheck, SchwZStR 1957, p. 244) y el British Manual of Military Law (*cfr.* Eser. *Israel Yearbook on Human Rights*, 1994, pp. 201, 206 en nota 20); ver también Oehler. *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 1983, mn. 1038 y ss.

68. Ver art. 5º Draft Code 1996 (*supra* nota 65). Una exención de la pena según el art. 11 Draft Code 1991 (Report of ILC on the work of ist 43rd session, 1991, A/46/10, pp. 238 y s.) solamente será negada, si el subordinado tuvo la posibilidad “not to comply with that order”. Con respecto al Draft Code 1991, ver: McCormack/Simpson. *Criminal Law forum* (CLF) 1994, pp. 1-55; *Tomuschat*, en: Hankel/Stuby (comp.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 270-294; Ambos. ZRP 1996, p. 265 y s.

analizada en la sección anterior. Una visión comparada del derecho extranjero también apoya este punto de vista<sup>69</sup>.

Si se trata de *otros delitos*, aquellos que no caen dentro de las categorías citadas y que tienen un bajo grado de reconocimiento por parte del derecho internacional o en parte no son reconocidos, se debe seguir la formulación del CDI-Proyecto de Código (“Draft Code”) y de los “principios básicos para el uso de armas de fuego por miembros de las fuerzas de seguridad”, de que en determinados casos un “acto en cumplimiento de una orden” puede ser causal de exclusión de punibilidad. Se trata de los hechos en los cuales no es posible para el autor oponerse a la orden y la orden no es “manifiestamente antijurídica”.

La última diferencia se remonta a la discusión desarrollada especialmente en la doctrina penal<sup>70</sup>, acerca de si no depende en última instancia del punto de vista subjetivo del destinatario de la orden y ulterior autor del hecho inmediato. Desde la perspectiva del derecho penal parece admisible –por el principio de culpabilidad– una condena sólo si la ejecución de la orden y (con esto) la comisión del hecho, es imputable y reprochable al destinatario de la orden. Este componente subjetivo es pasado por alto, generalmente, por las consideraciones estatales de “carácter colectivo” que se encuentran en el campo del derecho internacional<sup>71</sup>. El “actuar bajo órdenes” puede ser reprochable sólo si el subordinado pudo reconocer la antijuridicidad de la orden o –a pesar de su abierta antijuridicidad– no la reconoció por grave imprudencia y, no obstante haber tenido la posibilidad de actuar de otro modo, sin embargo la ejecuta. El TIM empleó, como ya se dijo, el criterio de una verdadera “elección moral”. Este

69. Cfr. Jescheck/Weigend, supra nota 2, pp. 498 ss.; Kreuter. *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, 1997, pp. 169 y ss.

70. Ver especialmente Eser (supra nota 67), p. 204, que describe la discusión actual diferenciándola en tres direcciones: “actuar bajo órdenes” como “full defence” (“binding effect of an order”, “subjective impossibility of refusing”), como ninguna “defence” (planteamiento de “absolute liability”) o –como solución media– diferenciación según “manifest illegality” o bien *mens rea* (ver en Festschrift Triffterer, 1996, pp. 755, 762 y s.). Ver Jescheck (*Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 255, 385), el cual –como Eser– es partidario de la “solución media” (ver Jescheck. *SchwZStR* 1957, pp. 241 y s.). Para Oehler (supra nota 67), mn. 1038, aquí 1044, depende si es que el subordinado “no pudo reconocer la orden como obviamente antijurídica o si no tenía que reconocer, razonablemente, su antijuridicidad”; ver Triffterer, en: Lampe (comp.). *Deutsche Wiedervereinigung*, T. II, 1993, p. 131 (147 y s); dicho sea de paso, él trataría crímenes de guerra y hechos delictivos por igual. Ver también Zúñiga. *Nuevo Foro Penal* (Medellín), 1991, p. 331 (339); Gasser (supra nota 66), p. 591; Sunga. *Individual responsibility in international law for serious human rights violations*, 1992, pp. 55 y s.

71. Ver Orentlicher (*The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2537, 2603) y Kokott (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht - ZaöRV* 1987, pp. 506, 528) los que constataron que en caso de graves violaciones de Derechos Humanos no existe ninguna justificación (en un sentido no técnico; de manera similar *UN-Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, UN-Dok E/CN.4/1994/26. 1993, par. 46 j). O’Brien. *American Journal of International Law (AJIL)*, 1993, p. 639 (653), se refiere al problema del conocimiento (insuficiente) del subordinado y quiere reconocer “orden superior” como “defensa” (parecido al planteamiento diferenciado de Sunga, supra nota 70, p. 57).

intento de encontrar una solución justa para cada caso individual se encuentra presente en las fuentes internacionales, solamente en las reglamentaciones sobre atenuación de la pena bajo la fórmula “si la justicia así lo requiere” (*if justice so requires*). Dogmáticamente se trata del problema del juicio de reprochabilidad del ejecutor de la orden. Al respecto se asocian dos cuestiones específicas. Partiendo de la falta de conocimiento del injusto que implica la ejecución de la orden, se puede preguntar en primer lugar, si el subordinado hubiera podido o no *evitar* ese error de prohibición<sup>72</sup>. En un caso concreto esto depende de numerosos factores, tales como el tiempo de reflexión existente entre el momento en que se imparte la orden y el momento en que se ejecuta, la disciplina exigida a los militares y otras circunstancias. Finalmente, el subordinado tiene también un deber de examinar la orden; las exigencias a este deber corresponden, en principio, a las de un infractor “normal”<sup>73</sup>.

Una orden es pues, en todo caso, reconocida como antijurídica –según el baremo del observador razonable promedio– cuando es “manifiestamente ilegal” (antijurídica); en este caso existe una presunción a favor de la posibilidad de evitar el error de prohibición<sup>74</sup>. Esto se debe aceptar en el caso de órdenes que se dirigen a la comisión de graves violaciones de derechos humanos. La orden de hacer “desaparecer” una persona, de torturarla o de ejecutarla ilegalmente es tan “manifiestamente ilegal” como el genocidio de una determinada minoría étnica y determinados crímenes de guerra. Existe pues un límite absoluto, que no deja espacio para una consideración subjetiva, teniendo en cuenta el objetivo orden de valores (de derecho internacional), en determinadas actividades delictivas se parte del reconocimiento de la ilegalidad de la orden, y también se atribuye a todo destinatario de la orden la capacidad de efectuar tal reconocimiento<sup>75</sup>. Esto corresponde también con la valoración aludida en el § 5 I WStG, pues la antijuridicidad del hecho es en estos casos evidente. Como segunda pregunta específica, se debe verificar si el subordinado no puede ser exculpado desde *otro* punto de vista que más bien se refiere al reproche personal en sentido

---

72. Ver Jescheck. SchwZStR 1957, p. 242; *idem*, supra nota 70, p. 387; Jescheck/Weigend, supra nota 2, p. 495. La discusión se refiere al término de Metzger, “la ceguera del derecho”- “Rechtsblindheit” (explícitamente Jescheck. SchwZStR 1957, 244; ver Tribunal Regional Superior de Freiburg, Juristenzeitung - JZ 1951, p. 86). Una parte de la ciencia parte de un error de tipo (ver Zúñiga, supra nota 70, pp. 339, 342 nota 37; Sancinetti. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1987, p. 472).

73. Según Jescheck (supra nota 70), p. 261 el deber de verificación es limitado, depende del reglamento disciplinario y de las posibilidades reales, ya que en el campo militar no se deben sobrepasar ciertas exigencias (ver también Zúñiga, supra nota 70, p. 341). Ver ya supra nota 9 y texto.

74. Así Sancinetti, supra nota 72, p. 472.

75. En este sentido, en contra de la doctrina de la “obediencia a ciegas” en actos crueles, Zaffaroni (comp.), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, 1986, p. 272. La Corte Constitucional colombiana niega rotundamente el efecto eximente en caso de órdenes antijurídicas, particularmente en casos de “hechos de suma crueldad” (veredicto C 578/95 de 4-12-1995, especialmente pp. 28, 35). Ver también Oehler (supra nota 67), mn 1020, 1044; Triffterer, en: Hankel/Stuby (supra nota 65), p. 240; Roht-Arriaza (comp.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, 1995, p. 66.

estricto. El estado de necesidad por coacción<sup>76</sup>, ya mencionado –como causa de exculpación– entra en vigencia si el subordinado es obligado a ejecutar una orden, reconocida por él como antijurídica, ya que de lo contrario su vida, su integridad física y su libertad estarían en peligro. La figura del procedimiento bajo órdenes es en tal caso superflua, ya que las causas generales de exculpación permiten soluciones adecuadas<sup>77</sup>. Entonces rigen también los presupuestos de aquéllas, en especial debe el subordinado haber actuado para evitar un peligro<sup>78</sup>.

En todos los casos posibles se trata de la cuestión del *reproche personal* por la ejecución de la orden, de conformidad con la terminología alemana y española, ello nos ubica en el terreno de la culpabilidad y no de la justificación<sup>79</sup>. Eso es igualmente correcto en tanto que, la accesoriadad limitada, permite la posibilidad de una participación punible –por ejemplo de un instigador o cómplice militar de mala fe– en el hecho ejecutado, así como la justificación de un ataque realizado en legítima defensa. Que se le quiera reprochar finalmente al destinatario de la orden su ejecución, dependerá decididamente de como se considera la relación de servicio militar. Esto dependerá nuevamente del caso en concreto y es una pregunta de hecho, mas no de carácter normativo. En el caso de los llamados delitos graves, la disciplina militar no puede constituir, por sí sola, el límite en el examen de legalidad de las órdenes. Tampoco es razonable, porque justamente en el campo militar “las exigencias no deben ser exageradas”<sup>80</sup>. ¿No debería justamente un soldado estar a la altura de las especiales situaciones de dificultad que implican su servicio? Tampoco es necesario partir

76. Con respecto a la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como causa de exculpación (negada) ver Jescheck/Weigend, supra nota 2, p. 503; Roxin, supra nota 7, § 22 mn 138 y s. La inexigibilidad en general es descrita por: Zúñiga (supra nota 70), p. 344.

77. Así básicamente el planteamiento de *mens rea* (Dinstein), que ve la orden de un superior, no como defensa “propia”, sino como parte de otra “defensa” (ver Eser, supra nota 67, p. 209). Aparte de la inexigibilidad de una conducta, conforme a la norma se puede pensar también en una colisión de deberes (ver Sancinetti, supra nota 72, p. 468).

78. Ver Jescheck/Weigend, supra nota 2, p. 483; Roxin, supra nota 7, § 22 mn. 32 y s.

79. Así también Jescheck/Weigend, supra nota 2, p. 494; Jescheck, supra nota 70, p. 255, que sin embargo se ocupa de una (adecuada) armonización integral de ambos deberes de protección: “De una parte, el ordenamiento jurídico debe asegurar la *capacidad funcional del aparato estatal* y esto requiere de la garantía del deber de obediencia, al interior de la jerarquía de los órganos estatales, especialmente en el ámbito militar. De otra parte, se encuentran el *deber del Estado de Derecho*, de proteger a todas las personas de las intervenciones del poder estatal y de aplicar las normas penales, también en contra de aquellos órganos estatales en los que sus superiores imparten órdenes ilegales. Esta contradicción genera exigencias opuestas a los subordinados y con ello a la *colisión entre el mandato de obediencia y las normas del ordenamiento penal*. El fundamento para la exculpación del subordinado de la responsabilidad penal puede ser de una parte esta *contradicción de deberes*, pero también la *protección de la confianza*, que por lo general al subordinado le manifiesta la legalidad de las órdenes del superior” (p. 255; traduc. del alemán). En forma similar la argumentación de *sancinetti*, supra nota 72, p. 467 ss. sobre la colisión (exculpativa) de deberes. Decidido por el estado de necesidad justificante Roxin, supra nota 7, § 17 mn. 18. Críticas sobre la falta de diferenciación en la doctrina extranjera: Eser, supra nota 67, p. 209.

80. Jescheck, SchwZStR 1957, p. 261.

—como principio—, de la “costumbre a la obediencia y la confianza en los superiores”<sup>81</sup>, en favor de los subordinados<sup>82</sup>.

*b) Excepcionalmente atenuación de la pena*

De las fuentes pertinentes del derecho internacional penal<sup>83</sup> se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico —crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad— es permitida en casos individuales, “si la justicia así lo requiere”. Esta formulación estándar demuestra, que la comunidad de estados se inclina por una reducción de la pena en estos supuestos, pero deja la decisión de los casos individuales a las sedes jurisdiccionales respectivas<sup>84</sup>. En este sentido, se debe referir a los *criterios* ya desarrollados.

Si se trata de un supuesto donde el subordinado, habiendo *reconocido* la *antijuridicidad* de la orden, sin embargo la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Aquí entra en consideración, pues, el aspecto ya planteado en el plano de la exclusión de la punibilidad, de la obligatoriedad de la orden dentro de la jerarquía militar<sup>85</sup>, que puede impedir en determinadas circunstancias el rechazo de la orden (inexigibilidad de una conducta conforme a la norma).

Si se trata de un caso en el cual el subordinado *no reconoce* la *antijuridicidad* de la orden, pero este error (de prohibición) fue evitable, se podrá considerar, de acuerdo con lo dicho, con mayor razón una atenuación punitiva. Ya que en este caso el grado de reproche es menor<sup>86</sup>. El subordinado actúa aquí confiando en la legalidad de la orden, y la reprochabilidad de su conducta consiste sencillamente en no haberla examinado suficientemente, es decir por un comportamiento imprudente, lo que puede fundamentar un reproche de culpabilidad por imprudencia —pero no por dolo como cuando se actúa a pesar de conocer la *antijuridicidad* de la orden. Por lo demás, aquí también la decisión depende en última instancia del caso individual. Se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución.

---

81. Jescheck. SchwZStR 1957, p. 244 (traduc. del alemán).

82. A donde conduce esa mentalidad lo muestran las revelaciones del antiguo capitán de corbeta argentino Scilingo (*cf.*: Verbitsky, 1995).

83. Ver *supra* nota 59.

84. Ver Eser, *supra* nota 67, p. 210, nota 35; Jescheck, *supra* nota 70, p. 255; *idem*, SchwZStR 1957, p. 244; Sunga, *supra* nota 67, p. 57; Orentlicher, *supra* nota 68, p. 2603.

85. *Cfr.* Especialmente Jescheck, *supra* nota 70, p. 255 ss.; *ibid.*, SchwZStR 1957, pp. 242 ss.

86. En este sentido Zúñiga, *supra* nota 70, p. 349.

## RESUMEN

El *derecho internacional penal* establece en el caso de los denominados crímenes internacionales, especialmente la tortura y las “desapariciones forzadas”, que no es admisible una exclusión de la punibilidad. En éstos se parte, en el sentido de la citada presunción, de la antijuridicidad *manifiesta* de la orden, de modo tal que se desvirtúa la posibilidad de un error de prohibición *inevitable* y permite atribuirle al subordinado el hecho. Tampoco una difícil situación de conflicto del subordinado conlleva, *en principio*, en vista del bien jurídico violado, a la exclusión de la punibilidad; sin embargo puede considerarse como una circunstancia de atenuación punitiva. En el caso de hechos menos graves, puede plantearse una exclusión de la punibilidad si la orden no es abiertamente antijurídica y fue imposible para el subordinado oponerse a ella. Por el contrario, se plantea, en principio, también la posibilidad de una *atenuación punitiva* para los casos de crímenes internacionales. Aquí depende –de modo similar al supuesto de exclusión de la punibilidad– del caso individual y especialmente de si al subordinado le era posible negarse a cumplir la orden.

Desde el punto de vista del *derecho penal*, el reconocimiento de causales excluyentes de punibilidad o de atenuación punitiva a favor del subordinado, plantea siempre una cuestión de *reproche individual* por el hecho. Partiendo de la falta de reconocimiento del injusto por parte del subordinado (error de prohibición) se tiene que clarificar, en primer lugar, si él podía evitar el error o no. La posibilidad de evitarlo se presume en las órdenes manifiestamente ilegales. En estos casos se tiene que preguntar además si, en la situación concreta, se hubiera podido comportar conforme a las normas o no (problema de la inexistencia de una conducta conforme a la norma).

En el derecho alemán se diferencia entre una orden simplemente antijurídica y penalmente antijurídica. Si se trata de una orden obligatoria, entonces se justifica en principio al receptor de la misma. Si la orden es antijurídica –no obligatoria–, se considera sólo como una causa de exclusión de culpabilidad (§ 5 I WStG). Pero en tanto el derecho internacional penal establece que perpetrar crímenes internacionales representa un hecho antijurídico evidente, tiene que eliminarse la posibilidad de un recurso de apelación al amparo del § 5 I WStG.

Aunque la situación jurídica parezca clara, la dimensión psicosocial del “actuar bajo órdenes” es compleja. Solamente una educación crítica y un derecho penal ilustrado y liberal disminuyen la discrepancia entre las exigencias del derecho internacional penal y la realidad de la “obediencia absoluta”, no sólo en el caso de las jerarquías de mando. Es necesario un tratamiento crítico frente a la autoridad y las órdenes:

“‘Orden es orden’: quizás el seguir una orden puede originar su carácter definido e indiscutible, lo cual provoca que se piense tan poco sobre ella. Se le considera como algo que siempre fue así, ella aparece tan natural como imprescindible. Desde pequeño se está acostumbrado a recibir órdenes, de ellas se conforma

en gran parte lo que se llama educación; también la vida adulta está regida por ellas, trátase de las esferas del trabajo, de la lucha o de la creencia. Casi nunca se ha formulado la pregunta sobre qué es una orden; si es realmente tan sencilla como parece y si no deja, sin considerar la rapidez y perfección de la respuesta esperada, otras huellas profundas, tal vez hostiles, en el ser humano que las obedece<sup>87</sup>.

---

87. Canetti, *supra* nota 1, p. 335.

