

Iván Meini(*)

La obediencia debida en Derecho Penal: ¿órdenes ilícitas vinculantes?

«POR UN LADO, LA JERARQUÍA Y LA SUBORDINACIÓN COMO NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LAS RELACIONES DE SUBORDINACIÓN PÚBLICAS PERDERÍAN TODA EFICACIA PRÁCTICA SI NO PUDIERAN SER EMPLEADAS POR EL SUPERIOR PARA EXIGIR AL SUBORDINADO QUE ACATE SUS MANDATOS. LA EXISTENCIA DE LA JERARQUÍA HABLA EN CONTRA DE CONCEDERLE AL DESTINATARIO DE LA ORDEN LA PRERROGATIVA DE DECIDIR SIEMPRE Y EN TODOS LOS CASOS SI OBEDECE O NO».

1. Introducción

Según el artículo 20 inciso 9 del Código Penal está exento de responsabilidad penal quien “obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones”. De manera similar el artículo 19 inciso 8 del Código de Justicia Militar y Policial (en adelante, CJMP) establece que está exento de responsabilidad penal y de pena quien “se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra”. Como el CJMP es ley especial frente al Código Penal⁽¹⁾, el campo de aplicación del artículo 20 inciso 9 Código Penal se limita a las relaciones jurídicas de subordinación que no sean militares ni policiales⁽²⁾. Tampoco se refiere a las relaciones privadas⁽³⁾ (laborales, empresariales o familiares), pues si bien subordinación y desobediencia existen en casi todas las relaciones jurídicas, no todas interesan por igual al Derecho Penal. Cuando el empleado de una empresa realiza un acto ilícito que le fue ordenado por el gerente, no podrá argumentar que actuó en cumplimiento de las órdenes de su jefe⁽⁴⁾, pues este, a diferencia de un servidor público, no tiene

(*) Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

(1) Así lo declara además el artículo X del Título Preliminar del Código Penal.

(2) MEINI, Iván. *Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar*. En: HURTADO (director)/DOIG (coordinador). *La Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de Derecho Penal 2001-2002*, p. 236; HURTADO POZO, Derecho Penal, Parte General. 3ra edición. Lima: Grijley, 2005, nm. 1508 y siguientes.

(3) Así, LENCKNER, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26Aufl., München, 2001 previo al § 32/83; VILLAVICENCIO TERREROS. *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Grijley, 2006, n.m. 1418. Cuestión distinta es que quepa la obediencia debida cuando el subordinado es un particular pero deba obedecer a un funcionario público.

(4) Al menos que el empleado padezca algún defecto volitivo o cognitivo y sea un caso de autoría mediata en virtud de error o coacción.



«PARA UN SECTOR DE LA DOCTRINA, EL CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN LÍCITA ES UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. LA CONSECUENCIA JURÍDICA QUE DE ESTO SE DERIVA ES QUE EL SUBORDINADO QUE EJECUTA LA ORDEN ACTÚA LÍCITAMENTE Y EL PARTICULAR SOBRE QUIEN RECAE LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN DEBE TOLERAR DICHA SITUACIÓN POR TRATARSE DE UNA RESTRICCIÓN JURÍDICA DE SU LIBERTAD».

es a partir de esta relación que se le reconoce autoridad para emitir órdenes en el ejercicio de sus funciones; la segunda relación se da entre el superior y el subordinado a quien le dirige la orden; y la tercera relación entre el subordinado como ejecutor de una orden (en obediencia debida) y el titular de los intereses lesionados con dicha ejecución.

Sin embargo, existe una cuarta relación, que es la que mantiene el ejecutor de la orden con el ordenamiento jurídico y que es la que le obliga a obedecer a su superior. Esta relación de obediencia frente al ordenamiento jurídico se explica a partir de la subordinación que tiene el ejecutor frente a la Ley, la que a su vez encuentra su razón de ser en el sometimiento que todos debemos a las leyes en un Estado de Derecho. Por eso, un sector de la doctrina sostiene acertadamente que la obediencia debida constituye ya un supuesto de actuar por disposición de la Ley⁽⁶⁾. Siendo

autoridad para declarar qué es “jurídico” y qué “antijurídico”. En otras palabras, y para utilizar la terminología del artículo 20 inciso 9 del Código Penal, no es una autoridad que pueda expedir órdenes en el ejercicio de sus funciones. Lo mismo rige para el resto de relaciones jurídicas de subordinación en las que el superior no tenga autoridad para ordenar al subordinado a nombre del Estado.

En los casos de “obediencia debida”, el comportamiento de quien ejecuta la orden está relacionado no solo con el funcionario público que emite la orden, sino también con la persona perjudicada que tiene que soportar su ejecución. De ahí que se afirme en doctrina⁽⁵⁾ que la obediencia debida presupone tres relaciones. La primera relación vincula al superior (funcionario público) con el ordenamiento jurídico, y

(5) HURTADO POZO, PG, n.m. 1509.

(6) Artículo 20 inciso 8 del Código Penal: “está exento de responsabilidad penal quien obra por disposición de la Ley”. Así también ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar. p. 728; DU PUIT. *La obediencia debida en el derecho penal militar peruano*. En: HURTADO (director)/DOIG (coordinador). *La Reforma del Derecho Penal Militar, Anuario de Derecho Penal 2001-2002*. p. 252. Para la legislación española, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal II*. Madrid: Trota, 1999. p. 159. En las legislaciones en que no se contempla expresamente el

Iván Meini

así, la aplicación de la obediencia debida se restringiría a los casos en que la orden sea conforme a Derecho, ya que de otro modo tendría que aceptarse la paradoja de que en un Estado de Derecho se impone al ciudadano el deber de acatar mandatos ilícitos⁽⁷⁾.

El lector podría cuestionarse en este momento si lo dicho significa que la obediencia debida carece de autonomía. La respuesta la formulo a modo de tesis: Todos los casos que regulan los artículos 20 inciso 8 del Código Penal y 19 inciso 8 del CJMP son supuestos de error, coacción, legítima defensa, estado de necesidad defensivo o estado de necesidad exculpante. Los artículos 20 inciso 9 del Código Penal y 19 inciso 8 del CJMP no solo carecen de autonomía, sino que además son redundantes frente a las figuras mencionadas. Su existencia distorsiona la lógica que ha de inspirar las relaciones jurídicas públicas de subordinación en un Estado de Derecho. Su derogación es, entonces, una necesidad. Para demostrar este postulado es menester (i) llamar la atención sobre el concepto de juridicidad (y por ende también sobre el de antijuridicidad) y (ii) derivar a partir de ello la autoridad que tiene el servidor público para emitir órdenes en el ejercicio de su cargo. A partir de ahí, (iii) establecer qué es una orden y, (iv) determinar cuándo la orden que emite una autoridad es vinculante y qué consecuencias se derivan de ello. Esto permitirá (v) valorar las distintas posturas que en doctrina se esgrimen sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida y (vi) exponer el propio punto de vista.

2. Sobre la juridicidad como presupuesto de autoridad

Antijurídico es lo que se opone al Derecho y como tal se encuentra prohibido. En lo que aquí interesa, la razón por la cual se califica de antijurídico a algunos comportamientos es la necesidad que tenemos como sociedad de alcanzar un

nivel de convivencia en donde las personas puedan desarrollarse libremente. Ello implica seleccionar, de entre todos los comportamientos que impliquen algún riesgo para los intereses de las personas, aquellos que representan un riesgo intolerable para el estándar idóneo de coexistencia y prohibir penalmente. Esta tarea le compete al legislador y la lleva a cabo mediante la configuración de esferas de libertad, es decir, mediante la determinación de qué se encuentra prohibido y qué permitido. Mientras el sujeto actúe dentro de los límites de estas esferas de libertad podrá confiar que no será objeto de reproche jurídico-penal alguno. Por lo mismo, un comportamiento que se ubique fuera de los límites de la libertad jurídicamente garantizada podrá ser sancionado al crear de manera desaprobada un riesgo para la coexistencia pacífica (para los bienes jurídicos).

La norma penal cumple un rol fundamental en este proceso. Cada norma penal constituye un límite a la libertad de las personas, de modo que, en su conjunto, ellas delimitan los márgenes de actuación permitida de las personas. Es por eso que las normas penales expresan la forma cómo el legislador ha distribuido la libertad de las personas. El mejor mecanismo del que dispone el Estado para comunicar a la sociedad la existencia de los comportamientos vedados (lo antijurídico) es plasmar las normas penales en tipos penales: tipificar delitos. Esto le permite comunicar también cuáles son los espacios de libertad jurídicamente garantizada (lo jurídico), es decir,

actuar en cumplimiento de la Ley, los casos de obediencia debida se reconducen al cumplimiento de un deber. Cfr. FIANDACA/MUSCO. *Derecho Penal, Parte General*. 4ta edición. Traducción de NIÑO. Bogotá: Temis, 2006, p. 282; MIR PUIG. *Derecho Penal, Parte General*. 7ma edición. Barcelona: 2006, 18/58, o como conflicto de deberes, Cfr. LENCKNER-SCHÖNKE/SCHRÖDER, previo al § 32/83 y siguientes.

- (7) El razonamiento esbozado se comparte en la Sentencia de fecha 14 de abril de 2005 (Expediente 551-2005), emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, cuando se señala que "... en el caso de la llamada "obediencia jerárquica" descrita en el numeral noveno de la norma antes acotada (...) es necesario distinguir si la orden de la autoridad competente es conforme o no a derecho, siendo que, en el segundo caso, esto es, cuando la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito del mismo título que el superior que la dicta; en consecuencia, en el caso sublitis, al tratarse de una orden a todas luces ilícita, la conducta del recurrente sí es sancionable penalmente".

aquello que está permitido por no estar comprendido en el comportamiento típico.

Lo anterior puede ser expresado en pocas palabras: un comportamiento es antijurídico porque contraviene la distribución de libertad jurídicamente garantizada, mientras que uno jurídico no. De ahí que el primero conlleve una sanción; el segundo, en cambio, no genera consecuencias jurídico-penales. Si lo hiciera se resquebrajaría toda la estructura normativa del Estado, se sometería al ciudadano a una permanente confusión al no poder motivar su conducta según el Derecho y ello representaría una indeseable inseguridad jurídica.

Cuando se traslada la idea descrita en los párrafos anteriores al estudio de la obediencia debida, se percibe con nitidez que si la orden es conforme a Derecho (lícita) no se generan consecuencias jurídicas negativas para quien la emite, pues su comportamiento se mantiene dentro de la libertad jurídicamente garantizada. Este orden, al ser conforme a Derecho, es además una orden vinculante. De ahí que también quien la cumple actúa de manera jurídica. Ni emitir ni ejecutar la orden lícita conlleva algún tipo de responsabilidad.

Por el contrario, una orden que no es conforme a Derecho es ya un comportamiento de riesgo prohibido (un comportamiento antijurídico). Por eso no tiene capacidad para vincular a su destinatario, y por eso su ejecución constituirá también la creación desaprobada de un riesgo. En los casos de órdenes ilícitas no solo quien la emite deberá soportar las consecuencias jurídico-penales propias del riesgo prohibido que crea; también quien la ejecuta⁽⁸⁾.

La razón del por qué una orden ilícita no tiene capacidad para vincular a su destinatario resulta obvia en este nivel del razonamiento: así como una orden jurídica es vinculante porque quien la emite expresa autoridad al respetar los presupuestos de validez que el sistema jurídico exige, una orden antijurídica no podrá obligar porque es expresión de arbitrariedad. Si la orden ilícita fuera vinculante y su destinatario

estuviese obligado a cumplirla se trataría de una restricción intolerable a su libertad que no tendría lugar en un Estado de Derecho.

Con esto, sin embargo, no se responde todavía a la pregunta de cuándo una orden es antijurídica. Solo se ha demostrado que en un Estado donde el Derecho cumple la función de garantizar la libertad de las personas, ni la dación ni la ejecución de una orden conforme a Derecho genera reproche penal alguno, y que una orden ilícita no es vinculante.

3. Sobre el concepto de orden jurídica

Una orden es expresión de autoridad. La autoridad puede deberse a muchos factores (subordinación, experiencia, respeto, miedo, relación laboral privada o pública, etcétera). Por eso no solo los funcionarios públicos actúan con autoridad cuando ejercen funciones. También el líder de una banda tiene autoridad sobre los integrantes de la organización. Pero sucede que esta autoridad no le interesa al Derecho Penal como le interesa la que emana del sistema jurídico, pues ha sido irrogada sobre la base de alguna razón no amparada por el Derecho⁽⁹⁾. Solo cuando la autoridad que se expresa a través de la orden tenga respaldo jurídico, podrá la orden expresar autoridad jurídica y no un simple poder de mando que se funda en razones arbitrarias.

Lo anterior tiene respaldo normativo. Únicamente la autoridad que se funda en algún título jurídico puede dar lugar al delito de abuso de autoridad (artículo 376 del Código Penal)⁽¹⁰⁾. Este delito sanciona al funcionario o servidor público que abusando de sus

(8) En términos similares, DU PUIT, en HURTADO (dir.)/Doig (coordinador). *La Reforma del Derecho Penal Militar*. p. 248.

(9) MEINI, en HURTADO (director)/DOIG (coordinador). *La Reforma del Derecho Penal Militar*. p. 237.

(10) En realidad, los casos del delito de abuso de autoridad representan tan solo algunos de los supuestos en que el funcionario público puede extralimitarse en sus funciones. Hay casos que no llegan a ser delito de abuso de autoridad pero que tampoco se trata de órdenes emitidas en el ejercicio del cargo.

Iván Meini

atribuciones, ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. Como es obvio, resulta material y jurídicamente imposible que el funcionario o servidor público abuse de su autoridad mientras actúa en el ejercicio de su cargo. Si bien al funcionario público se le otorga autoridad para ordenar en el ejercicio de sus funciones, cuando abusa de su autoridad en los términos del artículo 376 del Código Penal no expresa la autoridad que el Derecho avala. Incurrir, por el contrario, en un acto arbitrario.

A partir de esta premisa se deduce que el funcionario público, así como tiene la posibilidad de expresar autoridad jurídica, tiene también la posibilidad de extralimitarse en el ejercicio de sus funciones y de que su orden sea expresión de arbitrariedad⁽¹¹⁾. El título que le permite expresar autoridad estatal (juridicidad) es el acto de delegación que efectúa el Estado en su favor, siempre y cuando ejerza dicha delegación conforme a Derecho. Así, si la orden expresa autoridad o arbitrariedad es algo que depende de si cumple con los requisitos que el Derecho estima necesarios para admitir que se trata de una expresión de autoridad estatal.

Algo similar a lo que ocurre con el delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del Código Penal). Únicamente quien tiene autoridad para ordenar puede ser desobedecido, y solo cuando la orden sea expresión de autoridad estatal el Estado se encuentra legitimado para sancionar penalmente su desobediencia en los términos del artículo 368 del Código Penal. Para decirlo con la terminología que emplea el artículo 368 del Código Penal, solo cuando quien imparte la orden es un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus atribuciones puede existir un acto penalmente relevante de desobediencia. La valoración jurídica del acto de desobedecer depende, al igual que la de ordenar, del reconocimiento jurídico que tenga la autoridad que expresa la orden. Al jefe de la banda se le podrá desobedecer, pero las consecuencias de dicho acto nunca podrán ser equipadas al delito de desobediencia a la autoridad. El empleado también podrá hacer caso omiso a la instrucción que le da el gerente, pero ello nunca conllevará algún tipo de responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad. La razón, una vez más, es que ni el criminal ni el empresario expresan autoridad estatal.

4. La exigencia legal y dogmática de órdenes vinculantes como presupuesto de la exigencia de obediencia debida

Los requisitos de validez de una orden en el ámbito de la Administración Pública los regula el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional. Escapa a los objetivos de este trabajo revisar la regulación sobre la materia (algo por demás interminable). En lo que aquí interesa, las competencias materiales y territoriales son las que otorgan validez a una orden estatal. Así por ejemplo, el Tribunal Fiscal no tiene autoridad para ordenar la detención de una persona; solo la tiene el Juez y ha de hacerlo motivadamente y por escrito (artículo 2 inciso 24 literal f de la Constitución Política del Perú). Igualmente, el Gobierno Regional de Lima no tiene autoridad para otorgar una buena pro en otra región. La no observancia de los requisitos de validez que la Ley prevé, conlleva que la orden no sea conforme a Derecho y que no sea vinculante.

Por otro lado, la Constitución Política del Estado señala que los funcionarios públicos están al servicio de la Nación (artículo 39) y que la finalidad primordial de las Fuerzas Armadas es “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República” (artículo 165) y la de la Policía Nacional del Perú “garantizar, mantener y restablecer el orden interno (...) Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia” (artículo 166). Se sabe además que el cumplimiento de estas funciones y finalidades se condice con el modelo de Estado de derecho y la forma de gobierno que la propia Constitución establece (artículo. 3 y 43 de la

(11) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, Parte General*. 5ta. edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 484.

Constitución Política del Perú). Así vistos, estos preceptos –y otros similares– constituyen un argumento adicional a los ya mencionados criterios de competencia material y territorial, que obligan a entender que una orden que no se condiga con los fines que persigue la institución pública de la cual forma parte el servidor público que la emite, o que no sea proporcional, idónea ni razonable para alcanzar los objetivos a que aspira, contraviene el sentido mismo de la función pública. Es, por lo tanto, una orden ilícita y no vinculante.

Lo expresado en el párrafo anterior encuentra un claro respaldo normativo. Como ya se ha dicho, el artículo 368 del Código Penal tipifica el delito de desobediencia a la autoridad y el artículo 376 del mismo cuerpo normativo prevé el delito de abuso de autoridad. Ahora, me interesa resaltar el resultado que arroja una interpretación sistemática entre ambos preceptos: si está prohibido desobedecer una orden que es conforme a Derecho (delito de desobediencia a la autoridad del artículo 368 del Código Penal) y si también lo está que los funcionarios públicos emitan órdenes arbitrarias (delito de abuso de autoridad del artículo 376 del Código Penal), es porque el sistema jurídico no le otorga validez a las órdenes ilícitas y, más aún, sanciona a los funcionarios públicos que las emiten, mientras que a las órdenes que son conforme a Derecho les reconoce tal grado de validez que se sanciona penalmente a quienes las desobedecen.

Este razonamiento viene avalado por la propia terminología que emplea el legislador. Si se compara el tipo de lo injusto de la desobediencia a la autoridad del artículo 368 del Código Penal con la literalidad del artículo 20 inciso 9 del mismo Código que regula la eximente de la obediencia debida, se advierte una clara semejanza entre ellos: El artículo 368 del Código Penal se refiere a una “orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones” y el art. 20.9 CP a una “orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones”. Esta similitud gramatical no deja dudas sobre la igualdad semántica. Con otras palabras, cuando el artículo 20 inciso 9 del Código Penal postula que la eximente de la obediencia debida requiere de “una orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones”

se refiere a una “orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones” (que es obligatoria). Ambos preceptos hacen referencia a una orden conforme a Derecho y por lo tanto vinculante.

De lo dicho hasta ahora se concluye que la eximente de obediencia debida, al menos tal como se encuentra regulada en el artículo 20 inciso 9 del Código Penal, exige que la orden obligatoria que se expide en el ejercicio de las funciones sea una orden conforme a Derecho, y por lo mismo, rechaza que un mandato ilícito pueda eximir de responsabilidad a quien lo ejecuta. Lo contrario no solo sería incongruente con la letra de la Ley, sino que, más importante aún, sería contradictorio con la razón de ser de la autoridad en un Estado de Derecho. Pues si se dispensa protección, incluso penal, al principio de autoridad, es solo porque la Ley ha de hacerse efectiva a través de las decisiones de los poderes públicos⁽¹²⁾.

Lo mismo cabe afirmar frente al artículo 19 inciso 8 del CJMP. En efecto, aun cuando este precepto requiera expresamente para su aplicación una orden impartida por autoridad o superior jerárquico competente que no sea manifiestamente inconstitucional o contraria a los usos de la guerra, se tiene que admitir que si una orden de tales características tuviera capacidad para vincular a su destinatario, sería tanto como admitir que una orden ilegal es vinculante. No existe razón alguna para que en las relaciones jurídicas de subordinación castrenses y policiales se deje de lado el principio que viene inspirando el razonamiento seguido hasta este momento: en un Estado de Derecho las órdenes antijurídicas constituyen la creación desaprobada de un riesgo y no son vinculantes.

(12) HIRSCH, Leipziger Kommentar, 9 Aufl., Berlin, 1998, § 51/153, ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I. 3 Aufl., München, 1997, § 17/18: AMBOS. *El nuevo Derecho Penal Internacional*. Lima: ARA, 2004. p. 356 y siguientes. En Perú, VILLA STEIN. *Derecho Penal, Parte General*. Lima: San Marcos, 1998. p. 335; PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal, Parte General*. 2da. edición. Lima: Rodhas, 2007. p. 492.

Iván Meini

La pregunta que se impone es, si la obediencia debida presupone una orden conforme a Derecho y por tanto vinculante ¿qué sentido tiene un artículo como el 20 inciso 8 del Código Penal que exime de responsabilidad a quien se comporta de manera lícita al limitarse a cumplir una orden que es conforme a Derecho? La respuesta es clara, ninguna. Para fundamentar esto adecuadamente es necesario valorar las propuestas doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida.

5. Valoración de las propuestas en torno a la naturaleza de la obediencia debida

5.1. Orden lícita vinculante. La exigente de obediencia debida como causa de justificación

Para un sector de la doctrina, el cumplimiento de una orden lícita es una causa de justificación⁽¹³⁾. La consecuencia jurídica que de esto se deriva es que el subordinado que ejecuta la orden actúa lícitamente y el particular sobre quien recae la ejecución de la orden debe tolerar dicha situación por tratarse de una restricción jurídica de su libertad. La afectación al bien jurídico, se dice, no es antijurídica. Así, cuando el policía detiene a una persona en mérito a una orden judicial, la privación de la libertad no puede ser vista como un perjuicio ni como una afectación, al menos en sentido jurídico.

Este planteamiento parte de una idea correcta, cual es reconocer que la orden emitida por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones es una orden obligatoria y no genera consecuencias jurídicas negativas. Pero de ahí a afirmar que actuar en cumplimiento de una orden lícita es una causa de justificación genera como mínimo dos cuestionamientos. Por un lado, obedecer una orden vinculante es actuar en cumplimiento de un deber y el cumplimiento de un deber es una causa de atipicidad objetiva, por lo que el comportamiento de quien ejecuta la orden lícita vinculante será también atípico. En estos casos ni siquiera se infringe la norma penal, ni se vulnera el bien jurídico. Por otro lado, si en realidad se tratase de una causa de justificación, habría que admitir que la ejecución de la orden sería el modo en que se resuelve un conflicto de intereses entre el deber de cumplir la orden lícita vinculante y el deber de no lesionar daños a terceros. Esto no es admisible. El “perjudicado” no tiene derecho a que no se ejecute una orden

lícita, incluso cuando se trate de privarle de la libertad. No existe conflicto jurídico de intereses pues, por ejemplo, el deseo del sujeto de no ser detenido cuando hay derecho para hacerlo no tiene respaldo jurídico.

Con todo, aun cuando se estime que el cumplimiento de un deber es una causa de justificación, o si se cree que la obediencia debida en es una causa de justificación, su regulación sería redundante e innecesaria, al existir ya una cláusula que regularía tales supuestos (estado de necesidad, artículo 20 inciso 4 del Código Penal). Otorgarle naturaleza jurídica de causa de justificación y no apostar por su exclusión del Código Penal es tanto como reclamar la incorporación de una cláusula que estipule que está exento de pena quien “realiza comportamientos lícitos” en el artículo 20 del mismo Código. Lo que sería contradictorio frente a la concepción misma del Derecho Penal en un Estado de Derecho que privilegia la libertad de las personas; incongruente según la sistemática del Código Penal, que se limita a señalar los casos en que el Sistema jurídico ya no reconoce libertad; y redundante con los tipos de la Parte Especial que prevén comportamientos de riesgo prohibido y no comportamientos de riesgo permitido.

Me interesa resaltar un dato adicional. La tesis de la orden lícita como causa de justificación tendría que reconocer que la juridicidad del comportamiento de quien ejecuta la orden proviene del sistema jurídico. Que la orden sea emitida por un funcionario público solo expresa la forma como se encuentra organizada la Administración Pública, pero si la orden es obligatoria y ha sido emitida en el ejercicio de las funciones es porque se trata de una orden conforme a Derecho. La relación jurídica que aquí interesará es la que mantiene el destinatario de la orden con el sistema jurídico

(13) *Supra* I.2.

y, como se vio⁽¹⁴⁾, eso genera que se trate del cumplimiento de un deber (artículo 20 inciso 8 del Código Penal).

5.2. Orden ilícita vinculante. La exigente de obediencia debida como causa de de justificación

La fundamentación que se ofrece para sostener que la ejecución de una orden ilícita es una causa de justificación⁽¹⁵⁾, parte de que la Ley obliga al subordinado a ejecutar la orden antijurídica. Ello es lo que aparentemente declara el artículo 19 inciso 8 del CJMP cuando prevé que está exento de pena quien “se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal”. Se afirma incluso que “la orden debe ser acatada aun cuando sea ilícita, pero a condición de que esta característica no sea evidente. Esta es la diferencia esencial respecto al derecho penal común, en donde la orden dictada debe ser lícita”⁽¹⁶⁾. Luego, asumiendo siempre que la Ley obliga al subordinado a acatar el mandato antijurídico, su comportamiento quedará justificado ya que no sería lógico considerarlo ilícito y exponerlo además a la reacción en legítima defensa de quien padece el acto⁽¹⁷⁾.

La situación en la que se encontraría el ejecutor de la orden ilícita sería una en la que tendría el deber de obedecer pero al mismo tiempo le estaría prohibido incurrir en comportamientos ilícitos como cualquier otro ciudadano. En lo que aquí interesa,

la ponderación de los intereses en conflicto la efectuaría el propio Derecho Penal Militar de la mano de la disciplina más estricta que existe en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, lo que condicionaría al subordinado a confiar en su superior y sentirse amparado en lo que hace por el mandato que obedece, a no ser que la orden sea manifiestamente ilícita⁽¹⁸⁾. La razón de esta ponderación sería permitir el funcionamiento de la Administración Pública⁽¹⁹⁾, negándole al militar o policía el derecho a desobedecer cuando la ilicitud de la orden no sea manifiesta⁽²⁰⁾.

Las consecuencias jurídicas de este planteamiento serían: en primer lugar, que la orden cuya ilicitud no es lo suficientemente manifiesta como para reconocerle al subordinado el derecho de desobedecer⁽²¹⁾ es, a pesar de antijurídica, vinculante; en segundo lugar, el ejecutor de esa orden ilícita actuará al amparo de un estado de necesidad justificante; en tercer lugar, el comportamiento del funcionario público que emite la orden ilícita es un comportamiento penalmente relevante⁽²²⁾ y responderá como autor mediato⁽²³⁾ al realizar

(14) Entre otros ROXIN, AT, § 17/18 s.; JAKOBS. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da edición. Traducción de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, 16/14; JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ta edición. Traducción de Cardenete. Granada: 1996, § 35 II 3; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat*, 5 Aufl., Berlin, 2004, p. 168 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 32. Aufl., Heidelberg, 2002, 10 VII 4; *Schmidhäuser*, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tübingen, 1984, § 9/57, LENCKNER-SCHÖNKE/SCHRÖDER, previo al 32/88^a; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 6^a ed., 2004, p. 342; MIR PUIG, PG, 18/79; CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, II, 6^a ed., Madrid, 2004, p. 69.

(15) HURTADO POZO, PG, n.m. 1518.

(16) Cfr. ROXIN, AT, § 17/17.

(17) HURTADO POZO, PG, n.m. 1522.

(18) QUERALT JIMÉNEZ. *La Obediencia debida en el código penal: análisis de una causa de justificación* (artículo 8. 12^a CP). Madrid: Bosch, 1987. p. 414; MIR PUIG, PG, 18/79.

(19) Es necesario llamar aquí la atención que el artículo 19 inciso 8 del CJMP, al adoptar la tesis de la “apariencia”, coloca el acento en lo manifiesto de la ilicitud de la orden y no en la magnitud de la ilicitud de la orden

(20) Lo cual viene ya establecido por la Ley.

(21) ROXIN, AT, § 17/19.

(22) MIR PUIG, PG, 18/81; VILLAVICENCIO TERREROS, PG, n.m. 1423.

(23) JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, PG, § 35 II 3; ROXIN, AT, § 17/19; VILLAVICENCIO TERREROS, PG, n.m. 1424; En legítima defensa podría reaccionar si quien actuara fuera el funcionario que emite la orden porque él sí actúa ilegítimamente

Iván Meini

el delito por medio otro (que en este caso actúa en estado de necesidad); en cuarto lugar, al sujeto perjudicado con la ejecución de la orden ilícita se le reconoce el derecho de reaccionar frente a ella, pero no en legítima defensa porque el ejecutor no actúa ilícitamente, sino en estado de necesidad defensivo⁽²⁴⁾.

Todo esto, sin embargo, es cuestionable. Como ya se ha visto, la lectura que se le debe dar al artículo 19 inciso 8 del CJMP ha de ser la misma que se le otorgue al artículo 20 inciso 8 del Código Penal, ya que ambos regulan el mismo supuesto de hecho (obediencia debida), y el hecho que la relación jurídica de subordinación sea castrense no es argumento que permita tratarla sin tener en cuenta los principios que rigen en el sistema jurídico.

Además, la admisión de una orden ilícita como causa de justificación no se encuentra supeditada a que el legislador haya previsto una cláusula legal del tenor del artículo 1908 del CJMP, sino de admitir que en un Estado de Derecho una orden antijurídica pueda ser vinculante⁽²⁵⁾. Dicho con otras palabras, si se quiere someter a cuestionamiento la tesis de la orden ilícita como causa de justificación, se debe dudar en primer lugar de la capacidad de un mandato ilícito para obligar a su destinatario, pues si no se encuentra razón alguna para negarlo, tampoco la habrá para no aceptar que la ejecución de dicha orden sea un comportamiento justificado⁽²⁶⁾.

En este orden de ideas, existen algunas razones que aconsejan prudencia frente a la tesis de la orden ilícita vinculante. En efecto, si se asume, como se ha hecho aquí, que la

obligatoriedad de una orden se desprende única y exclusivamente de su conformidad al Derecho, no puede aceptarse que la Ley exija que las órdenes antijurídicas deban ser cumplidas, ni siquiera de manera excepcional. Por eso, y por cuestión de principio, cuando el artículo 19 inciso 8 del CJMP señala que está exento de responsabilidad penal y de pena quien “se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra” no se puede deducir a partir de ello que la orden ilícita (cuya ilegalidad no es manifiesta) sea vinculante. Eso sería contradecir la lógica misma del sistema jurídico y la propia funcionalidad de la Administración Pública y de las instituciones castrenses. Contraviene, además, la propia esencia de la jerarquía⁽²⁷⁾ como valor sobre el cual se erige la Administración Pública en general y las relaciones jurídicas de subordinación en especial, pues la razón por la cual el Derecho le otorga jerarquía a un funcionario público es para que la utilice de manera racional de conformidad con la Ley y no de manera arbitraria, abusiva e injusta⁽²⁸⁾.

Lo dicho queda aun más claro si se comprende en su verdadera dimensión al concepto “autoridad”. Para lograrlo se debe empezar por

(Sobre el estado de necesidad defensivo en la legislación peruana, cfr. las contribuciones de ARMAZA GALDÓS. *Estado agresivo y defensivo de necesidad*, y CHOCANO RODRÍGUEZ. *Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación. Estado de necesidad agresivo y defensivo*, ambas en *Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, Anuario de Derecho Penal 2003*. HURTADO (director)/MEINI (coordinador). Lima: 2003. De otra opinión MIR PUIG, PG, 18/81, quien estima que sí se trata de una agresión ilegítima que realiza el autor mediato y que sí cabe reaccionar en legítima defensa pero sin causar un mal mayor que el que amenaza. También BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: 2006. p. 292; OLMEDO CARDENOTE, en COBO DEL ROSAL (director) *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Madrid: 1999, p. 583.

(24) FIANDACA/MUSCO, PG, p. 285 s.

(25) En todo caso, la discusión se limitaría a establecer si el destinatario de la orden ilícita actuaría en estado de necesidad o en cumplimiento de un deber y a determinar si ésta última circunstancia elimina la tipicidad positiva o la negativa.

(26) En sentido similar, OLMEDO CARDENOTE, en COBO (director). *Comentarios*. p. 577.

(27) En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político-criminales*. En: *Derecho*, 46 (1992), p. 200 y siguientes.

(28) COBO/VIVES, PG, p. 484.

reconocer que en un Estado democrático y de derecho toda autoridad procede de la Ley, y la fuerza de las decisiones que asumen los funcionarios públicos cuando ejercen autoridad reside en su cobertura legal. Es por eso que la tutela del principio de autoridad no puede llevarse a cabo en detrimento de la Ley en la que radica su origen y su fuerza vinculante⁽²⁹⁾. Es tanto así, que si se otorga protección al principio de autoridad, incluso protección penal mediante la tipificación del delito de desobediencia a la autoridad y abuso de autoridad, es solo porque la ley ha de hacerse efectiva a través de las decisiones de los poderes públicos⁽³⁰⁾. El principio de autoridad no es *per se* un valor cuya protección deba preferirse frente a la tutela de la ley a partir de la cual surge, por lo que dicho principio no puede ser la razón por cual una orden antijurídica pueda ser vinculante⁽³¹⁾.

En todo caso, el mérito de la teoría de la orden ilícita vinculante como estado de necesidad justificante es poner de manifiesto la importancia de ponderar los intereses en conflicto. Pero cuando -según esta teoría- la Ley obliga a decantarse por el cumplimiento de las órdenes antijurídicas en detrimento del deber genérico de no cometer hechos ilícitos, se le otorga al mandato ilícito la calidad de “interés” cuando en realidad no merece tutela jurídica alguna⁽³²⁾. Como ya se ha demostrado, no existe la obligación de obedecer una orden antijurídica y su ejecución es tan ilícita como la orden misma. Considerar que una orden ilícita pudiera constituirse en un interés que reclame protección jurídica sería tanto como que el Derecho tutele a su antítesis que, precisamente, se encarga de negar por ser incompatibles.

Por lo demás, si las órdenes ilícitas vinculantes fueran un supuesto de necesidad justificante -posibilidad que aquí se ha rechazado- se haría innecesario el mantenimiento de la eximente de obediencia debida en el Código Penal. En primer lugar porque los casos de órdenes antijurídicas vinculantes no se corresponden con el supuesto de hecho del artículo 20 inciso 9 del Código Penal, al no tratarse de órdenes que hayan sido “expedidas en ejercicio de las funciones” del servidor público. En segundo lugar porque si se tratase efectivamente

de un estado de necesidad tendría que ser reconducido al artículo 20 inciso 4 y el artículo 20 inciso 9 del Código Penal carecería de utilidad. Lo dicho es también válido para la obediencia debida del artículo 19 inciso 8 del CJMP.

5.3. Orden ilícita no vinculante. La eximente de obediencia debida como error de prohibición

Si la obediencia debida fuera un supuesto de error de prohibición, el ejecutor de la orden tendría que ignorar que es ilícita, ya sea porque desconoce que quien la emitió no está autorizado a hacerlo, porque no sabe que se excedió en sus atribuciones al hacerlo, o porque ignora que no se cumplen los requisitos que el sistema jurídico exige para que la orden sea conforme a Derecho. Además, la calificación de antijurídico recaerá no solo en el acto de emitir la orden sino también en el comportamiento de ejecutarla. De ahí que quien profiere el mandato tendrá que estar sujeto a la imputación de responsabilidad, lo mismo que quien la ejecuta, al menos por la realización de un injusto. La razón ya se conoce: una orden ilícita no cubre de juridicidad a quien la ejecuta. Y ahora puede profundizarse aún más: en la medida en que quien actúa incurre en error de prohibición, el injusto que realiza permanece intacto y el desconocimiento de la ilicitud afecta tan solo la culpabilidad del sujeto pero no es seguro que la elimine.

Visto así, y siendo que la ejecución de la orden ilícita constituye un acto antijurídico, el ciudadano sobre quien recae dicho comportamiento podrá reaccionar en legítima defensa. Si el policía supone equivocadamente que la orden de detención que ha emitido

(29) COBO/VIVES, PG, p. 484.

(30) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Derecho, 46 (1992), p. 201.

(31) En la misma línea, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (director)/ MORALES PRATS (coordinador). *Comentarios al nuevo Código Penal*. 3ra edición, 2004, p. 135; OLMEDO CARDENOTE, en COBO (director). *Comentarios*. p. 582.

(32) Así, FIANDACA/MUSCO, PG, p. 285; AMBOS, DPI, p. 358.

Iván Meini

el Juez es conforme a Derecho, cuando en realidad no lo es, el perjudicado con dicha detención puede resistirse de conformidad con las reglas de la legítima defensa.

Más allá de ello, concebir a la obediencia debida como un supuesto de error de prohibición conlleva tener que optar por algún criterio que permita determinar cuándo el error es vencible y cuándo invencible. Dicho criterio no podría ser otro que el que rige ya para el error de prohibición en general⁽³³⁾. En todo caso, teniendo en cuenta que ese no es el problema que motiva esta investigación, en lo que aquí interesa resulta conveniente diferenciar dos supuestos.

a) En primer lugar, habrá circunstancias en las que el desconocimiento de la prohibición será irrelevante y no podrá el sujeto beneficiarse con la atenuación de la pena o impunidad que plantea el error de prohibición vencible o invencible, respectivamente. Esto, que supone normativamente un mínimo de capacidad⁽³⁴⁾, se da cuando la ilicitud es grosera y manifiesta y el sujeto, a pesar de ello, realmente la ignoraba. Aquí se puede trabajar con los, así denominados, conocimientos mínimos que, trasladados al conocimiento de la antijuridicidad, indicarían la existencia de ciertos datos absolutamente elementales y fundamentales para el desempeño del cargo, cuyo conocimiento se imputa a cualquier persona que forme parte de una relación de subordinación estatal. La ilicitud de un orden para torturar, por ejemplo, nunca podría ser desconocida por el subordinado. En estos casos no cabe error de prohibición alguno y el desconocimiento de la prohibición, si bien puede existir como dato fáctico, es normativamente irrelevante.

b) En segundo lugar, si toda relación de subordinación supone para el subordinado, en alguna medida, la restricción de su derecho a ejercer aquello que decide, parece lógico que así como se descarta que pueda escudarse en el desconocimiento de los aspectos vitales y elementales para el desempeño de su cargo, tampoco se le puede exigir que cuestione todas las órdenes que él estima son lícitas. Esto último no significa que no deba conocer la ilicitud de la orden. Son dos cuestiones distintas. En efecto, el reconocimiento del principio de subordinación conlleva únicamente una restricción en la libertad de actuar del subordinado, pero no una limitación en su libertad de pensamiento. Expresado en otras palabras, el

destinatario de la orden ilícita que conoce que la orden que ejecuta es ilícita, no incurre en error de prohibición, aunque cuando no se le exija un comportamiento distinto al de cumplir con el contenido de la orden. Una cosa es el dato subjetivo que consiste en saber, o ignorar, que la orden no es conforme a Derecho, y otra, distinta, que se le exija al sujeto actuar con arreglo a dicho conocimiento. De otra manera se desconocería la diferencia que existe entre el conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad de otra conducta como distintos elementos de la culpabilidad.

El análisis de la capacidad del subordinado para cuestionar la legalidad del mandato debe entonces analizarse teniendo en cuenta no solo si conoce la ilicitud de la orden, sino también con arreglo al criterio de si se le exige o no un comportamiento distinto. Luego, si bien es verdad que cuanto mayor sea la distancia que separa al emisor de la orden ilícita de quien la ejecuta (cuanto mayor sea la jerarquía y la subordinación), menores serán las posibilidades para que el ejecutor pueda conocer la antijuridicidad de la orden, también es verdad que a partir de dicho enunciado no se deduce que el sujeto no pueda llegar a conocer la ilicitud de la orden, incluso en los casos en que normalmente no la habría conocido.

Entre los dos extremos mencionados (por un lado, conocimientos que se imputan al sujeto por tratarse de aspectos fundamentales y vitales sin los cuales es impensable que el Sistema Jurídico delegue en alguien el ejercicio de un cargo público, y por otro lado los datos que indican la ilicitud del acto pero que por el rango o categoría del sujeto difícilmente llega a conocer) descansa toda una gama de supuestos en que resulta necesario determinar la vencibilidad del error de prohibición. Y, como se ha adelantado, no se conoce

(33) *Stratenwerth*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I. Die Straftat, 4 Aufl., Berlin, 2000, 10/93

(34) JESCHECK/WEIGEND. *Tratado*, PG, § 41.I.b.

ninguna razón por la cual no se deba aplicar aquí el criterio que rige para cualquier otro caso de error de prohibición. Dicho en otros términos, el conocimiento de la ilicitud es tanto como el conocimiento potencial del injusto⁽³⁵⁾, o lo que es lo mismo, solo habrá error de prohibición cuando el sujeto no conozca, ni siquiera potencialmente, el carácter ilícito de su comportamiento. La vencibilidad del error de prohibición se reduce así a la posibilidad de acceder al conocimiento potencial de la antijuridicidad. Algo que, al menos cuando la ilicitud de la orden se debe a la no concurrencia de sus requisitos formales (orden detención escrita, por ejemplo), es muy difícil de aceptar.

La tesis de la obediencia debida como error de prohibición pareciera encontrar respaldo en la previsión legal del artículo 19 inciso 8 del CJMP⁽³⁶⁾. Podría pensarse que la ilicitud manifiesta de las órdenes se integraría dentro de los conocimientos mínimos que recaen en los aspectos vitales y fundamentales para el desempeño del cargo, de manera que el desconocimiento de la antijuridicidad en tales casos sería penalmente irrelevante. En esta lógica, cuando la orden no sea manifiestamente ilícita ya no se le exigiría al sujeto conocer la contradicción al Derecho, y dicho desconocimiento sería siempre un error de prohibición invencible.

Esta interpretación, sin embargo, no podría suscribirse con vocación de generalidad, pues el campo de aplicación del artículo 19 inciso 8 del CJMP está limitado al Derecho Penal Militar. Pero, además, y más importante aún, es que el artículo 19 inciso 8 del CJMP rige tan solo para el delito de desobediencia a la autoridad. En efecto, cuando se declara exento de responsabilidad penal a quien “se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra”, no se regula las consecuencias jurídicas de quien ejecuta la orden, pues ésta nunca se ejecutó. El artículo 19 inciso 8 del CJMP prevé como supuesto de hecho el incumplimiento de una orden, justamente, por ser manifiestamente ilícita. Siendo así, no es

posible deducir a partir del artículo 19 inciso 8 del CJMP que las órdenes que no son manifiestamente ilícitas sean vinculantes.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, tampoco es seguro que siempre que la orden no sea manifiestamente ilícita quien la ejecuta desconoce realmente dicha ilicitud. Aquí conviene bifurcar la explicación:

a) En primer lugar, es posible que el sujeto conozca la prohibición aún cuando no sea manifiesta. Sucede así en los casos de conocimientos especiales que recaen sobre la licitud. En lo que aquí interesa, los conocimientos especiales que permiten reconocer la antijuridicidad del comportamiento merecen un tratamiento distinto a los que recaen sobre el comportamiento en sí. Estos últimos afectan a la tipicidad objetiva positiva, pues que el sujeto conozca, por ejemplo, que una de las verduras de la ensalada es venenosa porque sus estudios de biología así se lo indican, no implica que llevarlos a quien ordenó la ensalada sea un comportamiento de riesgo prohibido para la vida humana. Pero si los conocimientos especiales permiten al sujeto conocer la ilicitud del comportamiento, el comportamiento no puede ser de riesgo permitido, pues que el sujeto ignore la antijuridicidad no impide que el comportamiento contradiga al Derecho, al contrario, presupone un comportamiento ilícito. La razón de ser de esta afirmación no es otra que concebir a la culpabilidad del sujeto como un juicio individual, a diferencia del juicio que recae sobre el injusto, que es uno que pretende prohibir formas de comportamiento en general.

(35) Así, aunque para el texto del CJM anterior, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Derecho, 46 (1992), p. 206.

(36) BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10 Aufl., Bielefeld, 1995, § 21 II 8 a; MAURACH/ ZIPF, Derecho Penal, Parte General, I. 7ma. Edición. Traducción de Bofill Genzsch y Aimone Gibson. Buenos Aires: 1994, § 29/7; FIANDACA/MUSCO, PG, p. 286; PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal I, Estudio Programático de la Parte General*. 2da edición. Lima: Grijley, 1995. p. 453; VILLAVICENCIO TERREROS, PG, n.m. 1417; UGAZ SÁNCHEZ MORENO/UGAZ HEUDEBERT. *Obediencia Jerárquica*. En: *Código Penal Comentado, I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 811.

Iván Meini

Llevado al ámbito de la obediencia debida, lo anterior significa que si debido a los estudios jurídicos que realiza en sus ratos libres el subordinado conoce que la orden es ilegal pero también que no es manifiestamente ilegal (en función a lo que se espera de él como miembro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú), si ejecute la orden realizará un injusto que reconoce como tal, aun cuando el resto de sus compañeros no hubieran podido advertir la contracción de la orden con el Derecho. Para el ejecutor de la orden no se trata de una orden que no sea manifiestamente ilícita, pues ha percibido dicha característica. Si a pesar de tal conocimiento decide cumplir con el mandato, no podrá escudarse en el error de prohibición, sino, en todo caso, en alguna circunstancia de no exigibilidad de otra conducta. Esto rige tanto para los casos en los se advierte el contenido ilícito de la orden que no es manifiestamente ilícita, como en los que se advierte la forma ilícita que reviste la orden que, para el resto de personas, no se revela manifiestamente ilícita.

b) Por otro lado, lo manifiesto o clamoroso que pueda ser la ilicitud de la orden tampoco debería tomarse como baremo para determinar la vencibilidad de error de prohibición. Si fuese así se negaría que el conocimiento de la antijuridicidad es un conocimiento y se equipararía a una presunción sin prueba en contrario. Desde el momento en que se reconoce que existen casos en que el sujeto conoce la ilicitud del mandato a pesar de que la ilicitud es manifiesta, o que la desconoce a pesar de no serlo, se ha de aceptar que el único baremo para establecer si el desconocimiento de la antijuridicidad del comportamiento es superable o no, es si el sujeto en concreto, y no otro en su lugar, podía haber advertido dicho carácter. Es verdad que en el ámbito de la función pública, y en particular en el ámbito de las relaciones de subordinación castrenses, lo manifiesto de la ilicitud es un indicio a tener en cuenta para concluir si el sujeto debía conocer o no la ilicitud, pero, por lo mismo, válido solo para los casos en que el sujeto la desconoce. Si conoce la ilicitud no hay error de prohibición alguno.

Por último, si en verdad la naturaleza jurídica de la obediencia debida se correspondiera al error de prohibición, no sería necesario mantener la regulación del artículo 20 inciso 9 del Código Penal ni la del artículo 19 inciso 8 del CJMP, ya que para tal efecto existe la previsión legal del artículo 14, segundo párrafo del Código Penal.

5.4. Orden ilícita no vinculante. La eximente de obediencia debida como causa de no exigibilidad de otra conducta

Por último, en doctrina se encuentran también posturas que rechazan que una orden ilícita pueda ser vinculante, pero admiten la posibilidad de que quien la ejecuta puede estar incurso en alguna causa de exculpación⁽³⁷⁾. Esto es verdad. Sin embargo, la única forma en que el cumplimiento de una orden ilícita pueda generar una situación de exculpación es que la presión a la que está sometido el destinatario de la orden sea una coacción o temor de tal intensidad que se trate ya de una circunstancia de miedo insuperable (artículo 20 inciso 7 del Código Penal); o que dicha presión conlleve un estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 5 del Código Penal); o que no se cumplan cabalmente los elementos del miedo insuperable ni del estado de necesidad exculpante y no obstante eso quepa aplicar la regulación de la eximentes incompletas del artículo 21 del Código Penal. En cualquiera de los tres supuestos se deberá reconocer que hablar de obediencia debida carece de sentido, pues el Código Penal prevé ya eximentes para solventar estos casos.

Además, si la eximente de obediencia debida fuese en realidad una causa de exculpación de miedo insuperable, tendría que reconocerse que el miedo o la coacción que pueda infundir el superior jerárquico a su inferior en los casos de órdenes ilícitas es siempre y en todos los casos mayor que el respeto que merece el deber genérico de no incurrir en injustos. Y no solo eso, sino que tendría que tratarse de un miedo realmente insuperable. Y no es así. Si lo fuera habría que reconocer que la jerarquía *per se* es un factor que inflinge un miedo tal al subordinado que le impide motivarse por la norma penal, y ello conllevaría que cualquier orden ilícita, sin importar qué tan manifiesta sea

(37) Así, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho*, 46 (1992). p. 203.

su ilicitud, deba cumplirse. Lo deseable, en la medida en que el miedo insuperable presupone necesariamente una ponderación de circunstancias (no en vano se exime de responsabilidad solo cuando se trate de un miedo insuperable igual o mayor, artículo 20 inciso 7 del Código Penal), es que sea el Juez quien analice en el caso en concreto si el miedo que supondría tener que soportar las consecuencias de incumplir la orden es insuperable y si, además, es mayor o igual al deber genérico de no incurrir en delitos, y no que la presunción que efectúa el legislador de que siempre es así impida la ponderación judicial.

Expresado lo anterior con un ejemplo. Si la orden ilícita consiste en torturar a un sospechoso y el ejecutor tiene miedo de que se le castigue física y drásticamente si no acata el mandato, es posible que se trate de un supuesto de miedo insuperable; pero no lo será si las consecuencias de incumplir las órdenes consisten en una simple reprimenda. Esta diferenciación no podría realizarse si se asumiera que la eximente de obediencia debida es un supuesto de miedo insuperable.

De igual manera, si se creyera que obediencia debida es un estado de necesidad exculpante, habría que admitir a renglón seguido que la subordinación que se le debe al superior que emite una orden ilícita es un interés tan importante que tendría que equipararse a alguno de los intereses que menciona el artículo 20 inciso 5 del Código Penal (vida, integridad corporal o libertad). En todo caso, ello autoriza a que solo se hable de estado de necesidad exculpante si el incumplimiento de la orden ilícita supone una amenaza real e insuperable de otro modo a alguno de los intereses que se mencionan en el artículo 20 inciso 5 del Código Penal. Ello, sin embargo, restringiría en demasía el campo de aplicación de la obediencia debida, pues solo cobraría sentido ahí donde la vida, la integridad corporal o la libertad de quien invoca el estado de necesidad exculpante (o alguien cercano a él) esté en juego. Pero si fuera así, se trataría ya de un caso de estado de necesidad exculpante del artículo 20 inciso 5 del Código Penal.

Cuando el jefe del pelotón le ordena al soldado torturar al sospechoso amenazándole con degradarlo si no lo hace, ni su vida, ni su integridad corporal, ni su libertad están en peligro, por lo que no procede invocar el estado de necesidad exculpante.

Pero lo más contradictorio de la tesis de la eximente de obediencia debida como estado de necesidad exculpante es

que si la omisión de ejecutar la orden supone realmente un peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad del destinatario de la orden, lo más probable es que ni siquiera en tales supuestos quepa afirmar que se está realmente frente a un estado de necesidad exculpante. Esto es bastante claro cuando se trata de relaciones jurídicas de subordinación castrense o policial.

En efecto, el propio artículo 20 inciso 5 del Código Penal limita la aplicación del estado de necesidad exculpante cuando el sujeto deba soportar el peligro, especialmente cuando lo ha creado o estuviese obligado por una especial relación jurídica. Y, como es fácil advertir, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú tienen un deber que les viene impuesto desde la Constitución y por la Ley que asumen por ingerencia, y que consiste en ejercer su cargo de manera que los institutos a los cuales pertenecen puedan cumplir con sus finalidades (artículos de la Constitución Política del Perú). En términos generales este deber jurídico constituye un límite a la posibilidad de invocar el estado de necesidad exculpante por parte de un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Sin embargo, no a todos se les exige el cumplimiento de este deber jurídico de la misma manera; lo que obliga, de nuevo, a ponderar en el caso en concreto si la posición que tiene el sujeto al interior de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú impone la obligación de hacer frente a situaciones que supongan un peligro para su vida, integridad corporal o libertad.

Por último, si la obediencia debida fuera en realidad una causa de no exigibilidad de otra conducta que exculpa al sujeto, tendría que idearse la forma en que pudiera ser graduada. En tanto circunstancia que afecta a la culpabilidad, y en la medida en que la culpabilidad es capacidad de adecuar el comportamiento a la norma penal, dicha

Iván Meini

adecuación es pasible de ser graduada. Esa es la razón por la cual se reconoce la existencia del estado de necesidad incompleto, o de la posibilidad de atenuar la pena en caso el miedo no sea insuperable, pero afecte a la culpabilidad. Este razonamiento queda avalado por la existencia del artículo 21 del Código Penal, que permite atenuar la pena incluso por debajo del mínimo legal. Pues bien, si la eximente de la obediencia debida es una causa de exculpación, se tendría que negar que la posibilidad de graduar la posibilidad de adecuar el comportamiento a la norma penal, ya que la orden es, o bien lícita, o bien ilícita. No hay términos medios.

Solo cuando la omisión de ejecutar la orden signifique un peligro real y no evitable de otro modo para la vida, integridad corporal o libertad, podrá reconocerse que se está frente a un supuesto en el cual la culpabilidad del sujeto se encuentra afectada. Algo que, como se viene insistiendo, no depende de la orden en sí, sino de los peligros que se derivan de hacerle caso omiso. Y algo que, además, se encuentra regulado ya en el artículo 20 inciso 5 del Código Penal⁽³⁸⁾.

6. El propio punto de vista

6.1. Cumplimiento del contenido de órdenes ilícitas. La funcionalidad y operatividad de la Administración Pública como interés jurídico.

En algunas oportunidades el destinatario de la orden ilícita podrá o deberá ejecutar aquello que el mandato indica, sin que ello signifique cumplir la orden antijurídica. No debe extrañar que el sistema jurídico exija en algunas ocasiones que el contenido de las órdenes ilícitas sea cumplido. Cuando en una operación militar el general dispone un despliegue preventivo, el soldado deberá obedecer aun cuando sepa o sospeche que las razones que llevaron a su superior a tomar tal decisión no existen (él sabe que no hay enemigos en la zona, por ejemplo). Que en este caso el subordinado esté obligado a cumplir el contenido de la orden no se deriva del hecho que la orden sea conforme a Derecho (no lo es) ni de que un error del superior convierta lo ilícito en jurídico (la imprudencia del general no es fuente de derecho). La razón se desprende de un juicio de ponderación en el que intervienen varios factores. Aquí se rescatan solo dos:

a) En primer lugar, la necesidad de que en la Administración Pública y en general en las instituciones que se organizan de conformidad con el principio de jerarquía, las órdenes se cumplan. Si se reconociese al subordinado el derecho de cuestionar y desobedecer cada vez que creyese -con razón o no- que la orden no es conforme a Derecho, la Administración Pública colapsaría y no podría cumplir con los objetivos que le asigna la Constitución. La funcionalidad y operatividad del aparato estatal no puede estar supeditada a que el subordinado tenga certeza de que la orden es conforme a Derecho. Esto es aún más claro en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional.

No obstante ello, algunos autores sostienen que la posibilidad de paralizar constantemente el ejercicio de la función pública por parte del subordinado es consustancial al Estado de Derecho y como tal debería admitirse. Si la paralización es ilegítima, sostienen, el subordinado deberá soportar la sanción correspondiente y el Estado de Derecho resultará afirmado por ello⁽³⁹⁾. Sin embargo, por más ideal que parezca este planteamiento es posible imaginar algunas razones que aconsejan no suscribirlo.

Por un lado, la jerarquía y la subordinación como notas características de las relaciones de subordinación públicas perderían toda eficacia práctica si no pudieran ser empleadas por el superior para exigir al subordinado que acate sus mandatos. La existencia de la jerarquía habla en contra de concederle al destinatario de la orden la prerrogativa de decidir siempre y en todos los casos si obedece o no.

Por otro lado, las consecuencias que se generarían con la desobediencia de una orden

(38) COBO/VIVES, PG, p. 484, nota 30. Otros (FIANDACA/MUSCO, PG, p. 283) sostienen que le compete al subordinado el derecho-debe de controlar la conformidad de la orden recibida con los presupuestos de validez de la misma.

(39) Así, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, p. 343; OLMEDO CARDENOTE, en COBO (director) *Comentarios*, p. 576.

conforme a Derecho no se limitarían a aquellas que pueden ser paliadas con una sanción por el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 368 del Código Penal. Ya no solo se cuestionaría la ineficacia de la jerarquía y la subordinación entre quien emite la orden y quien tiene que cumplirla, sino que ello podría ser replicado por quien tiene que soportar la ejecución de la orden. Por ejemplo, la persona en cuyos bienes se traba embargo en forma de retención podría cuestionar el proceder del ejecutor de la orden lícita de embargo de la misma manera en que éste puede poner en tela de juicio la orden lícita de su superior. Ello conllevaría una cadena casi infinita de situaciones en las que quien decide no es el superior, sino el inferior jerárquico. Y a negar la existencia misma de las órdenes obligatorias, pues, en el fondo, las órdenes serían siempre cuestionables y pasibles de ser desobedecidas por el subordinado.

La segunda razón por la cual en algunas ocasiones el subordinado se encuentra obligado a cumplir el contenido de la orden antijurídica es la necesidad de ponderar los efectos que puede generar la ejecución de la orden ilícita. Para decirlo con un ejemplo, si el soldado recibe la orden de responder al fuego porque su jefe considera equivocadamente que les ataca una columna terrorista cuando en realidad se trata de un patrulla militar confundida y el soldado lo sabe, parece claro que no podrá escudarse en la orden de su superior si mata a un compañero. Cuando las consecuencias de la orden ilícita sean, por ejemplo, graves e irreversibles (muertes, lesiones, etcétera) o se trate de intereses que el propio sistema jurídico valora de manera especial (vida, libertad) la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública cede frente a un interés superior.

La diferencia que existe entre cumplir una orden ilícita y ejecutar el contenido de la orden ilícita sin que ello implique cumplirla, es sutil pero suficientemente clara como para no obviarla: se trata de la razón que ha de inspirar el comportamiento del destinatario del mandato antijurídico. Como toda orden ilícita, la que aquí se analiza adolece de capacidad para obligar porque expresa arbitrariedad y no autoridad estatal. Esta sencilla idea, pero potente y profunda en su significado, es suficiente para negar que la orden ilícita sea la razón por la cual el destinatario debe, a veces, ejecutar su contenido. Por el contrario, si se asume la tesis de la ponderación que aquí se propone, se ha de valorar un elemento adicional que es, precisamente, aquel interés que se pone en riesgo o se lesiona cuando no se ejecuta

el contenido de la orden ilícita y que en algunos casos puede ser un interés superior frente al deber genérico de no incurrir en injustos y desobedecer órdenes ilícitas.

Las confusiones que pudiera generar este planteamiento se limitan a cuestiones terminológicas y quedan despejadas si se analizan con detenimiento: no es correcto sostener que se trate de un conflicto entre el deber genérico de no incurrir en injustos y de no acatar órdenes ilícitas frente al deber de preferir la funcionalidad y operatividad del aparato estatal si es que, en el caso en concreto, resulta ser este último un interés preponderante. Pues cuando se sacrifica un interés en detrimento de otro superior, no se puede decir que se haya incumplido el deber de mantener intangible el interés sacrificado. No al menos si se quiere mantener la coherencia normativa que se desprende del hecho que sea el propio sistema jurídico quien avala la elección del interés preponderante. Luego, si no se incumple ningún deber cuando el sujeto pretende privilegiar el interés superior, tampoco vulnera bien jurídico alguno.

Todo ello conlleva que los casos en que se ejecuta el contenido de órdenes ilícitas no deban ser analizadas según la exigente de obediencia debida, sino de conformidad con las reglas ideadas para solventar conflictos de intereses. Esto significa que son las eximentes de legítima defensa (artículo 20 inciso 3 del Código Penal), estado de necesidad justificante (artículo 20 inciso 4 del Código Penal) o estado de necesidad exculpante (artículo 20 inciso 4 del Código Penal) las que deben ser invocadas.

Si se comparte lo dicho deberá también aceptarse que la relación que aquí interesa es la relación de subordinación que mantiene el destinatario de la orden ilícita con el sistema jurídico, y no la que le vincula a él con quien emite la orden antijurídica. La explicación

Iván Meini

de este postulado exige ahora diferenciar dos supuestos, dependiendo de si el sujeto detenta algún deber especial que haya asumido por ingerencia.

a) En primer lugar, si el destinatario de la orden es un particular cuya relación con el Estado se limita a la de cualquier ciudadano, no solo no tiene la obligación de obedecer la orden ilícita sino que tampoco tiene el deber de intervenir en el conflicto de intereses que se da entre la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública y el deber genérico de no realizar actos ilícitos. Su intervención en el conflicto de intereses es un derecho. Se trata, en realidad, del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20 inciso 8 del Código Penal). Por lo tanto, si se sustrae a dicho conflicto y no interviene en él no incurre en responsabilidad. Solo cuando el no intervenir en el conflicto constituya una omisión de auxilio a persona en peligro en los términos del artículo 127 del Código Penal podrá imputársele algún tipo de responsabilidad penal.

b) En segundo lugar, si el destinatario de la orden es un funcionario público, es porque ha asumido por ingerencia ciertos deberes que le obligan a velar por la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública. Si bien no está obligado a obedecer la orden ilícita (en este aspecto es idéntico a un particular), su relación con el Estado le obliga a intervenir en el conflicto de intereses. No se trata de ejercer un derecho a inmiscuirse en el conflicto de intereses, sino del deber que tiene el funcionario público de intervenir en un conflicto de intereses en el cual la funcionalidad y operatividad de la Administración Pública está en juego. En estos casos se trata del cumplimiento de un deber (artículo 20 inciso 8 del Código Penal), de suerte tal que si se sustrae del conflicto y no interviene en él incurre en responsabilidad. Que el deber de actuar recaiga únicamente en el funcionario público y no en el particular no debe interpretarse como una restricción arbitraria de la libertad de aquel, ya que el sujeto ha incorporado dicho deber a su esfera de competencias por ingerencia al momento de asumir su condición de funcionario público.

6.2. Toma de postura sobre el artículo 19.8 del CJMP

El artículo 19 inciso 8 del CJMP resuelve de manera insuficiente el conflicto de intereses entre la operatividad y funcionalidad de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú y la obligación de no perpetrar injustos. El criterio que propone (ilicitud manifiesta) no ofrece respuestas satisfactorias y termina siendo contradictorio frente a la propia naturaleza del precepto. Las razones son tres.

En primer lugar, el artículo 19 inciso 8 del Código Penal da a entender que en el conflicto de intereses que existe en los casos de órdenes ilícitas no manifiestamente ilegales (pero ilícitas al final de cuentas), la orden ilícita es el interés preponderante frente al deber de no lesionar la libertad jurídicamente garantizada del ciudadano afectado con la ejecución de la orden. Y no es así. La razón de ser del artículo 19 inciso 8 del Código Penal, en tanto conflicto de intereses, la cumple ya para el ámbito militar y policial el estado de necesidad justificante y exculpante. Al referirse a una orden ilícita como si ella pudiera llegar a ser vinculante, tergiversa la jerarquía de valores en un Estado de Derecho y dificulta la identificación del verdadero y único motivo por el cual es racional y legítimo entender que el comportamiento que exige una orden ilícita deba realizarse en algunas ocasiones, que es la funcionalidad del aparato estatal.

Lo anterior queda más claro si se ejemplifica. Si el sujeto sabe que la orden que recibe es ilícita pero cree equivocadamente que no es manifiestamente ilícita cuando sí lo es, obedecerá a su superior y deberá responder porque no se encontrará dentro del ámbito de aplicación del artículo 19 inciso 8 del Código Penal. Lo mismo sucede si, equivocadamente, cree que la orden es manifiestamente ilícita cuando en realidad su ilicitud es tan solo “leve” o “tenue”. En este caso, y después de haber leído el artículo 19 inciso 8 del Código Penal, lo más seguro que es que desacate la orden, en cuyo caso debería ser sancionado por delito de desobediencia. Es probable que en alguno de estos casos el subordinado pueda invocar estado de necesidad en su favor, pero lo que es seguro es que en ambos casos se sentirá confundido por el tenor del artículo 19 inciso 8 del Código Penal y que prefiera regirse por una cláusula como la del estado de necesidad que no le exige llevar a cabo un análisis tan complejo para determinar si la orden es manifiestamente ilícita, o si la ilicitud de la

orden es únicamente residual. El que las dudas que pueda tener sobre la ilegalidad de la orden puedan ser resueltas de conformidad con el "*in dubio pro legalitate*"⁽⁴⁰⁾ no enerva el hecho que el sujeto no sabe si actúa lícitamente o no.

En segundo lugar, si no se pierde de vista que en el ámbito militar y policial muchos de los casos que pudieran ser tratadas según el artículo 19 inciso 8 del Código Penal son supuestos en que el subordinado estará "compelido" a obedecer por las circunstancias (ataques, operativos, batallas, etc.), se ha de aceptar que el estado de necesidad justificante, a diferencia de una cláusula como la del artículo 19 inciso 8 del Código Penal, le permitirá ponderar la magnitud del riesgo para cada interés en conflicto y optar por el prevalente en el caso en concreto, sin tener que admitir que siempre y en todos el contenido de las ordenes ilícitas que no son manifiestamente ilícitas son más importantes que el deber de cometer injustos. Si no es posible la ponderación podrá invocar el estado de necesidad exculpante en la medida en que el conflicto de intereses involucre a la vida, integridad corporal o libertad.

En tercer lugar, no es seguro que siempre y en todos los casos se privilegie la funcionalidad y operatividad de las FFA y PNP cuando se obliga a realizar lo que indica una orden que no es manifiestamente ilícita. Que esa sea la opinión del legislador no la convierte en inmune frente a las críticas. Cuando el jefe del pelotón ordena el ataque por motivos racistas, políticos o ideológicos pero se preocupa de camuflar muy bien la ilegalidad de la orden, falsificando documentación de inteligencia por ejemplo para que quienes la ejecutan (que conocen muy bien el artículo 19 inciso 8 del Código Penal) no desobedezcan, no parece lógico que la funcionalidad de las Fuerzas Armadas tenga un valor superior que el deber de los ejecutores de no cometer delitos. En este caso, por la habilidad de quien la emite, la orden no es manifiestamente ilegal. El texto del artículo 19 inciso 8 del CJP calza muy mal con la forma como está distribuida la información y la responsabilidad al interior de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, y propicia arbitrariedades como la ejemplificada. Una respuesta que tenga en cuenta el conflicto de intereses de que se trata el caso debería tener en cuenta que quienes ejecutan la orden actúan atípicamente porque ponderaron correctamente: prevaleció el funcionamiento de las Fuerzas Armadas desde un punto de vista *ex ante*. Dicho de otra forma, se incurre en un error invencible sobre el presupuesto de una causa de justificación (artículo 14, 1^{er} párrafo del Código Penal) porque ni se conoce

ni se exige conocer que no concurren las condiciones para que la orden sea lícita.

6.3. Toma de postura frente al artículo 20 inciso 9 del Código Penal

Lo dicho con respecto a la obediencia debida en el ámbito militar y policial es trasladable al resto de las relaciones públicas que implican subordinación. Sin embargo es menester efectuar algunas precisiones. En primer lugar, también en la Administración Pública en general se advierte la necesidad de optar, en ciertos casos, por la funcionalidad de la institución. Pero la ponderación no puede ser la misma que la que se lleva a cabo en las relaciones castrenses ya que en estas la necesidad de optar por la funcionalidad de la institución es mayor, pues mayor es la importancia de los fines que la Constitución les confía. La proporcionalidad obliga a admitir que la ponderación que se haga en la Administración Pública en general debe ser el resultado de valorar una serie de factores, como la importancia de los fines de la institución pública en donde se desempeña el sujeto, la importancia del contenido de la orden, los daños que se causarían con su ejecución, etcétera.

A esto no se refiere el artículo 20 inciso 9 del Código Penal. Este precepto regula el comportamiento de quien cumple una orden lícita. Ya se vio que una orden obligatoria que sea emitida por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones es un supuesto tan claro y obvio de exclusión de injusto que es innecesaria su regulación. ¿Significa esto que en el ámbito de la Administración Pública ajeno a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú no existe el deber de obedecer órdenes ilícitas? No, al igual que no existe en las relaciones castrenses. Pero al igual que en ellas en algunas oportunidades es necesario ponderar entre los intereses en conflicto. Expresado de otra forma, los supuestos de órdenes ilícitas en el ámbito de

Iván Meini

la Administración Pública se solventan con arreglo al estado de necesidad (justificante o exculpante), error y miedo insuperable. Reconocer la verdadera naturaleza jurídica del conflicto de intereses permite ofrecer una respuesta coherente que, además, frente a la obediencia debida del artículo 29 inciso 8 del Código Penal, tiene la ventaja de admitir la posibilidad de una eximente incompleta (artículo 21 del Código Penal).

7. Resumen y conclusiones

En un Estado de Derecho solo una orden conforme a Derecho es vinculante. Solo ella expresa juridicidad y no arbitrariedad. Quien la emite se mantiene dentro de la libertad jurídicamente garantizada, al igual que quien la cumple. Se trata siempre de un caso de atipicidad porque la irrelevancia penal se deriva del hecho que no se ha creado de manera desaprobada ningún riesgo.

Una orden ilícita no es vinculante pues no expresa juridicidad. Quien la emite incurre en responsabilidad y si la orden es ejecuta

será considerado autor mediato o coautor, dependiendo las circunstancias del caso. Las órdenes ilícitas emitidas por negligencia siguen siendo contrarias a Derecho y siguen adoleciendo de capacidad para vincular. La sanción en estos casos depende de la forma cómo se regula la imprudencia y si se acepta la autoría mediata imprudente.

Quien ejecuta una orden ilícita puede invocar error, coacción o estado de necesidad. Estos casos se encuentran regulados en los artículos 14, 20 inciso 7, 20 inciso 4, y 5 del Código Penal, respectivamente.

El artículo 20 inciso 9 del Código Penal regula un supuesto de actuar en cumplimiento de un deber y es una causa de atipicidad. Su regulación, además de redundante, al existir ya el artículo 20 inciso 8 del Código Penal, es innecesaria.

En algunas ocasiones el propio Derecho admite la necesidad de que el contenido de órdenes ilícitas sea cumplido, lo cual no significa que la orden sea vinculante. En tales casos se ha de ponderar entre la necesaria operatividad y funcionalidad de la Administración Pública y la obligación de no generar daños a terceros. La relación que aquí interesa es la que mantiene el subordinado frente al ordenamiento jurídico y no la que tiene con su superior. Por lo tanto se actúa en cumplimiento de la Ley (artículo 20 inciso 8 del Código Penal). ☺