

# OBEDIENCIA DEBIDA COMO DEFENSA PARA LOS CRIMINALES DE GUERRA EN EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

Ana Cecilia Mac Lean M.  
Abogada  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad de Georgetown

## INTRODUCCIÓN

La obediencia debida como excusa o justificación de responsabilidad penal ha sido materia de debate desde el siglo XVI.<sup>1</sup> Sin embargo, aún no se ha logrado una solución al dilema que esta defensa intenta resolver.

En algún momento de la vida, todos tienen una autoridad superior con el poder de dictar órdenes, las cuales deben obedecer. Esto sucede tanto en la vida civil como en la vida militar. Sin embargo, algunas órdenes son, por su naturaleza, ilegales o inmorales; órdenes que no tienen que ser obedecidas, y si lo son, quien las ejecuta lo hace bajo su propia responsabilidad.

Esta opción, en muchos casos inexistente, no es tan latente en la vida militar, donde los soldados están entrenados para obedecer las órdenes de sus superiores. Este deber de obediencia es la piedra angular de la disciplina y estrategia militar. Así, el subordinado tiene que enfrentarse con el dilema de obedecer una orden que viola la ley penal y por consiguiente ser responsable penalmente, o de acatar la ley y violar su deber de obediencia a su superior y recibir el castigo por hacerlo.<sup>2</sup>

Este trabajo es un estudio comparado de cómo el Derecho nacional e internacional tratan el dilema de la obediencia debida y su utilización como defensa en el contexto de los procesos contra los criminales de guerra. Este estudio se enfoca principalmente en casos del siglo XX.

*Muchas pueden ser las opiniones sobre la obediencia debida como justificación de la responsabilidad penal de sus actores, por este motivo, es un tema de constante debate en la doctrina internacional.*

*La autora, desde la perspectiva del Derecho Internacional y apoyándose además en las respuestas de diversas legislaciones internas busca dar solución a este evidente conflicto de derecho.*

*Debido a que la obediencia debida es un tema que sobrepasa el ámbito de la disciplina militar, su inclusión como materia de debate en sociedades como la nuestra, debe ser de singular importancia a raíz de la búsqueda de un verdadero Estado de Derecho.*

<sup>1</sup> L.C. Green, "Superior Orders and the Reasonable Man". En: *Essays on the Modern Law of War*, Transnational Publishers Inc., 1985, p. 49.

<sup>2</sup> Yoram Dinstein, *The Defense of Obedience to superior Orders in international Law*, A. W. Sijthoff, 1965, p.7

La parte I describe el dilema, tanto práctico como teórico, que representa la obediencia debida. La parte II describe las tres doctrinas que tratan el tema de responsabilidad penal de los subordinados cuando ejecutan órdenes de sus superiores. La parte III analiza la legislación nacional de tres países; Estados Unidos de América, Gran Bretaña y Alemania, y la aplicación de éstas en sus respectivas cortes. La parte IV describe la inexistencia de legislación en el ámbito internacional con respecto a este tema, y a modo de ejemplo, se señala cómo el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg trató esta materia.

## I. EL DILEMA DE LA OBEDIENCIA MILITAR

La pregunta de si la obediencia a un superior es un escudo bajo el cual los criminales se pueden proteger del brazo de la ley ha sido materia de discusión de corrientes filosóficas en los sistemas jurídicos de Derecho nacional.<sup>3</sup> Ofensas cometidas de acuerdo a órdenes de un superior ocurren cada vez que existe una relación jerárquica de superior a subordinado, y donde dentro del contexto de esta relación el subordinado está sujeto al deber de obediencia a las instrucciones y órdenes de su superior.<sup>4</sup>

Militares y civiles se encuentran frecuentemente en ese tipo de relación de superior-subordinado. Sin embargo, el dilema que el subordinado enfrenta cuando su superior le da una orden ilegal es mucho más fuerte en el contexto militar en tanto los soldados, por la naturaleza misma de su profesión, tienen un deber de obediencia mayor que los civiles.<sup>5</sup>

La piedra angular del cuerpo militar es la disciplina, esto es, la necesidad de que todos y cada uno de los subordinados obedezcan las órdenes de sus superiores. El éxito de la estrategia y objetivo militar, la victoria en el campo, la vida tanto de soldados como de civiles y la seguridad de cada nación dependen de la obediencia total, sin dar lugar a duda frente a las órdenes en tiempo de guerra o emergencia. Reconociendo la necesidad de disciplina en el cuerpo militar, muchos sistemas jurídicos nacionales, a través de decretos militares, han impuesto un deber

legal de obediencia sobre los subordinados a las órdenes de sus superiores, bajo la amenaza de que la desobediencia de dichas órdenes implicaría la imposición de sanciones severas para el insubordinado, especialmente en tiempo de guerra o en presencia del enemigo.<sup>6</sup>

Si bien la obediencia de órdenes no presenta problema alguno cuando estas son legales, este deber entra en conflicto con la necesidad de mantener la supremacía del Derecho cuando el subordinado se enfrenta a una orden que, si bien debe ejecutar, es en sí misma una orden ilegal.<sup>7</sup> No cabe duda de que el principio de disciplina militar y el de supremacía del Derecho entran en conflicto cuando a un subordinado se le exige el cumplimiento de una orden ilegal.

El dilema práctico con el que se enfrenta el receptor de dicha orden es severo. Por un lado, si el subordinado decidiera cumplir con la orden ilegal, estaría violando normas de Derecho Penal y sería debidamente penado por ello. Por otro lado, si el subordinado se rehusara a cumplir la orden ilegal y acatar la ley, estaría violando el deber de obediencia a sus superiores y sería severamente sancionado.<sup>8</sup>

Dicey, describiendo la opción a la que se enfrenta un subordinado ante una orden ilegal, señala que la posición de un soldado es muy difícil tanto en la teoría como en la práctica. Si desobedece la orden probablemente será penado a muerte por una corte marcial, y si la obedece, será probablemente colgado por un juez y un jurado.<sup>9</sup>

Este dilema presenta un problema teórico en el sistema jurídico mismo. Vemos que un soldado, enfrentado a este dilema, deberá tomar una opción, por la cual será declarado culpable, ya sea que cometa el acto criminal como si se rehusa a hacerlo. Así, encontramos que el sistema jurídico está lleno de incongruencias. Pero, si un soldado es responsable solamente en uno de los dos casos, surgen ciertas dificultades. Por un lado, si un soldado al obedecer una orden ilegal arriesga su vida, pero es exonerado

<sup>3</sup> Idem., pág. 5.

<sup>4</sup> Jeanne L. Bakker, *The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement*, 17 Am.J.Crim.L.55 (1989) pág. 55.

<sup>5</sup> Idem., pág. 55.

<sup>6</sup> Dinstein, supra 2, pág. 6.

<sup>7</sup> Bakker, supra 4, pág. 55.

<sup>8</sup> Dinstein, supra 2, pág.7.

<sup>9</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London Mac Millan, 10th ed. 1959, pág. 303.

si comete un crimen en el cumplimiento de dicha orden o puede desobedecerla con impunidad, vemos entonces que esta solución incita a la insubordinación y perjudica la disciplina militar.<sup>10</sup>

Por lo tanto, no cabe duda de que, dada la existencia del deber de obediencia como piedra angular de la disciplina militar y la necesidad de preservar la supremacía del Derecho, una orden ilegal dictada por un oficial superior representa un dilema práctico para el subordinado y un dilema teórico para los sistemas jurídicos nacionales, y, en consecuencia, representa un dilema para el Derecho Internacional.

## II. TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUBORDINADOS

De acuerdo a L.C. Green, cada individuo, independientemente de su rango o *status* en el gobierno, es personalmente responsable por cualquier crimen que cometa.<sup>11</sup> No obstante, es necesario tomar en cuenta el deber de obediencia al que está sujeto cada subordinado. Al definir los límites del deber de obediencia es importante determinar si el cumplimiento de una orden de un superior es una justificación en sí misma o una simple excusa, o si inclusive se trata sólo de un elemento a ser considerado conjuntamente con otros en el contexto de otra excusa, como error o falta de intención criminal.<sup>12</sup> Más aún, al imponer responsabilidad a un subordinado cuando opta por cumplir una orden ilegal, se asume que dicho subordinado tiene conocimiento de la ilegalidad de la orden, por lo que es necesario recordar que un subordinado no siempre tiene conocimiento de los hechos necesarios para juzgar la legalidad o ilegalidad de una cierta orden.<sup>13</sup> Una imposición de conocimiento de este tipo requeriría que un subordinado militar sea un abogado, además de soldado, para poder cumplir con un servicio sin ser penado.<sup>14</sup>

Durante años, los sistemas jurídicos nacionales se han esforzado por repeler las críticas de este difícil dilema de obediencia militar, y los expertos han tratado, sin mucho éxito, de responderlas.<sup>15</sup> Hay, en efecto, tres doctrinas que buscan resolver el problema de si un subordinado que ha cometido un crimen tiene una defensa por el hecho de haber actuado de acuerdo a las órdenes de un superior. Las tres doctrinas son: la doctrina de responsabilidad absoluta; la doctrina de *respondeat superior*; y la doctrina de evidente ilegalidad.<sup>16</sup>

### 1. RESPONSABILIDAD ABSOLUTA

La doctrina de responsabilidad absoluta surgió como reacción a lo que muchos estudiosos temían que resultaría como consecuencia de la aplicación de la doctrina de *respondeat superior*.<sup>17</sup> Cabe señalar que esta doctrina no es meramente una respuesta a la doctrina de *respondeat superior* sino más bien su antítesis,<sup>18</sup> pues propone que la obediencia a las órdenes de un superior no es en sí misma suficiente para justificar o exculpar a un subordinado por un crimen cometido. De acuerdo con esta doctrina, un subordinado sólo debe cumplir las órdenes legales.<sup>19</sup>

Los proponentes de la doctrina de responsabilidad absoluta toman la posición extremista de que la obediencia a las órdenes de un superior no tiene un rol en la determinación de la culpabilidad penal. Sin embargo, una vez que la culpabilidad ha sido establecida, la prueba de la obediencia a las órdenes de un superior puede ser utilizada para mitigar la pena.<sup>20</sup>

Claramente, la desventaja de la doctrina de responsabilidad absoluta es que no toma en consideración los problemas que enfrenta el subordinado

<sup>10</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 7.

<sup>11</sup> L.C. Green, *Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, 1973, pág. 292.

<sup>12</sup> Nico Keijzer, *Military Obedience*, Sijthoff & Noordhoff, 1978, pág. 142.

<sup>13</sup> *Idem.*, pág. 141.

<sup>14</sup> *Idem.*, pág. 143.

<sup>15</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 8.

<sup>16</sup> Keijzar, *supra* 12, pág. 150; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 8.

<sup>17</sup> Bakker, *supra* 4, pág. 60.

<sup>18</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 68.

<sup>19</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 151; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 69.

<sup>20</sup> Bakker, *supra* 4, pág. 60.

que debe discernir entre las órdenes legales e ilegales.<sup>21</sup> Es bien sabido que muchas órdenes no son claramente legales o ilegales, y esto puede causar que los subordinados duden en cumplir órdenes que no son claramente legales, por temor a cometer un crimen por el que serían declarados responsables.<sup>22</sup>

Los proponentes de la doctrina de responsabilidad absoluta se apoyan en la teoría de la supremacía del Derecho Internacional. Asimismo, alegan que el Derecho Internacional se vería frustrado si los criminales no fueran declarados responsables por sus acciones, y que la doctrina de *respondeat superior* sacrifica el Derecho Internacional por el bien de la disciplina militar.<sup>23</sup>

## 2. RESPONDEAT SUPERIOR

De acuerdo a la doctrina de *respondeat superior*, la obediencia a las órdenes de un superior es, *a priori*, una defensa absoluta en una acción penal. La autoridad en la teoría legal internacional de esta doctrina, está en el volumen segundo de las cinco primeras ediciones del *Treatise of International Law* de Oppenheim.<sup>24</sup> Para esta doctrina la orden de un superior es en sí misma una justificación. La razón fundamental es que el sistema militar sólo puede funcionar si las órdenes de un superior deben proteger a un subordinado que cumple con ellas aunque la orden o el acto cometido en cumplimiento de ella sean contrarios al Derecho. La base de esta teoría es que los soldados tienen el deber de obedecer órdenes y por el interés de preservar la disciplina militar no se puede requerir menos.<sup>25</sup> Así, esta doctrina examina el problema práctico que surge del dilema que enfrenta el soldado ante una orden de un superior,<sup>26</sup> si esta defensa de *respondeat superior* es negada.

Muchos proponentes de la doctrina de *respondeat superior* fundamentan su posición en términos de un error de derecho de buena fe por parte del receptor de la orden.<sup>27</sup> Asimismo, alegan que el interés en preservar la disciplina militar requiere una obediencia inmediata y sin dudas. Garner, recapitulando este argumento, dice que la obediencia a las órdenes de un superior es el primer deber de un soldado y es absolutamente necesario para la disciplina militar. El soldado no puede discutir o cuestionar las órdenes que se le dictan, no puede juzgar la legalidad o ilegalidad de dichas órdenes, y si lo hiciera, su ignorancia de las leyes de guerra lo haría un juez incompetente.<sup>28</sup>

De este modo, siguiendo la visión de Oppenheim, la conclusión es que cualquier solución fuera de los confines de la doctrina de *respondeat superior* será perjudicial para la disciplina militar.<sup>29</sup>

## 3. EVIDENTE ILEGALIDAD

La doctrina de la evidente ilegalidad surgió de la búsqueda de los juristas de otras formas de solucionar el dilema de la obediencia militar. La doctrina de responsabilidad absoluta es inconsistente con la necesidad de la disciplina militar, mientras la doctrina de *respondeat superior* es inconsistente con el Derecho Penal.

Bajo esta doctrina, la defensa de obediencia a las órdenes de un superior está permitida siempre y cuando las órdenes no sean tan evidentemente ilegales que los subordinados no supieran o no pudieran haber sabido que eran ilegales.<sup>30</sup> La regla general de la doctrina de la evidente ilegalidad es que un subordinado debe ser responsable por sus actos si comete un crimen en el cumplimiento de una orden evidentemente ilegal, mientras que debía ser exonerado de culpa si comete un crimen en cumplimiento

<sup>21</sup> Idem., pág. 61.

<sup>22</sup> Keijzer, supra 12, pág. 151.

<sup>23</sup> Bakker, supra 4, pág. 61.

<sup>24</sup> Bakker, supra 4, pág. 56; Ver también Dinstein, supra 2, pág. 38.

<sup>25</sup> Keijzer, supra 12, pág. 151.

<sup>26</sup> Dinstein, supra 2, pág. 49.

<sup>27</sup> Bakker, supra 4, pág. 57.

<sup>28</sup> James W. Garner, *International Law and The World War*, Vol.2, London Longmans, 1920, pág. 484.

<sup>29</sup> Dinstein, supra 2, pág. 50.

<sup>30</sup> Bakker, supra 4, pág. 61.

de una orden de un superior cuya ilegalidad no es evidente. Claramente, este principio aplica una prueba objetiva basada en la inteligencia de un hombre razonable.<sup>31</sup>

El criterio aplicado generalmente es el elemento de conocimiento, ya sea a nivel subjetivo u objetivo: si el receptor de la orden tenía de hecho conocimiento de que la orden era ilegal, o si debía haberse dado cuenta de ello puesto que la ilegalidad de la orden era tan evidente.<sup>32</sup> El criterio subjetivo es de esencial importancia, mientras que el criterio objetivo es auxiliar en aliviar la carga de la prueba en lo que respecta al conocimiento subjetivo del acusado. Asimismo, aunque el acusado o el subordinado no haya sabido de la ilegalidad de la orden, este hecho es irrelevante si la orden es evidentemente ilegal.<sup>33</sup>

### III. DERECHO NACIONAL

#### 1. LEGISLACIÓN NACIONAL

##### 1.1. Estados Unidos de América

Los artículos 90(2), 91(2) y 91 del Código Uniforme de Justicia Militar de 1950 (UCMJ) establecen que la desobediencia de órdenes legales es punible. La carga de la prueba de la ilegalidad de la orden está en el subordinado.<sup>34</sup>

El Manual de las Cortes Marciales del Ejército de los Estados Unidos (1917) adoptó la doctrina de la evidente ilegalidad, estableciendo que las acciones de un oficial subordinado o de un soldado, en el cumplimiento de su deber, o de las órdenes de un superior, eran justificables y quien las realizara sería protegido contra las consecuencias, a menos que vayan evidentemente contra el ámbito de autoridad del superior y de un modo tal que un hombre razonable sabría que son ilegales.<sup>35</sup>

El Manual de las Cortes Marciales de 1951 (MCM), en su artículo 197 b-2, requiere la aplicación de un criterio objetivo y subjetivo más detalladamente articulado que el Manual de 1917. El Manual de las Cortes Marciales de 1969, en su artículo 216 inciso d), solamente menciona los requisitos objetivos. Dicho Manual refleja la doctrina de evidente ilegalidad bien establecida en la jurisprudencia nacional de los Estados Unidos de América.<sup>36</sup>

El Manual de Campo del Ejército (AFM) de 1914, en su artículo 366 establecía que un subordinado no asumía responsabilidad alguna si cometía un crimen en el cumplimiento de una orden del gobierno o de su comandante, es decir, proponía la doctrina de *respondeat superior*. El AFM de 1940 establecía, en su artículo 345, que el hecho de que un crimen haya sido cometido en el cumplimiento de las órdenes de un superior puede ser tomado en consideración para la determinación de la culpabilidad del subordinado, como defensa o como un atenuante para mitigar la pena. El superior también podría ser penado. Este cambio se dio fundamentalmente para evitar que los alemanes y japoneses utilizaran esta defensa en los juicios realizados después de la Segunda Guerra Mundial.<sup>37</sup>

El AFM de 1956 cambió para adherirse a la opinión mayoritaria del Derecho común americano, formulando un criterio tanto objetivo como subjetivo.<sup>38</sup> El artículo 501 establece que el comandante es responsable por los actos de sus subordinados. El artículo 509 inciso a) establece que el hecho de que las leyes de guerra hayan sido violadas en el cumplimiento de la orden de un superior no lo hace menos un crimen de guerra, a menos de que el subordinado no supiera y no pudiera haber sabido que dicha orden era ilegal. El acápite b) del mismo artículo 509 establece que, en la consideración de si el cumplimiento de una orden de un superior es una defensa válida, la Corte debe tomar en cuenta

<sup>31</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 27.

<sup>32</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 153.

<sup>33</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 29; Ver también Sheldon Glueck, *War Criminals, Their Prosecution and Punishment*, New York-Knopf, 1944, pág. 152-153.

<sup>34</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 153.

<sup>35</sup> *Idem.*, pág. 167.

<sup>36</sup> *Idem.*, pág. 168.

<sup>37</sup> Donal A. Wells, *War Crimes and Laws of War*, University Press of America (2d ed. 1991), pág. 72.

<sup>38</sup> M. Cherif Bassiouni and Ved P. Nanda, *A Treatise on the International Criminal Law*, Vol. I, Charles Thomas Publisher, 1973, pág. 632.

el deber de obediencia de todo miembro de las Fuerzas Armadas.<sup>39</sup>

Aún cuando el AFM no forma parte de la ley estatutaria nacional, cumple con una función declaratoria respecto al Derecho Internacional. No obstante, la conclusión es que las leyes de los Estados Unidos de América reflejan la adhesión a la doctrina de evidente ilegalidad.

### 1.2 Gran Bretaña

En los artículos 34 y 36 del Estatuto del Ejército (1955) y los respectivos artículos para la Marina y las Fuerzas Armadas, el no cumplimiento o desobediencia a las órdenes de un superior es punible sólo cuando la orden es legal.

El Manual Británico de la Ley Militar de 1914, editado por Oppenheim, que se adhirió a la doctrina de *respondeat superior*, establecía en su artículo 414 que los miembros de las Fuerzas Armadas que cometieran crímenes en el cumplimiento de órdenes de guerra, no podrán ser penados por el enemigo. Este Manual fue sustituido en 1944, rechazando la posición anterior y estableciendo que la obediencia a las órdenes de un superior no constituía una defensa válida.<sup>40</sup>

El Manual Británico de 1958 mantuvo la posición del Manual de 1944 respecto a la ley nacional, mientras que respecto al Derecho Internacional, sigue la regla del artículo 8 del Convenio que establece el Tribunal Militar Internacional (TMI), y en su artículo 627 establece que la obediencia a una orden del gobierno o de un superior, o de una ley nacional o reglamento, no constituye defensa alguna al cargo de comisión de un crimen de guerra, pero puede ser considerado como atenuante para mitigar la pena.<sup>41</sup>

De este modo concluimos que la ley británica pone el peso de la responsabilidad en los subordinados al adherirse a la doctrina de responsabilidad absoluta.

### 1.3. Alemania

De acuerdo con el artículo 47 del Código Penal Militar de 1872, un subordinado que comete un crimen en cumplimiento de la orden de un superior, no estaba sujeto a responsabilidad penal. Esta regla no se aplica cuando el subordinado sabe que las órdenes incluyen una acción que constituye un crimen o una falta. Esto refleja un criterio subjetivo para determinar la responsabilidad.<sup>42</sup> Sin embargo, la desobediencia de órdenes era punible sin tomar en cuenta su legalidad. Esta regla se encuentra en los artículos 92 y 94 del mismo Código, los cuales definen las ofensas de desobediencia y de rehusarse a obedecer.<sup>43</sup>

El Código Penal Militar de 1957 buscaba seguir la ley Anglo-Americana y rechazó el criterio puramente subjetivo presente en el artículo 47 del Código Penal Militar de 1872. El artículo 51 del Código Penal Militar de 1957 aplica la doctrina de evidente ilegalidad. Este artículo es equivalente al artículo 11(2) del Estatuto del Soldado Alemán de 1956. La obediencia a las órdenes de un superior constituye una defensa válida a menos que la ilegalidad de la orden haya sido conocida por el subordinado o sea evidente, dadas las circunstancias, que debió ser conocida.<sup>44</sup> Queda claro que la ley alemana no protege al soldado que sabe que una orden es ilegal. Asimismo, se presume que el soldado tenía conocimiento de dicha ilegalidad si la orden es universalmente conocida, sin lugar a dudas, como ilegal.<sup>45</sup>

## 2. CASOS ANTE LAS CORTES NACIONALES

### 2.1 Estados Unidos de América

Durante el siglo XIX, la doctrina de responsabilidad absoluta se aplicó tanto en las acciones civiles como penales. Al mismo tiempo, la doctrina de *respondeat superior* estaba siendo aplicada en ambos tipos de acciones. Una corriente filosófica que comenzó a desarrollarse en el siglo XIX y continuó en el siglo XX, establecía más claramente en qué casos la obediencia a las órdenes de un superior constituiría una

<sup>39</sup> FM 27-10. *Department of the Army Field Manual*.

<sup>40</sup> Bassiouni and Nanada, *supra* 38, pág. 631; Ver también Gluek, *supra* 33, pág. 150.

<sup>41</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 189.

<sup>42</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 10-15; Ver también Gluek, *supra* 33, pág. 153.

<sup>43</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 188.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pág. 190.

<sup>45</sup> Glueck, *supra* 33, pág. 152; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 17.

defensa válida y en qué casos no. Esta corriente es la que llamamos la doctrina de la evidente ilegalidad.<sup>46</sup>

En el caso *In Fair et al.*, 100 f. 149 (1990), la corte decidió que la ilegalidad de la orden no era tan evidente y palpable para una persona con conocimiento ordinario. Por lo tanto, el soldado que actuó de buena fe y sin intención criminal estaba obligado a obedecer dicha orden, protegido de toda responsabilidad. En el caso *United States vs. Kinder*, ACM 7321, 14 CMR 742 (1954), el Comité de Apelaciones de la Fuerza Aérea estableció que la base de todo principio de Derecho contenido en el MCM y cualquier otra autoridad militar o civil es que el soldado no es un autómata; que cuando una orden es evidentemente ilegal y va más allá de la autoridad del superior que dicta, de manera que una persona con conocimiento y sentido común podría darse cuenta de ello, la obediencia a las órdenes de un superior no constituye una defensa válida.<sup>47</sup>

En el caso *United States vs. Calley*, CM 426402, 46 CMR 1131 (1973), la corte estableció que las acciones de un subordinado en el cumplimiento de las órdenes de un superior, están justificadas y no imponen responsabilidad penal, a menos que bajo las circunstancias una persona con conocimiento y sentido común pudiera saber que la orden es ilegal, o si el subordinado en efecto tenía conocimiento de la ilegalidad de la orden.<sup>48</sup>

Los procedimientos en Nuremberg fueron presentados ante el gobierno militar de la zona de ocupación estadounidense a través de tribunales militares estadounidenses, es decir, nacionales. Estos procedimientos fueron conducidos bajo la Ley del Consejo de Control Número 10. Esta Ley establece en su artículo II 4 b), que el hecho de que una persona cometa un crimen en cumplimiento de las órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de responsabilidad penal, pero puede ser tomado en cuenta para mitigar la pena.<sup>49</sup>

De todas las decisiones tomadas por los tribunales estadounidenses relacionadas con la defensa de obediencia debida a un superior, el caso *Einsatzgruppen* sea quizás el más comprensivo. En dicho caso, el tribunal estableció que si la naturaleza de la orden va más allá de la autoridad del superior, el subordinado no podrá argüir ignorancia sobre la criminalidad de dicha orden. El tribunal también estableció que la obediencia de un soldado no es la de un autómata. El soldado es una persona con razonamiento propio, no es una máquina y no debe esperarse que responda como tal.<sup>50</sup>

Por lo tanto, la conclusión debe ser que las cortes nacionales de los Estados Unidos de América han establecido su adherencia a la doctrina de la evidente ilegalidad.

## 2.2. Gran Bretaña

Aún en el siglo XVII, en el caso *Axtell* (1661) *Kelyn* 13; 84 E.R. 1060, la doctrina seguida por la corte fue la de responsabilidad absoluta, la cual no permitía alegar como defensa la obediencia a un superior. Sin embargo, para el siglo XIX la doctrina de evidente ilegalidad ya se había establecido en el Derecho anglosajón. En el caso de *Regina vs. Smith*, 17 S.C.R. 561 (Cabo de Buena Esperanza 1900), la corte sostuvo que si el soldado creía honestamente que estaba cumpliendo con su deber al acatar la orden de un superior y dicha orden no era evidentemente ilegal como para que se percatara o haya debido percatarse de que era ilegal, entonces el soldado sería protegido por las órdenes de su superior.<sup>51</sup>

De los casos más recientes, como *Rex v. Taylor*,<sup>52</sup> (1940) y *Regina v. Ball and Loughlin*, 50 *Criminal Appeal Reports* 266 (1966), podemos concluir que el cumplir con la orden de un superior no implica una defensa en sí misma; ésta solo puede tomarse como un factor que ayuda al acusado a negar la intencionalidad de cometer determinado crimen. Esto queda reducido a la aplicación de la doctrina de responsabilidad absoluta.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 155 - 158.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pág. 161 - 163; Ver también Gluek, *supra* 33, p160g. 148.

<sup>48</sup> *United States vs. Calley*, CM 426402, 46 CMR 1131, 1187 (1973).

<sup>49</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 163.

<sup>50</sup> Glenn, *supra* 1, pág. 63; Ver también Dinstein, *supra* 2, pág. 178-179.

<sup>51</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 172-173.

<sup>52</sup> *Rex v. Taylor*, *The Law Journal*, Dec. 7, vol. XC, 1940, 227 citado en *Id.*, p. 176.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 176.

### 2.3. Alemania

Ante la imposibilidad de actuar, a causa del Tratado de Versalles de 1919 de la Primera Guerra Mundial, con respecto a la entrega por parte del gobierno alemán de los criminales de guerra alemanes para someterlos a juicio; las fuerzas aliadas coincidieron en que las condiciones internas de Alemania eran adecuadas y aceptaron la propuesta de que dichos criminales sean llevados a juicio en la Corte Suprema de Justicia de Leipzig. El juicio de Leipzig representó para muchos una farsa, sin embargo, las soluciones dadas por la Corte alemana al problema de obediencia debida a un superior, han tenido gran impacto en el resto del mundo.<sup>54</sup>

En el caso de Robert Neumann, quien fue acusado por maltrato a un prisionero de guerra, éste alegó haber actuado bajo órdenes de un superior. La Corte respondió a su alegato estableciendo que el acusado no podía ser declarado responsable por los actos cometidos bajo las órdenes de un superior, a menos que, bajo las circunstancias, éste supiera que dicha orden implicaba la comisión de un crimen. La Corte basó su decisión en el artículo 47 del Código Penal Militar alemán de 1872. El acusado fue sentenciado por otros cargos pero encontrado inocente del cargo de maltrato al prisionero.<sup>55</sup>

En el caso Dover Castle, un alemán a cargo de un submarino fue acusado de hundir el barco-hospital inglés Dover Castle. El acusado alegó que sólo hizo lo que debía bajo instrucciones del Ministerio de Marina Alemán. La Corte encontró al acusado inocente y declaró que es un principio militar el deber que tiene un subordinado de obedecer las órdenes de sus superiores. Es consecuencia de este deber de obediencia que cuando la ejecución de una orden abarca un crimen, sólo el superior es responsable. Más aún, la Corte estableció que, de acuerdo al artículo 47 del Código Penal alemán de 1872, el subordinado puede ser penado como cómplice cuando tenga conocimiento de que dicha orden abarca un crimen.<sup>56</sup>

El caso Landoverly Castle también trató de un barco-hospital inglés, el Landoverly Castle, hundido por un submarino alemán. A diferencia del caso Dover

Castle, el comandante de este submarino desobedeció con pleno conocimiento las instrucciones de su superior. Un oficial del submarino fue acusado en lugar del comandante, quien logró desaparecer antes de ser presentado ante la Corte. El oficial se apoyó infructuosamente en las órdenes de su comandante. Esta decisión refleja el lado opuesto del caso Dover Castle, afirmando que la regla general de Derecho alemán, de acuerdo con la cual un subordinado que comete un crimen al obedecer las órdenes de un superior no es responsable, no se aplica cuando el subordinado tenía conocimiento de la ilegalidad de la orden.<sup>57</sup>

Los casos en Leipzig demuestran un enfoque uniforme al problema de la obediencia a las órdenes de un superior. Como regla general, un subordinado que en el cumplimiento de las órdenes de un superior comete un crimen, no es responsable de dicho crimen. Esto no se aplica si el subordinado tenía conocimiento de que la orden implicaba la comisión de un crimen y no obstante la cumplió. La Corte puede utilizar la prueba auxiliar de evidente ilegalidad para determinar si el subordinado tenía conocimiento de la ilegalidad de la orden.

## IV. DERECHO INTERNACIONAL

La pregunta de si un acusado en un proceso penal puede alegar obediencia a las órdenes de un superior como defensa ha sido respondida en casi todos los sistemas legales nacionales. Sin embargo, la importancia de esta pregunta no se limita al Derecho nacional o doméstico. El desarrollo del Derecho Penal Internacional requiere que dicha pregunta sea respondida basándose en principios de Derecho Internacional. De este modo, la responsabilidad penal por un acto penado de acuerdo al Derecho Penal Internacional, podrá ser eludida sólo si el Derecho Penal Internacional mismo contiene lenguaje exculpatorio de la pena.

No existe ley alguna derivada de tratados internacionales que regule el tema de la defensa de haber actuado a las órdenes de un superior. Muchos expertos han escrito sobre la materia. Guggenheim, en su *Traite de Droit International Public*, establece que la defensa de haber actuado de acuerdo a las órdenes

<sup>54</sup> George Scelle. *Manuel de Droit International Public*, Edition Domat-Montchrestien, 1948, p. 1948; Ver también Dinstein, supra 2, p. 10-11.

<sup>55</sup> *Robert Neumann's Case*, A.J.I.L., vol 16 (1922), pág. 696, citado en Dinstein, supra 2, pág. 11.

<sup>56</sup> *Dover Castle Case*, A.J.I.L., vol. 16 (1922), pág. 707-708, citado en Id., p. 14-17; Ver También Glueck, supra 33, pág. 153.

<sup>57</sup> *Landoverly Castle case*, A.J.I.L. vil. 16 (1922), pág. 1721-722, citado en Id., pág. 14-17; Ver también Glueck, supra 33, pág. 153.

de un superior de ningún modo elimina la culpabilidad criminal personal del subordinado. No obstante, debe determinarse si hubo o no la posibilidad de una opción moral con el propósito de atenuar o eximir la sentencia.<sup>58</sup> Oppenheim, en sus *Treatise of International Law* apoyaba la doctrina de *respondeat superior*. La mayoría de expertos, sin embargo, no estaban de acuerdo con dicha doctrina y en la sexta edición de sus *Treatise of International Law* en 1940, editada por Lauterpacht, apoyó la doctrina de responsabilidad absoluta.<sup>59</sup>

## 1. INEXISTENCIA DE LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

La Conferencia Preliminar de Paz en París decidió indagar el tema de la responsabilidad penal en lo relacionado a la Primera Guerra Mundial. Con este propósito se creó la Comisión Especial de Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Ejecución de Sanciones. La Comisión Especial, que fue establecida para esclarecer los problemas políticos y legales de los procedimientos de los mandatarios de los poderes centrales, declaró que la corte en cada caso individual deberá determinar si la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior es suficiente para eximir al acusado de responsabilidad penal por el acto. El Tratado de Versalles, firmado en junio de 1919, no tenía una cláusula que específicamente tratara el tema de la obediencia de órdenes. Como los criminales de guerra alemanes no fueron entregados a los aliados, la cuestión de que la Comisión Especial no tocara el tema de la obediencia a las órdenes de un superior y que el Tratado de Versalles guardara silencio sobre este mismo tema, nunca fue resuelta.<sup>60</sup>

En 1922, el Tratado de Washington repudió la doctrina de *respondeat superior* en relación al uso de submarinos y gases tóxicos en tiempo de guerra. Este Tratado, sin embargo, nunca entró en vigencia. Por otro lado, ese mismo año una comisión de juristas propuso un conjunto de reglas para el con-

trol de radios en tiempo de guerra, reglas que eximían al operador de radio de toda responsabilidad personal por las ofensas cometidas en el ejercicio de sus deberes. Esta propuesta nunca fue aceptada.<sup>61</sup>

El Convenio para el Enjuiciamiento y Castigo de los Criminales de Guerra del Eje Europeo (Convenio de Londres), fue firmado en Londres en 1945 por las cuatro potencias. El Convenio Constitutivo del Tribunal Militar Internacional (TMI) fue anexo al Convenio de Londres. El artículo 8 del Convenio Constitutivo del TMI establece que el hecho de que un acusado haya actuado bajo las órdenes de su gobierno o de un superior, no lo libera de su responsabilidad pero puede ser considerado para mitigar la pena, si el tribunal determina que la justicia así lo requiere.<sup>62</sup>

A pesar de que el TMI expresó su apoyo al artículo 8, éste añadió la prueba de la "opción moral" al tema de la obediencia de órdenes. El TMI estableció que la verdadera prueba no se apoyaba en la existencia de una orden, sino más bien en si una "opción moral" era en realidad factible.<sup>63</sup> Muchos expertos defienden la posición de que el TMI ejerce jurisdicción nacional y no internacional, debido a que éste sirve como corte militar a las cuatro potencias. De este modo, las decisiones de este tribunal no pueden ser consideradas, sin más, fuente directa de Derecho Internacional.<sup>64</sup> La exclusión absoluta de la defensa de actuar bajo las órdenes de un superior como base para una justificación, representa una excepción a la posición del Derecho Internacional. La importancia internacional del TMI no se extiende más allá de las cuatro potencias. Los crímenes descritos no se han convertido en parte del Derecho Internacional meramente por haber sido incluidos en el Convenio Constitutivo del TMI, sino, más bien, representan leyes particulares de las cuatro potencias con relación a Alemania.<sup>65</sup>

En 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas afirmó unánimemente los principios de Dere-

<sup>58</sup> Paul Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, Vol. 2, Librairie de l'Université, Geneve, 1953-1954.

<sup>59</sup> H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, Vol. II, London-Longmans (7th ed. 1952).

<sup>60</sup> Bassiouni and Nanda, *supra* 38, pág. 621; Ver también, Dinstejn, *supra* 2, pág. 96.

<sup>61</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 211.

<sup>62</sup> Dinstejn, *supra* 2, pág. 117.

<sup>63</sup> Baker, *supra* 4, pág. 65.

<sup>64</sup> Keijzer, *supra* 12, pág. 212.

<sup>65</sup> Bassiouni and Nanda, *supra* 38, pág. 629.

cho Internacional reconocidos en el Convenio Constitutivo del TMI, pero su significancia legal estaba disputada. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDO), encargada de formular esos principios, presentó en su informe a la Asamblea General el principio IV, que establecía que el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su gobierno o de un superior, no lo libera de su responsabilidad bajo el Derecho Internacional, siempre y cuando una "opción moral" haya sido en realidad factible.<sup>66</sup> Esta propuesta no fue aceptada. Asimismo, la propuesta presentada por la CDI en 1954 como artículo 4 del Proyecto de Código de Ofensas Contra la Paz y la Seguridad Humana, fue rechazada.<sup>67</sup>

A pesar de que en varios de los proyectos del Convenio de Genocidio estaba reflejada la intención de tratar el tema de la obediencia de órdenes, la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, aprobada por la sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1951, no contiene cláusula alguna sobre el tema. Más aún, ninguna de las Convenciones de la Cruz Roja para la Protección de las Víctimas de Guerra, firmadas en Ginebra en agosto de 1949, tiene cláusula alguna que trate el tema de la obediencia a las órdenes de un superior.<sup>68</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja preparó el Protocolo I de las Convenciones de Ginebra para la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y Desarrollo del Derecho Humanitario Aplicable a los Conflictos Armados. Dicho Protocolo se mantuvo silencioso sobre el tema de responsabilidad del comandante.<sup>69</sup>

Los más recientes intentos por regular el tema de la obediencia de órdenes se ven reflejados tanto en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal de Yugoslavia como en el proyecto de Código Criminal que preparó la CDI y que fue presentado en su cuadragésima octava sesión. Ambos dejan en claro su adhesión a la doctrina de responsabilidad absoluta, estableciendo, al igual que el artículo 8 del TMI, que el hecho de que un acusado haya actuado bajo las órdenes de su gobierno o de un superior no lo libera de su responsabilidad, pero puede ser considerado

para mitigar la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere. Cabe resaltar que tanto el Estatuto del Tribunal Penal de Yugoslavia, por ser un tribunal *ad hoc*, como el Proyecto de Código Criminal, por ser un proyecto, no forman parte del Derecho Internacional.

## 2. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG

El TMI se pronunció acerca de la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior en dos casos diferentes: Keitel y Jodl. En estos casos declaró que esa defensa había sido negada por el artículo 8 del Convenio Constitutivo del TMI. No obstante, el TMI estableció también que el hecho de que un soldado haya violado las leyes de guerra en el cumplimiento de las órdenes de un superior no ha sido reconocido como defensa. Sin embargo, dicha orden podrá ser tomada en consideración para mitigar la pena. Asimismo, el TMI estableció que la verdadera prueba no se basaba en la existencia de una orden, sino en si una "opción moral" era en realidad factible.<sup>70</sup>

El TMI no trató en ninguna de sus decisiones la cuestión de si el artículo 8 debía ser interpretado de conformidad con la doctrina de la evidente ilegalidad, y estableció que la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior no podía ser considerada para mitigar la pena cuando el crimen o crímenes eran tan chocantes y cometidos despiadadamente sin justificación o excusa.<sup>71</sup>

Por tanto, las decisiones del TMI en Nuremberg representan un apoyo importante a la doctrina de responsabilidad absoluta. Asimismo, es claro que el TMI repudió la doctrina de *respondent superior*.

## CONCLUSIONES

La piedra angular del cuerpo militar es la disciplina, esto es, la necesidad de que todos y cada uno de los subordinados obedezcan las ordenes de sus superiores. El éxito de la estrategia y objetivo militar y la seguridad de cada nación dependen fuertemente de esta obediencia.

<sup>66</sup> Keizer, *supra* 12, pág. 212.

<sup>67</sup> Bassiouni and Nanda, *supra* 38, pág. 587.

<sup>68</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 217-225.

<sup>69</sup> Gren, *supra* 1, pág. 72.

<sup>70</sup> Bakker, *supra* 4, pág. 65.

<sup>71</sup> Dinstein, *supra* 2, pág. 154.

La obediencia de órdenes no presenta problema alguno cuando dichas órdenes son legales, sin embargo, el deber de obediencia entra en conflicto con la necesidad de mantener la supremacía del Derecho cuando el subordinado se enfrenta al dilema de cumplir con la orden, cometer un crimen y ser penado, o negarse a cumplir con la orden, cometer el crimen y ser penado por la desobediencia.

Entre una orden legal y una evidentemente ilegal, hay un vacío donde la legalidad y propiedad de una orden depende de circunstancias y condiciones de las que no puede esperarse que un soldado esté enterado. En tiempo de guerra el soldado requiere mayor protección por obedecer órdenes que más tarde pueden resultar ser ilegales, debido a que en dichas circunstancias la disciplina de un soldado debe ser más sólida, pues la desobediencia de una orden por la más mínima duda en su legalidad podría acarrear graves consecuencias para todo el regimiento.

Hay tres doctrinas que buscan resolver el dilema del subordinado: la doctrina de responsabilidad absoluta, inconsistente con la disciplina militar ya que no otorga al soldado la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior. La doctrina de *respondeat superior*, inconsistente con el Derecho Penal pues exonera siempre al subordinado por haber actuado bajo órdenes de un superior; y la doctrina de evidente ilegalidad que propone que un soldado podrá ser exonerado por haber actuado bajo las órdenes de un superior siempre y cuando dicha orden no sea evidentemente ilegal.

No existe un acuerdo general en la materia. La única conclusión a la que se puede llegar después de revisar los sistemas nacionales es que, por un lado, ninguno de los sistemas ha reconocido la exoneración incondicional de un subordinado por haber actuado bajo órdenes de un superior, mientras que por el otro, ninguno ha desechado completamente la posibilidad de aceptar como defensa el hecho de haber actuado bajo órdenes de un superior.

La comunidad internacional no ha tenido éxito en la producción de leyes internacionales que regulen la defensa de haber actuado bajo órdenes de un superior. Tanto el Convenio Constitutivo del TMI, el Estatuto del Tribunal Penal de Yugoslavia, así como las decisiones adoptadas por éstos muestran su apoyo a la doctrina de responsabilidad absoluta, sin embargo, éstas no pueden ser consideradas como parte del Derecho Internacional, pues sólo representan leyes particulares.

## BIBLIOGRAFÍA

John A. Applemann, *Military Tribunals and International Crimes*, Greenwood Press Publishers, 1971.

M. Cherif Bassiouni and Ved Nanda, *A Treatise on International Criminal Law*, Vol. I, Charles C. Thomas Publisher, 1973.

A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London - Mac Millan (10th de.1959).

Yoram Dinstein, *The Defense of Obedience of Superior Orders in international Law*, A.W. Sijthoff - Leyden, 1965.

James W. Garner, *International Law and the World War*, Vol, 2, London - Longmans, 1920.

Sheldon Glueck, *War Criminals: Their Prosecution and Punishment*, Alfred A. Knopf, 1944.

L.C. Green, *Superior Orders and the Reasonable Man*, en: *Essays on the Modern Law of War*, Transnational Publisher Inc., 1985.

L.C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, A.W. Sijthoff - Leyden, 1976.

L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, 1993.

Paul Guggenheim, *Traite de Droit International Public*, Vol. 2, Libraire de l' Université, Geneve, (1953 - 1954).

Nico Keijzer, *Military Obedience*, Sijthoff & Noorff & Noordhoff, 1978.

H. Lauerpacht, *Oppenheims International Law*, Vol.II, London - Longmans, (7th de.1952).

George Scelle, *Manual de Droit International Public*, Editions domat - Montchrestien, 1948.

J.H.W. Versijil, *International Law in Historical Perspective*, Vol X, Sijthoff & Noorhoff, 1978.

Donald A. Wells, *War Crimes and Laws of War*, University Press of America (2d de.1991).

J.L. Bakker, *The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement*, 7 Am. J., Crim. L. 55 (1989).

FM. 27 - 10, *Department of the Army Manual*, 1956.