

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA OBEDIENCIA DEBIDA, COMO CAUSA  
DE INculpABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO  
PENAL GUATEMALTECO**

**GIOVANI DAVID DIAZ RUIZ**

**GUATEMALA, MARZO DE 2011**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA OBEDIENCIA DEBIDA, COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD  
EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO**



Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo de 2011



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Diaz  
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Victor Manuel Soto Salazar  
Vocal: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana  
Secretario: Lic. Artemio Rodolfo Tánchez Mérida

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Juan Carlos López Pacheco  
Vocal: Lic. Obdulio Rosales Dávila  
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



*Lic. Jaime Arnoldo Ochoa Albanés*  
**Abogado y Notario**

Guatemala, 25 de marzo de 2009

**Licenciado**  
**Carlos Manuel Castro Monroy**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho.**

Respetable Licenciado Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que procedí a la asesoría de la tesis del bachiller Giovani David Diaz Ruiz, según nombramiento de fecha veintiocho de enero del año dos mil nueve, que se intitula: **"LA OBEDIENCIA DEBIDA, COMO CAUSA DE INculpABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO"**. Después de la asesoría al trabajo recaído en mi persona, le informo que:

- a) El trabajo de tesis abarca un contenido técnico y científico, que estudia y analiza jurídicamente la obediencia debida como causa de inculpabilidad en el cumplimiento de mandatos antijurídicos; de conformidad con el ordenamiento jurídico penal de Guatemala.
- b) En el desarrollo de la tesis, se empleó la metodología y técnicas de investigación adecuadas. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, el cual dio a conocer las causas de inculpabilidad; el sintético, determinó sus características; el inductivo, estableció la obediencia debida y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria y legal actualizada.
- c) En lo relacionado a la redacción, el ponente durante el desarrollo de la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos determinaron que la obediencia debida es una situación que exime de responsabilidad penal por delitos cometidos en el cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico en donde el subordinado, como autor material de los hechos, se beneficia de la eximente; dejando subsistente la sanción penal de su superior.
- d) En lo concerniente a la contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante, es fundamental para la sociedad guatemalteca, debido a que determina que la obediencia debida es una causa de inculpabilidad de difícil naturaleza probatoria, en perjuicio del inferior jerárquico, quien queda obligado al proceso penal.



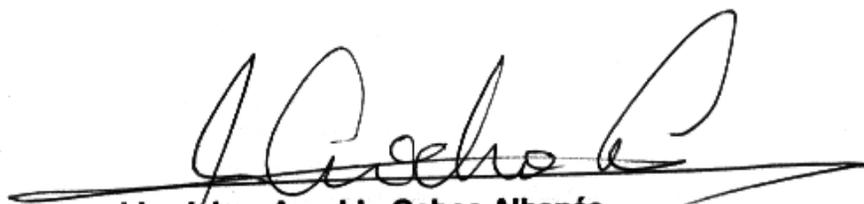


*Lic. Jaime Arnoldo Ochoa Albanés*  
**Abogado y Notario**

- e) La redacción de las conclusiones y de las recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos y técnicas apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a la importancia de analizar la obediencia debida como causa de inculpabilidad.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



**Lic. Jaime Arnoldo Ochoa Albanés**  
**Asesor de Tesis**  
**Col. 5,027**  
**4ª. avenida 5-63 zona 1 Chiquimula**  
**Tel: 79425369**

Lic. Jaime Arnoldo Ochoa Albanés  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS LEONEL ROBLES PÉREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GIOVANI DAVID DIAZ RUIZ. Intitulado: "LA OBEDIENCIA DEBIDA, COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis  
CMCM/mbbm

*Licenciado*  
*Carlos Leonel Robles Pérez*  
*Abogado y Notario*



Guatemala, 17 de julio de 2009

**Lic. Carlos Manuel Castro Monroy**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho.**



Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha dieciocho de junio del año dos mil nueve, procedí a la revisión del trabajo de tesis del bachiller Giovani David Diaz Ruiz, con carné 9416168; que se denomina: **"LA OBEDIENCIA DEBIDA, COMO CAUSA DE INculpABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMATECO"**. Después de la revisión encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo; haciendo la división de la misma en cinco capítulos.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se dio a conocer la importancia del derecho penal; el sintético, indicó lo relativo a las causas de inculpabilidad; el inductivo, estableció la obediencia debida y el deductivo, señaló sus particularidades. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada, y a través de los capítulos redactados, se señala que si la obediencia debida es justificante, no tendría lugar la legítima defensa del ciudadano afectado por la actuación del subordinado. Los objetivos se determinaron y establecieron las causas de inculpabilidad. La hipótesis formulada se comprobó, y señaló que el fundamento de la obediencia debida como causa de inculpabilidad se encuentra alrededor de la permisibilidad o no de mandatos antijurídicos obligatorios, o sea; del carácter vinculante de las órdenes antijurídicas y de las condiciones de su tratamiento dentro del derecho penal.



*Licenciado*  
*Carlos Leonel Robles Pérez*  
*Abogado y Notario*

4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala que en las instituciones de la administración pública; algunos servidores públicos se ven involucrados en situaciones donde el actuar con apego a las órdenes superiores puede constituir un ilícito penal.
5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

**Lic. Carlos Leonel Robles Pérez**  
**Colegiado 5597**  
**Revisor de Tesis**

**7ª. avenida 8-56 zona 1 Edificio El Centro oficina 10-16**  
**Tel: 22384484**

*Licenciado*  
*Carlos Leonel Robles Pérez*  
*Abogado y Notario*

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticinco de enero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GIOVANI DAVID DIAZ RUIZ, Titulado LA OBEDIENCIA DEBIDA, COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.





## DEDICATORIA

- A DIOS: Que me ha guiado y protegido, gracias por su bendición, misericordia, cuidados y por ir conmigo como poderoso gigante a cada paso y momento.
- A MIS PADRES: Rigoberto Díaz Flores (Q.E.P.D.) y Dora Leticia Ruíz Albanez, especialmente ella, mi madre, que en los momentos más álgidos y decisivos siempre ha estado allí, para arrullarme, fortalecerme y con su ejemplo me ha dado aliento y esperanza para seguir adelante.
- A MIS HERMANOS: Edwin William, Edy Estuardo, Zindy Elizabeth, Marilyn Lisseth, quienes en todo momento han demostrado su amor incondicional a lo largo de mi existir, haciendo cada uno un aporte sin el cual, no hubiera podido culminarse el presente reto.
- A MIS PARIENTES: Que me han apoyado en todo momento, Dios los recompensará.
- A LOS GRUPOS ANÓNIMOS: Agradezco a los buenos compas, sus sugerencias y apoyo en las adversidades.
- A USTEDES: Verdaderos amigos, que nunca me han abandonado, aún cuando todo se veía gris, sé quienes son y les conozco por sus actos solidarios y lealtad, les digo gracias y “ hoy por mí, mañana por ti”.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, casa  
de estudios que me formó.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. La obediencia debida.....	1
1.1. Definición.....	5
1.2. Tipos de obediencia debida.....	12
1.3. Doctrinas en torno a la obediencia debida.....	13
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. La obediencia debida y los derechos fundamentales.....	31
2.1. Razones político criminales.....	35
2.3. Razones positivas.....	37
2.4. Primacía del derecho internacional en materia de derechos fundamentales.....	48
2.5. Jurisprudencia internacional.....	51
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. Naturaleza jurídica de la obediencia debida y la responsabilidad penal.....	59
3.1. Teoría que explica la ausencia de responsabilidad penal por atipicidad. Teoría de la falta de acción o autoría mediata.....	60
3.2. Teorías que explican la ausencia de responsabilidad penal por falta de antijuridicidad.....	62
3.3. Teorías que explican la ausencia de responsabilidad penal por falta de culpabilidad.....	67
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. La obediencia debida en el derecho guatemalteco y en el derecho comparado.....	75
4.1. La obediencia debida en el ámbito laboral.....	76



4.2. La obediencia debida en las relaciones familiares.....	78
4.3. La obediencia debida entre los funcionarios públicos y los empleados públicos.....	80

## **CAPÍTULO V**

5. La delimitación de las responsabilidades de los funcionarios públicos.....	85
5.1. La responsabilidad política.....	87
5.2. Responsabilidad penal.....	88
5.3. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos.....	93
5.4. Responsabilidad disciplinaria.....	94
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105



## INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se eligió debido a la importancia de analizar y estudiar que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común de conformidad con el Artículo uno de la Constitución Política de la República, lo cual conlleva el funcionamiento de diversos organismos, entidades e instituciones administrativas, centralizadas, descentralizadas y autónomas donde se encargan de planificar, coordinar, organizar, ejecutar y controlar los planes y proyectos que las encaminen al cumplimiento de los fines por los cuales fueron creadas.

Es así como la hipótesis afirmaba que la mayoría de inferiores jerárquicos que se ven perjudicados al incurrir en ilícito penal al cumplir una orden de su superior; usualmente son condenados por la participación en la comisión del delito cuando se ven imposibilitados en comprobar la orden superior y los presupuestos de la obediencia debida, casi siempre por temor a represalias personales o contra su familia

Es importante hacer mención que los objetivos generales y específicos propuestos en los inicios de la tesis fueron alcanzados, pues evidentemente la obediencia debida es una causa de inculpabilidad de difícil naturaleza probatoria, misma que casi no es aplicada por los jueces del ramo penal, casi siempre en perjuicio del inferior jerárquico quien siempre queda ligado al proceso penal, ya sea como coautor o por encubrimiento, situaciones que también fueron previstas en los supuestos planteados.

Cada uno de los procesos de la administración pública conlleva relaciones de jerarquía, entre quienes se encargan de crear los planes estratégicos de funcionamiento, y quienes son los que efectivamente los ejecutan, así como entre cada una de las personas que prestan sus servicios ante las subdependencias y direcciones que aparecen en cualquier organigrama de un órgano administrativo. Las relaciones jerárquicas no son ajenas al mundo jurídico, pero su naturaleza, alcances y efectos son materias discutidas. En materia penal la obediencia debida sería una causal de inculpabilidad que regula el Código Penal, de carácter particular, por cuanto alcanza al



inferior ejecutor de la orden, pero el superior mandante sería merecedor de una sanción criminal. Este peculiar alcance práctico del instituto hace que su existencia, su naturaleza jurídica y ámbitos de aplicación, constituyan materias controvertidas sobre las cuales no existen opiniones unánimes.

Es de esta manera como se planteó como problema de investigación la dificultad probatoria que representa para el inferior jerárquico y ejecutor de una orden que resultó ilegal, dentro del marco de la juridicidad de la obediencia debida, para que ésta sea tomada como una causal de inculpabilidad, en el proceso penal. .

El presente trabajo de tesis se divide en cinco capítulos. El primero, de carácter general, consiste en los aspectos doctrinales fundamentales de la obediencia debida, relación; el segundo trata sobre la relación de la obediencia debida y los delitos que versan sobre violaciones a los derechos fundamentales, en donde ha habido un gran desarrollo en los últimos años; el tercero, se refiere a la naturaleza jurídica de la obediencia debida y la responsabilidad penal; el cuarto contiene un análisis a los delitos de desobediencia y las relaciones que presenta con la eximente; el quinto, está delimitado especialmente al ejercicio de la función pública por parte de los funcionarios y empleados públicos relacionándolo con la emisión de ordenes que llevan consigo una acción que podría devenir ilícita para quien la cumpla; sin reunir los presupuestos contemplados en el ordenamiento jurídico.

Los métodos utilizados fueron: analítico, con el que se dieron a conocer las causas de inculpabilidad; el sintético determinó sus características; el inductivo estableció la obediencia debida y el deductivo, inductivo su regulación legal. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas con las cuales se obtuvo la información doctrinaria ley legal.

Desde ya se presume que el presente estudio, como ocurre en innumerables aspectos del derecho, está sujeto a una posible influencia ética, lo cual se explica por cuanto subyace a la obediencia debida un cuestionamiento referido a su legitimidad como instituto, y la respuesta a ello no podrá estar jamás exenta de la influencia señalada.



## CAPÍTULO I

### 1. La obediencia debida

Innumerables personas son constantemente atrapadas por las seducciones del poder político. Pero el jurista no puede permitir siquiera que se diga que entretanto él ha guardado silencio. Los hombres vivimos en sociedad, y ésta se organiza en pos de lograr el bienestar de los individuos que la componemos, los que vemos satisfechas nuestras necesidades de mejor manera en la medida que sea eficiente y de rápida acción. Por ello existen relaciones jerárquicas y poderes de mando. De allí que no sólo tenemos un deber de omitir agredir a otros lesionándolos en sus derechos, sino que también nace, en muchas ocasiones, el deber de obedecer, acatando o cumpliendo los mandatos que se nos imparten.

Cualquiera sea la forma de administración de una sociedad, impondrá la existencia de autoridades encargadas de regirla y, a su vez, cada célula de ésta tendrá individuos con poderes de dirección. A mayor sean las potestades, su regulación por parte del derecho debe ser más extenso y minucioso. Dicha normativa tendrá que tener presente la justicia, valor respecto del cual se suele hacer una distinción entre la conmutativa y la distributiva. La primera es aquélla que se da entre entidades que se encuentran en una igualdad de posiciones que el derecho trata de mantener o de restablecer si ha sido quebrantada en el caso particular.



En cambio, la justicia distributiva es aquella que busca la equidad de los individuos frente al poder, esto es, que las actuaciones potestativas sean fundadas, evitando toda arbitrariedad. Don Jorge Iván Hubner Gallo; referido al derecho de igualdad señala: “En otros términos, diremos que el principio de la igualdad, que está estrechamente vinculado a la justicia distributiva, exige que se trate en forma igual lo igual y desigual lo desigual, pero manteniendo siempre un criterio de generalidad en cuanto a que todas las personas que se encuentran en una misma situación, en el plano respectivo, sean tratadas en la misma forma”.<sup>1</sup>

La igualdad consagrada en las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos, y establecida en todo ordenamiento moderno, tiene múltiples excepciones. Y existen por cuanto la igualdad constituye un sustrato mínimo de derechos y prerrogativas de que somos titulares, de conformidad con la dignidad del hombre. Una de las referidas excepciones deriva del fenómeno jerárquico establecido por el hecho de vivir en sociedad. Esta realidad, como ya se señaló, no es desconocida por el derecho, el cual debe fijarle sus alcances y límites, formas de actuación consideradas legítimas, y consecuencias frente a su desconocimiento o exasperación.

La sanción frente a la falta o abuso del poder (entendido éste en términos amplísimos) es de diversa índole y tendrá directa correlación con la valoración al atentado del bien jurídico protegido. De forma que frente a una arbitrariedad en materia comercial, como es el caso de un contrato leonino, la sanción de ordinario será la nulidad de éste, del

---

<sup>1</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Problemas de derecho penal**. Pág. 12.



mandatario, del delegado que excede sus poderes será la in-oponibilidad del acto contrato para el mandante.

Sanciones procesales también existen, así del que se aprovecha de sus influencias en el juez o en los miembros del tribunal colegiado será que la sentencia que se dicte podrá anularse por vicios de forma (casación en la forma o recurso de nulidad u otro semejante). Por su parte, en materias administrativas o penales, la autoridad que mal usa sus atribuciones se pueden ver enfrentada a la suspensión del cargo con inhabilitación para ejercer funciones públicas, sin perjuicio de la eventual sanción restrictiva o privativa de libertad.

Además de ello, el ordenamiento jurídico, a fin de lograr mayores grados de justicia distributiva, busca establecer mecanismos que equiparen las situaciones de desigualdad. Es allí donde existe una desigualdad real de trascendencia para el mundo jurídico, el ordenamiento crea una desigualdad jurídica para lograr una compensación.

Así ocurre, por ejemplo, en materia procesal con el fuero personal en cuya virtud conoce del asunto un juez de mayor jerarquía que aquel naturalmente competente en razón de la dignidad de alguno de los litigantes; o con la asistencia de abogado defensor público que los estados otorgan a sus ciudadanos de menores recursos para que, de esta forma, puedan enfrentar debidamente un proceso judicial. Otros casos existen en materia laboral, en donde encontramos una serie de derechos, normalmente irrenunciables del trabajador, a lo que se debe sumar la aplicación del principio pro operario, o la organización de sindicatos o la posibilidad de negociar en forma colectiva.



No obstante lo dicho, no toda desigualdad es mal vista por el derecho, pues si fuera así, la organización sería impensable y el caos reinaría. Lo que repugna al derecho es la desigualdad arbitraria, en este caso, la jerárquica sin fundamento en su establecimiento, o el uso arbitrario de su ejercicio. En este marco de desigualdad, con sus consecuencias jurídicas, es donde hemos de ubicar el deber de obedecer. Allí donde exista una subordinación o dependencia habrá obediencia, y ella puede nacer, como toda obligación jurídica, de la Ley o de la voluntad.

Como se ve, el deber de obedecer se opone a uno de los principios del derecho, como es la igualdad. Mas no es el único, pues el acatamiento a la orden en virtud del deber constituye un atentado a la libertad. Cualquiera sea la opinión que se tenga respecto al libre albedrío, en cuanto a su amplitud, resulta ineludible constatar que la relación jerárquica implica una limitación de la libertad, ya que el inferior se encuentra en la necesidad de cumplir con aquello que se le ha ordenado, con absoluta independencia de su parecer o voluntad íntima.

Pero, nuevamente cabe señalar que si bien la libertad es un principio del derecho, sus restricciones fundadas, también resultan necesarias para la adecuada organización de nuestra sociedad. Ejemplos hay muchos, basta decir que es ésta la base del concepto jurídico de obligación.

En esta doble oposición, tanto a la igualdad, como a la libertad, es donde encontramos el deber de obedecer; por ello su regulación por el ordenamiento jurídico siempre será



una tarea difícil y que, con necesidad, ha de sufrir ajustes y actualizaciones al sentir valorativo de la cultura.

### **1.1. Definición**

El derecho positivo guatemalteco, contempla una disposición general que establece como eximente de culpabilidad a la obediencia debida, específicamente en el Artículo 25 del Código Penal, incluyendo a la obediencia debida como condición que puede eximir de culpabilidad al responsable de una acción típica, sin embargo define a la misma de la siguiente manera: “.Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones: a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta...”.

Posteriormente a lo anterior sólo existen normas particulares y diseminadas que la tratan. Al efecto, las disposiciones de mayor significancia se encuentran en los Artículos 418 al 425 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. La cual estipula la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos.

Por ejemplo el: Artículo 418 del citado cuerpo legal estipula. “El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se



hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o innecesarios.” En el caso del incumplimiento de deberes el Artículo 419 establece: “El funcionario o empleado público que omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función o cargo, será sancionado con prisión de uno a tres años”. Al analizar dicho artículo se puede observar que cualquier incumplimiento a las labores que deba realizar un funcionario o empleado público es sancionable, sin embargo hay que poner atención especial que la norma especifica en que dichas funciones deberán ser propias a su cargo, lo cual no obliga al cumplimiento a una orden que se halle fuera de esto.

Por su parte la desobediencia regulada por el citado código, en el Artículo 420, manifiesta que: “El funcionario o empleado público que se negare a dar el debido cumplimiento a sentencias, resoluciones u órdenes de autoridad superior dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de doscientos a dos mil quetzales”. Lo importante a comentar en este artículo es la forma en como detalla en que deben girarse las ordenes de la autoridad dentro de una relación jerárquica, y siempre hace referencia a la competencia del funcionario o empleado que debe cumplir dicha orden.

En el caso de la denegación de auxilio regulada en el Artículo 421 del Código Procesal Penal: “El jefe o agente de policía o de cualquier fuerza pública de seguridad, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio



legalmente requerido por autoridad competente, será sancionado con prisión de uno a tres años.” En este caso pues se sanciona la omisión de auxilio, que por ser parte de sus funciones, debería ser prestado sin que exista una orden explícita por parte de un superior. Por su parte, siempre en relación al tema, el Código Penal regula la revelación de secretos en el Artículo 422: “El funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la Ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.” Este artículo sanciona la debida diligencia y responsabilidad que un funcionario pueda tener en razón de su cargo, además que la revelación de cierta información a que tiene acceso, siempre que no sea pública, puede conllevar problemas ulteriores, lo cual a criterio del ponente, debe sancionarse pues en las oficinas del Estado se manejan archivos e información importante que no puede revelarse a cualquier persona, de manera que el mal manejo de la misma si merece una sanción.

Las resoluciones violatorias a la constitución reguladas en el Artículo 423 del Código Penal: “El funcionario o empleado público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a disposiciones expresas de la Constitución de la República o, a sabiendas, ejecutare las órdenes o resoluciones de esta naturaleza dictadas por otro funcionario, o no ejecutare las Leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, será sancionado con prisión de uno a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales”.

Asimismo, la detención irregular es regulada en el Artículo 424 del referido código: “El funcionario o encargado de un establecimiento de reclusión, que admita el ingreso de



alguien sin orden legal de autoridad competente, no ponga al detenido a disposición del juez o autoridad respectiva o no dé debido e inmediato cumplimiento a una orden de libertad legalmente expedida, será sancionado con prisión de uno a cinco años. En la misma pena incurrirá el funcionario o empleado público que ocultare, ordenare o ejecutare el ocultamiento de un detenido.” El abuso contra particulares establece en el Artículo 425: del Código Penal: “El funcionario o empleado público que ordenare apremios indebidos, torturas, castigos infamantes, vejaciones o medidas que la Ley no autoriza, contra preso o detenido, será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta. Igual sanción se aplicará a quienes ejecutaren tales”.

Las normas citadas permiten afirmar que la obediencia debida es aquella eximente o atenuante de responsabilidad penal en cuya virtud el subordinado de una relación con vigencia jurídica valedera de derecho público que cumple una orden delictuosa aparente del servicio, queda exento de responsabilidad penal o ésta se ve atenuada, siempre que haya representación en aquellos casos en que lo exige la Ley y no exista concierto previo, ni la orden sea manifiestamente ilícita o constituya un delito de lesa humanidad; eximente o atenuante, en su caso, que no alcanza al superior autor de la orden.

Manuel de Rivacoba y Rivacoba, quizá uno de los tratadistas que más ha estudiado el tema para el autor proporciona otra definición: “A diferencia de lo que ocurre con otras instituciones jurídico-penales, son muy escasas las definiciones que se han dado a la



obediencia jerárquica”.<sup>2</sup> Sin desconocer su mérito, pensamos que no son suficientemente precisas ni están formuladas en términos cuidadosamente técnicos.

De manera que se puede definir la obediencia debida como “el acto perpetrado en virtud de obediencia jerárquica es un acto típicamente antijurídico, inculpable, realizado por un funcionario de ciertos cuerpos de la administración pública, en cumplimiento de una orden antijurídica, emanada de un superior competente, dentro de sus atribuciones y con los requisitos y formalidades para ello establecidos por el derecho, siempre que éste, para mantener las relaciones de subordinación y disciplina necesarias en ciertas funciones, le imponga el deber de obedecerla por el mero hecho de haberle sido impartida, es decir, haciendo irrelevante el conocimiento que el inferior pueda tener del carácter antijurídico de la misma, o lo que es igual, impidiéndole que entre a considerar su licitud o ilicitud como presupuesto de su cumplimiento”<sup>3</sup>.

De la simple lectura de ambas definiciones se desprenden algunas diferencias:

- La toma de posiciones de la definición de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Esta definición coloca al instituto dentro de las causales de inculpabilidad, tal y como lo reconoce el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. En lo personal estimo que no resulta necesario el adoptar una postura en la definición respecto a la controvertida naturaleza jurídica de la eximente, y prefiero poner el acento en el efecto particular que ésta presenta,

---

<sup>2</sup> **Ibid.** Pág. 17.

<sup>3</sup> **Ibid.** Pág. 19.



cual es alcanzar al subordinado, mas no así al superior; cuestión que no realiza la definición del distinguido catedrático.

- El diverso rol que las definiciones le otorgan a la facultad de inspección. La definición dada por Manuel de Rivacoba y Rivacoba hace operativa la eximente siempre que el derecho, “para mantener las relaciones de subordinación y disciplina necesarias en ciertas funciones, le imponga el deber de obedecerla por el mero hecho de haberle sido impartida, es decir, haciendo irrelevante el conocimiento que el inferior pueda tener del carácter antijurídico de la misma, o lo que es igual, impidiéndole que entre a considerar su licitud como presupuesto de su cumplimiento”<sup>4</sup>. Estimo que dicha disgregación resulta irrelevante, por que jamás el cumplimiento de la orden tendrá como presupuesto la aprobación de la licitud por parte del subordinado. De hecho si ella se necesitase, la ausencia de fuerza vinculante del mandato hace que ésta carezca de las características para calificarla, en lo pertinente, de orden. Lo que sí se consagra en algunos textos positivos es el deber de representar la orden del inferior –el que de todas formas debe cumplirla frente a la insistencia- para que pueda verse, con posterioridad, amparado por los beneficios jurídicos del instituto.
  
- La definición de Manuel de Rivacoba y Rivacoba sólo le da aplicación como eximente, mientras que se estima que su campo es más amplio, pues en muchas ocasiones opera como atenuante, a la luz de las normas citadas y disposiciones de carácter internacional, que oportunamente se verán; sin perjuicio de la

---

<sup>4</sup> **Ibid.** Pág. 12.



siempre abierta posibilidad de aplicar una eximente incompleta como atenuante de responsabilidad penal.

Por su parte, don Enrique Cury prefiere hablar del cumplimiento de órdenes antijurídicas antes que obediencia debida. Así, indica: “Prácticamente toda la literatura chilena y una parte considerable de la extranjera emplean, para referirse a esta eximente, el rótulo de obediencia debida”<sup>5</sup>. A mi juicio, esta designación involucra la idea de que el ordenamiento jurídico puede imponer un deber de auténtico acatamiento a la orden de perpetrar un hecho injusto, cosa que no sólo me parece inexacta, sino, además, deontológicamente inadmisibles, pues lo que se encuentra prohibido no puede estar al mismo tiempo mandado y viceversa.

Por tal razón, prefiero hablar, en general, de un cumplimiento de órdenes antijurídicas, reservando la expresión obediencia debida sólo para aquellos casos en que se imparte una orden lícita, los cuales, como es obvio, quedan al margen del derecho penal. Me parece, adelantándome, necesario señalar que el cumplimiento de órdenes lícitas lo considero incorporado dentro de la eximente referida al cumplimiento del deber, constituyendo una causal de justificación que convierte al acto en lícito.

Los términos utilizados por don Enrique Cury resultan más propios, pues habla de cumplimiento de mandatos antijurídicos, pero no son exactos en puridad, pues la problemática penal se presenta no frente al cumplimiento de una orden antijurídica sino cuando ésta apunta a la comisión de un delito. No son los mandatos antijurídicos

---

<sup>5</sup> Cury Urzúa, Enrique. **Derecho penal, parte general**, Pág. 22.



aquellos relevantes para el derecho penal, sino una subcategoría dentro de ellos, cuales son los que van, con especificidad, dirigidos a la comisión de ilícitos penales.

Por lo anterior resulta necesario distinguir entre una orden simplemente contraria al ordenamiento jurídico de aquella que atenta contra un bien jurídico de protección penal. Por ello con propiedad se señala que: “El problema serio para el Derecho penal es el que incide en el cumplimiento de órdenes superiores que van dirigidas directamente a la comisión de un hecho delictuoso”<sup>6</sup>. De esta forma, existen muchas órdenes que pueden ser ilícitas sin ser delitos, ya que éstos son sólo una subespecie que comprende a aquellas conductas contrarias a derecho de mayor gravedad.

No obstante todo lo anterior, he preferido, para una mayor comprensión del presente trabajo, seguir con la nomenclatura tradicional y tratar la eximente en estudio como obediencia debida. Por ello, de aquí en adelante cada vez que me refiera a la obediencia debida, salvo que se manifieste lo contrario, deberá entenderse referida al cumplimiento de órdenes dirigidas a la perpetración de un ilícito penal u órdenes delictuosas

## **1.2. Tipos de obediencia debida**

La obediencia debida en estudio se clasifica en propia e impropia. La propia sería aquella referida al cumplimiento de mandatos jurídicos y la impropia sería aquella referida a la ejecución de órdenes antijurídicas. Sin embargo, el cumplimiento de

---

<sup>6</sup> Novoa Monreal, Eduardo. **Curso de derecho penal chileno**. Pág. 32.



mandatos jurídicos queda comprendida dentro de la exigencia de cumplimiento del deber, restringiéndose la obediencia debida sólo a los mandatos contrarios a derecho, y con más propiedad, a aquéllos destinados a la ejecución de ilícitos penales.

### **1.3. Doctrinas en torno a la obediencia debida**

Diversas doctrinas tratan de explicar el alcance del deber de obedecer a que está sujeto el subordinado, las cuales se pasarán a describir. En este aspecto existe una clasificación tradicional que distingue entre obediencia absoluta y relativa, y la primera se subdivide en ciega o reflexiva. En síntesis, la obediencia es relativa si el subordinado se encuentra obligado únicamente a cumplir los mandatos lícitos que se le imparten. Es absoluta, en cambio, si la obligación se extiende aun a los mandatos ilícitos; pudiendo ser reflexiva si el inferior puede representar la ilegitimidad de la orden al superior, pero que, frente a la insistencia de éste, deberá cumplirla; y ciega, si carece de la facultad de representación.

#### **- Doctrina de la obediencia absoluta (obediencia ciega u obediencia pasiva)**

Según ella el subordinado debe cumplir toda orden del superior sin posibilidad de analizar el contenido, formalidad ni legalidad de ésta, aun cuando sea contraria a derecho. Nace la teoría ligada al absolutismo, en el entendido que la voluntad del soberano es Ley, por lo que ninguna responsabilidad cabe al subordinado por la ejecución de sus órdenes, quien sería sólo un instrumento carente de voluntad.



Resulta necesario anotar que ningún ordenamiento jurídico, inspirado en la concepción occidental del estado de derecho, admite o puede admitir la aplicación generalizada de la obediencia absoluta. No es aceptable la imposición de grados semejantes de subordinación, tratando a los sujetos de derecho como meros medios para cumplir la orden.

No es lícito exculpar al subordinado a quien se le ordena la comisión flagrante de un delito sin, al menos, facultarlo y obligarlo a representar a su superior las aprensiones que su conciencia y voluntad le hacen presente. Ello atentaría contra la dignidad humana. Lo dicho podrá carecer de relevancia práctica en períodos de normalidad institucional, pero adquiere una vitalidad considerable en tiempos de excepción constitucional, de los cuales nuestro propio país ha sido testigo y, muchos de sus habitantes, víctimas. “Ciertamente, y eso nadie puede dudarlo, existe un interés general en el buen orden de la cosa pública, para el cual es imprescindible la jerarquía y el deber de obedecer, al igual que en otras relaciones de la vida social. Incluso, como destaca Devesa, algunas legislaciones inspiradas por criterios militaristas han entendido que la obediencia ciega y pasiva era el ideal para el buen funcionamiento de la máquina administrativa”<sup>7</sup>.

Eso es excesivo porque el fundamento de la obediencia no es éste, sino la idea de que la orden dada, por descansar en la Ley, es expresión de ella en referencia al problema concreto, si bien la orden puede no tener apoyatura legal ante lo cual el derecho deberá dar una respuesta, sobre lo cual volveremos después.

---

<sup>7</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. **El delito de desobediencia y la obediencia justificada**. Pág. 13.



Para, ya referido al derecho español, agregar: “Desde siempre se ha considerado que el Código Penal no pretende sancionar un deber ciego de obediencia, que llegase al extremo de amenazar con pena al funcionario que se sustrajera al cumplimiento de cualquier mandato, ni siquiera cuando ello entrañara la comisión de un delito”.<sup>8</sup>

Consecuencia de esta teoría es que el cumplimiento del inferior de un mandato antijurídico no lo haría acreedor de responsabilidad penal alguna, por cuanto su actuar se encontraría justificado.

- **Doctrina de la obediencia a la Ley (Duguit)**

Esta teoría elaborada por Duguit, estima que “todos los integrantes de las funciones jerarquizadas tienen un deber de obediencia sólo respecto de las normas jurídicas de carácter general”<sup>9</sup>. Por ello, si el inferior estima que la orden dada por su superior no se ajusta a ellas debe desobedecerla. El inferior acata cuando la orden se ajusta a la Ley, y desobedeciendo en caso contrario. El único imperativo jurídico de obediencia es el que existe respecto de las normas abstractas, negando que éste alcance al superior.

Duguit expresa que: “ello es la regla general, que encuentra una calificada excepción en el Derecho Militar, en donde –por razones de su verticalidad- la Ley impone la obligación de obedecer a los superiores jerárquicos, con lo cual el ámbito de lo que se

---

<sup>8</sup> Ibid. Pág. 14.

<sup>9</sup> Garrido Montt, Mario. **Nociones fundamentales de la teoría del delito**. Pág. 28.



debe obedecer se extiende en forma radical”<sup>10</sup>. Señala que: “las fuerzas armadas por ser no-deliberantes, deben actuar en forma automatizada y estar siempre sin posibilidad de reparo alguno al servicio de los gobernantes”<sup>11</sup>.

Lo señalado por esta doctrina es la que llamaba anteriormente obediencia debida propia, la cual es aplicación del cumplimiento del deber o ejercicio del cargo o autoridad. Según esta doctrina no existiría la obediencia debida impropia, de forma que el cumplimiento por parte del inferior de un mandato antijurídico da lugar a responsabilidad penal, por ser su actuar típico, antijurídico y culpable (no cabría una causal de inculpabilidad basada en la obediencia debida, pues no hay obediencia legítima contraria a las normas legales; sin perjuicio que en el caso concreto puede existir coacción o error u otra causal de exoneración).

No creo que el deber de obediencia se agote en la Ley, por cuanto el complemento o materialización de éstas pasan por las directrices que emanan de los encargados de realizarlas. Los caracteres de generalidad y abstracción que poseen las normas jurídicas se dan por la imposibilidad de éstas de prescribir todas las soluciones para cada una de las situaciones que han de presentarse. Ello es lo que determina la existencia de una organización intermedia entre la Ley y los llamados a ejecutarlas. Por ello, existe un deber de obedecer cuando se está dentro de una jerarquía.

---

<sup>10</sup> **Ibid.** Pág. 29.

<sup>11</sup> **Ibid.** Pág. 29.



Asimismo, la calificada excepción que el autor hace respecto del derecho militar coloca a sus integrantes en un deber de obediencia ciega, merecedora de los reparos con anterioridad anotados y que se encuentra en franca decadencia.

- **Doctrina de la obediencia relativa**

Las dos posiciones señaladas con anterioridad son las extremas; una niega la posibilidad de examinar orden alguna, mientras que la otra niega el deber de obediencia. Entre éstas se encuentran posiciones intermedias. Una de ellas es la obediencia relativa, la cual, reconociendo el deber de obedecer, autoriza para examinar y no cumplir aquella orden que sea contraria a derecho.

Los regímenes autoritarios imponen un deber de obediencia ciego; pues bien, un sistema democrático hace nacer un deber de obediencia relativo. Ello por cuanto sobre la voluntad del superior –a la cual reconoce valor a diferencia de la teoría anterior- se encuentra la voluntad de la Ley, por lo que si existe conflicto entre éstas ha de sujetarse el inferior a la Ley, cual es la expresión de la voluntad soberana y popular. Como en este caso se reconoce la facultad del subordinado para examinar la orden, debe asumir las consecuencias penales derivadas del cumplimiento de una orden típica y antijurídica (salvo que obre una causal de disculpa o inculpabilidad).

Lorenzo Morillas Cueva señala: “ Por último, no parecen existir excesivas dudas para admitir en el Derecho español el derecho-deber de examinar la orden. Para Rodríguez Devesa, en paralelo con la más actual doctrina, el subordinado tiene el deber de



examen sobre los mandatos a él dirigidos para su obediencia, examen que ha de abarcar todos y cada uno de los requisitos de la orden, es decir, la competencia propia y la del superior, la relación de subordinación misma y si la orden está revestida de las formalidades legales que ha de revestir en el caso concreto y, además, si el cumplimiento de lo que se ordena constituye o no infracción”<sup>12</sup>.

El mismo autor continúa e indica: “Este reconocimiento, que compartimos, del poder del subordinado de examinar la orden, imprescindible en un estado democrático y de Derecho, tiene que situarse, no obstante, en sus justos términos. No se trata de que el inferior pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía administrativa, que, como hemos dicho, tiene carácter constitucional, sino de examinar, en todo caso, su legalidad. Debe de obedecer, pero no debe de obedecer órdenes delictivas. Ambas cosas son compatibles; lo contrario, como bien apunta Mir Puig, supondría la posibilidad de interrumpir constantemente el ejercicio de la función pública y trasladar la decisión acerca de las órdenes al subordinado”.<sup>13</sup>

Aun cuando concuerdo en términos generales con lo expresado por el catedrático español, parece útil hacer presente que no siempre es compatible el deber de desobedecer con el deber de examinar la orden. Y, precisamente el tema adquiere relevancia en esas zonas grises, a las cuales tan acostumbrado se encuentra el derecho. Por ello, en caso de conflicto ha de primar la representación.

---

<sup>12</sup> **Ibid.** Pág. 32.

<sup>13</sup> **Ibid.** Pág. 33.



Si ello significa, como probablemente lo hará, un retraso en la satisfacción de la necesidad que el cumplimiento de la orden es el llamado a llenar, ha de aceptarse como un mal preferible a aquél que podría derivar en la comisión de la infracción. El alcance de la potestad de examen ha dado lugar a diversas teorías.

- **Doctrina de la obediencia reflexiva o de la representación (remonstratio)**

Según esta teoría sobre el subordinado pesa el deber de examinar la orden y de representarla al superior en el caso que la estime ilegal. Frente a esta representación, el superior puede descartar la orden, en virtud de los fundamentos esgrimidos por el inferior, o reiterarla, en cuyo evento el cumplimiento del inferior se encontraría exento de responsabilidad criminal, pues se ha doblegado ante la insistencia de su superior, quien si debe enfrentar las responsabilidades criminales que deriven.

El inferior responderá penalmente en el caso de que cumpla la orden sin haberla debidamente representado, y lo hará por la falta a su deber de representación o remonstratio. Esta tesis presta utilidad bajo el supuesto que el superior sólo pretende el cumplimiento de sus funciones para satisfacer las necesidades públicas, pudiendo en muchos casos errar; ante lo cual varía su orden frente a la advertencia echa por el inferior. En cambio, no es eficaz en el caso que el superior actúe de mala fe, con el sólo propósito de abusar de sus potestades para, mediante ellas, lograr la realización de un ilícito penal. La obediencia reflexiva con su consecuencial poder-deber de representación del subordinado adquiere importancia. La función administrativa supone un cumplimiento oportuno e íntegro de las órdenes. Lo contrario significaría inmovilidad



y la endurecimiento de la administración pública y del cuerpo militar. Pero estamos tratando de subordinados, quienes son sujetos de derecho dignos y poseedores de autonomía ética y no de meros objetos del derecho, llamados a ser simples medios para la satisfacción de las necesidades públicas, por lo que ninguna duda cabe en torno a que ellos pueden y deben examinar la licitud de los mandatos que se les imparten.

- **Doctrina de la legalidad formal (Laband)**

El derecho del subordinado de examinar la orden se reduce a sus aspectos formales; esto es, competencia del superior, la existencia de la relación jerárquica y el cumplimiento de las formas prescritas por la Ley. No puede el inferior examinar el fundamento u oportunidad de la orden, esto es, su contenido. De manera que el inferior que cumple con una orden formalmente válida aunque ilícita materialmente, se encontraría disculpado en su actuar. Se critica por cuanto parece imponer el deber de obedecer sólo en función del acatamiento a las formas, lo que conlleva la imposición de cumplir órdenes antijurídicas.

- **Teoría de la legalidad formal y material (Mayer)**

Impone en el inferior el deber de examinar la orden, tanto en sus aspectos formales cuanto en su fundamento y oportunidad. El deber de obediencia nace únicamente cuando el inferior aprueba la orden, de conformidad al examen que realiza de ella. Por ello, jamás el deber de obedecer puede alcanzar la comisión de actos penados por la Ley; en definitiva, el imperativo jurídico de servir no alcanza a la comisión de delitos.



De forma que si el inferior cumple una orden antijurídica ello no lo hará en base a un supuesto deber de obediencia, pues no existe tal relación jerárquica para la comisión de ilícitos.

Mención aparte merecen los requisitos exigidos por la doctrina para hacer operativa la eximente de la obediencia debida. Considero que los requisitos para encontrarnos frente a la obediencia debida, en el evento que esta eximente o atenuante tuviere aplicación y legitimidad, son:

- Relación de subordinación con vigencia jurídica valedera. No es posible concebir a la obediencia debida y su problemática sin una relación jerárquica de poder, reconocida por el derecho, que la haga procedente. Ella podrá darse en el ámbito militar, judicial, de funcionario públicos, doméstico, laboral, etc. Allí donde hay igualdad no existe la problemática relativa al deber de obedecer. Y esta relación debe ser reconocida y amparada por el derecho, por lo que: “no puede invocarse como tal la subordinación que existe en la banda de delincuentes en relación a la jefatura de la misma”<sup>14</sup>.
- La relación jurídica de subordinación debe ser de derecho público. Si bien es efectivo que las relaciones de subordinación se dan tanto en ámbitos privados como públicos, la eximente de la obediencia jerárquica sólo encuentra operatividad en el derecho público. Las relaciones de dependencia derivadas de

---

<sup>14</sup> **Ibid.** Pág. 36.



vínculos comerciales, civiles, domésticos o laborales, no se encuentran incorporadas en la obediencia debida.

- Existencia de una orden: En virtud de la relación jurídica valedera y reconocida por el derecho, el superior debe emitir una orden al subordinado, quien, en principio, deberá obedecer.
  
- Dicha orden debe encuadrarse, en forma aparente, dentro del ámbito de atribuciones del superior. Se suele señalar que la orden debe recaer dentro de la competencia del superior y revestir las formalidades que el caso exija. Así, se señala: “1) La orden debe referirse a las materias propias del servicio en el cual existe la relación jerárquica indicada; 2) El superior debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones, y 3) La orden debe estar revestida de las formalidades legales que correspondan, si las hay”<sup>15</sup>. De la misma opinión es Mario Garrido Montt quien indica: “La orden impartida debe quedar dentro del ámbito de las funciones que crea la relación jurídica de subordinación y siempre que cumpla con las formalidades que le sean propias en cuanto a su extensión y comunicación”<sup>16</sup>.

En mi opinión ello no es efectivo por cuanto ninguna autoridad tiene atribución valedera para perpetrar delitos u ordenarlos. Entiendo por competencia la facultad derivada del ámbito de atribuciones de la autoridad para la dictación de órdenes dentro de una

---

<sup>15</sup> Etcheberry, Alfredo. **Derecho penal**. Pág. 56.

<sup>16</sup> García Montt, Mario. **Ob. Cit.**; Pág. 33.



esfera determinada, con las formalidades que el caso exija. Ni la ausencia de competencia ni la falta de forma son requisitos necesarios para excluir la causal; en el evento que se estime que ella es procedente. Pues, de exigirse este requisito se estaría afirmando que la autoridad se encuentra facultada para dictar órdenes aun cuando éstas sean delictivas, lo que constituye un absurdo. Ninguna autoridad se encuentra facultada para derogar la Ley. Sigo, en este punto, la opinión siguiente: “Debe existir una orden, esto debería implicar que entre quien imparte el mandato y quien lo cumple existe una relación jerárquica en virtud de la cual éste se encuentra obligado a acatar, dentro de ciertos márgenes y respecto de ciertas materias, las decisiones de aquél cuando, además, se le ha encomendado su ejecución satisfaciendo unas formalidades determinadas”<sup>17</sup>.

Sólo cuando se dan tales presupuestos es posible hablar de una auténtica orden. En el caso que nos ocupa, sin embargo, se acepta excepcionalmente atribuir esa calidad a un mandato que cae fuera de la esfera de competencia del superior, pues es evidente que éste jamás se encontraría facultado para ordenar la realización de un injusto punible. Las restantes exigencias, en cambio, deben también concurrir.

“Así, puede discutirse la inexigibilidad por el cumplimiento cuando, durante el curso de la acción bélica, un oficial ordena formalmente a un subordinado que dé muerte a integrantes de la población civil porque su presencia obstaculiza el desarrollo de una

---

<sup>17</sup> Cury Urzúa, Enrique. **Ob. Cit.**; Pág. 16.



maniobra estratégica; no si lo envía a ultimar a un enemigo personal con el fin de satisfacer propósitos vindicativos”<sup>18</sup>.

De distinta opinión es quien preguntado ante si es o no posible que algún órgano tenga competencia para dictar una orden antijurídica, se responde recurriendo a la doctrina alemana, la que ha elaborado una distinción entre la competencia concreta y la competencia abstracta, para indicar: “El Derecho no concede a nadie competencia concreta para dictar una orden antijurídica que constituya delito, porque la competencia concreta se refiere al concreto acto de que se trate. Para la competencia abstracta basta, en cambio, que el acto ordenado pertenezca a la clase de los que normalmente puede ordenar el órgano”<sup>19</sup>.

Así, una sentencia injusta, pese a su ilegalidad en concreto, entra dentro de la clase de actos (sentencias) que puede realizar un juez o tribunal. Esta especie de competencia abstracta es la única necesaria para que una orden genere deber de obediencia. Deberá concurrir tanto en el que dicta la orden como en quien ha de cumplir. Si bien en forma primaria resulta atractiva la teoría expresada por el tratadista español, e incluso puede no tener diferencias prácticas significativas, creo que debe desecharse por resultar perniciosa en su concepción y traer aparejados problemas políticos criminales.

Si admitimos que hay competencias abstractas que autorizan la dictación de órdenes delictuosas se estaría dando un aura ficta de legitimidad a la orden, en base al

---

<sup>18</sup> Ibid. Pág. 17.

<sup>19</sup> Mir Puig, Santiago. **Derecho penal, parte general**. Pág. 47.



cumplimiento de las meras formas, lo cual constituiría una nefasta señal. Por lo anterior resulta más propio hablar de órdenes aparentes del servicio, expresión que deja en claro por una parte que ninguna autoridad se encuentra facultada para dictar órdenes que impliquen un atentado a bienes jurídicos penalmente protegidos, y por otra, que no toda orden ilícita cumplida autoriza para la utilización de la eximente de la obediencia debida, sino sólo aquéllas que aparecen como propias del servicio (sin serlo).

- La orden debe referirse a la realización de un hecho típico y antijurídico: Ello por cuanto en el evento que el deber de dar cumplimiento con la acción típica encuentre su origen en la Ley, nos enfrentamos a un caso de cumplimiento del deber, el cual justifica la conducta.
  
- El inferior no debe obrar coaccionado ni errado: Si el inferior actuara coaccionado o errado nos enfrentamos a causales de justificación que deben operar de manera prioritaria a la obediencia debida. Respecto a la coacción se señala: “El inferior no debe obrar coaccionado, sino tan sólo imperado por el mandato antijurídico. Los efectos excusantes de la coacción operan también con prioridad a los del cumplimiento de órdenes ilícitas, pues éste ha de ser concebido siempre como una causal de inexigibilidad de ultima ratio”<sup>20</sup>. Asimismo, ya referido al error nos dice que: “El inferior debe cumplir la orden a conciencia de su tipicidad y antijuridicidad, pues si en el caso concurren los presupuestos de un

---

<sup>20</sup> **Ibid.** Pág. 48.



error de cualquier clase, sus efectos eximentes prevalecen sobre los de la causal de inexigibilidad.”<sup>21</sup>

- Que lo ordenado no aparezca manifiestamente como ilícito: Sobre este requisito se señala: “Que no aparezca manifiestamente como ilícita, que su contrariedad con el derecho no sea evidente, pues de no ser así podría entrabarse la administración al quedar el subalterno facultado para no acatar la orden por la simple duda que se le pueda plantear sobre su legalidad”<sup>22</sup>. Hay que concordar con la conclusión pero no con el desarrollo de la opinión citada; ello por cuanto el derecho no puede admitir obediencia alguna para excusar penalmente actos que, a todas luces, son claramente contrarios al ordenamiento jurídico. Pero, a dicha conclusión se arriba por la concepción de estado democrático y de derecho que hoy nos rige y no por las posibles dificultades que podría entabrar a la administración la negativa del subalterno. Si existe un subalterno al que le merecen dudas la legalidad de la orden, el esclarecimiento de ellas es, con el retraso subsecuente que implica, preferible a velar por una celeridad en el cumplimiento de un mandato que puede significar un atentado contra un bien jurídico que goza de protección penal. Por otra parte, cabe destacar que si la orden es de manifiesta ilegitimidad excluye la posibilidad no sólo de obediencia debida sino también de error.

---

<sup>21</sup> **Ibid.**

<sup>22</sup> Garrido Montt, Mario. **Ob.Cit.**; Pág. 34.



Sobre el punto se señala: “La práctica de los tribunales de la segunda guerra mundial consistió en eximir de responsabilidad a los inferiores cuando la ilicitud del hecho ordenado no era suficientemente clara, y en condenarlos cuando se trataba de hechos manifiestamente inhumanos, como asesinatos y torturas”<sup>23</sup>.

Según la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, para estos tribunales la cuestión decisiva era “si la orden, ilícita según el derecho internacional, por la que había obrado el acusado, era o debía presumirse conocida por éste como ilícita, o era claramente tan ilícita (“ilícita a simple vista”, para usar la expresión empleada por el tribunal en High Command Trial), o debía haber sido reconocida como ilícita por aquél. La conclusión general de un gran número de sentencias y de los dictámenes de los auditores de guerra de los tribunales británicos o del Commonwealth es la de que si la orden cae dentro de una o más de estas categorías, el acusado no puede entonces contar con la defensa de órdenes superiores”.<sup>24</sup>

Sobre este punto hay que decir que con esta afirmación estoy adhiriendo a la llamada teoría de la apariencia, en cuya virtud se estima que basta para que opere la causal con que la orden no sea manifiestamente antijurídica. La otra posibilidad es adherir a la teoría de la nulidad, la cual estima suficiente para que opere la causal que la orden no sea nula de pleno derecho. La teoría de la nulidad se funda en el deber de obediencia a que da origen, por regla general, las órdenes y en la denominada presunción de validez de los actos administrativos. De esta forma, sería obligatoria toda orden, excepto

---

<sup>23</sup> Montealegre Klenner, Hernán. **La seguridad del Estado y los derechos fundamentales**. Pág. 58.

<sup>24</sup> **Ibid.**



aquéllas que sean declaradas nulas. Por ende serían vinculantes, generando el deber de obedecer, las normas ajustadas a derecho e incluso las anulables, con independencia de su contenido. La aplicación de dicha teoría obligaría a determinar previamente si el acto es o no nulo, porque tanto los actos nulos de pleno derecho, como los anulables, son ineficaces.

Normalmente la declaración de nulidad del acto exige un proceso el cual requiere un desarrollo temporal. O sea, el acto se ejecutaría y después se discutiría, en sede jurisdiccional, la validez o invalidez del acto. Ello por cuanto la mayoría de los actos administrativos no son nulos de pleno derecho, sino anulables.

Así, no serían vinculantes sólo aquellas órdenes que sean declaradas nulas, debiendo cumplirse hasta tanto la autoridad competente no decrete la nulidad, o la suspensión como medida precautoria o prejudicial precautoria. Y ello significa que la realización de la conducta típica ya se ejecutó.

En cambio, si nos despojamos de las supuestas presunciones de legalidad, y por ende adoptamos la teoría de la apariencia en materia de obediencia debida, estamos exigiendo al subordinado una revisión y una actitud más acuciosa respecto de la revisión de la legitimidad de la orden. Y ello se condice con la autonomía ética y dignidad del subalterno, sujeto de derecho.

- El acto ordenado no debe constituir un delito de lesa humanidad: Esto se tratará con mayor latitud en el capítulo pertinente. Por ahora basta con consignar que el



respeto a los derechos fundamentales exige que la obediencia debida sea descartada como eximente para la responsabilidad penal; cuestión que encuentra fundamento positivo, como se verá.

- Que el inferior de cumplimiento con la representación cuando así lo exija la Ley. En ocasiones la disposición legal obliga al inferior a efectuar la representación si desea verse exento de eventuales responsabilidades penales derivadas de la realización de la orden, en cuyo evento ha de estarse a ella.
- No debe existir concierto previo del inferior para con el superior: En este evento lo que existe es un caso de coautoría y no un mero cumplimiento de una orden. La relación desigual es obligatoria para la aplicación de la eximente, la cual desaparece, aun cuando en términos formales subsista, si existe concierto previo de los partícipes.

Al respecto es importante mencionar que el inferior jerárquico puede negarse a cumplir una orden que sea explícitamente ilegal, sobre todo si es emanada por su superior sin la observancia de las formalidades legales que conlleva la emisión de una orden, y menos aún si ésta se encuentra fuera del ámbito de sus funciones o su competencia pues podría llevar implícita la violación de una norma, o la involucración del inferior en la comisión de un ilícito, lo cual le representaría responder personalmente ante la Ley por la dificultad que representa la comprobación en juicio de que el acto ilícito fue cometido en cumplimiento de obediencia debida.





## CAPÍTULO II

### 2. La obediencia debida y los derechos fundamentales

La primacía de la conciencia individual en orden a las exigencias de la disciplina cuando la orden dada por el superior jerárquico tiende a la comisión de un crimen, y, especialmente, de un hecho calificado como tal por el derecho de gentes, el deber es de desobedecer. El mandato superior no vale ni como justificante, ni como excusa absoluta según Henri Donnediev de Vabres, juez del Tribunal de Nuremberg. Al tratar los requisitos de la eximente de la obediencia debida anoté dos, a los cuales resulta pertinente volver: no debe ser una orden manifiestamente antijurídica y el mandato no debe constituir un delito de lesa humanidad.

Ello parece ser la mínima protección que ha de darse a los derechos fundamentales en su relación con la eximente de obediencia debida, conforme al espíritu de todo Estado de derecho y democrático. Una aclaración previa. La mayor parte de la doctrina habla de delitos contra los derechos humanos, expresión poco feliz, pues la gran mayoría de los derechos revisten la calidad de ser humanos –salvo aquéllos de que son titulares las personas jurídicas-, por lo que resulta más propio denominarlos como derechos fundamentales o básicos, para hacer alusión a los de mayor significación para la humanidad. Sin perjuicio de ello, en este capítulo se hablará indistintamente de derechos humanos o fundamentales o básicos. Entiendo por atentados a los derechos fundamentales todo acto u omisión de autoridad pública, constitutivo de infracción penal, que amenace, perturbe o prive al ciudadano de sus derechos básicos



indispensables para su desarrollo. En este sentido, se señala: “Por violaciones delictuales de los derechos humanos se entiende aquí –conforme a su acepción técnica rigurosa- las infracciones penales contra dichos derechos cometidas por funcionarios públicos que obran como tales, abusando de sus cargos”<sup>25</sup>.

Por lo pronto resulta necesario señalar que el sujeto activo de los delitos contra los derechos fundamentales son únicamente los funcionarios públicos actuando en su calidad de tales. De manera que un atentado a los derechos básicos será constitutivo de violación a los derechos fundamentales en la medida en que la acción u omisión típica y antijurídica haya sido impetrada por un funcionario público y en uso de su calidad de tal. De forma que no constituirá violación a los derechos fundamentales el mismo hecho impetrado por un particular o, incluso, por un funcionario público sin uso de su autoridad ni abusando de su cargo, en cuyo caso estaremos frente a un delito terrorista u otra figura típica; mas no frente a un atentado a los derechos humanos.

Toda la normativa jurídica de un estado de derecho y democrático debe estar informada por el respeto a los derechos fundamentales, no bastando el consignar -como suele pasar- un catálogo de derechos básicos de los ciudadanos; sino el establecimiento de medios efectivos de protección y de reparación, sanciones penales para los agentes, y su consignación como el límite a la soberanía y actuar estatal. Lo último se encuentra expresamente consagrado por nuestra Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 21, Sanciones a funcionarios o empleados públicos. Los

---

<sup>25</sup> Mera Figueroa, Jorge. **Los delitos contra los derechos humanos en los códigos penales latinoamericanos**. Pág.22.



funcionarios, empleados públicos y otras personas que den o ejecuten órdenes contra lo dispuesto en los dos Artículos anteriores, además de las sanciones que les imponga la Ley, serán destituidos inmediatamente de su cargo, en su caso, e inhabilitados para el desempeño de cualquier cargo o empleo público. El custodio que hiciere uso indebido de medios o armas contra un detenido o preso, será responsable conforme a la Ley Penal. El delito cometido en esas circunstancias es imprescriptible.

Por lo que el funcionario público que atenta contra los derechos básicos de los ciudadanos no sólo lesiona a estos últimos, sino que además violenta la garantía constitucional citada; cuestión que no ocurre en el caso que la acción u omisión hubiere sido efectuada por un particular.

No obstante, la cualidad distintiva de los atentados a los derechos fundamentales no está constituida por el sobrepaso a la garantía constitucional de la limitación al poder estatal; sino el que una autoridad, en flagrante contradicción con el mandato otorgado por la ciudadanía, se violenta contra sus integrantes. Tratando de ser más claro, valga decir que la normativa penal ha de ser más rigurosa con el funcionario público que abusa de su autoridad que con el particular, por cuanto aquél tiene el deber de proteger y velar por los habitantes de la República, imperativo jurídico que no pesa sobre este último.

Por ende, si el funcionario público transgrede un derecho fundamental no sólo atenta contra ese derecho específico y desconoce el límite a la soberanía que éstos significan, sino, lo que constituye su nota calificante derivada su gravedad, incumple con su deber



de proteger y velar por la integridad física y psíquica de los ciudadanos; para lo cual debe promover los derechos de los habitantes de la república y, por cierto, abstenerse de atentar contra éstos.

Las autoridades tienen la obligación de proteger los derechos de la persona humana por lo que los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos humanos constituyen un abuso del poder que la ciudadanía les ha entregado, torciendo a la función pública. Como dicho elemento no se encuentra en el caso de las acciones u omisiones de los particulares que infringen derechos fundamentales, la represión y reproche penal debe ser mayor para el funcionario público que aquél de que es merecedor el particular que incurre en el mismo hecho material.

Esto debiera traducirse en un aumento de la penalidad, lo cual no siempre ocurre sino, por el contrario, la calidad de empleado público como sujeto activo muchas veces, aunque resulte absurdo, hace disminuir la sanción penal. El citado autor nos dice: “Sin embargo, como se verá más adelante, este mayor desvalor no se refleja en la penalidad establecida para dichos delitos por varios de los códigos penales vigentes en Latinoamérica, en los cuales, paradójicamente, la calidad de funcionario público que abusa de su cargo, contrariando la misión de la administración pública, opera como una atenuante muy privilegiada de responsabilidad criminal, en lugar de determinar una sanción mayor que la asignada a los particulares, que sólo violan los derechos individuales de las víctimas”<sup>26</sup>. Hechas estas precisiones previas, señalé al inicio de este capítulo que la obediencia debida no puede ser válidamente esgrimida como

---

<sup>26</sup> **Ibid.** Pág. 23.



eximente de responsabilidad penal en caso de violaciones a los derechos fundamentales, lo que sustento tanto por razones dogmáticas, de política criminal y positiva. Repugna a la conciencia humana la idea de que la autoridad pueda incurrir en actos contrarios a los derechos fundamentales. Por ello, desde tempranas épocas del derecho occidental, se ha excluido a la obediencia debida como eximente de estos delitos. Así, por ejemplo, el derecho romano sólo autorizaba dicha causal de irresponsabilidad para los crímenes leves (crimina leviora), excluyéndola para los crímenes atroces (crimina atrocía). Los autores suelen excluir a la obediencia debida frente al cumplimiento de una orden manifiestamente ilícita. Pues bien, no existen órdenes cuya ilicitud sea más manifiesta que aquélla que contiene un mandato que signifique un atentado a los derechos fundamentales.

Por lo que no resulta posible escudarse en la recepción de un mandato para justificar estas acciones. En este evento la autonomía ética obliga no sólo a representar la orden sino a negar su ejecución, y ello por cuanto –a mayor abundamiento- el desvalor del eventual delito de desobediencia (cuya aplicación resulta en extremo dudosa en la especie) es considerablemente menor al que posee el cumplimiento de una orden atentatoria de los derechos humanos.

## **2.1. Razones político criminales**

Un doble motivo político criminal existe para entender que debe rechazarse la obediencia debida como excusa frente a los delitos contra los derechos fundamentales. Por una parte, admitir su aplicación constituiría una pésima señal acerca del



compromiso del estado respecto a la protección de los derechos humanos, los cuales hoy gozan de reconocimiento unánime en el mundo occidental.

Por otra, con normalidad las violaciones a los derechos fundamentales se dan por motivos de carácter político y, al hacer responsable sólo al superior, podría implicar que altas autoridades tendrían que responder con exclusión de los directos ejecutores las que, por gozar de fuero, deben ser desaforadas para enjuiciarlas, lo que implica que el proceso puede centrarse en el aspecto político y desdibujarse su aspecto fundamental, cual es la violación a los derechos fundamentales.

De la misma opinión es el citado autor al decir: “Por otra parte, debe repararse en que, en los casos más graves de violaciones a los derechos humanos motivadas en razones de carácter político, el superior responsable de las órdenes respectivas será normalmente el ministro del Interior, el cual debe ser previamente desaforado por el Congreso para que pueda perseguirse su responsabilidad criminal”<sup>27</sup>.

La conversión, así operada, de una cuestión delictual, en un problema político, hace perder de vista la índole criminal del hecho y tiende a hacer prevalecer, en la decisión parlamentaria, consideraciones de conveniencia política ajenas a la dignidad de la persona humana y a las exigencias de una adecuada protección en contra de los atropellos a sus derechos. Como se comprende, dentro de semejante sistema político-institucional bastaría con que el gobierno contara con, o se procurara el suficiente respaldo en el Congreso para que las violaciones a los derechos humanos indicadas no

---

<sup>27</sup> **Ibid.** Pág. 35.



podieran sancionarse penal ni políticamente. Como se advierte, las consideraciones políticas en orden a mantener la estabilidad institucional prevalecen por sobre la dignidad de la persona humana.

### **2.3. Razones positivas**

Existe un conjunto de disposiciones que permiten descartar a la obediencia debida como causal de exclusión de la responsabilidad penal en los delitos constitutivos de violaciones a los derechos humanos.

- Estatuto del Tribunal Militar Internacional para los juicios de Nuremberg. Establece en su Artículo 8º que: “El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”. Cabe hacer presente que en el enjuiciamiento de los grandes criminales nazis determinado por el Acuerdo de Londres (de 08 de agosto de 1945) suscrito entre Estados Unidos, Gran Bretaña y la por entonces Unión Soviética (al cual adhirieron posteriormente 19 países) –en donde se juzgaron tres tipos de delitos: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- también incluyó a los inferiores, respecto de los cuales –de conformidad con el Acuerdo- la obediencia debida podría considerarse una minorante, pero no los eximiría de responsabilidad por la ejecución de esos ilícitos.



- Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia. Adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU mediante la resolución 827, de 25 de mayo de 1993; contempla su Artículo 7º, relativo a la responsabilidad penal individual, en cuyo cuarto numeral dispone: “El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia”. El Artículo 6º del Estatuto del Tribunal para Ruanda consagra una norma análoga.
- Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. En su Artículo 5º establece que: “El hecho de que el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la Humanidad haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de responsabilidad criminal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si así lo exige la equidad.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Establece un párrafo titulado Órdenes superiores y disposiciones legales, el cual está desarrollado por su Artículo 33, que preceptúa: Quien hubiere cometido crímenes de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: Estuviere obligado por Ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate, no supiere que la orden era ilícita; y a orden no fuere manifiestamente ilícita. A los efectos del presente Artículo se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitos.



- Proyecto de Código Penal Universal. Presentado a la Conferencia de Londres de 1950 por la International Bar Association estipuló en el Artículo 27 que “el hecho de que el acusado haya obrado conforme a las prescripciones de las Leyes y decretos del Estado del que es ciudadano, y a las órdenes de un superior jerárquico, no puede ser considerado como causa de justificación cuando el acto imputado constituya una infracción a la Ley penal universal. Este hecho puede ser admitido como circunstancia atenuante.”
- Proyecto de Código Internacional. Elaborado en el seno de la Comisión Codificadora de la Organización de Naciones Unidas dispone en su número 4 que el hecho de haber obrado por orden de su Gobierno, de un superior jerárquico, no excusa la responsabilidad del autor en derecho penal internacional, si es que tuvo moralmente la libertad de escoger.
- Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979 por resolución 34/169, dispone en su Artículo 5º que: “Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la Ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. De forma que le está vedado al funcionario encargado de hacer cumplir la Ley alegar la obediencia debida como exclusión de



su responsabilidad si el delito que se le imputa es un acto de tortura u otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes, ya sea por acción (infligir o instigar) u omisión (tolerar).

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aplicable sólo para Francia. Dispone en su Artículo 7º que: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la Ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la Ley debe obedecer al instante y si resiste se hace culpable”. De forma que la norma sanciona tanto al que haga ejecutar la orden arbitraria, como al subordinado que la ejecute.
- Principio IV de Nuremberg. En diciembre de 1946 se aprobó por Naciones Unidas- en forma unánime-, la Resolución 95, en cuya virtud se reconoció los principios de Derecho Internacional establecidos por la Carta del Tribunal de Nuremberg y su sentencia; y se solicitó a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas la formulación de tales principios. El Principio IV establece: La circunstancia de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior, no la releva de responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que una opción moral le era de hecho posible.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su



resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984, establece en su Artículo 2º N°3 que:

“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”. Y en el Artículo 1, numeral 1 señala una definición de tortura: A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Establece en su Artículo 4º que: “El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente”. El texto del Tratado fue publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1991.
- La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992, ordena en su Artículo 6 numeral 1 que: “Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil,



militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada.

Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla”. Esta norma resulta particular pues establece el negarse a cumplir la orden que tienda a producir la desaparición forzada por parte del subordinado no sólo como un derecho de éste, sino como una obligación, esto es, como un imperativo jurídico que pesa sobre el destinatario de la orden. La desaparición forzada de las personas es un atentado a los Derechos Humanos, cuestión que el Tratado en cuestión señala expresamente en su Artículo 1 numeral 1 al disponer: “Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.”

- Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas, de 1984. Ordena en su Artículo VII que: “No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas”. Actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de Chile.

Por todo lo anterior, la obediencia debida jerárquica no es una eximente válida para eliminar la responsabilidad penal del subordinado en caso de violaciones a los derechos humanos. De esta idea es Hernán Montealegre, quien -ya en 1979- señalaba: “El



inferior puede encontrarse en una doble posición ante un crimen de guerra que ha cometido: o ha actuado por iniciativa propia o bajo órdenes superiores. En ninguno de los dos casos, sin embargo, la consideración por la responsabilidad del crimen se reduce al inferior”<sup>28</sup>.

No existen excepciones en el derecho de guerra, existen cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, que regulan el llamado Derecho de guerra. El Convenio 1, Para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. El Convenio 2, Para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El Convenio 3, Sobre el trato a los prisioneros de guerra. Y el Convenio 4, Sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra. Un adecuado análisis normativo sobre la materia obliga a efectuar una distinción entre los conflictos de carácter internacional de aquellos que no revisten este carácter.

Conflictos internacionales. El Artículo 49 del Convenio 1, relativo a las generalidades de las sanciones penales, dispone en sus incisos 1º y 2º que: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el Artículo siguiente: Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá

---

<sup>28</sup> Montealegre Klenner, Hernán. **Ob. Cit.**; Pág. 58.



también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes”. Disposición idéntica se encuentra en los dos primeros incisos de los Artículos 50 del Convenio 2, 129 del Convenio 3 y 146 del Convenio 4.

El Artículo 50 del Convenio 1 determina cuales son las infracciones graves, al ordenar: “Las infracciones graves a las que se refiere el Artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”. Disposiciones similares –con variaciones típicas- se encuentran en los Artículos 51 del Convenio 2, 130 del Convenio 3 y 147 del Convenio 4. A la luz de las normas citadas resulta indubitado que son responsables criminalmente tanto quienes “hayan cometido, o dado orden de cometer”, alguna infracción grave, esto es, un delito de lesa humanidad.

Conflictos no internacionales. El Artículo 3º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, norma común a todos los Convenios, estipula una disposición para el caso de conflictos sin carácter internacional, el cual ordena: “En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las



altas partes contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

- Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:
  - Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
  - La toma de rehenes;
  - Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
  - Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
  
- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá



ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

Estas garantías establecidas para el caso de conflictos sin carácter internacional no pueden ser desconocidas bajo ninguna circunstancia. De manera que resulta preciso concluir que no existen excepción que permita alegar una exención de responsabilidad criminal por el hecho de haber actuado por orden alguna en caso de conflicto bélico, ya se trate de carácter internacional o interno. La obediencia debida como atenuante en caso de violaciones a los derechos fundamentales. La aplicación de la obediencia debida en estos casos como atenuante; modelo que estableció el estatuto para los juicios de Nuremberg y que se repitió para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda; aparece como atractiva, en el entendido de establecer una menor pena para el inferior que aquélla de que se hace acreedor el superior, ya que si bien ambos, superior mandante e inferior ejecutor, tuvieron el control del delito, sus ámbitos en la dirección parecen del todo diversos y, por ende, no parece razonable efectuarles el mismo reproche. Por lo demás, estaríamos frente a una eximente incompleta, por lo que la aplicación de ésta como atenuante no resultaría dudosa.

Los delitos de lesa humanidad suelen ocurrir en situaciones de quiebre institucional, en donde las garantías constitucionales se ven sino eliminadas, reducidas en forma significativa. Una vez restablecida la normalidad orgánica y constitucional, los estados



se enfrentan a la siempre compleja situación para resolver la forma de enfrentar los graves atentados a los derechos básicos, ocurridos, generalmente, dentro de una política institucional.

Para tal fin, la búsqueda primaria es desentrañar la verdad. Lograr una reconstrucción histórica fidedigna es tarea que pesa sobre los jueces. Esta construcción fáctica resulta del todo necesaria tanto para la conciliación de los ciudadanos –si es que es posible-, pero, sobre todo, por cuanto los familiares y amigos de las víctimas necesitan saber, con certeza, que pasó con ellos.

De otra forma es imposible cerrar el círculo humano con lo cual se les condena a una tortura anexa, a vivir con fantasmas. Para tal fin resulta imprescindible el establecimiento de políticas criminales claras que permitan el que los partícipes en los atentados a los derechos básicos relaten lo acontecido. Bajo este prisma resulta pensable el establecer al instituto de la obediencia debida como una atenuante de la responsabilidad penal, la que puede inducir a muchas personas, ejecutores materiales de bajo rango, a relatar en sede jurisdiccional los hechos. De otra forma, quizá, esa verdad se entierre junto con ellos en sus tumbas. No obstante todo ello, no debe perderse de vista que el establecimiento de la obediencia debida como atenuante de responsabilidad penal sería una concesión estatal, pues no existe obediencia alguna para cometer delitos de lesa humanidad. Se podrá pensar que ello resulta intrascendente, en función de la magnitud del problema que se pretende ayudar a resolver. Se podrá estimar, con validez, que la dogmática penal debe ceder frente a instancias como éstas; pues, al fin y al cabo, es sólo un instrumento más que debe



ayudar al hombre. Pero, a mi juicio, el tema es de la mayor importancia por cuanto el mensaje que se está enviando con el establecimiento de la obediencia debida como atenuante de responsabilidad criminal es de suyo pernicioso para la sociedad.

El desarrollo de un pueblo es un proceso continuo, y las decisiones que se tomen en un momento determinado han de repercutir en el futuro. Al establecer la atenuación de responsabilidad criminal en función de un supuesto deber de obediencia se envía la señal, en extremo errónea, de que existen, al menos en forma parcial, mandatos vinculantes en orden a atentar contra los derechos básicos, lo cual significa un elemento más de riesgo para la repetición futura de acontecimientos como éstos. Cuestión diversa es la impunidad por coacción, que en muchos casos se ha dado y, lamentablemente, con probabilidad seguirá presentándose. Pero en dicho evento resulta con plenitud aplicable la coacción, en la cual la relación jerárquica deberá considerarse un elemento más para que el juez del fondo estime que ella ha ocurrido. Por todo lo expuesto, me inclino a pensar que el establecimiento como minorante de la obediencia debida en caso de violaciones a los derechos fundamentales, debe descartarse.

#### **2.4. Primacía del derecho internacional en materia de derechos fundamentales**

La prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno en materia de derechos fundamentales, encuentra un doble aspecto, por cuanto el Estado se obliga a concordar su legislación interna a las disposiciones internacionales, y, a su vez, los individuos de los respectivos estados nos encontramos ligados por las normas de



derecho internacional referentes a los derechos básicos. Lo normal será que ambas legislaciones sean concordantes, pero pueden ocurrir casos de conflicto en cuyo evento, tratándose de materias relativas a los derechos fundamentales, ha de primar el derecho internacional. Ello se traduce en que el sujeto activo de un atentado a los derechos básicos no podrá eludir su responsabilidad criminal en atención a una norma interna.

Dicha conclusión, por cierto, resulta con plenitud aplicable a la obediencia debida. Según relata don Hernán Montealegre el Tribunal Internacional de Nuremberg se pronunció sobre la materia pues estableció al respecto: "La misma esencia de la Carta (o estatuto constitutivo del Tribunal) consiste en que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden sus obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado particular. Aquel que viola las Leyes de la guerra no puede alcanzar la inmunidad al actuar bajo la autoridad del Estado si es que el Estado, al autorizar el acto, se ubica fuera de su competencia bajo el derecho internacional".<sup>29</sup> El Tribunal, como se observa, declaró la responsabilidad internacional por los crímenes de guerra no sólo en aquellos casos en que el individuo los ejecuta como persona particular, sino incluso en los casos en que actúa como órgano del Estado y por tanto su conducta, en cuanto acto de Estado, es imputable a este último y no a él personalmente.

Esto implica que, tratándose de crímenes de guerra, la doctrina del acto de Estado se subordina a la norma de la responsabilidad individual del actor, de mayor relevancia en la materia. Al estar en juego una norma internacional de carácter penal en la que los

---

<sup>29</sup> **Ibid.** Pág. 51.



derechos más fundamentales de la persona humana estaban comprometidos, Tribunal descalificó el propio derecho constitucional del estado de los acusados y afirmó la primacía de la responsabilidad absoluta del individuo ante el derecho internacional en materia de crímenes de guerra frente a cualquier otra doctrina de derecho internacional o interno, sea que la persona haya actuado por iniciativa propia, bajo órdenes superiores o como órgano del Estado.

De igual posición se muestra partidario don Rodrigo Ilegó al decir: “La obediencia legal, en el ámbito internacional, presenta la problemática de dos sistemas normativos en colisión, el internacional y el interno. En la justicia internacional ha sido frecuente que un determinado acto sea lícito para el derecho interno de un estado, y que a la vez, contradiga expresamente las normas de derecho internacional. Sobre esta cuestión nos remitimos a lo expuesto al tratar el conflicto entre normas internacionales y normas internas. Pero, sea cual sea la solución que den los ordenamientos jurídicos nacionales, la justicia internacional ha sentado indefectiblemente la primacía de lo internacional sobre lo interno, al menos en lo que se refiere a la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales.”<sup>30</sup>

La primacía del derecho internacional en materia de derechos fundamentales no merece duda alguna en Guatemala pues en la Constitución Política de la República, en el Artículo 46 regula la Preeminencia del Derecho Internacional regulando que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; y se encuentran en igual

---

<sup>30</sup> **Ibid.** Pág. 53.



jerarquía que la Constitución Política de la República de Guatemala La soberanía se ejerce por los poderes públicos y por los ciudadanos en las votaciones populares. De forma que tanto el poder ejecutivo, legislativo y judicial se encuentran imperados por la norma constitucional. Su violación autorizaría a las víctimas a buscar el restablecimiento de sus derechos conculcados en sede jurisdiccional interna y, aun, internacional.

## **2.5. Jurisprudencia internacional**

Existe jurisprudencia que trata la obediencia debida en materia de violaciones a los derechos básicos.

- Caso del Jaegerstab. “El sujeto pasivo del juicio fue una entidad, el Jaegerstab, creada para aumentar los medios de producción de guerra –humanos y materiales-, siendo su jefe supremo el mariscal Milch. Fue juzgada el 16 de abril de 1947, por el Tribunal Norteamericano de Nuremberg (presidida por el Justice Toms). Los cargos fueron de crímenes de guerra y contra la humanidad, por el reclutamiento forzoso de trabajadores en los países ocupados, con sus consecuentes malos tratos. Sus defensores invocaron, antes que todo, la obediencia debida en virtud del Führersprinzip, y la ignorancia de los procedimientos en cuya virtud los reclutamientos se llevaban a efecto y los tratos que recibían en los campos. La organización como tal no recibió condena alguna, mientras que Milch recibió la pena de prisión perpetua. No tuvo aplicación la obediencia debida, y no se le condenó a la pena capital por no haberse acreditado en el juicio su consentimiento a los actos inhumanos perpetrados con



algunos trabajadores, tales como experiencia médica de congelación, que ya acusación fiscal le atribuía.”<sup>31</sup>

Es importante hacer referencia que no se pudo comprobar la obediencia debida, a pesar que era casi evidente lo cual demuestra la poca credibilidad que puede tener un inferior jerárquico en esta posición.

- Caso Eichmann, juzgado por la Corte de Distrito de Jerusalem (1961). Sobre la obediencia debida el Tribunal resolvió que: “.. La característica distintiva de una «orden manifiestamente ilegal» tendría que flamear como una bandera roja encima de la orden como una advertencia que dice «prohibido». Aquí no interesa la ilegalidad formal, oculta o semiooculta, ni la ilegalidad que sólo es discernible a los ojos de un experto legal, sino una violación flagrante o manifiesta del derecho, una ilegalidad definida y necesaria que aparece sobre la faz misma de la orden, el carácter claramente delictivo de la orden o de los actos ordenados, una ilegalidad que salte a la vista y que repugne al corazón, siempre y cuando el ojo no sea ciego ni el corazón pétreo o corrupto esa es la medida de «ilegalidad manifiesta» que se requiere para liberar al soldado de su obligación de obediencia y hacerlo penalmente responsable de sus actos...”<sup>32</sup>.

Asimismo, el Tribunal desechó la excepción opuesta por la defensa de Eichmann, en torno a que había actuado coaccionado por sus superiores: “ Si bien el acusado mostró

---

<sup>31</sup> Quintano R., Antonio. **Tratado de derecho penal internacional e internacional penal**. Págs. 442 y 443

<sup>32</sup> **Ibid.** págs. 444 y 445.



una obediencia propia de un buen nazi, y miembro de la SS, a los cuales se les inculcaba una obediencia total y rígida, ello no significa que llevó a cabo sus órdenes únicamente porque se lo habían ordenado. Por el contrario, cumplió con sus deberes en todos los casos, también con convicción interna, de todo corazón y gusto.”<sup>33</sup>

En este caso, el tribunal tampoco tomó en cuenta los argumentos del enjuiciado, de manera que no le fue posible comprobar la obediencia debida incluso, en esta situación en la que cualquiera que no cumpliera una orden en el tiempo de guerra de los nazis seguramente podría haber atentado en contra de su propia vida.

- Corte Suprema de Israel (1962). Recibido el caso en apelación el Tribunal se refirió a la obediencia debida y al problema que se suscita en el subordinado en orden a cumplir con lo mandado: “... No es fácil para nadie, menos aún para el soldado de escasa educación, decidir si una orden dirigida a él es razonablemente necesaria para sofocar un disturbio... La solución intermedia que otorga el derecho penal general en este país –de acuerdo a la trascendencia del derecho inglés- es que tal excepción es admisible cuando existió obediencia a una orden no manifiestamente ilegal...”.

En lo relativo a la coacción el Tribunal señaló: “la amenaza, empero, debe ser inminente, real e inevitable... El test que debe aplicarse es si el subordinado actuó bajo coacción o si el mismo aceptó el principio involucrado en la orden. Si la segunda proposición es correcta, la excusa de la orden superior fracasa... Cuando la voluntad del

---

<sup>33</sup> Sancinetti Marcelo. **Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial**. Pág. 322.



actor se confunde con la voluntad del superior, en la ejecución de un acto ilegal, el actor no puede argumentar haber actuado bajo coacción de órdenes superiores”.<sup>34</sup>

El análisis del argumento de esta sentencia es importante, pues ellos califican situaciones de la voluntad del inferior, es decir que dejan a su discreción el haber actuado de forma ilícita incluso cuando la orden hubiese sido de esa índole.

- Instrucciones del Juez Militar en el caso “Calley” (1971). El teniente Calley fue juzgado por un Tribunal Militar por la masacre de civiles en la aldea vietnamita de May-Lai. Sobre la obediencia debida se dijo: “A los soldados se les enseña a obedecer órdenes, y se le presta especial atención a la obediencia de órdenes en el campo de batalla. Por otro lado, la obediencia del soldado no es la obediencia de un autómatas. Un soldado es un agente racional, que está obligado a responder, no como una máquina, sino como una persona”<sup>35</sup>.

El derecho tiene en cuenta estos factores al determinar la responsabilidad penal por actos realizados en cumplimiento de órdenes ilegales. “Los actos del subordinados hechos en cumplimiento de una orden ilegítima dada por sus superior quedan excusados y no le imponen responsabilidad penal, a menos que la orden del superior sea de tal naturaleza que una persona de sentido y entendimiento normales se hubiera

---

<sup>34</sup> **Ibid.** Pág. 323.

<sup>35</sup> **Ibid.** Pág. 332.



dado cuenta, teniendo en cuenta las circunstancias, de que la orden era ilegal, o que el acusado sabía perfectamente que la orden era ilegal”.<sup>36</sup>

- Tribunal Supremo Alemán, Sala Penal, 1952 (BGH St. 2, 234). Dos funcionarios del régimen nazi, que colaboraron en el transporte de miles de personas hacia campos de exterminio donde eran asesinadas, fueron juzgados. Alegaron en su defensa los acusados haber actuado en cumplimiento de disposiciones legales que ordenaban la detención de enemigos del Estado.

Sobre ello el Tribunal señaló lo siguiente: “En la conciencia de todos los pueblos civilizados existe, a pesar de las diferencias que muestran los específicos ordenamientos jurídicos nacionales, un claro núcleo fundamental del derecho el cual, conforme a una convicción jurídica general, no puede ser violado por ninguna Ley ni por ninguna otra medida de la autoridad estatal. Comprende determinados principios fundamentales, el comportamiento humano, considerados inviolables, los cuales se han venido formando a lo largo del tiempo sobre la base de convicciones éticas fundamentales y que son jurídicamente vinculantes, sin importar que existan disposiciones específicas de los ordenamientos jurídicos nacionales que parezcan permitir su desconocimiento...Las disposiciones legales que de ninguna forma tienen como objetivo la justicia, que niegan conscientemente el concepto de igualdad y desprecian claramente las convicciones jurídicas comunes a todos los pueblos civilizados, que se relaciona con el valor y la dignidad de la persona humana, no crean ningún derecho y una conducta realizada conforme a aquéllas sigue constituyendo un

---

<sup>36</sup> **Ibid.** Pág. 323.



injusto en aquellos casos de violaciones evidentemente groseras contra los principios básicos de justicia y humanidad; no sólo debe negarse la legalidad de las medidas estatales: la grosería y lo evidente de la violación será también un seguro indicio de que aquéllos, que ordenaron, ejecutaron o promovieron las órdenes, actuaron con conciencia de su antijuridicidad... En un estado que tiene aparentemente como objetivo servir a la justicia y respetar la dignidad y el valor de la persona humana, se estará lejos de creer que sus normas legales y disposiciones puedan contradecir los principios de igualdad y humanidad.”<sup>37</sup>

Otro caso en el que la obediencia debida no pudo ser comprobada, y menos aplicada a favor del sindicato, pues a todas luces los tribunales dejan en manos del inferior jerárquico la voluntad de actuar o no de forma ilegal, aunque eso implique arriesgar su propia vida en casi hubieren desobedecido.

En un fallo posterior (1964) el mismo Tribunal desechó la excepción basada en el error acerca de la legitimidad de las órdenes para la matanza de civiles indefensos: “...Él sabía, a pesar de su largo adoctrinamiento en la SS, que estaba dirigido al aprendizaje en la obediencia ciega, que no toda orden es «sagrada» y que no toda orden del líder nazi obligaba a la obediencia incondicionada, sino que el deber de obediencia tenía un límite. Aun frente a Hitler, Himmler u otro líder nazi, fijado por la Ley y la moral y que a tales órdenes, que estaban tan evidentemente en contradicción con toda moral humana

---

<sup>37</sup> **Ibid.** Pág. 326.



y todo orden jurídico –como es el caso aquí de la orden de matar-, se les debía negar obediencia si es que no deseaba colaborar en forma conciente en un delito”.<sup>38</sup>

- Sentencia del Tribunal Supremo Alemán, 1952 (BHG St. 2, 251). Se acusó a integrantes de la SS de haber asesinado a cuatro civiles en cumplimiento de una orden del superior. El Tribunal rechazó la eximente de la obediencia debida, y señaló: “El derecho penal no conoce una causal de exculpación, basada en la ciega obediencia y no la puede reconocer ya que, de tal forma, renunciaría a los fundamentos de la responsabilidad del ser humano como persona. Aun el mismo juramento nazi a la bandera... el cual obliga a los soldados a una obediencia incondicional respecto de Hitler, no eliminó la excepción obligatoria del párrafo 47 del Código Penal Militar. Aun cuando el juramento de la SS y la pertenencia a aquéllas estableciesen la obediencia ciega, ello sería jurídicamente irrelevante. Quien se somete voluntariamente a una voluntad ajena, sigue siendo penalmente responsable. Los códigos penales militares de casi todos los estados muestran que las condiciones militares no justifican una eliminación, sino tan sólo una restricción de la responsabilidad del subordinado. El párrafo 47 del Código Penal Militar alemán aplicaba al subordinado la pena del partícipe cuando aquél ejecutaba una orden del superior que reconocidamente estuviese dirigida a la comisión de un crimen o delito. En el ámbito del derecho anglosajón, últimamente, sólo disculpa el no haber podido reconocer la antijuridicidad... Los acusados se remiten así en vano a un supuesto derecho especial de las SS para ellos, sólo sería de aplicación el párrafo 52 del Código Penal y de ninguna

---

<sup>38</sup> **Ibid.** Pág. 326.



manera el parágrafo 47 del Código Penal Militar. En el mejor de los casos ya orden podría tener alguna relevancia en tanto aquella contuviese una amenaza que involucrara un peligro mortal o corporal. De acuerdo a las constancias del juicio la orden no pertenecía a esa categoría. Los acusados no se encontraban, así, en estado de necesidad de acuerdo a la convicción del tribunal de grado. Tal como éste lo ha comprobado, los acusados no tenían que temer un peligro de muerte o corporal si se rehusaban a cumplir la orden. Tal temor no fue expresado entre ellos y tampoco a terceros y la participación no fue prestada como consecuencia de aquél, sino que ejecutaron la orden –reconocida como antijurídica- debido a que la consideraban vinculante en su condición de integrantes de la SS y de nazis convencidos. Ello no constituye un estado de necesidad, sino un accionar responsable motivado en una ciega obediencia voluntaria por propia responsabilidad”<sup>39</sup>.

En resumen, de conformidad a las razones dogmáticas, político criminales y positivas esgrimidas con anterioridad, con el apoyo jurisprudencial, no cabe sino concluir que no tiene aplicación alguna la obediencia debida como causal exculpante en caso de violaciones a los derechos humanos. Lo contrario significaría entender que es más relevante el interés de la autoridad de turno que los derechos esenciales de los habitantes de las Repúblicas, lo cual es a todas luces, absurdo, inmoral, ilícito y contrario al derecho positivo vigente.

---

<sup>39</sup> **Ibid.** Pág. 328



## CAPÍTULO III

### 3. Naturaleza jurídica de la obediencia debida y la responsabilidad penal

Requiere conciencia e intelecto conocer cuando, la virtud de la obediencia, debe ser sustituida por la virtud de la desobediencia. El punto más controvertido y polémico sobre la materia es aquél que busca determinar la naturaleza jurídica de la obediencia debida. Ello encuentra un doble motivo; por una parte en virtud de la concepción dogmática que se tenga al respecto y, por otra, en razón de las consecuencias prácticas que dicha calificación produce.

En forma previa, cabe recordar un distingo. Al tratar la naturaleza jurídica de la eximente me remito a analizar aquella exención o atenuación de responsabilidad derivada de la ejecución de órdenes delictuosas. El cumplimiento dañoso de órdenes lícitas se considera una causal de justificación, y sobre ello no existe discusión alguna encontrándose conteste la doctrina.

En cuanto a la concepción dogmática, el derecho romano sólo autorizaba la eximente de la obediencia debida para los crímenes leves (crimina leviora), excluyéndola para los crímenes atroces (crimina atrocía). Ello llevó a que en la edad media se tratara de establecer una enumeración de los crímenes atroces en los cuales la excusa por obediencia debida resultaba improcedente. Nuestro moderno derecho penal trajo el advenimiento de la teoría del delito, lo que ha hecho que se trate de encuadrar la eximente en estudio en algunos de los elementos de éste, pudiendo distinguirse entre



aquellos que apuntan a la acción, los que estiman el actuar justificado y los exculpacionistas.

De ahí, pues, que deriven las diversas consecuencias prácticas. En síntesis, si el actuar del subordinado se encuentra justificado, es proscrito para la víctima la posibilidad de la legítima defensa. Asimismo, no existirían reparaciones de carácter civil. Ambas consecuencias se revierten en el evento que se estime que es una causal de exculpación de la responsabilidad criminal. En las páginas siguientes se explicarán y analizarán las soluciones principales que la doctrina ha dado a la interrogante acerca de la naturaleza jurídica de la obediencia debida, sus consecuencias prácticas, para finalmente, tomar posición al respecto.

### **3.1. Teoría que explica la ausencia de responsabilidad penal por atipicidad.**

#### **Teoría de la falta de acción o autoría mediata**

El elemento básico del delito es la acción u omisión final. Ello implica que debe tratarse de un acto humano voluntario y consciente. Hay quienes piensan que la obediencia debida, en aquellos casos en que el subordinado no puede representar la orden –lo que puede ocurrir en ámbitos militares donde la verticalidad es mayor-, es una causal de exclusión de la acción pues habría un “traslado de la relación imputativa”. La orden anularía la voluntad, por lo que malamente podría ser responsable criminalmente del resultado dañoso. Así, el inferior no ejecutaría acción alguna sino que sólo sería un medio utilizado por el superior.



Esta es la doctrina sustentada por don Sebastián Soler al decir: “Como consecuencia de ello, el efecto que debe acordarse a la existencia de una orden que debía ser cumplida sin examen consiste en el traslado de la relación imputativa, es decir el desplazamiento de la acción, la cual debe ser directamente atribuida, como en el caso de la violencia, a quien impartió la orden jurídicamente irrecusable”<sup>40</sup>. Esta teoría –hoy abandonada- por cuanto no resulta aceptable excluir la acción, porque quien obedece actúa y ello es indubitado, tanto por la realidad de los hechos, cuanto porque no resulta coherente con la dignidad humana el señalar que el subordinado es un ser que no acciona al obedecer, en aquellos casos en que no se encuentra facultado para examinar la orden.

De forma que no cabe más que desechar la teoría expuesta por cuanto no es posible afirmar que la situación del subordinado sea asimilable a la del instrumento de que dispone el agente. El elemento primero del delito es la acción u omisión final, el que no es posible descartar en virtud de la obediencia jerárquica, porque si bien la voluntad del inferior se ha visto, de cierta manera, torcida, no es admisible postular que ella no exista. Con facilidad se comprende que no es asimilable equiparar, por ejemplo, a un militar o un funcionario público que obra en virtud de órdenes, quienes pueden no desear actuar, a la actividad de un sonámbulo o a los actos reflejos de toda persona, quienes no conocen ni quieren actuar.

A mayor abundamiento, esta teoría no se encuentra en concordancia con la concepción de un Estado liberal con sujetos responsables, actualmente vigente en el mundo

---

<sup>40</sup> Benvenuto Vergara, Luis. **Obediencia debida (artículo 10 del código penal)**. Pág. 59.



occidental. Sólo una idea de un Estado autoritario podría explicar el considerar a los hombres como meros instrumentos carentes de voluntad por el simple hecho de pertenecer a una organización con poderes de mando.

### **3.2. Teorías que explican la ausencia de responsabilidad penal por falta de antijuridicidad**

- Teoría del conflicto de deberes. Algunos autores ven en la obediencia debida un problema de conflicto de deberes que pesa sobre el subordinado; entre aquel que obliga a cumplir los mandatos impartidos por el superior, y el que impone abstenerse de ejecutar ilícitos penales. En esta postura son distinguibles dos vertientes. Una considera que el subordinado debe decidir en función de la apreciación valorativa concreta a que se encuentra enfrentado; valoración que le otorga el ordenamiento jurídico. La otra estima que el deber que obliga a ejecutar las ordenes es específico y, por ello, preferencial.
- Resolución axiológica. El obedecer implicaría la realización de una acción típica, pero, el desobedecer la orden implicaría la comisión del delito de desobediencia. En dicho evento, el destinatario del mandato de contenido delictuoso debe preferir aquella solución que, a la luz del ordenamiento jurídico, ofrezca un menor juicio de desvalor.

Explicando esta postura se señala: “Por consiguiente, desde su posición, el ejecutor actúa justificadamente en la medida en que la antijuridicidad de la orden no le sea



manifiesta y el acto a ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia en las circunstancias del caso. Si le caben dudas sobre la ilicitud, él tiene el derecho de ampararse en la presunción general de legitimidad del acto administrativo, aunque estime a la orden posiblemente ilícita. Naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere, de desobedecer la orden, pero, en este caso, se expone a que el juez que posteriormente revise su desobediencia no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su ilegitimidad”<sup>41</sup>.

Para continuar: “En este caso, al tratarse de una colisión de deberes (delinquir por comisión, o delinquir por desobediencia), tienen que entrar en consideración las mismas reglas de ponderación de bienes jurídicos que rigen en cualquier estado de necesidad”<sup>42</sup>. Para concluir que: “Naturalmente, una explicación como ésta, condicionada a que la orden no sea manifiestamente ilegítima, ni implique cometer un hecho más grave que la gravedad que tendría una desobediencia, establece límites difusos, demasiado fluidos, al ámbito de justificación, como para resolver con seguridad los casos ubicados cerca de la zona de penumbra. Pero se trata de una incertidumbre propia de la complejidad del problema, y que existe también, por lo demás, en todo caso de conflicto entre bienes o deberes jurídicos de cualquier clase”<sup>43</sup>.

Tiene la teoría descrita la virtud de evitar el intento de utilizar la eximente para aquellos casos de delitos de mayor relevancia social, entre los cuales destacan, por cierto, los delitos contra los derechos fundamentales tratados con anterioridad, y no sólo ellos,

---

<sup>41</sup> Sancinetti, Marcelo. **Ob.Cit.**; Pág. 361.

<sup>42</sup> **Ibid.** Pág. 362.

<sup>43</sup> **Ibid.** Pág. 363.



sino todos aquéllos que tengan un desvalor mayor que aquél que el ordenamiento jurídico respectivo señale para el delito de desobediencia.

Ello por cuanto una vez determinada la antijuridicidad, en el caso concreto, habrá que estarse a lo que establezca la escala axiológica que brinda el ordenamiento jurídico, en términos tales que el funcionario civil quedaría justificado sólo respecto de aquellos delitos que presenten una menor penalidad que aquélla establecida para el delito de desobediencia o alguna otra figura típica, la cual será, de ordinario, de baja penalidad, lo que le otorga un margen de irresponsabilidad en extremo restringido; mientras que el militar tendría que tener siempre presente antes de optar por obedecer, la pena establecida para el delito de desobediencia militar u otra figura típica semejante, la cual, con frecuencia, tendrá un desvalor mayor que el señalado para el civil, pero que, de todas formas, restringe la aplicabilidad de la eximente en estudio.

- Preferencia al deber específico. Otros si bien concuerdan en que en la especie habría un conflicto de deberes, presentan una solución del todo diversa, señalando que, en vista de la obligación específica del subordinado, imperativo jurídico que no pesa sobre el común de los ciudadanos, debe darle preferencia a este deber, en desmedro del general que obliga a no atentar contra bienes jurídicos con protección penal.

Santiago Mir Puig señala que el fundamento del deber de obedecer órdenes no manifiestamente antijurídicas se encuentra en las necesidades del funcionamiento de la administración pública y que la “naturaleza dogmática que tal fundamento confiere a la



eximente de obediencia debida es la de causa de justificación. Ante una orden no manifiestamente antijurídica se produce un conflicto entre el bien jurídico afectado por la orden y las necesidades de funcionamiento de la administración pública que la Ley resuelve a favor de las segundas. Tal estructura de conflicto que se decide en el sentido de permitir la lesión del bien jurídico, es la característica de toda causa de justificación. Y no hay duda de que la Ley no sólo disculpa sino que permite la lesión del bien jurídico cuando concurre obediencia debida, porque así se desprende de esta misma expresión legal (la obediencia debida) y de que cuando concurre, el desobedecer constituye delito.”<sup>44</sup> Si la obediencia es “debida” ha de ser permitido y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá de justificar el hecho, y no sólo excluir la culpabilidad de su autor.

Por ende, ante dos imperativos jurídicos contrarios que pesan sobre el subordinado, uno general, que obliga a abstenerse de incurrir en ilícitos penales y otro, específico, que lo obliga a ejecutar el mandato impartido por su superior o superiores, el inferior debe cumplir el segundo, dada la especialidad que le otorga el ordenamiento jurídico. Según esta posición, el riesgo de la comisión de ilícitos, que se deriva del deber de cumplir las órdenes, es conocido y asumido por el legislador, el cual, dada la necesidad de satisfacer las necesidades públicas, justifica que el inferior cumpla los mandatos; pero no ocurre lo mismo con el superior, quien al ordenar la ejecución de una orden delictuosa –hecho diverso-, se colocaría al margen del derecho, debiendo asumir las consecuencias penales de su accionar.

---

<sup>44</sup> Mir Puig, Santiago. **Ob. Cit.**; Pág. 27.



A ambas teorías es posible efectuarle una objeción, consistente en una equivocada concepción del deber. No se vislumbran razones para estimar que exista el imperativo jurídico de cumplir órdenes antijurídicas, ni menos, por cierto, delictuosas. Si se tiene claridad meridiana sobre este punto, se verá que el pretendido conflicto resulta meramente artificioso. La única posibilidad es que el subordinado crea que pesa sobre él tal deber, en cuyo evento nos encontramos frente a un supuesto de error de prohibición del todo diverso a la obediencia debida.

De esta opinión es Alfredo Etcheberry, al decir: “En nuestra opinión, debe rechazarse la idea de que la orden ilícita en que el superior insiste impone un deber jurídico de cumplirla, y ello, a pesar de las disposiciones que sancionan por delito de desobediencia en caso contrario”<sup>45</sup>. Veamos, para demostrarlo, la verdadera aporía que se produce en el caso siguiente; el jefe de un establecimiento penal ordena a un carcelero que dé muerte a un prisionero.

El carcelero le representa la ilegalidad de la orden, pero el superior insiste en que la cumpla. El subordinado se encuentra entonces ante dos posibilidades: cumple la orden o no la cumple. Si así fuere lo anterior, las doctrinas del conflicto de deberes presentan problemas de carácter políticos criminales ya que al considerar a la eximente de la obediencia como una causal de justificación, se impide la legítima defensa y considera impune a los copartícipes de la ejecución de la orden, mientras que estima como merecedores de una sanción a quienes han ayudado a la víctima en la defensa frente a la ejecución de la orden.

---

<sup>45</sup> Etcheberry, Alfredo. **El derecho penal en la jurisprudencia**. Pág. 152.



- Por cumplimiento del deber. Sobre esta teoría se tratará con mayor detenimiento en la parte relativa al derecho chileno, por ser una de las razones por las cuales la Comisión Redactora de nuestro Código Penal excluyó a la obediencia debida como eximente general de responsabilidad. Sin embargo, baste apuntar –como ya está dicho- que el cumplimiento del deber se refiere a los mandatos ajustados a derecho, siendo el ámbito de aplicación de la obediencia debida las órdenes delictuosas, por lo cual debe desecharse esta teoría.

### **3.3. Teorías que explican la ausencia de responsabilidad penal por falta de culpabilidad.**

En el caso de aplicación de la teoría del error, se sabe que éste es la equivocación o ignorancia sobre alguno de los elementos del ilícito penal. Existen en derecho penal dos tipos de errores, de tipo y de prohibición. El error de tipo es aquél que recae sobre los elementos de éste, ya descriptivos o normativos. Así, por ejemplo, el sujeto desconoce la ajenidad de la cosa verbigracia, toma entre muchos, un paraguas idéntico al suyo, no incurriendo en el tipo de hurto; pues el error de tipo excluye el dolo. La obediencia jerárquica ninguna relación tiene con el error de tipo.

El error de prohibición, por su parte, es aquél que recae sobre la conciencia de la antijuridicidad del actuar del agente. El sujeto tiene un concepto falso de la licitud de su accionar; cree que su comportamiento se conforma a derecho (bien porque estima que su conducta no es típica, o bien conociendo la tipicidad, supone que se encuentra



justificado), siendo que, en realidad, incurre en una acción u omisión típica antijurídica. Es el caso de quien supone que puede ocupar cualquier medio, aun los violentos, para recuperar un bien que le ha sido arrebatado sin derecho. Este actuar en la creencia errada de adecuarse al derecho hace que su culpabilidad se vea eliminada o atenuada, según las circunstancias; ya que el reproche o no existe o es menor al que se le efectúa a quien obra con conciencia de contrariar al ordenamiento jurídico. Es el error de prohibición el instituto en que algunos han encuadrado a la obediencia debida.

Quien primero vio la obediencia debida como un caso de error fue el jurisconsulto germano M. E. Mayer en la obra de 1908 *Der rechtswidrige Befehl*. A la fecha de su libro la doctrina dominante en torno a la obediencia jerárquica era aquella que estima que eliminaba la antijuridicidad de la conducta. Ante esto el autor alemán se rebela, como nos da cuenta Joan Josep Queralt Jiménez, al relatar: “A tal efecto, comienza por extrañarse, respecto de los partidarios de la causa de justificación, por la circunstancia de que éstos obran un milagro: lo antijurídico (la orden) se convierte en lícita (por el hecho de que la ejecute otra persona de buena fe). El que de la acción delictiva haya un responsable, el superior que dictó la orden, demuestra bien a las claras el que el hecho es antijurídico”<sup>46</sup>.

Desvirtuada como causal de justificación, señala que la explicación se encuentra en sede de culpabilidad, siendo las causales de inculpabilidad la violencia y el error. Excluye la violencia por ser, en esencia, contrario a la eximente, por lo que concluye que la obediencia debida es una subespecie del error. El mismo autor citado con

---

<sup>46</sup> Benvenuto Vergara, Luis. **Ob. Cit.**; Pág. 233.



anterioridad, explicando la posición de Benvenuto Vergara señala: “En resumen, pues, para este autor, si la orden se ha impartido conforme a las normas de ejecución, el funcionario subordinado vendrá obligado a cumplirla. Si no conoce la ilegitimidad de la orden, quedará exculpado en base a error, por haber causado un resultado antijurídico, ante el cual podrá defenderse en legítima defensa el ofendido. Si está convencido de la ilegalidad material de la orden, por constarle el dolo o la imprudencia de su superior, no deberá cumplirla, pero correrá el riesgo que tal decisión comporta”<sup>47</sup>.

El fundamento de la teoría de la obediencia debida como error de prohibición radica en que frente a la instrucción o insistencia del superior el inferior cree o estima que la orden es lícita. El accionar del inferior estaría justificado por cuanto actuó en la creencia de que la orden era ajustada a derecho; lo que se encuentra generalmente avalado por la presunción de legalidad de que gozarían los actos administrativos.

De esta opinión se muestra partidario don Luis Jiménez de Asúa, al decir: “Tocamos ahora un tema que esta hoy profunda y vivamente controvertido; pero que bien estudiado no es otra cosa que una especie de error esencial. En efecto, si el inferior jerárquico queda exento de pena por obedecer una orden del superior que viene en forma, pero que lesiona injustamente un derecho, es porque el subordinado cree erróneamente que se le manda un acto justo.”<sup>48</sup> “Pero cualquier código que se abra o cualquier tratado que se consulte –salvo el moderno de Mayer- clasifica la obediencia debida como causal de justificación.

---

<sup>47</sup> **Ibid.** Pág. 235.

<sup>48</sup> Jiménez de Asúa, Luis. **Ob.Cit.**; Pág.89.



Las causas de justificación se caracterizan por ser actos legítimos en que la antijuridicidad está ausente. Por eso los autores de tales hechos no son responsables ni en el área civil siquiera. El que mata a otro en legítima defensa perpetra un acto legítimo, conforme con la norma, y del cual nadie responde, ni criminal ni civilmente. Por eso es una causa de justificación. Imaginemos, en cambio, una hipótesis de obediencia jerárquica. Un juez, por venganza personal, ordena la prisión de una persona. Un policía la ejecuta por el mandato motivado del instructor competente. Nos hallamos ante un delito. No será responsable del atropello el agente de policía que obedece un mandato de correcta forma, pero responde el juez que lo manda con fines vengativos.

El acto perpetrado en obediencia debida no es lícito, es antijurídico, y de él hay un responsable criminal y civilmente, el aludido juez. ¿Cómo afirmar, pues, que la obediencia jerárquica es una causa de justificación? Se trata de hechos que deben ser impunes para el agente que obedece porque aparecen como lícitos a su vista; pero que se miran como ilegítimos no sólo por el ofendido, sino por la misma sociedad. Esto tiene un nombre, como hemos dicho, y no es precisamente el de causa de justificación, sino el de causa de inculpabilidad, en cuyo justo sitio clasifica M.E. Mayer la obediencia debida. Esta doctrina tiene la virtud de eliminar la posibilidad de esgrimir la obediencia debida en caso de delitos de lesa humanidad, pues, si la orden es manifiestamente ilegítima es impensable la concurrencia de un error. No se podría válidamente alegar que se torturó o se secuestró infantes por la equivocada creencia de que lo mandado era lícito y que, a mayor abundamiento, la orden goza de una presunción general de validez.



No obstante ello, no resulta conceptualmente correcto estimar a la obediencia debida como un caso de error de prohibición. Para clarificar cabe hacer un distingo, entre el funcionario que cumple la orden con la errada idea de actuar conforme a derecho, de aquél que, no obstante tener plena conciencia de la ilicitud de lo mandado, actúa. Si el inferior accionó en la errada creencia de actuar lícitamente, incurre en un error de prohibición.

Sin embargo, en dicho evento no se vislumbra utilidad alguna para la alegación de la eximente de la obediencia debida, debiendo recurrir para su defensa al error de prohibición, de que todo ciudadano, y no sólo el inferior puede invocar. Y el error, como señalé al tratar los requisitos de la obediencia debida, prevalece por sobre la obediencia debida, por lo que ésta resultaría del todo superflua. Mario Garrido Montt señala: “En el cumplimiento de una orden antijurídica puede darse de parte del subalterno una situación de error que deberá ser tratado como tal. Así sucede si estima que es legítimo tanto substancial como formalmente el mandato que recibe, no siéndolo, o que su superior está facultado para ordenar la realización de un acto típico y antijurídico”<sup>49</sup>. En cambio la teoría del error no explica los casos en que el cumplimiento de lo ordenado se realiza por el inferior, no obstante tener plena conciencia de su ilicitud; los cuales son, precisamente, a los que la eximente en estudio apunta.

El problema se suscita cuando el subordinado no se equivoca respecto al carácter antijurídico de lo mandado, sino que acciona siendo sabedor de lo antijurídico del contenido de lo mandado, no obstante lo cual el ordenamiento jurídico lo considera

---

<sup>49</sup> Garrido Montt, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 77.



exento de reproche penal. Esa impunidad que le otorga la obediencia debida al inferior que cumple la orden delictuosa, no obstante la certeza de éste de atentar contra bienes jurídicos que gozan de protección penal, no es explicada en forma alguna por la teoría del error.

Debe agregarse el que según la posición expuesta, la presunción de validez de los actos administrativos avalaría la teoría del error. Pero, si se acepta la operatividad de tal presunción lo que resulta dudoso, el ámbito de examen del inferior resulta en extremo reducido, y no puede errar quien no analiza sino que únicamente se limita a cumplir. Por ende, este argumento, que supuestamente reforzaría la teoría del error me parece que debe ser desechado, por la inconsecuencia lógica que plantea. Lo último que cabe señalar respecto de la obediencia debida según la teoría del error es que no puede alegarse como error las valoraciones individuales que puede tener un individuo referente al valor de la democracia o de los derechos fundamentales.

Al respecto don Marcelo Sancinetti señala: “una cosa es que el autor invoque un error acerca de la ilicitud de una orden, y otra muy distinta es que se pronuncie a favor del valor ético que tenía el hecho cometido por él, desde el punto de vista de sus propias convicciones morales. Éste no es un caso de error acerca de lo que el derecho prohíbe, sino un punto de partida ético contrario al punto de partida del ordenamiento jurídico. Es el caso de cualquier delincuente por convicción –el terrorista, por ejemplo-, que rechaza ab initio el fundamento ético del estado liberal. En tales hipótesis, el derecho sólo puede



reconocer, en el mejor de los casos, el respeto por la autenticidad o coherencia moral del delincuente; no su inculpabilidad por el hecho injusto cometido<sup>50</sup>”.

Ahora bien, en el caso que exista falta de dolo o culpa, Eduardo Novoa Monreal se declara partidario de esta posición, consistente en la eliminación de la responsabilidad penal del subalterno por ausencia de la culpabilidad derivada de la falta de dolo o culpa, en vista que su actuar anímico, aun cuando contempla la intención y conocimiento de realizar el hecho delictuoso, no sería contrario a su deber jurídico. En sus palabras: “Otro camino sería negar para el inferior una culpabilidad sensu stricto (dolo o culpa) en vista de que su disposición anímica, no obstante estar decidida y conscientemente encaminada a la realización del hecho delictuoso que se le ordena, no sería contraria a su deber jurídico. En efecto, la misma Ley le impone un deber personal de obediencia, aun cuando la orden sea delictuosa. Faltando en la disposición anímica esta oposición al deber jurídico, que es indispensable para la existencia de culpabilidad dentro de la teoría normativa de la culpabilidad, habría que entender que los elementos psicológicos que concurren en el inferior, conocimiento e intención del hecho delictuoso, no bastan para la existencia del dolo”. Finaliza señalando: “Nuestra preferencia se inclina por la segunda de esas sugerencias”<sup>51</sup>.

Entiendo que el dolo es indiferente en la obediencia debida. Y ello por cuanto el derecho no considera el conocimiento del inferior en cuanto a la licitud de lo mandado. Sólo obliga, en muchos casos, ha exigir la debida representación. Pero justamente

---

<sup>50</sup> Sancinetti, Marcelo. **Ob. Cit.**; Pág. 351.

<sup>51</sup> Novoa Monreal, Eduardo. **Curso de derecho penal chileno**. Pág. 98.



representa en virtud del conocimiento de la ilicitud, no obstante lo cual el derecho le concede la impunidad. En otros términos, no adquiere responsabilidad criminal el inferior no obstante tener expreso conocimiento de la antijuridicidad de lo ordenado, lo que confirma que en materia de obediencia jerárquica el dolo del agente puede subsistir, siendo indiferente al derecho penal.

En el caso de la teoría de la coacción, en este evento para que sea operativa deben presentarse los mismos requisitos de toda coacción. Y quien la alegare deberá acreditarla en el proceso concreto, pues en ningún caso el carácter de subordinado, por sí mismo, es asimilable al de “coaccionado” del derecho penal. En este sentido se pronunció el tribunal norteamericano de Nuremberg, según relata don Hernán Montealegre Klenner, al decir: “En el High Command Case, el tribunal norteamericano de Nuremberg se refirió a la situación del inferior que es amenazado con un castigo en caso de desobedecer una orden ilícita: El acatamiento servil de una orden claramente criminal, por temor a una desventaja o un castigo no aplicable de inmediato, no puede reconocerse como una defensa. Debe probarse por las circunstancias que un hombre razonable consideraría que estaba en tal peligro físico inminente como para verse privado de libertad para escoger el bien y abstenerse del mal”<sup>52</sup>. Por ende, deberá probar los requisitos de la coacción que normalmente están constituidos por la amenaza inminente y grave de sufrir un mal él o sus familiares cercanos. En ningún caso podrá calificar como grave el ser dado de baja, o el trasladarlo de lugar o el de suspenderlo de sus funciones, ni en general, ningún mal de orden disciplinario o laboral.

---

<sup>52</sup> Montealegre Klenner, Hernán. **Ob. Cit.**; Pág. 78.



## CAPÍTULO IV

### **4. La obediencia debida en el derecho guatemalteco y en el derecho comparado**

Con independencia de las posiciones que puedan sustentarse en torno a la obediencia debida, o sobre las discusiones doctrinales a que pueda dar lugar, ha de tenerse presente que el derecho se nos impone, y ello lo efectúa a través de normas jurídicas. Por ende, el estudio dogmático ha de considerar el derecho positivo.

Las opiniones, teorías y abstracciones en mucho colaboran para la integración de esta ciencia, pero no ha de perderse de vista que el derecho es eminentemente práctico. Podrá una norma específica o incluso un instituto todo, parecernos ilógico, inmoral, inconveniente, o al menos, erradamente construido por nuestro constituyente y/o legislador, según sea el caso; pero todas esas aprensiones han de dejarse de lado al enfrentarnos al derecho normativo.

Ello también ocurre con la obediencia debida en nuestro país. Esta dicho que nuestra legislación no contempla una norma en el articulado permanente del Código Penal que establezca a la obediencia debida como causal general de exclusión de la responsabilidad penal. No obstante ello, existen ámbitos en los cuales se encuentra presente y otros en los que puede suscitar dudas su aplicación. En este trabajo se tratarán separadamente en función de los destinatarios de las normas jurídicas.



#### **4.1. La obediencia debida en el ámbito laboral**

El Código de Trabajo en el Artículo 2, regula que “Patrono es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo”. Sin embargo, no quedan sujetas a las disposiciones de este Código que las personas jurídicas de derecho público a que se refiere el Artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por su parte, el Artículo 3 del citado Código, regula que: “Trabajador es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo”. Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

En el caso del Artículo 18 del Código de Trabajo, se establece que el contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a presentar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma. En el caso de los gerentes, directores, administradores, superintendentes, jefes generales de empresa, técnicos y demás trabajadores de



categoría análoga a las enumeradas, dicha delegación puede, incluso, recaer en el propio trabajador

El Código del Trabajo define la relación laboral como un vínculo de subordinación o dependencia. Goza el empleador, en virtud del poder de dirección, de la facultad de organizar el trabajo de forma que cumpla realmente con las actividades y, por ello, pesa sobre el trabajador el deber de respeto y obediencia frente a las instrucciones que le sean impartidas. El vínculo de subordinación y dependencia se manifiesta en aspectos tales como la obligación de asistencia, el cumplimiento de un horario, el denominado *ius variandi*, y la facultad de fiscalización para asegurar un adecuado desempeño de sus funciones.

Sin embargo, jamás podrá el vínculo de subordinación y dependencia dar lugar a la verticalidad y mando necesarios para enfrentarnos a un problema de obediencia debida, ya que el poder de dirección de que el empleador es titular no comprende la realización de ilícitos.

Por la exclusión de la obediencia debida de las relaciones laborales se muestra partidario Santiago Mir Puig al señalar: “Tratándose de órdenes antijurídicas la obediencia doméstica o laboral no puede eximir en base a la doctrina, en su caso, por error invencible, por estado de necesidad o por miedo insuperable”<sup>53</sup>. A lo expuesto es necesario sumar el argumento esgrimido por don Joan Josep Queralt Jiménez quien, afirmando la exclusión de los vínculos laborales de la esfera de la obediencia debida,

---

<sup>53</sup> Mir Puig, Santiago. **Ob.Cit.**; Pág. 64.



apunta: “chocaría con lo que parece de la impronta de la marcha de los tiempos; en efecto, la introducción en el mundo de la producción de ingenios mecánicos cada vez más sofisticados y más obedientes que el ser humano, y, de otro lado, el alejamiento del modelo jerárquico-burocrático que sirvió de modelo, la Iglesia, hacen que tanto desde el punto de vista técnico como político-organizativo, al menos desde una perspectiva lo más democráticamente real posible, la relación laboral se desjerarquice y, por el contrario, se enriquezca intelectualmente”<sup>54</sup>.

Aun cuando el autor antes citado se refiere al derecho español, éste parece ser el meollo del asunto; las relaciones laborales han mutado, y si bien en algún momento pudieron dar lugar a vínculos verticales en donde podría pensarse que estaba la fuerza necesaria para hacer operativa la eximente de la obediencia debida colocando al sujeto en la imposibilidad de actuar lícitamente, contrariando lo ordenado, hoy, en cambio, dada la mayor horizontalidad de las relaciones entre empleador y trabajador la aplicación de la obediencia debida en este ámbito ha de ser descartada.

#### **4.2. La obediencia debida en las relaciones familiares**

En este caso, se aplica las disposiciones del Código Civil, Decreto Ley 106, que estipula en el Artículo 109 lo relativo a la Representación conyugal: “...corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar, de común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar. En caso de

---

<sup>54</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. **El delito de desobediencia y la obediencia justificada**. Pág. 94.-



divergencia entre los cónyuges, el juez de familia decidirá a quien le corresponde. Los hijos aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

Sin embargo en las relaciones familiares, al igual que en las relaciones laborales, las potestativas familiares si bien dan lugar a un deber muy genérico de obedecer, carecen de la disciplina y estrictez necesarios para enfrentarnos a una situación de imposibilidad de comportarse de forma diversa a la ordenada.

Esta conclusión no es unánime, pues hay quienes consideran que no existen razones para excluir a la obediencia debida en las relaciones familiares y en las laborales. Al efecto, el tratadista español, don Gonzalo Quintero señala: “Bien es cierto, y así ha sido señalado por la doctrina, que la eximente de obediencia debida no circunscribe su eficacia a las relaciones jerárquicas en el ámbito de la Administración.

Se ha admitido en relaciones paterno-filiales o laborales, en las cuales, en cambio, no existe evidentemente una figura de delito de desobediencia, lo que no significa que no haya también reacciones jurídicas específicas (piénsese en las facultades que el Código Civil concede al padre sobre el hijo menor de edad, o las medidas que el derecho laboral permite aplicar al empresario contra el trabajador que desobedece).

No concuerdo con la opinión citada por cuanto, al igual que el vínculo laboral, las relaciones potestativas familiares han sufrido un cambio radical. De esta forma, ha



variado el concepto de autoridad paterna, en términos tales que el fin de esta institución es el cabal desarrollo del menor. El interés superior del hijo ha sido uno de los principios orientadores de nuestra última reforma en la materia, así como uno de los pilares básicos de las normas internacionales que la rigen. Ello significa que se ha moligerado la autoridad del padre y la posibilidad de efectuar castigos -ya físicos, ya psíquicos- sobre el menor. Es por ello que la sola existencia de un mandato delictuoso del padre o madre para el hijo, no lo excusa de su responsabilidad criminal. Este podrá encontrar su inimputabilidad en razón, probablemente, de su minoría de edad, mas no en función de la obediencia debida.

#### **4.3 La obediencia debida entre los funcionarios públicos y los empleados públicos**

En cuanto a la legislación aplicable, se puede mencionar el Artículo 24 del Código Penal, las causas de justificación:

- Legítimo ejercicio de un derecho: Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la Ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

Por su parte el Artículo 25 del citado cuerpo legal menciona que son causas de inculpabilidad:



- Obediencia debida: Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, ~~sin~~ perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida cuando reúna las siguientes condiciones:

- Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales
- Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

En el citado código, el Artículo 418: “El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o innecesarios. A la luz de las normas citadas no cabe duda alguna que los empleados públicos tienen el deber de obedecer las órdenes de sus superiores, y que el principio que los rige es el de la obediencia reflexiva. Si bien ya se encuentra anotado en este trabajo, parece pertinente reiterar que el cumplimiento de un mandato lícito constituye un caso de cumplimiento del deber, por lo que el accionar del subordinado se encuentra justificado de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 24 numeral 3 del Código Penal. Ello por cuanto resulta contradictorio sancionar a aquél que ajusta su actuar al ordenamiento jurídico. Comentando en doctrina el autor citado



indica: “Estas disposiciones sientan el principio de la obediencia reflexiva en la administración pública, pero estimamos que se refieren a las órdenes ilegales que no disponen la ejecución de un acto típico, o sea de un delito, pues en este último caso, aunque insista el superior, el funcionario subordinado no debe cumplir la orden; la obediencia debida en materia administrativa no puede extenderse a la ejecución de delitos penales”<sup>55</sup>.

Esta conclusión debe extenderse a las disposiciones de los Artículos 418 al 426 del Código Penal. No puede arribarse a otra interpretación, por cuanto no existe el deber jurídico de cumplir órdenes delictuosas. Las normas señaladas se refieren a la responsabilidad derivada por el cumplimiento de órdenes simplemente ilegales, más no delictivas. De esta opinión se muestra partidario don Eduardo Novoa Monreal, al señalar: “Por consiguiente, si en los casos de los Artículos mencionados, el superior imparte una orden dirigida a la ejecución de un delito, el subalterno debe abstenerse de cumplirla, y si la cumple, realiza un hecho típico y antijurídico, que reúne los requisitos objetivos necesarios para la responsabilidad penal”<sup>56</sup>.

Como ya se ha señalado en este trabajo, es un elemento común a los códigos latinoamericanos el que sean menos estrictos con los delitos que atentan contra las libertades públicas cuando éstos son impetrados por autoridades. La lógica indica que la autoridad debe velar por el bienestar de los ciudadanos por lo que debiera ser de un mayor desvalor los atentados a los derechos básicos si son cometidos por ésta que por

---

<sup>55</sup> Garrido Montt, Mario. **Ob. Cit.**; Pág. 102.

<sup>56</sup> Novoa Monreal, Eduardo. **Ob. Cit.**; Pág. 59.



un particular. Pero el Código Penal, heredero del derecho español, opera en sentido inverso al que el sentido común indica, y es menos riguroso con la autoridad.

Expresión de esta peculiaridad de nuestra normativa jurídica criminal encontramos en el Artículo 25 numeral 4 del Código Penal. La disposición establece la exención de responsabilidad en virtud de la obediencia debida sin la necesidad de que el inferior represente su voluntad de contrariedad para con el contenido de lo ordenado.

Es este el único Artículo del Código Penal que establece en su Artículo 420 la exención de responsabilidad criminal en virtud de la obediencia debida para los funcionarios públicos. O sea, la normativa incurre en la incongruencia que para la eliminación de la responsabilidad administrativa y civil del funcionario público derivadas del cumplimiento de órdenes ilícitas pero no delictuosas, se exige la representación; cuestión que no resulta necesaria para la irresponsabilidad penal, tratándose de delitos impetrados contra los derechos garantidos por la Constitución, correspondientes al párrafo respectivo, como son, la detención, arresto o destierro de carácter arbitrario, los atentados a la inviolabilidad del hogar, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de imprenta, de reunión o de ambulación, entre otros.

Pero deberá considerarse derogado tácitamente el Artículo 25 numeral 4 del Código Penal si se encuentra, en el juicio específico, en conflicto con algún Tratado relativo a los Derechos Humanos suscrito por Guatemala que prohíba la aplicación de la obediencia debida como eximente de responsabilidad criminal. Sin perjuicio de ello, sería del todo recomendable su derogación expresa, tanto por ser contrario a la “idea de



lo justo” y a la “naturaleza de las cosas”, como afirma con precisión el voto disidente como por seguridad jurídica. Para la delimitación de la controversia jurídica, hemos de situarnos en diversas situaciones hipotéticas.

El funcionario público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales; en virtud de una orden, la cual ha sido consentida por el funcionario ejecutor.

En otras palabras, ninguna duda cabe que en caso de consentir el funcionario mandatario con las acciones de tormentos o apremios ilegítimos inferidos a una persona privada de libertad no puede excusar su responsabilidad penal en virtud de la obediencia debida, por cuanto al Código Penal resulta inequívoco al respecto; pero aún cuando la norma no contemplare la aplicación de las ordenes de los superiores jerárquicos, se debiera arribar a la misma conclusión, de conformidad a los principios del instituto de la obediencia jerárquica. El problema serio se presenta en el caso del funcionario público que recibe la orden de aplicar tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, a la persona privada de libertad, y la ejecuta aún contra su íntima voluntad, ¿Se encuentra exento de responsabilidad criminal en virtud del Artículo 25 numeral 4 del Código Penal?, al respecto se considera que sí la tendría.



## CAPÍTULO V

### 5. La delimitación de las responsabilidades de los funcionarios públicos

La administración pública es un instrumento esencial en la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas, pues debe responder a los fines estatales. Su organización está llamada a “atender” a los administrados; por ello, sus objetivos y la actuación de quienes la componen deben estar dirigidos a cumplir la finalidad pública insita en la noción misma de Estado.

En la actualidad, el concepto de la responsabilidad pública ha adquirido una mayor virtualidad, con el reconocimiento expreso de exigencias éticas y de la transparencia de los actos de gobierno. Resulta primordial comprender que el agente público es un servidor, cuya actuación debe ser cumplida para el bien de la comunidad. Por eso la noción de funcionario público no puede ser escindida de la responsabilidad y de la asunción de las consecuencias por las irregularidades que cometa.

La responsabilidad es control y garantía: es garantía de los ciudadanos, pero también es un principio de orden y un instrumento de control del poder. Su noción está ligada a todos los ámbitos en los que el agente público puede manifestar o expresar su comportamiento o conducta. Atendiendo a ello, y en función de los distintos bienes o valores jurídicos que tienden a proteger o tutelar, se la clasifica en: política, penal, civil, administrativa y patrimonial.



Es el caso del subordinado que realiza un mandato con contenido delictivo, pero en la creencia de que se trata de un mandato conforme a derecho. Un asunto fundamental late en el fondo de esta problemática: el poder del subordinado de examinar la orden. Si partimos -como se sustentó- de que no existe el deber de obediencia ciega a los mandatos del superior (porque el principio de la vigencia del ordenamiento jurídico está por encima del deber de obediencia), se desprende, por contra, que el subordinado tiene el poder de examinar si la orden vulnera la Ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no.

Pero, de otro lado, no es posible admitir que el subordinado pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, porque ello quebraría el principio de jerarquía administrativa, que también es un bien necesario para el buen funcionamiento de las instituciones públicas. Ambos extremos son inaceptables: la obediencia ciega y la posibilidad de discutir toda orden del superior; sin embargo, es factible conciliar dichos límites.

Para llegar a una solución compatibilizadora en esta cuestión, la doctrina ha ideado la teoría de la apariencia. El derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea lícito (porque ello requeriría revisar la orden), sino que basta que con su apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal. Se parte del principio de que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por la presunción de legalidad, por lo que las decisiones que son formalmente (manifiestamente) válidas, poseen un estrecho margen de revisibilidad y por tanto la obediencia es obligatoria.



Subyace en esta fundamentación el principio de confianza en los actos de la autoridad realizados con las formalidades legales. La ratio de esta teorización está en que, en casos en que no constituya abiertamente un mandato delictivo, es de mayor interés para el orden jurídico que al subordinado se le restrinja la posibilidad de examen de la orden en servicio de la fluidez del funcionamiento de las instituciones. De allí que haya que apreciar el carácter manifiesto de la orden al momento de la acción conforme a un criterio objetivo (medio abstracto).

### **5.1. La responsabilidad política**

Esta responsabilidad se funda en el principio del control recíproco de los actos de los poderes de gobierno; de ahí que Lowenstein la definiera como aquella en la cual “un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada”<sup>57</sup>. Con acierto, Fiorini ha discutido la existencia de responsabilidad política de los agentes estatales, dado que es un tipo de responsabilidad excepcional, restringida a ciertas autoridades constitucionales; incluso, no la puede extender a otras autoridades que no sean las que expresamente están contempladas en la Constitución Política de la República de Guatemala. De ahí que “comentar el derecho estatutario de los agentes estatales y mencionar la responsabilidad política es un error que provoca confusiones. El agente del estatuto y los agentes fuera de carrera no son pasibles de responsabilidad política”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> **Ibid.** Pág. 103.

<sup>58</sup> **Ibid.** Pág. 104.



El juicio político es el control que ejercen las cámaras del Congreso de la República sobre otros órganos del gobierno federal, con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad conforme a las causas expresadas en la Constitución, mediante un procedimiento especial. Siguiendo ese criterio, la instrumentación de esta responsabilidad se concreta con la moción de censura o de desconfianza; es decir, en la quita de respaldo que la mayoría parlamentaria realiza al gabinete o al ministro, obligándolos a presentar su dimisión.

## **5.2. Responsabilidad penal**

Se configura por los actos u omisiones dolosos o culposos, que constituyen infracciones consideradas delitos por el Código Penal o Leyes especiales. La responsabilidad penal nace en la medida “en que su conducta encuadre típicamente en algunas de las reprimidas por la norma penal de fondo. Es decir, que, en este aspecto, la legislación penal actúa como límite externo y negativo para el agente...”. Los delitos previstos en el Código Penal vinculados con los funcionarios públicos son:

- Abuso de autoridad
- Incumplimiento de deberes
- Desobediencia
- Denegación de auxilio
- Revelación de secretos
- Resoluciones violatorias a la Constitución



- Detención irregular
- Abuso contra particulares
- Anticipación de funciones públicas
- Prolongación de funciones públicas
- Restitución de emolumentos
- Abandono de cargo

La teoría de la apariencia va a acarrear importantes consecuencias en materia de error. Si decimos que al derecho le interesa más que en situaciones de mandatos no manifiestamente antijurídicos el subordinado obedezca, estamos estrechando los márgenes de la vencibilidad del error, lo que de alguna manera significa una presunción de error invencible en dichos casos.

Además, con esta interpretación también se establecen límites materiales al deber de obediencia, puesto que de alguna manera se da un tratamiento diferenciado, según la gravedad del hecho cometido. Así, el derecho no motiva a cumplir mandatos abiertamente delictivos, pero, de otro lado, compensa al subordinado que tiene estrechos márgenes para revisar la orden por el deber de obediencia. Obsérvese que en el fuero militar la invencibilidad del error será también mayor, porque son menores los márgenes de revisión de la orden, pues la Ley les impone a los militares una más estrecha y pronta obediencia. Además, el derecho penal responde así a los principios interpretativos del tipo, de adecuación social e insignificancia, en los casos en que la mínima gravedad del mandato (que no es abiertamente delictivo) o la inmediatez de la



orden, impiden al subordinado desobedecer y lo llevan a cometer un ilícito penal. Por el contrario, el deber de examinar la orden será más importante cuando dicho mandato infrinja claramente un precepto constitucional o lesione gravemente la dignidad humana (porque será abiertamente delictivo); es la excepción ya conocida por el derecho romano de la atrocitatem facinoris.

Hay que tener en cuenta que, aparte de los grados de error (vencibilidad), son variados los supuestos de ignorancia o falsa apreciación que pueden presentarse: creencia errónea acerca de la antijuridicidad de la orden, sobre el deber de obediencia, sobre la competencia del superior para dictar la orden, sobre la presencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la orden, etc. Sin embargo, todos los supuestos tienen como base un hilo conductor que es el deber de obediencia fundado en la presunción de legalidad de la orden, ya que el hecho típico no lo hubiera cometido el subordinado sin el mandato putativamente obligatorio.

Entonces, todos los supuestos de error en estos casos pueden reconducirse a error en el deber de obediencia o error en la legalidad de la orden derivado del deber de obediencia. La problemática que esta clase de error implica, ha merecido bastante discusión por parte de la doctrina. Se trata del denominado error en los elementos del deber jurídico, error en los elementos del tipo con referencias a la antijuridicidad, o error en los elementos de valoración conjunta. Algunos autores consideran que es un caso de error de tipo, porque excluye el dolo del subordinado, ya que el deber de obediencia es un elemento que integra el tipo penal. La opinión mayoritaria de la doctrina, sin embargo, considera estos supuestos como error de prohibición, dándosele un



tratamiento de creencia errónea de estar obrando lícitamente, por lo cual hay que resolverlos en la culpabilidad.

De lo que se trata es de establecer cuál hay que elegir y por qué, teniendo en cuenta que la problemática del error es una cuestión de atribución de responsabilidades y, en última instancia, de determinar los límites hasta donde se pueden aceptar las excusas de aquellos que cometen una infracción penal. Así, una postura del error orientada a las consecuencias, debe plantear las soluciones a partir de la posibilidad de que el error excluya o no el dolo, situándolas en el ámbito de los presupuestos de la punibilidad, en el primer caso, o en el ámbito de la determinación de la pena, en el segundo. La solución, además, no puede ser tan sencilla como la de cualquier error en el deber jurídico, siendo que en esta problemática convergen una serie de componentes, como el deber de obediencia, el poder del subordinado de examinar la orden del superior, la vigencia del ordenamiento jurídico, así como la cuestión del error en los delitos de funcionarios que adquiere particular relevancia.

Obsérvese que el error en estos casos es generalmente invencible, por lo que en cualquier circunstancia la consecuencia es la impunidad; pero igualmente los resultados en uno u otro error son distintos: si decimos que es un error de tipo, el hecho no será antijurídico y, por tanto, no será posible la legítima defensa del sujeto pasivo de ese error ni punible la participación de aquellos que colaboraron en la realización del hecho; en cambio, si decimos que es un error de prohibición, el hecho sí será antijurídico y, por consiguiente, factible de considerar la legítima defensa, así como punible la participación.



Consideramos que dogmáticamente la solución correcta tiene que ser la de estimar el error acerca de la legalidad de la orden, cuando esta no sea abiertamente delictiva, como error de tipo, que excluye el dolo típico; porque si se toma en cuenta la existencia de un deber de obediencia para los funcionarios respecto de mandatos no manifiestamente antijurídicos, aquel que obra dentro de este deber actúa legítimamente. Nuevamente hay que recordar que el derecho penal no puede considerar típico desobedecer (cuando la orden no sea notoriamente ilícita) y, a la vez típico obedecer (en el mismo caso).

Esta solución parece también satisfactoria político-criminalmente, puesto que no contradice el principio general de que no son vinculantes los mandatos abiertamente delictivos (que son los más graves). Además, desde esta postura se trataría el hecho como un error sobre las circunstancias determinantes de lo ilícito (tipicidad) que excluye el dolo, reconociendo a esta categoría su carácter "cerrado", en el sentido de que debe contener los elementos que sirven para constatar positivamente el comportamiento, que luego va a ser enjuiciado por el prisma de la antijuridicidad. De otro lado, si bien no podrá argüirse legítima defensa de quien sufre el mal resultante del error, siempre se podrá invocar estado de necesidad si concurren los requisitos de esta eximente.

Por último, en todo caso sería muy difícil punir la participación de aquellos que colaboraron en la realización de un mandato que no es abiertamente delictivo, porque les faltaría el elemento subjetivo de la participación; más bien, si los partícipes se sirven del comportamiento del subordinado, que por error no lo considera antijurídico, puede castigárseles como autores mediatos, esto es, si aquellos conocían el carácter ilícito de



la orden. No hay que olvidar que no es posible invocar error en supuestos que constituyan órdenes de cometer homicidios, torturas, violaciones, etc., dado que se trata de mandatos manifiestamente antijurídicos.

Es muy diferente del anterior el caso del subordinado que sabía de la ilicitud de la orden y a pesar de su no obligatoriedad, por unas determinadas circunstancias de estado de necesidad (como pueden ser temor a sanciones disciplinarias, a la pérdida del empleo, etc.), realiza la orden delictiva. La única posibilidad de que el derecho penal excuse tal actuación sería encuadrándola en las causas de no exigibilidad de otra conducta, cuando la mayoría de los ciudadanos hubieran obrado de la misma manera en situaciones análogas, pues el ordenamiento jurídico no podía exigir otro comportamiento, como sería el de conductas heroicas. Los alcances de la eximente de no exigibilidad de otra conducta son bastante discutidos en la doctrina. Si bien se debate desde su aceptación, hasta su propia naturaleza<sup>46</sup>, hay que reconocer que se presentan situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un injusto

### **5.3. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos**

Se deriva del comportamiento doloso o culposo del funcionario, del cual se deriva un daño o perjuicio a terceros ajenos a la administración. El sujeto lesionado es el parámetro que permite diferenciarla de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto: la civil atiende a la reparación a los terceros, mientras que para la patrimonial el sujeto dañado es la administración. En ese sentido, la responsabilidad civil constituye



un caso de responsabilidad individual, referido a “cierta clase de personas y a un modo particular de proceder de las mismas con relación a determinadas actividades suyas”.<sup>59</sup>

Dicha se responsabilidad se encuadra en el Código Civil: Artículo 1665: “El Estado y las municipalidades son responsables de los daños o perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos”. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño o perjuicio causado.

#### **5.4. Responsabilidad disciplinaria**

Esta responsabilidad, también denominada administrativa, traduce el poder disciplinario de la administración y se presenta ante una falta de servicio cometida por el agente en trasgresión a las reglas de la función pública. La potestad sancionatoria de la administración encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, en el correcto funcionamiento de los servicios administrativos, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la administración pública.

---

<sup>59</sup> **Ibid.**



Todo lo comprendido en este tipo de responsabilidad esta comprendida en la Ley de Probidad y Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos mencionaremos algunos Artículos de referencia:

Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente Ley tiene por objeto crear normas y procedimientos para transparentar el ejercicio de la administración pública y asegurar la observancia estricta de los preceptos constitucionales y legales en el ejercicio de las funciones públicas estatales, evitar el desvío de los recursos, bienes, fondos y valores públicos en perjuicio de los intereses del Estado; establecer los mecanismos de control patrimonial de los funcionarios y empleados públicos durante el ejercicio de sus cargos, y prevenir el aprovechamiento personal o cualquier forma de enriquecimiento ilícito de las personas al servicio del Estado y de otras personas individuales o jurídicas que manejen, administren, custodien, recauden e inviertan fondos a valores públicos, determinando la responsabilidad en que incurran.

Artículo 4. Sujetos de responsabilidad. Son responsables de conformidad de las normas contenidas en esta Ley y serán sancionados por el incumplimiento o inobservancia de la misma, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en el país, todas aquellas personas investidas de funciones públicas permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas especialmente:

- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados públicos que por elección popular nombramiento, contrato o cualquier otro vinculo presten sus servicios en



el estado, sus organismos, los municipios, sus empresas, y entidades descentralizadas y autónomas.

Asimismo, en esta disposición quedan comprendidos quienes presten sus servicios al Estado de Guatemala en el exterior del país en cualquier ramo.

Artículo 8. Responsabilidad administrativa. La responsabilidad es administrativa cuando la acción u omisión contraviene el ordenamiento jurídico administrativo y las normas que regulan la conducta del funcionario público, asimismo, cuando se incurriere en negligencia, imprudencia o impericia o bien incumpliendo Leyes, reglamentos, contratos y demás disposiciones legales a la institución estatal ante la cual están obligados a prestar sus servicios; además, cuando no se cumplan, con la debida diligencia las obligaciones contraídas o funciones inherentes al cargo, así como cuando por acción u omisión se cause perjuicio a los intereses públicos que tuviere encomendados y no ocasionen daños o perjuicios patrimoniales, o bien se incurra en falta o delito.

Artículo 9. Responsabilidad civil. Genera responsabilidad civil la acción u omisión que con intención o por negligencia, imprudencia, impericia o abuso de poder se cometa en perjuicio y daño del patrimonio público, independiente de la responsabilidad penal que se genere. Los daños y perjuicios provenientes de la responsabilidad civil se harán efectivos con arreglo al Código Civil y demás disposiciones legales vigentes sobre la materia, salvo que la acción civil se decida dentro de la acción penal en forma conjunta.



Artículo 10. Responsabilidad penal. Genera responsabilidad penal la decisión, resolución, acción u omisión realizada por las personas a que se refiere el Artículo 4 de esta Ley y que, de conformidad con la Ley penal vigente, constituyan delitos o faltas.

Artículo 11. Grados de responsabilidad. La responsabilidad es principal cuando el sujeto de la misma esté obligado por disposición legal o reglamentaria a ejecutar o no ejecutar un acto, y subsidiaria cuando un tercero queda obligado por incumplimiento del responsable principal.

Artículo 12. Responsabilidad por cumplimiento de orden superior. Ninguna persona sujeta a la aplicación de la presente Ley será revelada de responsabilidad por haber procedido en cumplimiento de orden contraria a la Ley dictada por funcionario superior, al pago, uso o disposición indebidos de los fondos y otros bienes de que se a responsable. El funcionario que emita la orden de pago o empleo ilegal, será responsable administrativamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil que pudiere corresponderle por la pérdida o menoscabo que sufran los bienes a su cargo.

Es un principio del derecho penal actual, reconocer que toda institución jurídico penal posee una función politicocriminal. Observar esta función en el caso de la obediencia debida, significa desentrañar qué tipo de conflictos sociales resuelve, y si esta es la mejor categoría para resolverlos. Ya se ha señalado cómo surgió esta institución cuando el principio de autoridad constituía el fundamento de las relaciones de convivencia en sociedad. Hoy, ante la instauración del Estado de Derecho, la



obediencia debida ha tenido que tomar nuevos derroteros, y por tanto se ha restringido el deber de obediencia ante las reglas del imperio de la Ley.

Las interpretaciones en este último sentido no están exentas de dificultades, como se ha podido observar, porque el conflicto entre legalidad y autoridad no ha sido aún resuelto sistemáticamente. Ante el conflicto entre legalidad y autoridad, no cabe duda que ha de salvaguardarse la legalidad, de acuerdo con los principios constitucionalmente adoptados.

La tarea ahora es desarrollar una configuración sistemática acorde con este objetivo politicocriminal. Para ello hemos de preguntarnos si la institución de la obediencia debida es idónea para cumplir dicho objetivo, y de qué manera. Responder a dicho interrogante en estos momentos de proceso de reforma penal tiene una real importancia, pues significa establecer las ventajas y las desventajas de dicha institución, acorde con las demandas modernas del desarrollo de las formas de Estado que se consideran ideales para la convivencia política de las sociedades.

En la ponderación del conflicto subyacente, no se puede olvidar el significado de las experiencias históricas de otros pueblos en relación con esta institución, que con ayudas legislativas, ha servido para dejar en la impunidad hechos tan horrendos que han socavado la convivencia pacífica de la nación, dejando postergada una necesaria reconciliación nacional. Desde el punto de vista jurídico penal, ha significado renunciar a la función inhibitoria de la pena, con la consiguiente desconfianza en el derecho y el trastocamiento del sistema de valores de bienes jurídicamente protegidos; siendo que,



más bien, en sociedades en proceso de democratización deben afirmarse los derechos fundamentales y la certeza de la Ley. Tampoco se debe dejar de considerar el inconveniente que la obediencia debida plantea en el juzgamiento de acciones con carácter delictivo realizadas dentro de organizaciones jerarquizadas, en las que, al centrar la responsabilidad en las cabezas del poder, se va eximiendo de responsabilidad a los cuadros intermedios, con el consiguiente riesgo de dejar los hechos en la impunidad, porque normalmente las altas autoridades están premunidas de prerrogativas que dificultan su juzgamiento.

Aquí cabe nuevamente resaltar las negativas consecuencias jurídico penales a que esto llevaría, al igual que en el caso anterior. En cuanto a sus ventajas, una podría ser la de constituir un tratamiento especial para casos de error en la licitud de la orden, los cuales, dado el deber de obediencia que dificulta el examen del mandato, pueden ser abordados mediante la teoría del error sin dificultades. Lo que sí sería conveniente es sistematizar una interpretación que establezca los límites del deber de obediencia y los límites del deber de examen de la orden. Está claro que ha de salvaguardarse la legalidad por encima de la autoridad, y ello supone la posibilidad de examen de todas las órdenes (por lo cual queda justificada la desobediencia en estos casos); pero también el derecho debe proteger a quien actúa de buena fe obedeciendo la orden que considera y se manifiesta como lícita, no siéndolo.

Los demás casos pueden resolverse simplemente con las categorías ya establecidas del derecho penal: cuando se trate de una orden legal, los hechos son subsumibles en el cumplimiento del deber; en los casos de realización del hecho típico con



conocimiento del carácter ilícito de la orden, pero en que se actúa por la presión de la subordinación o el deber de obediencia, la responsabilidad puede ser excluida o atenuada por medio de la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante.



## CONCLUSIONES

1. La problemática relacionada a la existencia de que son mayores los riesgos que las ventajas de la obediencia debida como causa de inculpabilidad, no permite la resolución de las categorías del derecho penal, siendo la mejor alternativa la supresión de la misma como eximente de responsabilidad penal; debido a la inaplicabilidad de la realidad judicial.
2. Existe controversia desde el punto de vista político jurídico en el tratamiento que tiene que darse al sujeto que por error lleve a cabo una actuación creyendo que la misma es lícita debido a su apariencia, o que la realiza bajo la existencia de presiones y subordinaciones.
3. Actualmente existen limitaciones del deber de obediencia, debido a que no se aplica la teoría de la apariencia para la utilización correcta de los caminos acordes a la supremacía que tiene el principio de legalidad; sin que se descuide una posición garantista del derecho penal en la sociedad guatemalteca.
4. No se cumple con la obediencia debida al no llevar a cabo el juzgamiento de las acciones con carácter delictivo que se realizan dentro de organizaciones jerarquizadas, en las que al ser centrada la responsabilidad del poder; se exime de responsabilidad a los intermediarios para que de esa forma no se permita ni se corra el riesgo de dejar los hechos en la impunidad.



5. No se cumple en las instituciones de la administración pública, con actuaciones apegadas a las órdenes superiores ya que el hacerlo provoca situaciones que constituyen ilícitos penales y por ende se estima que los integrantes de las funciones jerarquizadas; tienen el deber de obediencia solamente en relación a normas jurídicas de carácter general.



## RECOMENDACIONES

1. Que el Organismo Legislativo mediante el Congreso de la República de Guatemala, debe señalar la importancia de la supresión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal, para que exista una correcta regulación del error y de las normas de no exigibilidad de conductas; que no han permitido la aplicación del supuesto de obediencia.
2. Que el Organismo Judicial a través del Ministerio Público, indique que tiene que existir una adecuada regulación del error directo y del reproche jurídico penal que se cumpla con todos los requisitos para lo no exigibilidad de la pena y se permita eximir al infractor, debido a que caso contrario se tendría que renunciar a la función preventiva de la pena; al vulnerar los bienes jurídicos fundamentales.
3. Los medios de comunicación escritos como la Prensa Libre y el Siglo Veintiuno, tienen que dar a conocer a la ciudadanía guatemalteca que se tiene que constituir un tratamiento especial a los casos en que exista error en la licitud de la orden, para que se cumpla con el deber de obediencia; que no ha permitido el examen del mandato; para que se aborde a través de la teoría del error sin la existencia de dificultades.
4. El Congreso de la República de Guatemala a través de los diputados, tiene que señalar que es necesaria la sistematización la interpretación penal para establecer los límites del deber de obediencia y los límites del deber de examen



de la orden; para salvaguardar la legalidad por encima de la autoridad y para proteger las actuaciones de buena fe.

5. El Organismo Legislativo, tiene que indicar que el subordinado tiene que acatarse a las órdenes superiores para que se ajusten a la ley y a sus funciones, para poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes y evitar que se incurra en ilícitos penales; debido a la complejidad que representa la comprobación en juicio de la obediencia debida.



## BIBLIOGRAFÍA

ASTROSA HERRERA, Renato. **Derecho penal militar**. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1974.

AYLWIN AZÓCAR, Tomás. **La obediencia debida como eximente de la responsabilidad criminal**. Santiago, Chile: Ed. Universitaria S.A., 1986.

BENVENUTO VERGARA, Luis. **Obediencia debida**. Santiago, Chile: Ed. Universitaria S.A., 1966.

COUSIÑO MAC, Iver Luis. **Derecho penal chileno**. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1996.

ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho penal**. Santiago, Chile: Ed. Nacional Gabriela Mistral, 1976.

ETCHEBERRY, Alfredo. **Derecho penal en la jurisprudencia**. Santiago, Chile: Ed. Jurídica, 2002.

GARRIDO MONTT, Mario. **Nociones fundamentales de la teoría del delito**. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1992.

HUBNER GALLO, Jorge Iván. **Introducción al derecho**. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1992.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Problemas de derecho penal**. Perú: Ed. Jurídicas, 1987.

LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo. **Derecho internacional penal**. Chile, Santiago: Ed. Congreso, 2000.

MEJÍA LINARES, Miguel Ángel. **La obediencia debida**. Santiago, Chile: Ed. Valparaíso, 1996.



MERA FIGUEROA, Jorge. **Los delitos contra los derechos humanos en los códigos penales latinoamericanos.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1985.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Publicaciones Universitarias, 1985.

MONTEALEGRE KLENNER, Hernán. **La seguridad del estado y los derechos fundamentales.** Santiago, Chile: Ed. Alfabet Impresores, 1979.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Curso de derecho penal chileno.** Santiago, Chile: Ed. Cono Sur, 1985.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Tratado de derecho penal internacional.** Madrid, España: Ed. Francisco de Vitoria, 1975.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **El delito de desobediencia y la obediencia justificada.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1980.

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código Penal.** Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

**Código Procesal Penal.** Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.