
LIBRO HOMENAJE A
ALFONSO REYES ECHANDÍA
EN EL NONAGÉSIMO
ANIVERSARIO DE SU NACIMIENTO

Hernán Darío
Orozco López

Yesid
Reyes Alvarado

Carmen Eloísa
Ruiz López

Editores

LIBRO HOMENAJE A ALFONSO REYES ECHANDÍA
EN EL NONAGÉSIMO ANIVERSARIO DE SU NACIMIENTO



Handwritten signature

LIBRO HOMENAJE A
ALFONSO REYES ECHANDÍA
EN EL NONAGÉSIMO
ANIVERSARIO DE SU NACIMIENTO

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES
DEL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA
CONTEMPORÁNEOS A LA LUZ DE LA OBRA
DE ALFONSO REYES ECHANDÍA

HERNÁN DARÍO
OROZCO LÓPEZ

YESID
REYES ALVARADO

CARMEN ELOÍSA
RUIZ LÓPEZ

(EDITORES)

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
UNIVERSIDAD DE IBAGUÉ
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento : análisis de los problemas fundamentales del derecho penal y la criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía / Alfonso Gómez Méndez [y otros] ; Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (editores). — Bogotá : Universidad de los Andes, Universidad de Ibagué, Universidad Externado de Colombia. 2022. — Primera edición.

1120 páginas : Retrato ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587909135 (impreso)

1. Reyes Echandía, Alfonso, 1932-1985 — Pensamiento jurídico 2. Reyes Echandía, Alfonso, 1932-1985 — Homenajes póstumos 3. Reyes Echandía, Alfonso, 1932-1985 — Escritos jurídicos 4. Derecho penal — Colombia 5. Procedimiento penal — Colombia 6. Criminología — Colombia 7. Prevención del delito — Colombia I. Orozco López, Hernán Darío, editor, autor II. Reyes Alvarado, Yesid, 1960-, editor, autor III. Ruiz López, Carmen Eloísa, editora, autora IV. Universidad Externado de Colombia V. Universidad de Ibagué V. Universidad de los Andes VI. Título

343.092

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área de Procesos Técnicos. EAP.
septiembre de 2022

ISBN 978-958-790-913-5

© 2022, HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ, YESID REYES ALVARADO
Y CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ (EDITORES)

© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (+57) 601 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2022

Imagen de frontispicio: *Retrato de Alfonso Reyes Echandía*, por Rueda

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S. A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ALEX VAN WEEZEL*

La obediencia debida como colisión de deberes

Conforme al tenor literal del artículo 32 CP colombiano, contenido en la Ley 599 de 2000:

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

[...]

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

Vista “desde afuera”, la regla presenta varios aspectos interesantes. En primer lugar, que se halle entre medio de otras que establecen causas de justificación (cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho) y no simplemente de exculpación o de exclusión de la punibilidad. Luego, que se hable del cumplimiento de una “orden legítima”, lo cual lleva a preguntarse cuáles son los presupuestos de tal legitimidad. Las exigencias separadas de que el superior obre dentro de su competencia y con las formalidades legales ofrecen orientación al respecto. Pero resulta indispensable articular una respuesta que considere también el sentido del inciso segundo del numeral 4, donde se excluye de la eximente a quien haya cometido delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. En efecto, una orden que tiende a la comisión de uno de estos delitos, ¿podría considerarse, aunque solo sea formalmente, como legítima? Es interesante también el hecho mismo de que exista esta excepción, y que sean precisamente estos los delitos excluidos y no (también) otros. Por último, llama la atención que la regla no contenga referencia alguna a una “representación” de la orden por parte del subordinado ni a las posibilidades que este tenía de advertir el carácter criminal de la orden.

Una mínima dosis de prudencia aconseja abstenerse de intentar resolver estas cuestiones desde una mirada no experta en la sistematización y aplicación del Derecho penal colombiano. Ello tampoco es necesario, pues para los

* Pontificia Universidad Católica de Chile.

efectos de esta contribución es suficiente con que las observaciones anteriores queden planteadas. Si las consideraciones que siguen, relativas al Derecho chileno, tienen algún fundamento, es posible que la mayor parte de ellas sea aplicable también al ordenamiento colombiano. Esta hipótesis se sustenta, por un lado, en la especificidad de la obediencia jerárquica de índole militar, y, por otro, en la similar orientación de las respectivas regulaciones positivas.

En lo que concierne al primer aspecto, y más allá de la discusión político-criminal general acerca de la eximente —en concreto, si la obediencia jerárquica requiere una reglamentación especial o privilegiada respecto de las demás causas de justificación o de excusa—, resulta indispensable una sistematización de los rasgos que caracterizan específicamente al régimen de los funcionarios policiales y militares. Tratándose de la prevaricación judicial del artículo 226 CP chileno¹ y de las reglas pertinentes del Estatuto Administrativo, es perfectamente posible concluir que la ley se refiere a órdenes ilegales o antijurídicas, mas no tendientes a la comisión de un delito; si fuera este último el caso, el subordinado debe abstenerse de ejecutar el mandato. Tal interpretación puede extenderse también, con algo más de dificultad, al artículo 159 CP². Sin embargo, ella se encuentra vedada en el caso de la obediencia militar, cuya regulación se refiere expresamente al deber de cumplir órdenes que tienden a la comisión de delitos³. Las reflexiones que siguen se limitan precisamente a la situación de esta clase de funcionarios, que además cuenta con una regulación relativamente detallada en el Código de Justicia Militar chileno (CJM), aplicable tanto a los miembros de las Fuerzas Armadas como a una de las policías, Carabineros de Chile⁴.

-
- 1 “Art. 226.- En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir”.
 - 2 “Art. 159.- Si en los casos de los artículos anteriores de este párrafo [detenciones y exacciones ilegales, tortura, apremios ilegítimos, etc.], aquél a quien se atribuyere responsabilidad justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán solo a los superiores que hayan dado la orden”.
 - 3 Véase Novoa (2015, pp. 397-398); Cury (2020, p. 704); en el mismo sentido respecto de las órdenes en la “jerarquía civil”, Reyes Echandía (1997, pp. 210 s.).
 - 4 Conforme al artículo 5.º n.º 3 y otras disposiciones generales (como las del Título I del Libro

Conforme a esta regulación, existe un deber general de obediencia a las órdenes legítimamente impartidas por los superiores en asuntos relacionados con el servicio. Este deber de ejecutar la orden cede solo en las hipótesis excepcionales previstas en el artículo 335 CJM, una de las cuales consiste en que la orden tienda *notoriamente* a la perpetración de un delito (otras hipótesis son, por ejemplo, el cambio de circunstancias, o que la orden se haya obtenido mediante engaño).

De esta regulación se desprende en forma inequívoca que: (i) una orden puede haber sido legítimamente impartida y, no obstante, tender a la perpetración de un delito –tal como podría, *v.gr.*, haber perdido oportunidad por un cambio de circunstancias–, de manera que la legitimidad de que aquí se trata es una meramente formal, en el sentido de que la orden ha sido impartida en el contexto del servicio y por quien tiene facultades de mando; (ii) la eximente opera sobre la base de que quien ejecuta la orden no solo puede saber, sino también *sabe* que ella tiende a la perpetración de un delito, pues tal circunstancia ha de ser notoria. Esta notoriedad habilita al subordinado para representar la orden, “formalidad” que este debe necesariamente cumplir para eximirse de responsabilidad. Si el superior insiste en la orden, el subordinado debe ejecutarla, radicándose la responsabilidad penal exclusivamente en el superior.

I. EL PROBLEMA DE LA “NATURALEZA” DE LA EXIMENTE

No existe duda en cuanto a que el funcionario militar o policial que realiza una conducta típica cumpliendo una orden superior se encuentra, conforme al Derecho chileno, exento de responsabilidad penal si se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 214, 334 y 335 CJM. Sin embargo, es llamativa la falta de claridad cuando se trata de explicar el fundamento de esta exención, materia que Etcheberry (1998) llega a calificar como “uno de los temas más debatidos en la teoría del delito” (p. 350; véase también el extenso tratamiento que le dispensa Cury, 2020, pp. 705-711).

III) del CJM, la eximente se aplica tanto respecto de delitos militares como de delitos comunes, cometidos en tiempos de guerra o en tiempos de paz.

Los ensayos de fundamentación son, efectivamente, muy variados⁵, y van desde la idea de ausencia de acción por parte del subordinado hasta la tesis de la exculpación por inexigibilidad de otra conducta, pasando por la obediencia jerárquica como causa de justificación, el error invencible sobre la antijuridicidad del hecho e, incluso, la fórmula de la excusa legal absolutoria.

Entre estas diversas opiniones parece haberse impuesto en la doctrina chilena lo que podría denominarse como “tesis de la exculpación”. Así se constata, por ejemplo, en el comentario más actualizado al Código Penal, que en esta parte se encuentra a cargo de Couso:

El cumplimiento de órdenes impartidas por un superior, por ej., en la jerarquía militar, es causal de justificación, si la orden, no obstante típica, es lícita; las órdenes antijurídicas, en cambio, nunca justifican la conducta, pero pueden exculpar a quien las cumple, bajo ciertas condiciones estrictas, conforme al sistema de obediencia reflexiva⁶.

También toman partido decididamente a favor de esta tesis, entre otros, Etcheberry (1998): “La exención de pena por obediencia debida a órdenes ilícitas es un caso más de no exigibilidad de otra conducta” (p. 353), y Cury (2020): “La eventual impunidad de quien cumple una orden injusta obedece a que en tales hipótesis el inferior se halla en una situación de inexigibilidad” (p. 709)⁷.

Los principales argumentos a favor de la tesis de la exculpación parecen ser las mismas críticas que se dirigen contra la “tesis de la justificación”. Según Etcheberry, esta última ni siquiera podría discutirse en el ordenamiento chileno, ya que el artículo 214 CJM deja subsistente la responsabilidad penal

5 Un exhaustivo análisis de estas diversas explicaciones puede verse en Rivacoba (1969, *passim*); especialmente detallado también el análisis de Novoa (2015, pp. 395 ss.).

6 Couso y Hernández (2011, pp. 261 s.); en el mismo sentido cita la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol n.º 134472006. El argumento es, sin embargo, circular. Afirmar que “el cumplimiento de órdenes impartidas por un superior [...] es causal de justificación, si la orden, no obstante típica, es lícita”, implica sostener que la conducta está justificada solo cuando se encuentra amparada por legítima defensa, por estado de necesidad o consentimiento del afectado. Pero esto supone precisamente aquello que se debía demostrar, esto es, que el artículo 10 n.º 10 CP no se remite a los artículos 214, 334 y 335 CJM.

7 Y agrega a continuación que del subordinado “no puede esperarse que se abstenga de cumplir la orden, porque las circunstancias lo presionan de tal manera que el ámbito de su facultad de autodeterminación se encuentra severamente reducido” (Cury, 2020, p. 709). Igualmente Politoff, Matus y Ramírez (2004, pp. 353 ss.).

del superior. Como la exención de responsabilidad penal prevista en la ley es personal y solo beneficia al subordinado, ella no podría constituir una causa de justificación, pues la valoración de un hecho como injusto por parte del ordenamiento jurídico ha de ser unitaria. Por otro lado, la tesis de la justificación priva al afectado por la conducta delictiva del derecho a la legítima defensa, lo que se considera intolerable desde el punto de vista valorativo. Por último, y desde una perspectiva más bien política, parece inaceptable que el Derecho justifique –es decir, apruebe en toda la línea– la ejecución de una orden que consiste en la perpetración de un delito⁸.

La debilidad de la tesis de la exculpación se encuentra, sin embargo, en que no resulta plausible sostener con carácter general que el subordinado ha actuado en una situación de conflicto existencial o de motivos. Incluso más, la idea de inexigibilidad parece estar fuera de lugar cuando se aplica a este tipo de situaciones, pues conforme a ella el Derecho comunicaría al subordinado y a la sociedad lo siguiente: la ley no puede exigirle al soldado o al carabinero que desobedezca la orden del superior, ya que para ello tendría que actuar con un heroísmo que no es esperable del hombre común; sin embargo, sí puede exigirle que cometa un grave delito con plena conciencia de que actúa en forma antijurídica, con tal que haya representado la orden al superior, pues cualquier persona habría hecho lo mismo en su lugar. Esta forma de razonar es extraña y repugna a la idea de inexigibilidad.

Por el contrario, el Derecho espera más bien que el subordinado que advierte el carácter antijurídico de la orden –el cual, por lo demás, debe ser notorio de acuerdo al artículo 335 CJM– y la ha representado a la superiora o al superior, cumpla la orden sabiéndose amparado por el ordenamiento jurídico y con la convicción de estar cumpliendo su deber. El subordinado actúa como lo hace no solo porque el Derecho la autoriza, sino precisamente *porque le manda* obrar de ese modo. Si no cumpliera la orden porque le repugna su contenido, bien podría venir en consideración la inexigibilidad de otra conducta respecto del delito de insubordinación. Pero quien obedece la orden representada e insistida no hace más que cumplir con su deber

8 Esta última objeción parece demasiado gruesa e inconsistente con el Derecho positivo chileno, que afirma la responsabilidad penal de quien impartió la orden, de modo que no cabe sostener que el ordenamiento aprueba “en toda la línea” la realización de la conducta típica. El problema está precisamente en la diferencia que se hace en cuanto a la valoración de las conductas consistentes en impartir y en ejecutar la orden (tesis de la justificación), o bien en cuanto al tratamiento que se dispensa a quien las realiza (tesis de la exculpación).

militar. Dicho en otros términos, las reglas de obediencia jerárquica tienen precisamente por objeto evitar o atenuar un posible conflicto de motivos en el subordinado, indicándole claramente qué es lo que debe hacer para cumplir con el mandato del Derecho.

En esto radica precisamente el dilema que plantea la obediencia jerárquica. Novoa afirmaba que “el fondo de este conflicto, insoluble o casi insoluble, está en que una ley que hace obligatoria a ciertos individuos su propia transgresión, es una ley contradictoria”⁹. Pero en esta misma afirmación está, a mi juicio, la clave para resolver el dilema¹⁰. Pues en rigor ocurre que el militar o el carabiniere se ve enfrentado a dos deberes cuyo cumplimiento simultáneo es imposible. Por un lado, debe evitar la realización del tipo penal y, por otro, debe cumplir una orden que le compele a realizarlo. Lo que hacen las reglas sobre obediencia jerárquica es resolver de un modo categórico esta colisión de deberes a favor de la obediencia. Jurídicamente hablando no existe un conflicto de motivos, sino una colisión de deberes en sentido amplio¹¹, que el legislador ha resuelto sin duda alguna a favor de la eficacia del mando.

A diferencia de lo que ocurre con el inferior, el superior no está enfrentado a esta colisión de deberes, y por lo tanto respecto de él no surte efecto la causa de justificación. En consonancia con ello, el artículo 214 CJM establece la responsabilidad exclusiva del superior¹².

9 Novoa (2015, p. 396).

10 Esta clave es “insinuada” por Novoa (2015, p. 396), aunque él mismo parece desecharla, no solo porque no la desarrolla, sino porque inmediatamente antes (p. 395) había tomado partido *contra* la tesis de la justificación, haciendo propios los argumentos de la subsistencia de la responsabilidad del superior y de la ausencia de legítima defensa de la víctima contra el subordinado. En todo caso, lleva razón Cury cuando sostiene (2020, p. 709, nota 516) que Novoa tampoco suscribe la tesis de la exculpación.

11 En la medida en que la colisión de deberes no es una subespecie del estado de necesidad, sino a la inversa (véase al respecto Coca Vila, 2016, pp. 509 ss.), para resolver una colisión de deberes no es indispensable sopesar *caso a caso* el valor de los fines y el de los sacrificios que se pretende realizar para alcanzarlos. La ley bien puede establecer directamente la primacía de ciertos deberes por sobre otros. La adopción de la perspectiva opuesta (aparte de las particularidades del Derecho alemán) explica la ponderada, pero a mi juicio errónea, crítica de Küper (1987, p. 92) a la tesis de la justificación.

12 Lo cual no significa necesariamente que el superior sea el autor del delito. En los casos en que el subordinado es el único ejecutor del delito y otros casos sencillos, podría venir a cuento una autoría mediata del superior. Pero si la orden es parte de una operación delictiva más amplia y la contribución del ejecutor es más bien secundaria, el superior podría ser responsable a título de complicidad. Esto es así, por cierto, a menos que se entienda que el delito cometido por el

En un sentido similar se pronunciaba Reyes Echandía en su tratado sobre la antijuridicidad. Considerando el sentido y contexto del artículo 21 de la Constitución Nacional colombiana de la época, concluye que la obediencia militar es una causa de justificación próxima al cumplimiento de un deber establecido en la ley, aunque diversa de él (1997, pp. 208 s.). El tratado se hace cargo también de los dos argumentos clásicos contra la tesis de la justificación. Con respecto a la subsistencia del injusto para el superior, señala que “por ministerio de la ley” es necesario descomponer el hecho en dos planos, el del subordinado, que tiene el deber de cumplir la orden, y el del superior, que no tiene el deber de emitirla, sino todo lo contrario. En este desarrollo se reconoce la misma idea expresada por Novoa: existe una especie de “contradicción” en la ley que, por un lado, manda evitar el delito y, por el otro, cumplir las órdenes del superior. Esta contradicción es la que obliga a descomponer y resolver el problema en los dos planos mencionados (Reyes Echandía, 1997, p. 207). Por lo tanto, el hecho puede seguir siendo antijurídico para el superior mientras se encuentra justificado para el subordinado.

Mayores dificultades enfrenta, en cambio, con el segundo argumento. Tras reconocer que solo el superior podría ser considerado como agresor ilegítimo, descarta la posibilidad de ejercer en su contra el derecho a legítima defensa. Solamente cabría pensar en que el afectado por la ejecución de la orden, la tenga erróneamente por ilícita y sobre esta base ejerza una legítima defensa putativa, que podrá ser reconocida “como causal de inculpabilidad por error sobre la antijuridicidad de su comportamiento” (Reyes Echandía, 1997, p. 208). Esta conclusión indeseada —a la que nos referiremos luego— no le lleva, sin embargo, a revisar su convicción sobre la naturaleza de la eximente.

2. EL PROBLEMA DE LOS “LÍMITES” DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

Sobre la discusión referida en el apartado anterior pesa, sin embargo, una cuestión que es necesario hacer explícita. Tanto quienes sustentan la tesis de la exculpación como quienes adhieren a la de la justificación suelen manifestar aprensiones de sobra documentadas con respecto a los límites

superior es siempre un delito de infracción de un deber; pero entonces tampoco sería necesaria la estructura de la autoría mediata.

de la eximente. Ellas dicen relación con la inconveniencia de entregar a las jerarquías de los cuerpos armados la herramienta de una obediencia ciega por parte de sus subordinados, con el riesgo —históricamente realizado en no pocas ocasiones— de que la utilicen en su propio beneficio, para imponer regímenes autoritarios o para cometer toda clase de delitos. Una obediencia ciega es perjudicial también para las instituciones armadas, pues, como argumenta Reyes Echandía (1997, p. 214), citando a Lozano y Lozano, ella eximiría de pena al soldado que por orden del capitán da muerte al coronel y facilitaría al superior en el frente ordenar a sus subordinados que abandonen el puesto de combate. Tanto la autonomía inalienable de toda persona como los peligros que se siguen de una obediencia ciega *perinde ac cadaver* obligan a limitar la institución de la obediencia jerárquica.

Una parte significativa de la literatura que se inclina por la tesis de la exculpación comprende esta opción, precisamente, como la manera más eficaz de trazar esos límites. Cury (2020, p. 710), por ejemplo, llega a plantear el asunto en términos políticos:

Si uno piensa que los militares deben cumplir las órdenes antijurídicas que les imparten sus jefes, porque así lo exige el funcionamiento correcto de la institución castrense, concluye casi inevitablemente que al hacerlo obran justificados [...] En cambio, si se acepta que una institución militar *puede y debe* funcionar sin incurrir en hechos delictuales, entonces habrá que conceder también que cuando uno de sus integrantes cumple una orden antijurídica actúa injustamente, de manera que la exención de responsabilidad que la ley acuerda solo puede encontrar su origen en una exclusión de la culpabilidad.

Más allá de sus problemas de consistencia con el método dogmático, esta concepción incide en forma determinante en los requisitos de la eximente. Así, respecto de la exigencia de “representación” de la orden al superior por parte del subordinado, Cury (2020, pp. 714 s.) solo está dispuesto a conceder la eximente si el subordinado manifiesta su “desacuerdo” con la orden, y no solo la imposibilidad de darle cumplimiento a causa de su carácter contrario a Derecho. Esta exigencia de que se acredite en el subordinado la presencia de una “voluntad mal formada, como un *querer* contrastante con el *desear*” (2020, p. 715), parece, sin embargo, un exceso sin fundamento legal que, entre otras cosas, obligará a Cury a desacoplar el sentido del “concierto previo” en el artículo 214 CJM del que tiene la misma expresión en el artículo 15 n.º 3 CP (2020, p. 714, nota 529).

Una de las fórmulas más usuales para restringir el alcance de la eximente consiste en limitar su pertinencia a los casos en que la orden del superior no tiende abierta o manifiestamente a la comisión de un delito o, al menos, a reconocerla solo cuando el subordinado no haya advertido con suficiente claridad esa orientación criminal. En el Derecho chileno ninguna de estas posibilidades resulta viable, pues, por una parte, la ley distingue entre los casos en que “por la ejecución de una orden del servicio” se comete un delito (art. 214 CJM) y aquellos en que la orden “tiend[e] notoriamente a la perpetración de un delito” (art. 335 CJM). Por lo tanto, la ley hace operar la institución precisamente cuando la orden se orienta de un modo abierto a la comisión de un hecho delictivo. Por otra parte, el requisito de “representación” de la orden, establecido en el último precepto citado para que pueda operar la eximente, presupone, precisamente, que el subordinado ha advertido la orientación criminal de la orden recibida.

Es interesante observar cómo Reyes Echandía, a pesar de compartir la preocupación por los límites de la eximente —dedica a ella extensas citas de autoridades (1997, pp. 213-215)—, procura encauzarla en los límites estrictos del Derecho vigente en su tiempo. En tal sentido rechaza, por ejemplo, las limitaciones que alguno intenta extraer del carácter más o menos “abierto” de la ilicitud de la orden: “La licitud o ilicitud existe o no existe; el mayor o menor grado de la misma no altera la sustancia del fenómeno” (1997, p. 215). Con respecto a las observaciones de Lozano y Lozano, compartidas por no pocos autores, según las cuales para resolver sobre la exoneración del subalterno habría que “colocarse dentro de su propio criterio subjetivo y examinar si evidentemente creyó obedecer una orden moral y lícita o no”, Reyes Echandía comenta en el mismo lugar (1997, p. 215) que el autor mezcla “aspectos de la orden que dan lugar a exención de responsabilidad por causa de inculpabilidad” con otros que son propios de la justificación.

Así, cuando llega el momento de exponer su propia doctrina sobre el problema de los límites, razona de un modo que resulta perfectamente aprovechable para la interpretación de las reglas vigentes en Chile. En primer lugar, el subordinado tiene “facultad para examinar si la orden proviene de autoridad militar competente para emitirla”; luego, “si la imparte en ejercicio de sus funciones” y, finalmente, si lo hace “por razón de ellas”. De igual forma, no está obligado a cumplir la orden si “las circunstancias que determinaron su expedición hubiesen variado en tal forma que su cumplimiento

produzca resultados contrarios a los que se tuvieron en vista para expedirla” (Reyes Echandía, 1997, p. 216)¹³.

La exigencia de que el superior imparta la orden “por razón” del ejercicio de sus funciones o, en el lenguaje del artículo 334 CJM chileno, de que la orden sea impartida “en uso de las atribuciones legítimas del superior”, merece una atención especial. Por una parte, pareciera que una orden que tienda notoriamente a la comisión de un delito nunca podría satisfacer sustantivamente esas exigencias, pues no está entre las atribuciones legítimas del superior la de ordenar la comisión de hechos delictivos. Pero si este fuera el sentido de la cláusula, entonces la eximente de obediencia jerárquica carecería de todo ámbito de aplicación. Por otro lado, sin embargo, la exigencia establece un claro límite a la aplicación de la eximente. Este límite comprende desde órdenes impartidas por el superior para propinar una golpiza a un enemigo personal suyo hasta aquellas que abiertamente contradicen la misma razón de ser de las instituciones armadas y policiales, como la aplicación de tormentos a un detenido.

En estos casos ocurre que la orden no se imparte “por razón” del servicio o que ni siquiera puede encuadrarse formalmente en el ámbito de las atribuciones legítimas del superior, ya que el propio ordenamiento jurídico establece un límite infranqueable a la obediencia militar. En algunos países, este último grupo de casos se encuentra establecido expresamente en el mismo precepto que consagra la eximente. Así, el Código Penal colombiano prohíbe el reconocimiento de la obediencia jerárquica “cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura”. En otros países, como ocurre en Chile, los preceptos pertinentes han de complementarse mediante las reglas contenidas en el Derecho internacional de los derechos humanos que, de conformidad con la Constitución, han sido incorporadas al ordenamiento nacional.

El proyecto de nuevo Código Penal para Chile, enviado por el Ejecutivo al Congreso en enero de 2022, es particularmente interesante en este sentido. La regulación propuesta (art. 25), tomada directamente del Anteproyecto de 2018, excluye del ámbito de la eximente de obediencia jerárquica los delitos contra la vida y la salud —con excepción del maltrato corporal no constitutivo

13 El Derecho positivo chileno establece, en términos más amplios, una facultad de representación también cuando el subordinado ha de temer con razón que de la ejecución de la orden resulten graves males que el superior no pudo prever (art. 335 CJM).

de lesiones—, los delitos contra la integridad sexual, los delitos contra la paz y la Humanidad, la tortura, los tratamientos crueles inhumanos y degradantes, la trata de personas y la reducción a la esclavitud.

Esta técnica legislativa es, desde luego, consistente con la definición de la eximente en el proyecto como causa de justificación (“No actúa u omite ilícitamente el policía, el funcionario de las Fuerzas Armadas o el funcionario de Gendarmería de Chile que cumple una orden...”), pero lo notable es que su utilización no hace más que relevar la idea de que la eximente de obediencia debida se desempeña mucho mejor en este plano que en el de la exculpación. Si, por ejemplo, se admite la eximente respecto del maltrato corporal —que en el proyecto pasa a ser delito—, pero se rechaza respecto de una lesión imprudente de ínfima entidad, lo que se está haciendo es definir el ámbito de lo prohibido. Las consideraciones de inexigibilidad están aquí completamente fuera de lugar.

De este modo, las observaciones de Reyes Echandía muestran que la eximente de obediencia jerárquica tiene presupuestos legales relativamente exigentes. Es en ellos donde han de buscarse también sus límites, el primero de los cuales consiste en la posibilidad de encuadrar al menos formalmente la orden dentro de las atribuciones del superior. Esta posibilidad no está presente cuando la orden tiende a la comisión de delitos formalmente excluidos de su ámbito de competencia por disposición legal expresa o por aplicación de los tratados de derechos humanos vigentes.

Antes de examinar los demás límites de la obediencia debida, sin embargo, es importante decir algo sobre el segundo gran argumento en contra de la tesis de la justificación: que, conforme a ella, la víctima del ejecutor de la orden carece del derecho a defenderse legítimamente contra él.

3. EL PROBLEMA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La radicalidad de la forma en que el legislador ha regulado esta particular colisión de deberes aparece en su máxima expresión al examinar la situación en que se encuentra el titular de los bienes afectados por la conducta típica. Pues si el subordinado actúa amparado por una causa de justificación, entonces resulta forzoso asumir que no cabe contra él una reacción de defensa legítima.

Sin embargo, el carácter justificado de la conducta del subordinado no solo permite la legítima defensa contra quien impartió la orden, sino que

deja intacta la posibilidad de invocar un estado de necesidad defensivo respecto del mal que representa su ejecución¹⁴. La “gracia” de las causas de justificación radica, precisamente, en que sus efectos y alcances son variables dependiendo de la índole y peso relativo de los deberes que resultan infringidos¹⁵. Ciertas aproximaciones a la justificación transmiten la impresión errónea de que el injusto sería una especie de muro pintado de negro, y que, cuando interviene una causa de justificación, este muro se pinta de blanco. Por lo tanto, todo aquello que era injusto queda blanqueado o justificado. En realidad, no es así. Del efecto que la justificación produce sobre el injusto surge una realidad distinta, y no una alternativa entre lo blanco y lo negro. Las características de esta realidad nueva dependen de diversos factores: el fundamento de la competencia o posición de garante del que realiza la conducta típica, el contexto, la intensidad con que concurren los presupuestos fácticos de la antijuridicidad y de la justificación, la clase de justificación que se obtiene, etc.

De manera que la relación entre tipicidad y antijuridicidad no queda bien reflejada en la metáfora del muro, sino que se parece mucho más a una reacción química en la que el resultado no es ni el compuesto original ni el reactivo, sino algo distinto, con propiedades nuevas y específicas. La teoría de la antijuridicidad procura anticipar del mejor modo posible los efectos de esta reacción química. Por eso, el estudio de las causas de justificación exige diferenciar entre sus fundamentos, y por ello también tiene sentido agrupar las causas de justificación según su alcance en la regulación que el Derecho positivo hace de ellas. Solo de este modo es posible constatar adecuadamente el resultado de la “reacción” en un caso concreto y anticiparlo hasta cierto punto para diferentes constelaciones de casos.

Pues bien, cuando el que actúa se encuentra ante una colisión de deberes reglada por la eximente de obediencia jerárquica, el hecho de que esta justificación tenga el alcance restringido que le da la ley (dejando subsistente la responsabilidad del superior o de la superiora, excluyendo las hipótesis de concierto previo, exigiendo que se represente la orden, condicionando

14 Antecedentes de una solución semejante cuando el estado de necesidad pone frente a frente bienes equivalentes pueden verse en Cuerda Riezu (1984, p. 299) (con un amplio desarrollo previo del concepto de “mal”, según la regulación del estado de necesidad vigente entonces en España) y Gimbernat (1981, pp. 155 ss.).

15 Al respecto véase van Weezel (2016, pp. 213-229).

la justificación a que el subordinado ejecute la orden tal como se impartió, etc.) delinea tanto el espectro justificatorio de la causal como las modalidades de reacción permitidas a la persona afectada por la ejecución de la orden. Así, cumplidos todos los presupuestos de la justificación en virtud de obediencia jerárquica, no puede considerarse que el subordinado despliega una “agresión ilegítima”, pero su conducta representa un mal actual o inminente que afecta un interés jurídicamente protegido¹⁶. Por eso, el afectado por la ejecución de la orden puede obrar en estado de necesidad defensivo. Es el desdoblamiento del hecho, propio de la justificación por obediencia jerárquica, el que explica este doble estatus de la conducta ejecutora de la orden que, en un cierto plano de abstracción, se encuentra justificada, mientras que en otro de mayor concreción constituye un mal susceptible de ser evitado mediante una conducta a su vez típica¹⁷.

Esta solución se hace cargo también de la situación en que se encuentra el subordinado ejecutor de la orden, quien, de lo contrario, no solo estaría obligado por el Derecho a cumplir una orden antijurídica, sino también a soportar impávido que el afectado le lesione o le mate al desplegar todo el potencial de la autorización que le confiere el derecho a legítima defensa, incluso para repeler ataques contra intereses meramente instrumentales¹⁸. La reacción en estado de necesidad defensivo, en cambio, está sujeta a un estricto régimen de subsidiariedad y se encuentra regulada en su intensidad por la ponderación de los menoscabos. En la constelación que nos ocupa, la acción de salvaguarda quedará justificada en la medida en que no exista desproporción entre el menoscabo que se evita y el menoscabo que se produce mediante tal acción. Esto se debe a que, aunque el ejecutor exhibe una competencia subordinada por la situación de necesidad —la competencia primaria está radicada en el superior (art. 214 CJM), y por eso la víctima tiene contra él derecho a legítima defensa—, se trata de una competencia personal

16 El estado de necesidad no exige que el mal amenazante sea consecuencia de la infracción de un deber, aunque esta circunstancia es un factor que modula el espectro justificatorio al interior del marco definido por el artículo 10 n.º 11 CP (al respecto, van Weezel, 2018, pp. 1125 ss.).

17 La posibilidad de que un mismo hecho se encuentre justificado para algunos de los intervinientes y no para otros es admitida sin problemas por todos los autores que exigen un elemento subjetivo de justificación (así lo reconoce Cury, 2020, p. 707).

18 Cury (2020, p. 708) lamenta esta situación e incluso la formula como crítica al planteamiento de Ortiz Muñoz, pero desde la tesis de la culpabilidad que él mismo suscribe carece de solución (especialmente si se sostiene, como hacen el propio Cury y la doctrina predominante en Chile, que la agresión ilegítima no necesita ser además culpable para habilitar una legítima defensa).

culpable. Por eso, el estado de necesidad opera aquí como una “pequeña legítima defensa” y la acción de salvaguarda realizada por el afectado o por un tercero puede producir un menoscabo mayor que el que se evita, siempre que no sea desproporcionadamente mayor¹⁹.

A propósito de esta ponderación de los menoscabos conviene tener presente que, más allá de los ejemplos que habitualmente se utilizan o tienen en mente al tratar esta materia, lo más común será que los ilícitos perpetrados en obediencia jerárquica sean la interceptación ilegal de comunicaciones y otras formas de violación de la intimidad, malversaciones y aplicación diferente de fondos públicos, privaciones ilegales y transitorias de libertad, excesos en el uso de la fuerza en principio legítima o, incluso, la liberación contraria a Derecho de personas detenidas. Desde luego que también se pueden cometer y se han cometido gravísimos delitos contra las personas sirviéndose de las relaciones jerárquicas, pero lo más común en tiempos de relativa normalidad institucional es que se trate de desviaciones y excesos en el ejercicio de facultades previstas en la ley²⁰.

La clase de delito y las circunstancias de su comisión no solo son determinantes para la ponderación propia del estado de necesidad defensivo, sino también para la comprensión de la eximente. La tesis de la exculpación vive en buena medida de la ejemplificación mediante casos extremos de graves delitos de desaparición forzada, tortura, violación y asesinato de los adversarios políticos de un régimen dictatorial. Por fortuna, en circunstancias normales la institución de la obediencia jerárquica tiene bastante menos que ver con graves conflictos existenciales que con reprochables excesos en el desempeño de labores más o menos cotidianas y, especialmente, en el manejo de los recursos públicos.

4. LOS VERDADEROS LÍMITES DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

La focalización del problema de la obediencia jerárquica en una eventual situación de inexigibilidad de otra conducta, es decir, en situaciones

19 La medida en que debe preponderar lo positivo en el saldo final depende de una serie de factores: al respecto, van Weezel (2016, p. 221; y, con mayor detalle, 2018, pp. 1128 ss.).

20 En el plano subjetivo, ello implicará también que la presencia de un error del subordinado resulte más probable.

excepcionales de conflicto existencial o de motivos en la persona del subordinado –situaciones que, por cierto, también pueden verificarse–, conduce a perder de vista que el régimen general de la obediencia jerárquica en el Código de Justicia Militar es bastante más simple y no se encuentra sujeto a consideraciones de exigibilidad de ninguna clase: el subordinado debe obedecer las órdenes del superior, también cuando la ejecución de la orden podría conllevar la realización de una conducta penalmente típica. El juego entre los artículos 334 y 214 CJM no deja lugar a dudas al respecto. Conforme al primero,

... todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de sus atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio²¹.

En el artículo 214 CJM, la ley se pone explícitamente en el caso de que el subordinado haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable”.

Entonces lo primero que es necesario clarificar en cuanto a los requisitos o límites de la eximente es que ella consta de una regla general y de diversas reglas particulares o excepciones, como la del concierto previo (art. 214, inc. 1.º, segunda parte, CJM), o la del exceso en la ejecución de la orden (art. 214, inc. 2.º CJM). La regla general es la siguiente: conforme al inciso primero, primera parte, del artículo 214 CJM, *siempre* que la ejecución de la orden del superior conlleva la comisión de un delito, el único responsable de tal delito será el superior jerárquico.

Respecto de esta regla general de justificación para el subordinado, hace excepción el artículo 335 CJM. En aquellos casos puntuales en que la

21 La situación es equivalente a aquella en que se encuentran los funcionarios policiales respecto de las órdenes que les imparten los fiscales y los jueces. Señala el artículo 80 inciso 3.º CPP chileno que los funcionarios policiales “deberán cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les impartieren los fiscales y los jueces, cuya procedencia, conveniencia y oportunidad no podrán calificar”. La ley solo reconoce una excepción relativa en la “imposibilidad” de cumplir la orden (art. 82 CPP chileno).

orden *tiende notoriamente* a la perpetración de un delito (o se verifican otras circunstancias allí especificadas, por ejemplo, se ha de temer con razón que de la ejecución de la orden resulten graves males que el superior no pudo prever), el subordinado debe representar la orden al superior²². Si la representa, queda exento de responsabilidad aunque luego esté obligado a cumplirla debido a la insistencia del superior. Si no la representa y cumple la orden, será castigado por el delito en cuestión, aunque con una pena atenuada. Este régimen excepcional da lugar a lo que se suele denominar como “obediencia reflexiva”.

Por lo tanto, cuando la orden *no tiende notoriamente* a la perpetración de un delito, el subordinado simplemente tiene que obedecerla, y quedará exento de responsabilidad conforme a los artículos 214 y 334 CJM. Y cuando la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, el subordinado tiene el deber de obedecerla si, una vez representada, ha sido insistida por el superior. Se trata de una colisión de deberes resuelta expresamente en la ley.

La doctrina penal se ha concentrado, por razones comprensibles pero que deben ser despejadas para entender cabalmente la institución, en la estructura de la eximente de obediencia jerárquica en aquellos casos en que la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, es decir, en las hipótesis de obediencia reflexiva. Para estos casos excepcionales, y siguiendo en parte los criterios de Reyes Echandía (1997, p. 216) adaptados a la regulación positiva chilena, los requisitos o límites de la eximente de responsabilidad penal son los siguientes:

– Debe existir una “orden relativa al servicio”, lo que ha de interpretarse en el sentido de que debe impartirse “en el contexto del servicio” y guardar relación con él. La orden no es relativa al servicio, por ejemplo, cuando sirve únicamente a fines personales del superior o cuando tiende a la comisión de un delito contra la integridad sexual.

– La orden debe encuadrarse dentro de las “atribuciones legítimas”. Las órdenes que tienden a la perpetración de delitos excluidos por la misma regla legal que establece la eximente o por los tratados de derechos humanos

22 Aunque la redacción del precepto podría sugerir que la representación de la orden es una facultad del subordinado, de su posición de garante respecto de la víctima se sigue que tiene el deber de realizarla.

vigentes no pertenecen siquiera formalmente al ámbito de atribuciones legítimas del superior²³.

- La orden debe tender notoriamente a la perpetración de un delito.
- El subordinado debe conocer que la ejecución de la orden importa lo señalado en el punto anterior.
- El subordinado no debe obrar coaccionado.
- El subordinado debe haber representado la orden, con independencia de cuáles fueran sus motivos para hacerlo²⁴. Si no lo hace, será responsable del delito, pero se le impondrá la pena inferior en un grado.
- El superior debe haber insistido en la orden²⁵.
- El subordinado tiene que haber cumplido la orden tal como se impartió; si se excede en el cumplimiento, en cambio, se le castiga con la pena del delito que haya cometido, rebajada en un grado²⁶.

En relación con los límites de la obediencia jerárquica se plantea en Chile el problema de si la eximente, entendida como causa de justificación, es una justificante *sui generis* o, en cambio, un caso especial de la eximente prevista en el artículo 10 n.º 10 CP, conforme a la cual está exento de responsabilidad penal “el que obra en cumplimiento de un deber”. En contra de una relación

23 Así, por ejemplo, no forma parte de las atribuciones legítimas del superior ordenar la aplicación de tormentos o la comisión de un delito de lesa humanidad. En la dimensión subjetiva, la perspectiva de enjuiciamiento de este requisito ha de ser *ex ante* (se trata de definir el alcance de la norma de comportamiento), lo que obliga a realizar algunas distinciones, pues para excluir la justificación no basta simplemente con la constatación *ex post* de que los hechos revistieron el carácter de un delito excluido. Por eso, la interpretación de la Corte Suprema en causa Rol n.º 95096-2016, cons. 6.º, deja sin ámbito de aplicación a la eximente cuando, sin realizar distinción alguna y desde una mirada *ex post*, afirma que, para que esta “pueda ser estimada concurrente, es necesario que la orden otorgada por el superior haya sido legítima; sin embargo, en estos autos se encuentra plenamente demostrado que la actuación que culminó con la ejecución de los detenidos se realizó al margen de la legalidad, por lo que esta debe ser desestimada”; ya antes Corte Suprema, Rol n.º 4723-2007, cons. 7.º.

24 En todo caso, este requisito excluye los casos de intervención delictiva, como la coautoría entre el superior y el subordinado, a la cual alude el artículo 214 CJM cuando se refiere al “concierto previo” entre ambos.

25 En el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile se agrega de un modo poco claro que la insistencia debe constar por escrito. Sin embargo, no es posible restringir por vía reglamentaria una eximente legalmente configurada. Además, dicho requisito es completamente disfuncional y ajeno a la realidad.

26 Esta regla, contenida en el artículo 214 inciso 2.º CJM, demuestra hasta qué punto para el legislador chileno resulta prioritario resguardar la eficacia del mando en las instituciones armadas, otorgando una atenuante al subordinado incluso cuando se excede en la ejecución de una orden que notoriamente tiende a la comisión de un delito.

de especialidad se manifiestan Cury (2020, pp. 705) –“la obediencia ‘debida’ no es una pura forma del ‘cumplimiento de un deber’, sino algo esencialmente distinto de este”– y, aparentemente, Etcheberry (1998, p. 243), para quien el artículo 10 n.º 10 CP solo considera los casos en que la misma ley ordena directamente la realización de conductas típicas o establece un deber de tal naturaleza que siempre u ordinariamente ha de ser cumplido mediante la realización de conductas típicas.²⁷ En el primer caso se encontrarían, por ejemplo, el verdugo que debe dar muerte al condenado, el testigo que debe decir la verdad aunque resulte injuriosa para alguna persona, o el médico que debe denunciar un posible envenenamiento aunque con ello revele hechos sujetos a secreto médico. En el segundo caso se hallarían los funcionarios policiales que deben practicar una detención respecto del ejercicio de fuerza física o intimidación en caso de resistencia.

Sin embargo, resulta evidente que la eximente de obediencia jerárquica regula precisamente la situación en que se encuentra el subordinado cuando se enfrenta al deber de evitar la realización del tipo penal y, al mismo tiempo, al deber de obedecer la orden cuya ejecución implica realizarlo. Por otra parte, el argumento de la especificidad del deber legal no resulta convincente. En la obediencia jerárquica, la ley no se “limita a imponer una sujeción genérica a órdenes emanadas de superiores jerárquicos”, como sostiene Cury (2020, p. 565). Tanto en el caso de los mandatos tipificados en la ley como en el de aquellos cuyo contenido específico se encuentra mediado por la concreción que realiza un tercero de modo vinculante, el cumplimiento del deber únicamente exige comprobar la concurrencia *hic et nunc* de los presupuestos que hacen pertinente y obligatorio el mandato. El subordinado solo necesita comprobar si está frente a una orden insistida del superior en asuntos relativos al servicio y que se encuentran formalmente en el ámbito de sus atribuciones, del mismo modo que –para continuar con los ejemplos de Etcheberry– el testigo debe verificar si la materia que se le consulta queda comprendida en sus obligaciones de secreto profesional, y el verdugo, que la persona en la cual debe ejecutar la sentencia ha sido efectivamente condenada a la pena que se trata de ejecutar.

27 El mismo argumento, la especificidad e inmediatez de la obligación legal, se encuentra en Cury (2020, p. 565).

La obediencia jerárquica es, entonces, un caso especialmente reglado del obrar en cumplimiento de un deber²⁸.

Esta conclusión plantea entre otras la pregunta acerca de si puede aplicarse a su respecto la atenuante de eximente incompleta, prevista en el artículo 11 n.º 1 CP, que favorece a quienes se encuentran en una situación que en principio permitiría la aplicación de una eximente, pero donde la ausencia de alguno de sus presupuestos secundarios obsta a dicha aplicación. La respuesta no se sigue automáticamente de la consideración de la eximente como una forma de aparición del cumplimiento de un deber. Por una parte, es preciso clarificar si no habría de tener primacía la regla especial del artículo 211 CJM:

Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada.

Es decir, habría que resolver si la obediencia jerárquica del CJM y el artículo 10 n.º 10 CP forman un solo sistema. Por otro lado, habría que clarificar si la atenuante de eximente incompleta puede integrarse con el artículo 10 n.º 10 CP.

Con respecto a lo primero, recordemos que la eximente solo procede cuando se trata de órdenes relativas al servicio dentro del ámbito formal de competencia del superior. A mi juicio, la existencia de una orden semejante es el requisito básico y elemental de la eximente, como lo es la agresión ilegítima en el caso de la legítima defensa. Por lo tanto, la rebaja pertinente conforme al artículo 211 CJM sería la que prevé el Código Penal en su artículo 68 *bis*, relativo a las atenuantes muy calificadas²⁹. Esta regla *faculta* al juez para imponer la pena inferior en un grado al mínimo señalado por la ley. La atenuante de eximente incompleta en relación con el artículo 73 CP, en cambio, establece una rebaja *obligatoria* que alcanza hasta la pena inferior en tres grados contados desde el mínimo de la pena abstracta establecida en la ley. A mi juicio, no es posible poner en duda el carácter especial de la

28 En el mismo sentido Mañalich (2008, p. 71), para quien además se trata de un caso explícito de autoría mediata del superior (respecto de esto último véase más arriba, nota 12).

29 El artículo 205 CJM hace aplicable el Libro I del Código Penal en cuanto sus disposiciones no sean contrarias a lo dispuesto en el CJM.

regulación del artículo 211 CJM, de modo que la aplicación de una atenuante de eximente incompleta queda vedada en los supuestos que ese precepto regula en relación con el inciso 2.º del artículo 214 CJM. Aun así, podría ocurrir, por ejemplo, que el subordinado cumpla la orden del superior, pero de un modo levemente distinto respecto de lo ordenado. El inciso 2.º del artículo 214 CJM solo regula el caso en que la ejecución de la orden constituya un exceso, y dispone al efecto una atenuación en un grado, pero también es posible que la divergencia no dé lugar a una ejecución excesiva. En tal caso habría que retornar al régimen general, que es el establecido en el artículo 11 n.º 1 CP.

Con respecto a la posibilidad de integrar la atenuante de eximente incompleta con la eximente del artículo 10 n.º 10 CP, la doctrina y la jurisprudencia chilenas aceptan sin inconvenientes la aplicación de la atenuante respecto de todas las eximentes, sea que contemplen requisitos enumerados expresamente, sea que ellas admitan división o gradación intelectual o moral³⁰. Mucho más discutida, sin embargo, es la aplicación del artículo 73 a las circunstancias que carecen de requisitos enumerados en la ley³¹. Asumiendo que ella fuera posible, en ausencia de alguno de los requisitos de la eximente, con excepción de la obediencia a una orden del superior relativa al servicio y en el ámbito formal de competencia de aquel —que siempre debe estar presente—, no se aprecia inconveniente para aplicar la regla de atenuación extraordinaria.

Ello no es posible, sin embargo, cuando la orden tendía notoriamente a la perpetración de un delito y el elemento que falta es la representación por parte del subordinado. Aunque en tal caso también cabe identificar con facilidad “requisitos” conceptualmente separables en la eximente, se trata de una hipótesis especialmente regulada en el artículo 211, en relación con el artículo 214 inciso 2.º CJM, que solo da lugar a una rebaja de la pena en un grado. En cambio, aunque el ejercicio de buscar requisitos conceptualmente separables en la eximente resulta más complejo en el caso de la justificante simple que constituye la regla general y resulta del juego entre los artículos 334 y 214 inciso 1.º CJM, tal como demuestra el caso en que el subordinado se

30 Véase Couso y Hernández (2011, p. 284, con ulteriores referencias).

31 A favor se pronuncian Garrido Montt (2009, p. 186), Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 506) y Couso y Hernández (2011, p. 286).

aparta levemente del modo de ejecución de la orden, también en este último caso parece posible hacerlo y determinar si concurren o no en su mayor parte.

5. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

La eximente de obediencia jerárquica se invoca con cierta frecuencia en las causas por delitos que a la vez constituyen violaciones de derechos humanos y que fueron cometidos en Chile por funcionarios de las Fuerzas Armadas y Carabineros durante el régimen militar. En la inmensa mayoría de los casos, sin embargo, esta defensa fracasa por falta de prueba de los requisitos legales, y con frecuencia no solo de la representación de la orden, sino también de la existencia de la orden misma. Allí donde existe prueba de la orden, un aspecto particularmente controversial —en especial cuando se trata de procesos contra jóvenes oficiales o soldados que realizaban operaciones de transporte o custodia de detenidos— debería ser si la orden en cuestión tendía “notoriamente” a la comisión de un delito, ya que solo en caso afirmativo se activa la exigencia de representación como requisito de la justificación. Sin embargo, las defensas suelen optar por alegar miedo insuperable o fuerza irresistible, lo que vuelve superflua esa discusión³². También se observa una tendencia mayoritaria en la jurisprudencia a considerar la obediencia debida como causa de exculpación³³ —lo cual es consistente con la opinión aún predominante en la literatura—, aunque no faltan los fallos que parecen entender la institución como un asunto de determinación de la conducta prohibida³⁴.

A este panorama es preciso añadir que la eximente no goza de prestigio para una parte significativa de la literatura. La posición de Palazzo en Italia ilustra muy bien las razones que explican esta mirada peyorativa (Palazzo, 2021, p. 364). Por una parte, el rechazo de la eximente fuera de los casos de error reforzaría la idea de que ningún subordinado necesita abdicar de su autonomía para mantenerse en su puesto. Para esto, también allí donde impera la más estricta jerarquía —en la organización del Estado y, con mayor razón,

32 Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Rol n.º 31945-2014.

33 Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Rol n.º 3378-2009.

34 Véase, por ejemplo, Corte Suprema, Rol n.º 95096-2016 (aunque en ninguno de los casos pertinentes el lenguaje de la Corte permite concluir que ella disponga de una opinión razonada sobre la materia).

en las instituciones armadas—, el subordinado ha de contar con la posibilidad de negarse a realizar aquello que el superior le ordena pero es claramente contrario a Derecho. Por otro lado, desconocer la eximente reduciría en alguna medida las posibilidades de comisión de hechos ilícitos debido al riesgo de persecución penal que corre el subordinado. Estas razones se estiman tan poderosas como para restar toda eficacia al inciso final del artículo 51 del *codice penale*, que expresamente contempla la eximente para el subordinado “cuando la ley no le permite revisar la legitimidad de la orden”, en cuyo caso solo responde el superior. Para reforzar la interpretación que parece contradecir el texto legal, se añade que el origen de la regla se encuentra en el Estado fascista (Palazzo, 2021, p. 364) y, sobre todo, que siempre se habría aceptado que la “no revisabilidad” de la orden en caso alguno es absoluta. A mayor abundamiento, se sostiene que el deber del subordinado de negarse a ejecutar órdenes criminales se deriva directamente de la Constitución.

Si se observa el problema desde el punto de vista de las constelaciones en las cuales tiene lugar la discusión sobre obediencia jerárquica, las cosas podrían verse un poco diferentes. El gran desafío que plantea la delincuencia organizada desde organismos estatales y paraestatales suele ser la imputación a los superiores jerárquicos y no a los subordinados que ejecutaron de propia mano los hechos delictivos o colaboraron inmediatamente con ellos. Existe abundante literatura que demuestra cómo, en esta clase de organizaciones, el “verdadero poder sobre la comisión del hecho lo ostentan, sobre todo, quienes se encuentran a la cabeza del colectivo y no necesariamente quienes ejecutan directamente los crímenes”³⁵. Esto explica que buena parte de esos estudios se concentren precisamente en la forma de “invertir” las estructuras tradicionales de imputación—en especial, el dominio del hecho—con el fin de que la atribución de responsabilidad penal refleje precisamente esta asimetría.

Pues bien, los casos en donde el subordinado reconoce el carácter antijurídico de la orden, se verifican los presupuestos que lo autorizan a representarla, aquel realiza la representación, el superior insiste en la orden y esta finalmente termina siendo ejecutada, todo lo cual pudo acreditarse en el proceso, son casos en donde es perfectamente posible radicar la responsabilidad por el hecho antijurídico en quien ostenta el “verdadero poder sobre la comisión del hecho”. Por eso, desde la praxis se ha planteado que en

35 Véase, por ejemplo, Perret (2021, p. 449, con abundantes referencias).

estos casos el conflicto admite típicamente un procesamiento alternativo a la imposición de una pena al subordinado o, al menos, de una pena elevada. A una conclusión similar en sus consecuencias conducen los planteamientos que aplican a esta clase de delincuencia el *topos* del “aparato organizado de poder”, o que proponen modelos de imputación que se hacen cargo de la importancia relativa de las contribuciones cuando los delitos se cometen en contextos jerarquizados³⁶. En el plano del establecimiento de las responsabilidades, no puede olvidarse que, precisamente por medio de la representación de la orden, el subordinado se convertirá también en la primera y principal fuente para establecer la responsabilidad del superior, cuya capacidad para así advertirlo no debería subestimarse, entre otras cosas porque existe jurisprudencia al respecto.

Por ejemplo, en un caso donde se discutía la procedencia de la atenuante especial de obediencia jerárquica prevista en el artículo 211 CJM, la Corte Suprema chilena –que en *este* fallo, sin embargo, asume la tesis de la exculpación– señaló claramente que el régimen de la obediencia supone que se tengan por acreditadas las circunstancias precisas que, junto con eximir al subordinado, fundan la responsabilidad del superior:

Probar la existencia de la orden resulta indispensable para poder determinar la procedencia de esta minorante residual, pues solo a partir de aquella es factible ponderar la no concurrencia de los requisitos que la hacen plausible como eximente. En este contexto, no cabe duda alguna [de] que la negativa de los autores directos en orden a reconocer su responsabilidad en los hechos, impide saber no solo la existencia y términos precisos de la orden, sino también si aquellos representaron dicho mandato al superior o si[,] al menos, estuvieron en condiciones de reclamarlo³⁷.

Radicalar los problemas que plantea la obediencia jerárquica en el plano de la antijuridicidad podría tener además la ventaja de evitar que su tratamiento se vuelva aún más laxo en el plano de la culpabilidad. Este último es, a mi juicio, el efecto preciso que tendría un rechazo más o menos general de la justificante, al estilo de Palazzo. El resultado de tal rechazo deja estas

36 Véase, al respecto, el detallado estudio dogmático y jurisprudencial de Orozco López (2018, pp. 9-126), y especialmente su propia propuesta a partir de la p. 237.

37 Corte Suprema, Rol n.º 3378-2009, cons. 30.º de la sentencia de reemplazo. El mismo razonamiento se utiliza en otros fallos; véanse, por ejemplo, Corte Suprema, Rol n.º 3807-2009, cons. 6.º ss.; Corte Suprema, Rol n.º 17.037-2013, cons. 8.º ss.

constelaciones, precisamente en el caso de los delitos que se cometen en contextos organizados, en manos de un juicio de inexigibilidad cuya racionalidad es difícil de controlar, en lugar de someterlas al sobrio examen sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación.

CONCLUSIÓN

Permítaseme concluir con un recuerdo personal que explica la elección del tema de esta modesta contribución. Ocurre que Enrique Cury, mi profesor de pregrado en el curso de Derecho penal, sentía una gran admiración por Alfonso Reyes Echandía, al punto que me resulta difícil pensar en el segundo sin recordar también al primero, fallecido hace diez años. Buscando algún tema que me permitiera unir de algún modo sus voces, di con una serie de cuestiones que tuvieron gran importancia en la época en que conocí sus escritos, muchas de ellas relacionadas con las dimensiones penales de las crisis políticas que aquejaban a Latinoamérica y de los regímenes militares que las siguieron, en algunos países, hasta bien entrados los años ochenta del siglo pasado. Entre ellas se encuentra la cuestión de la obediencia jerárquica en el ámbito militar, sobre la cual ambos autores tenían posiciones discrepantes. Las consideraciones precedentes fueron escritas, en cierto modo, en diálogo con esos dos grandes profesores y magistrados.

REFERENCIAS

- Coca Vila, Ivó (2016). *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier.
- Couso Salas, Jaime y Hernández Basualto, Héctor (dirs.) (2011). *Código Penal comentado. Parte general*, Legal Publishing.
- Cuerda Riezu, Antonio (1984). *La colisión de deberes*, Tecnos.
- Cury Urzúa, Enrique (2020). *Derecho penal. Parte general*, 11.ª ed. con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez, Ediciones UC.
- Etcheberry, Alfredo (1998). *Derecho penal*, t. I, 3.ª ed., Jurídica de Chile.
- Garrido Montt, Mario (2009). *Derecho penal*, t. I, 2.ª ed., Jurídica de Chile.
- Gimbernat, Enrique (1981). *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Tecnos.

- Küper, Wilfried (1987). “Grundsatzfragen der ‘Differenzierung’ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung”, *Juristische Schulung*, año 27, Cuaderno 2, pp. 81-92.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo (2008). “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, *Revista de Derecho*, vol. XXI, 1, pp. 61-73.
- Novoa Monreal, Eduardo (2015). *Curso de Derecho penal chileno*, t. I, 3.^a ed., Jurídica de Chile.
- Orozco López, Hernán Darío (2018). *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, Mohr Siebeck.
- Palazzo, Francesco (2021). *Corso di diritto penale*, 8.^a ed., con la colaboración de Roberto Bartoli, Giappichelli.
- Perret Neilson, Sabrina (2021). “La responsabilidad penal del superior por los delitos de sus subordinados cometidos en dictadura. Jurisprudencia nacional y aspectos de Derecho penal internacional y comparado”, en Couso Salas, Jaime; Hernández Basualto, Héctor y Londoño Martínez, Fernando (eds.), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Thomson Reuters, pp. 443-485.
- Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, M. Cecilia (2004). *Lecciones de Derecho penal*, Jurídica de Chile.
- Reyes Echandía, Alfonso (1997). *Antijuridicidad*, 4.^a ed., 1.^a reimpr., Temis.
- Rivacoba, Manuel de (1969). *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Edeval.
- van Weezel, Alex (2016). “Necesidad justificante y solidaridad”, en Cárdenas, Claudia y Ferdman, Jorge (coords.), *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Thomson Reuters, pp. 213-229.
- van Weezel, Alex (2018). “Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad”, *Política Criminal*, vol. 13, 26, pp. 1074-1139.
- van Weezel, Alex (2021). “Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI”, *Ius et Praxis*, año 27, 1, pp. 190-209.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2022

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem

