

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**EFICACIA DE LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA EN LOS DELITOS
DE FUNCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL DE 1991, EN LOS JUZGADOS
Y SALA PENAL DE PUNO - 2015**

PRESENTADA POR:

CÉSAR ALFREDO ARAPA ROQUE

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PENAL

PUNO, PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA
MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

EFICACIA DE LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA EN LOS DELITOS DE
FUNCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL DE 1991, EN LOS JUZGADOS Y SALA
PENAL DE PUNO - 2015

PRESENTADA POR:

CÉSAR ALFREDO ARAPA ROQUE

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PENAL

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE

Dr. MANUEL LEÓN QUINTANILLA CHACÓN

PRIMER MIEMBRO

Dr. BORIS GILMAR ESPEZÚA SALMON

SEGUNDO MIEMBRO

Dr. SERGIO VALERIO SERRUTO BARRIGA

ASESOR DE TESIS

Dr. JUAN CASAZOLA CCAMA

Puno, 05 de febrero de 2018

ÁREA: Derecho penal.

TEMA: Eximente de la responsabilidad penal.

DEDICATORIA

A mis queridos padres, Teodoro y Zenobia, a mi hermana, hermanos y a Amaru mi sobrino, Alexia y Zumaya mis sobrinas que son y serán siempre mi mayor impulso.

AGRADECIMIENTOS

- Mis estudios de maestría, tiene ahora un momento importante al presentar esta investigación, motivo por el cual, debo agradecer a quienes alentaron en todo momento mi decisión de concluirla satisfactoriamente.
- A la Universidad Nacional del Altiplano, por brindarnos la posibilidad de continuar con el desarrollo profesional y personal.
- A los docentes de la Maestría en Derecho Penal, por su buena disposición y apoyo constante a los maestrantes.
- A mi familia, por apoyarme y comprender mis anhelos profesionales.
- A Dios, por brindarme siempre un motivo para seguir adelante.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL.....	iii
ÍNDICE DE CUADROS	vi
ÍNDICE DE FIGURAS	viii
ÍNDICE DE ANEXOS	x
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	1

CAPITULO I**PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1 Descripción de la situación problemática	3
1.2 Enunciado del problema.....	3
1.3 Limitaciones de la investigación.....	4
1.4 Justificación del problema	5
1.5 Objetivos de la investigación.....	6

CAPÍTULO II**MARCO TEÓRICO**

2.1 Antecedentes de investigación.....	8
2.2 Sustento teórico	24
2.2.1 Naturaleza jurídica de la obediencia debida	24
2.2.2 La obediencia debida como causa de atipicidad	24
2.2.3 La obediencia debida como causa de justificación	46

2.2.4 La obediencia debida como causa de inculpabilidad	68
2.2.5 La obediencia debida como causa de exculpación.....	86
2.2.6 Obediencia debida como atenuante	93
2.2.7 Obediencia debida como ausencia de conducta	100
2.2.8 Órdenes que vinculan en un estado social democrático de derecho	102
2.2.9 Requisitos de forma que debe tener toda orden	109
2.2.10 Requisitos de contenido que debe tener toda orden	110
2.2.11 Punto de vista respecto al artículo 20° inciso 9 del CP	121
2.3 Marco conceptual.....	122
2.4 Hipótesis de investigación.....	123
2.5 Sistema de variables	124

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo de investigación	125
3.2 Diseño de la investigación.....	125
3.3 Población y muestra.....	126
3.4 Técnicas e instrumentos de investigación.....	127
3.5 Plan de recolección de datos	128
3.6 Plan de tratamiento de datos	128
3.7 Prueba de hipótesis	130

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Descripción de la investigación.....	131
4.2 Análisis de la dimensión de la eximente de obediencia debida en los delitos de función, aplicación y eficacia de la aplicación	131

4.3 Prueba de hipótesis	164
CONCLUSIONES	180
RECOMENDACIONES	183
BIBLIOGRAFÍA	184
ANEXOS	192

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
1. Variables, dimensiones e indicadores de la investigación	124
2. Órgano Jurisdiccional.....	127
3. Técnicas, instrumento y motivo	128
4. Nivel de pertinencia del comportamiento del subordinado.....	132
5. Nivel de coherencia de normas que valoran de modo contradictorio un mismo hecho.....	134
6. Concepción de la antijuricidad	135
7. Correspondencia de injusto de resultado e injusto de acción	136
8. Nivel de contextualización de la culpabilidad	138
9. Nivel de eximente de responsabilidad de obediencia debida.....	139
10. Nivel de atenuante de la obediencia debida.....	141
11. Ausencia de conducta en una orden no revisable.....	142
12. Obediencia debida como causal de exención o atenuación	143
13. Obediencia debida como exención, atenuación y/o sanción de responsabilidad penal.....	145
14. Trascendencia jurídica de la obediencia debida	146
15. Implicancia jurídica de la obediencia debida	147
16. Requisitos de forma que debe tener toda orden	149
17. Teoría de la apariencia intrínseca del mandato	150
18. Presencia de causa de justificación o ausencia de tipicidad	152
19. Exigibilidad o no del conocimiento de la antijuricidad de lo mandado	153
20. Principio de jerarquía administrativa	155
21. Teorías de la obediencia debida	156
22. Actuación en error de tipo del subordinado.....	158

23. Exención de responsabilidad en el Código de Justicia Militar	159
24. Condena a miembros del <i>grupo colina</i>	161
25. Importancia del tipo de relación	162
26. Proceso de administración de justicia.....	164
27. Frecuencia en cuanto a presencia de la obediencia debida en despacho	165
28. Pruebas de chi - cuadrado.....	166
29. Instrumentalización en la administración de justicia (aplicación de la eximente de obediencia debida)	168
30. Repercusión en la administración de justicia (eficacia de la aplicación de la eximente de obediencia debida)	169
31. Formas que debe tener toda orden	170
32. Pruebas de chi - cuadrado.....	172
33. Delitos de función según el código penal	173
34. Estadísticos descriptivos	175
35. Cuadro de doble entrada obediencia debida y culpabilidad	176
36. Pruebas de chi - cuadrado.....	177
37. Resultados de la revisión de expedientes	178

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
1. Nivel de pertinencia del comportamiento del subordinado.....	133
2. Nivel de coherencia de normas que valoran de modo contradictorio un mismo hecho	134
3. Concepción de la antijuricidad	135
4. Correspondencia de injusto de resultado e injusto de acción	137
5. Nivel de contextualización de la culpabilidad.....	138
6. Nivel de eximente de responsabilidad de obediencia debida	140
7. Nivel de atenuante de la obediencia debida	141
8. Ausencia de conducta en una orden no revisable	142
9. Obediencia debida como causal de exención o atenuación	144
10. Obediencia debida como exención, atenuación y/o sanción de responsabilidad penal.....	145
11. Trascendencia jurídica de la obediencia debida	146
12. Implicancia jurídica de la obediencia debida.....	148
13. Requisitos de forma que debe tener toda orden.....	149
14. Teoría de la apariencia intrínseca del mandato	151
15. Presencia de causa de justificación o ausencia de tipicidad.....	152
16. Exigibilidad o no del conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado....	154
17. Principio de jerarquía administrativa	155
18. Teorías de la obediencia debida.....	157
19. Actuación en error de tipo del subordinado	158
20. Exención de responsabilidad en el Código de Justicia Militar	160
21. Condena a miembros del <i>grupo colina</i>	161
22. Importancia del tipo de relación	163

23. Proceso de administración de justicia	164
24. Frecuencia en cuanto a presencia de la obediencia debida en despacho	166
25. Pruebas de chi - cuadrado.....	167
26. Instrumentalización en la administración de justicia (aplicación de la eximente de obediencia debida).....	168
27. Repercusión en la administración de justicia (eficacia de la aplicación de la eximente de obediencia debida).....	169
28. Formas que debe tener toda orden	171
29. Pruebas de chi - cuadrado.....	172
30. Delitos de función según el código penal	174
31. Cuadro de doble entrada obediencia debida y culpabilidad	176
32. Pruebas de chi - cuadrado.....	177

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Instrumentos de recojo de datos.....	193
2. Con respecto a la revisión de expedientes	199
3. Matriz de consistencia	200
4. Tablas y pruebas de Chi cuadrado	202

RESUMEN

El trabajo de investigación en primer término, describe las caracterizaciones teóricas fundamentales de la eficacia de la eximente de obediencia debida. En segundo término, se identifica las caracterizaciones, mediante los trabajos que contienen los estadígrafos, donde reflejan el nivel de conocimiento de los operadores del Módulo Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno, en relación a la eximente de obediencia debida en los delitos de función. Por último, se analiza correlacionalmente la eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función, respecto de su aplicación en la función jurisdiccional. De esta manera, tenemos un conglobado de elementos y medidas que nos ayudan a determinar la eficacia de la eximente de obediencia debida en cuanto se refiere a su enfoque teórico y subsecuente resolución de controversias y conflictos penales. Respecto del diseño metodológico, la investigación es no experimental descriptiva, no se manipula ninguna variable; es decir, los datos son recogidos tal como se presentan en la realidad; siendo además transversal y por la naturaleza del problema de investigación es una investigación correlacional, para este caso en particular se realizó un contraste estadístico sobre la relación de efectos de las dimensiones de las variables de investigación. El método que se utilizó, fue la observación; la técnica de la entrevista estructurada; cuyo instrumento es la guía de entrevista, guía de entrevista participante 1 (GEE 1); y la técnica del análisis documental, cuyo instrumento es la ficha documental, ficha documental participante 2 (FDP 2). Para la selección de los delitos sobre las que se esgrime la obediencia debida se ha realizado el muestreo probabilístico, porque todos tienen la misma probabilidad de ser escogidos. Así, con la investigación realizada, se llegó a concluir que la Eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función según el Código Penal de 1991, en los juzgados y sala penal de Puno – 2015; en lo que respecta al cumplimiento de órdenes ilícitas, éstas son reconducidos a causales de exculpación o justificación, consecuentemente, se demuestra que se hace innecesario a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal.

Palabras clave: Eximente, caracterización, delito de función, obediencia debida, órdenes ilícitas y responsabilidad penal.

ABSTRACT

The research in the first place, describe the fundamental theoretical characterizations of the effectiveness of the defense of due obedience. Secondly, the characterizations are identified, by means of the works that the statisticians contain, where they reflect the level of knowledge of the operators of the Modulo Penal of the Corte Superior de Justicia of Puno, in relation to the exemption of obedience due in the crimes of function. Finally, the effectiveness of the exemption of obedience due in the crimes of function is analyzed correlationally, with respect to its application in the jurisdictional function. In this way, we have a set of elements and measures that help us determine the effectiveness of the defense of due obedience in terms of its theoretical approach and subsequent resolution of disputes and criminal conflicts. Regarding the methodological design, the research is non-experimental descriptive, no variable is manipulated; that is, the data is collected as it is presented in reality; being also transversal and by the nature of the research problem is a correlational investigation, for this particular case, a statistical contrast was made on the relation of effects of the dimensions of the research variables. The method that was used was observation; the technique of the structured interview; whose instruments is the interview guide, participant interview guide 1 (PIG 1); and the technique of documentary analysis, whose instrument is the documentary record, participant documentary record 2 (PDR 2). The probabilistic sampling has been carried out for the selection of the crimes on which the obedience is due, because everyone has the same probability of being chosen. Thus, with the investigation carried out, it was concluded that the effectiveness of the exemption of obedience due in the crimes of function according to the Codigo Penal of 1991, in the Juzgados and Sala Penal of Puno - 2015; with respect to the fulfillment of orders and visits, these are referred to causes of exculpation or justification, consequently, it is demonstrated that it becomes unnecessary to due obedience as an independent cause of exclusion of criminal responsibility.

Keywords: Exculpatory, characterization, crime of function, criminal responsibility, due obedience and illegal orders.

INTRODUCCIÓN

La obediencia debida es entendida como el cumplimiento del subordinado de una orden que proviene de su superior jerárquico, cuando la orden emana del círculo de sus atribuciones y en la forma prevista por las normas legales. Entonces, el derecho penal sólo regula los supuestos en que la orden proviene de autoridad competente, y no tenga contenido antijurídico.

Los primeros registros históricos datan del imperio Romano. Donde la responsabilidad era del que ordenaba, y el obligado a obedecer resultaba eximido de responsabilidad; por ejemplo el jefe de la familia, o *paterfamilias* romano, ejercía un poder casi absoluto sobre las personas que se encontraban subordinadas a él (descendientes, esclavos, mujeres).

En el ámbito nacional, la obediencia debida ha sido regulada desde el Código Penal de 1863, artículo 8° inciso 10. De igual forma, el Código Penal de 1924, artículo 85° inciso 5. Actualmente, la obediencia debida es regulada por el artículo 20° inciso 9 del CP.

Un tema central que abarca el trabajo de investigación, está referido a los requisitos de forma y contenido con los que deberá contar una orden según nuestro ordenamiento jurídico para que tenga la capacidad de vincular a quien la cumple.

Así para efecto del presente estudio, el problema de investigación se plantea en la siguiente forma: eficacia de la eximente de Obediencia Debida en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno - 2015. El tratamiento de este problema conlleva a realizarlo organizadamente en varios capítulos. El primero, trata del

planteamiento del problema de investigación; en ella se describe el problema y se enuncia ésta, del mismo modo, se presenta la justificación y los objetivos que se pretende lograr. En el capítulo II, se desarrolla el marco teórico que sustenta la investigación. En éste se encuentra los antecedentes en el tratamiento del problema, la base teórica conformado por su Naturaleza jurídica y su ubicación sistemática de la obediencia debida; también se encuentra la definición de los términos, la hipótesis de la investigación y el sistema de variables, a través de las dimensiones e indicadores. El capítulo III, trata del diseño metodológico de la investigación. Aquí se señala el tipo y diseño de investigación, la población de estudio, el plan de recolección de datos a través de fichas de observación y de análisis, el plan de sistematización, análisis e interpretación de datos. Y en el capítulo IV, se da a conocer los resultados de la investigación en función de las variables y dimensiones de investigación. La comprobación de la hipótesis se realiza a través de la prueba estadística de la chi cuadrada.

El trabajo de investigación concluye que la eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función respecto a las órdenes ilícitas terminara como causales de exculpación o justificación. Lo mencionado hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal.

CAPÍTULO I

PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Ante la poca afluencia de estos casos penales resulta significativamente negativo la concurrencia de estas figuras delictivas, el Ministerio de Justicia, desde hace más de una década viene implementando reformas como es el caso de la aplicación del Código Procesal Penal para revertir todo tipo de vicios en la Administración de Justicia. Este programa se propuso mejorar la calidad en la Administración de Justicia y reducir las inequidades y desigualdades existentes entre las áreas rural y urbana “mediante inversiones focalizadas por el Estado en sectores estratégicos como es el MINJUS con los indicadores de Justicia más bajos y a través de reformas sistemáticas de política Judicial”

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

¿Cuál es la eficacia de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991, en los juzgados y sala penal de Puno - 2015?

1.2.2. Problemas Específicos

1. ¿Qué características se observan en la aplicación de la eximente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991, en los juzgados y sala penal de Puno?
2. ¿Qué características se observan en la eficacia de la aplicación de la eximente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno?

1.3. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Es preciso señalar las limitaciones que se tiene en el estudio realizado, con el propósito de contextualizar las implicancias investigativas y teóricas que han de generar las conclusiones a que se llega.

En primer lugar, siendo el contexto de investigación de carácter focalizada, las conclusiones se interpretan y se valoran, en sentido positivo o negativo, según el contexto donde se ejecute. Las variables de investigación, las dimensiones e indicadores, del mismo modo, pueden variar por causales de diferentes puntos de vista teóricos. Muchos de los aspectos tomados en cuenta, pueden ser excluidos en otro estudio, o en todo caso, desarrollados en enfoques teóricos más amplios.

En segundo lugar, se tiene que las conclusiones a que se llega, corresponden a los operadores del sistema judicial, es decir, la participación fue voluntaria y no estrictamente aleatoria. Las características de sus centros de trabajo las hace también distinta, ya que éstas se ubican en la capital de la región de

Puno. Es probable, que en otros lugares, por tener características distintas de la metrópoli, los resultados no sean iguales.

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La aplicación de la Ley como acción positiva del Poder Judicial y los Programas de Formación y Capacitación por parte del Ministerio de Justicia exige su estudio para su pertinencia o no tanto desde el punto de vista Jurisdiccional y económico.

a. Motivos que generaron la propuesta del proyecto.

Un tema puntual, está referido a los requisitos con los que debe contar una orden según nuestro ordenamiento jurídico para que tenga la capacidad de vincular a quien la cumple. Para ello es prioritario incidir en el Estado de Derecho por el cual nos regimos y ver ¿Qué clase de órdenes puede generar deberes de cumplimiento sin afectarlo? Está claro que una orden que tenga contenido legal, tanto en su forma como contenido, debe ser cumplida por el subordinado que la recibe, por lo que el análisis deba centrarse en concluir si es que una orden ilegal puede generar deberes de cumplimiento en quien la recibe.

Una vez que se sepa ¿Qué órdenes pueden vincular en un Estado de Derecho? se debe estudiar ¿Con qué requisitos de forma y contenido debe contar los mandatos para que sean vinculantes? El problema radica en saber ¿Qué requisitos de contenido debe de tener la directiva para que sea vinculante para el que la recibe. La doctrina centra su discusión al respecto de acuerdo a lo establecido por dos teorías: La de la apariencia - la cual ha sido

escogida por el legislador nacional de acuerdo a lo expuesto en la exposición de motivos del CP, - y la teoría de la nulidad.

b. Características de la situación negativa que se intenta modificar.

Un tema polémico y que abarca parte de la investigación que se propone, gira en torno a la naturaleza dogmática de la obediencia debida.

c. Razones por las que tiene interés para la población.

La tesis de investigación que se propone, tiene como finalidad lograr una correcta comprensión de la obediencia debida. La importancia de un estudio de la obediencia debida resalta en nuestro país, por cuanto hay casos de suma importancia como por ejemplo el de “La Cantuta” o lo sucedido el 29 de mayo del 2003 con la masacre a estudiantes universitarios de la UNA PUNO, en los que los ejecutores directos de crímenes de lesa humanidad han alegado haber actuado en cumplimiento de órdenes de sus superiores para evitar ser penalmente responsables por los hechos que han cometido.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Objetivo General

Establecer el grado de eficacia en la aplicación de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno - 2015.

1.5.2. Objetivos Específicos

1. Identificar la aplicación de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno - 2015.
2. Analizar la eficacia de la aplicación de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno - 2015.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

Efectuada la revisión bibliográfica en la biblioteca especializada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la Sala de tesis de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, y en el ámbito regional no se ha podido encontrar; más bien, si se ha encontrado el siguiente trabajo en cuanto se refiere a teoría, doctrina y dogmática en autores nacionales y extranjeros, que de alguna u otra forma tienen relación con el presente trabajo.

Según Zúñiga (2012) efectúa la siguiente delimitación: Efectivamente, desde el derecho romano, pasando por las Partidas, el derecho español - recepcionado formalmente por el Perú con el C. P. de 1862 (Hurtado, 1979), prescribía el deber de obediencia al superior, consignándose exento de responsabilidad al subordinado que actuaba conforme a dicha obediencia. Ello se explicaba en la fundamentación de las sociedades antiguas bajo el principio de autoridad. Sin embargo, al asistir a la instauración del Estado de Derecho, con su nota primaria y fundamental del "imperio de la ley", se imponía la sumisión de la autoridad a la legalidad (Elías, 1985), con ella una reformulación del deber

absoluto de obediencia. Es precisamente esta delimitación histórica de la institución la que va a marcar el fundamento del debate político-criminal: la resolución de un conflicto entre legalidad y autoridad, que no está exento de consideraciones éticas al entrar en juego la vulneración de derechos fundamentales anteriormente sacrificados y de intereses inmediatamente políticos (Ley 23.521 Argentina). La pretensión de solución de este conflicto de acuerdo con los principios constitucionales, como reglas máximas de convivencia, informarán los postulados dogmáticos de esta institución (Roxin, 1997). Una amplia serie de discusiones dogmáticas se presentan al abordar esta temática. Primero, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la obediencia debida, aspecto tremendamente controvertido, ya que algunos autores consideran que la obediencia debida es una causa de justificación (Mir, 2008), en tanto que otros la tienen por causa de inculpabilidad (Hurtado, 2005); aunque también hay autores que mantienen posiciones mixtas (Quintero, 2006), sin contar con otras posturas minoritarias. Se puede decir que históricamente se ha pasado de considerarla mayoritariamente causa de justificación, a la actualidad en que generalmente la doctrina estima que es causa de inculpabilidad; cambio que tiene vinculación con la permisibilidad o no del derecho a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios y que, básicamente, viene a ser un desarrollo de los principios de legalidad sobre los de autoridad. La polémica al respecto no es baladí, porque si la obediencia debida es justificante, no solo no cabe la legítima defensa del ciudadano afectado por la actuación del subordinado, sino que puede cometer el delito de atentado (art. 321 del C. P.) (Cerezo, 1985). Además, en estos casos sería impune la acción de los colaboradores, puesto que el carácter accesorio de la

participación impide toda reacción penal contra el partícipe de un acto que es conforme a derecho. Por el contrario, si decimos que se trata de una exculpante, sí es posible admitir la legítima defensa y la participación penal de los colaboradores del subordinado. Otro asunto, fundamental para la delimitación conceptual de la obediencia debida, es su distinción con la eximente de cumplimiento de un deber en su forma especial de ejercicio legítimo del cargo, porque en ambos casos se trataría del cumplimiento de un deber jurídico, del derecho público (Queralt). Para algunos autores tal autonomía conceptual entre ambas instituciones es inexistente (Queralt); para otros, en cambio, hay que ver en la posible existencia de mandatos antijurídicos obligatorios que permite la eximente de obediencia debida, la base de tal distinción (Morillas, 1984). De todos modos, hay una diferencia: mientras que en el cumplimiento del deber la conducta se relaciona directamente con la ley, en la obediencia debida hay una triple relación: superior-inferior, inferior-tercero y superior-tercero (Bustos, 1989), por lo cual, las consecuencias jurídico penales son distintas. En todo caso, el fundamento dogmático de la obediencia debida está alrededor de la permisibilidad o no de mandatos antijurídicos obligatorios, esto es, del carácter vinculante de las órdenes antijurídicas y de las condiciones de su tratamiento dentro del derecho penal. Arribando a las siguientes conclusiones de lege ferenda: PRIMERA.- Los proyectos de Código Penal peruano han seguido las tres diferentes posibilidades de regulación: La continuidad, tal y como se encuentra en el C. P. de 1924 (proyecto de 1989); la supresión, no se sabe si como alternativa político-criminal o si solo se trata de una omisión (proyectos de octubre de 1984 y agosto de 1985); y la regulación con limitaciones siguiendo la teoría de la apariencia (proyecto de septiembre de

1984), al igual que el art. 19 del C. J. M., "siempre que la orden no sea notoriamente ilícita". SEGUNDA.- Estando a que mayores son los riesgos que las ventajas de la institución de la obediencia debida, y siendo además que todos los casos se pueden resolver por otras categorías del derecho penal, consideramos que la mejor alternativa es la supresión de la obediencia debida como eximente (Vives). Ello supone una adecuada regulación del error y de las reglas de no exigibilidad de otra conducta (miedo insuperable y estado de necesidad exculpante), que escapan a estos comentarios y que, en todo caso, resulta impostergable. TERCERA.- Lo que sí es necesario apuntar es que, político-criminalmente, el tratamiento que debe darse a quien por error, creyendo que la orden es lícita y teniendo esta la apariencia de serlo, cumple con la orden delictiva, ha de ser bien diferente del que se da a aquel que, sabiendo del carácter delictivo de la orden, la realiza bajo presión de la subordinación. El reproche jurídico-penal es mucho mayor en este último caso, por lo que tendrán que concurrir todos los requisitos de la no exigibilidad para que quepa eximir de pena al infractor, puesto que, de no, sería renunciar a la función preventiva de la pena cuando se han vulnerado bienes jurídicos fundamentales. La más de las veces solo procederá una atenuación. CUARTA.- Más bien sí resulta oportuno destacar que los límites del deber de obediencia están en la teoría de la apariencia (art. 19 del C. J. M.). La teoría del error y la justificación encontrarán allí unos linderos afines a la supremacía del principio de legalidad, sin descuidar una posición garantista del derecho penal. QUINTA.- Queda así, pues, saldado todo compromiso con el Estado de Derecho, concepto en el que aparecen como centrales "las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación

del poder del Estado por el sometimiento a la ley, (...) en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales" como vía jurídico-social para la democratización de nuestra sociedad.

El presente trabajo pretende ubicar el problema de la bondad o incorrección de la exigencia de responsabilidad penal en determinados supuestos que requieren una serie de consideraciones respecto del sentido de trascendencia penal de la obediencia debida. Presenta así, la delimitación de la existencia de tal deber, como algo que por su turno se convierte en presupuesto. Trata de la tarea de insertar dicho problema en un ámbito más amplio de las discusiones jurídico-penales. A partir de estas reflexiones cuestiona tanto la especificidad del problema, como la consecuente necesidad de su existencia jurídica autónoma. Analiza por último la valoración del alcance que, tendrá el reglamento de la obediencia debida en el estatuto de la Corte Penal Internacional. Palabras-clave: Responsabilidad Penal. Obediencia Debida. Corte Penal Internacional. Llegando a las siguientes conclusiones: PRIMERA.- La preocupación primera que siempre inspiró la elaboración del Derecho Penal fue la de salvaguardar la excepcionalidad misma de esta forma de reacción punitiva. Las notas de violencia y gravedad que le son propias justificaron de forma lógica e indubitada la inclusión de este principio entre aquéllos que integran el catálogo garantista de la intervención penal. Sin embargo, justamente porque el sentido de esa limitación es minimizar la intervención penal, esa cuidadosa labor de selección de conductas no siempre se ha mantenido con el mismo escrúpulo a la hora de acotar las circunstancias que pudieran excepcionar lo que a su vez era una intervención extraordinaria. Es lo que ha ocurrido con la clásica inclusión de la obediencia debida en la tradición

de nuestro Código Penal hasta 1995. No significa esto, que la incorporación de la eximente hubiera de explicarse incondicionalmente desde motivos, en sí, insostenibles e incluso perversos. Al contrario. La presencia de una estructura jerarquizada, la necesidad de no cuestionar los principios básicos de subordinación y confianza, máxime cuando se trata de la disciplina militar, así como la pretensión de volver la vista a los verdaderos centros de responsabilidad dejando al margen a los meros ejecutores de esos núcleos decisorios fueron sin lugar a dudas algunas de las razones jurídicas para incorporar esa específica circunstancia eximente al articulado del Código penal.

SEGUNDA.- La experiencia histórica enseña, sin embargo, que el significado mismo de la eximente conlleva en sí el riesgo de sufrir una terrible perversión: la de enmascarar las razones políticas que buscan por esta vía la garantía de una salida airosa para quienes en los casos más graves posibilitaron con su actuación la existencia de regímenes capaces de arrasar sin mayores escrúpulos los derechos humanos fundamentales. Es más, ese riesgo tampoco desaparece por completo en los sistemas que prescinden de incorporar la eximente y ventilan su problemática por los cauces generales de exención o atenuación de la responsabilidad. También en ellos, en efecto, la aceptación de la relevancia penal de la alegación de haber obrado en obediencia requiere una cuidada delimitación de los casos en que aquélla sea aceptable.

TERCERA.- Es desde esa óptica, desde la que se explican los esfuerzos ensayados en la doctrina alemana por Roxin a partir de las coordenadas del sistema funcional de que parte. Y es igualmente la necesidad de garantizar la depuración de los casos en que proceda su apreciación lo que justifica el traslado a esta figura del criterio de lo *razonable*, que ya manejara con carácter general Muñoz

Conde como parámetro interpretativo de las causas de justificación, y que es igualmente apto para llegar en sus resultados al mismo clima de racionalidad que pretende la elaboración del maestro alemán. CUARTA.- En cualquier caso, dada la especial facilidad de la alegación de la obediencia debida para dar cobertura a formas intolerables de impunidad resulta criticable que el Estatuto de la Corte Penal Internacional haya optado por contemplarla de forma autónoma como eximente, desbordando, incluso, el papel que le habían reconocido los tribunales penales internacionales que le han precedido. Ese reconocimiento sólo puede dar paso a dos situaciones igualmente inadmisibles: o el augurio de la inaplicación de un precepto cuya alegación contradiría incluso los requisitos de los que se hace depender su viabilidad en el Estatuto; o, si se le reconoce un potencial de aplicación práctica, abrir de nuevo la puerta a la incertidumbre en torno al uso que se haga de la misma. Ninguna de las dos opciones es alentadora.

Se plantea como resumen: El análisis de la obediencia debida (Arndt) supone tener presente los diferentes problemas que conciernen, en general, a la obediencia al derecho. Éste sirve de fundamento al orden social institucionalizado y regula el funcionamiento del aparato del Estado. A su vez, el ejercicio del poder estatal recurre a las técnicas del derecho. Dicho poder consiste, en parte, en dictar normas jurídicas, decidir sobre los conflictos y ejecutar las decisiones adoptadas. Todo esto implica el establecimiento de un sistema de autoridades públicas. Éstas tienen la función de proteger los intereses de la comunidad y la obligación de actuar de acuerdo a la competencia que el orden jurídico les fija. De esta manera, además, se determinan los procedimientos para que las autoridades ejerzan sus

potestades y se delimita el contenido material de estas últimas. Este es el marco en el que se ejerce el poder público en un Estado de derecho. La índole del presente trabajo impide exponer, aun brevemente, lo esencial de la cuestión. Con base en la Constitución (Rubio/Bernales), se declara que la República del Perú «es democrática, social, independiente y soberana» (art. 43), se prescribe que quienes ejercen el poder del Estado «Lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». Respecto a los funcionarios y servidores públicos, se dispone, expresamente, que «están al servicio de la Nación». De modo que todo el sistema tiende a garantizar que el poder público sea ejercido dentro de los límites constitucionales y legales, así como a proteger los intereses individuales y colectivos. Los mandatos legales, tanto legislativos como administrativos, deben ser manifestaciones del ejercicio legítimo del poder público. En este contexto, se plantea la cuestión de la obediencia debida a la ley y a los mandatos dictados. Si los límites constituciones y legales no son respetados, los mandatos dictados serán ilícitos y, por tanto, su cumplimiento no es obligatorio. El carácter ilícito se debe a que no reúnen las formalidades exigidas, a la falta de competencia y/o a la incorrección de su contenido. Problema más complicado, que sobrepasa claramente la materia tratada, es la desobediencia a las leyes arbitrarias o inconstitucionales. Sin embargo, hay que destacar que la Constitución misma, igualmente relativo la base del fundamento de la legalidad del sistema, declara que «nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes» (art. 46). Al mismo tiempo, en la misma disposición, estatuye que «son nulos los actos de quienes usurpan funciones

públicas». En este sentido, hay que deducir que el mandato ilícito dictado por una autoridad, caso que supone el ejercicio indebido del poder público, es semejante a un acto de usurpación de poder y, en consecuencia, tampoco debe ser obedecido, por ser nulo. De lo expuesto, nos parece interesante destacar los siguientes puntos a modo de conclusiones señala el autor:

PRIMERA.- De acuerdo con los principios del Estado de Derecho consagrados en la Constitución y concretizados en el ordenamiento jurídico en general, no existe el deber de obedecer órdenes cuyo cumplimiento comporte la ejecución de comportamientos punibles. SEGUNDA.- La regla prevista en el art. 20.9 del Código Penal común se refiere, por tanto, a la obediencia debida de mandatos que son formal y materialmente lícitos. TERCERA.- El cumplimiento de una orden lícita, dictada por autoridad competente, constituye una eximente de pena en la medida en que implica, en buena cuenta, actuar conforme a lo ordenado directamente por la ley o a un deber reconocido por el ordenamiento jurídico. CUARTA.- En esta perspectiva, la regla prevista en el art. 20.9 resulta superflua porque está comprendida en la disposición contenida en el art. 20.8. QUINTA.- Si la orden cumplida es ilícita, quien ejecuta un acto típico obedeciéndola no será sancionado, según las circunstancias, por haber actuado bajo coacción, en estado de necesidad o influenciado por un error de prohibición inevitable. SEXTA.- En la hipótesis señalada, quien dictó la orden ilícita, conforme a las circunstancias personales y materiales, podrá ser responsable a título de autor mediato o instigador. SÉTIMA.- La regla establecida en el art. 19.7 del Código de Justicia Militar se distingue, fundamentalmente, de la prevista en el art. 20.9 del Código Penal Común porque establece la condición de que la orden sea notoriamente ilícita.

OCTAVA.- Esta regulación especial se explica en principio por la índole particular de la organización y de las actividades militares. Éstas requerirían que la obediencia sea inmediata y basada en la confianza que debe tener el subordinado en su superior, mejor formado y obligado a dictar sólo órdenes conforme a sus atribuciones. NOVENA.- La diferencia en la regulación de la obediencia debida tendría la consecuencia de que en derecho penal militar se admita que actúa dolosamente sólo quien tiene la consciencia del carácter ilícito de la orden y, en consecuencia, del acto típico que consume. Mientras que en el derecho penal común prima la teoría de la culpabilidad y, por tanto, basta que el agente tenga la posibilidad de conocer la ilicitud para ser declarado culpable. DECIMA.- Esta contradicción entre ambos derechos es inadmisibles en la medida en que la institución militar y los actos de sus miembros deben respetar la Constitución y, en general, el ordenamiento jurídico. Por tanto, tampoco existe en el derecho militar el deber de cumplir órdenes que sean ilícitas, pero en apariencia de ser lícitas. DÉCIMO PRIMERA.- Los militares no están obligados a obedecer ciega y automáticamente los mandatos de sus superiores. En la medida en que no cuestionan la licitud de la orden recibida, asumen la responsabilidad por el acto típico que cometan en cumplimiento de dicha orden. DÉCIMO SEGUNDA.- Resulta contraproducente admitir que la orden ilícita, en caso de no ser notorio su carácter ilícito, haga desaparecer el carácter ilícito del acto cometido por el subordinado en cumplimiento de dicha orden, por el simple hecho de que se trate de un mandato dictado por el superior. DÉCIMO TERCERA.- Así mismo, es inadmisibles que el subordinado que, conociendo el carácter ilícito de un mandato no sea responsable por el simple hecho que dicho carácter ilícito no lo

sea de manera notoria. En este caso, él comete, consciente y voluntariamente, el comportamiento ilícito cuya realización exige el mandato ilícito o participa a su realización. DÉCIMO CUARTA.- Esta responsabilidad podrá ser excluida si el subordinado ha actuado al amparo de cualquier otra eximente: coacción, estado de necesidad o error de prohibición inevitable. DÉCIMO QUINTA.- De esta manera, se logra, sin desnaturalizar lo dispuesto en el art. 20.9, interpretar el art. 19.7 del Código de Justicia Militar de manera a conservar la coherencia del ordenamiento jurídico, tomar en cuenta los principios constitucionales y reforzar el Estado de Derecho. DÉCIMO SEXTA.- Por último, esto pone en evidencia la necesidad de plantearse la cuestión sobre la conveniencia de contar, junto al Código Penal común, con un conjunto de normas de derecho penal material como las contenidas en el Código de Justicia Militar vigente. En caso de que la respuesta fuera positiva, habría aún que decidir si sólo deberían preverse disposiciones, generales y especiales. Propiamente militares.

Sancinetti (1987) señala en el resumen introductorio lo siguiente: Desde la sanción de la ley 23.521, de determinación de los alcances del deber de obediencia, más conocida como ley de obediencia debida, ha perdido parte de su utilidad la discusión anterior referida a los límites dentro de los cuales puede constituir una eximente que el autor de un hecho típico penal (delictivo) haya actuado en cumplimiento de una orden. Antes de la ley, la discusión se ceñía a determinar cuál era el ámbito en el que un subordinado, de cualquier escalafón administrativo (como el militar), podía invocar la recepción de una orden para no responder penalmente por los delitos que hubiera podido cometer en razón del cumplimiento de dicha orden. Después de la sanción de la ley, la cuestión teórica de la obediencia debida" pareció perder trascendencia, por quedar

condicionada a la discusión previa de si la ley que impuso a los jueces el mandato de tener por probados ciertos hechos y de asignarles una determinada interpretación Jurídica, que condujera al sobreseimiento o absoluciónde un elevado número de imputados era inconstitucional, o si, por el contrario, era producto del ejercicio de facultades propias del Congreso, de contenido acorde con la Constitución. Si se mira la cuestión sólo desde el punto de vista de su valor práctico actual, se podría pensar además que, dado que la Corte Suprema, en fallo dividido, ha admitido recientemente la constitucionalidad de la ley impugnada, entonces, ya no restaría considerar nada de real interés, en tanto ese fallo habría puesto al debate un (ahora. efectivo) “punto final”. En mi opinión, sin embargo, la indudable trascendencia social y significación histórica que reviste el proceso que concluyó con la sanción de la ley 23.521, y su convalidación por la Corte, hace imperativo que los juristas independientes expresen públicamente su opinión, y la documenten, a fin de suscitar, entre aquellos que integran la comunidad de juristas, la discusión crítica de los actos de gobierno que comprometen el valor justicia, y de aclarar por otro lado al hombre “de la calle”, con sinceridad, sobre qué bases reales se ha resuelto, en su país, la cuestión de los derechos fundamentales. Ésta es la finalidad de mi conferencia de hoy: el ejercicio de la crítica. El espíritu de la ciencia, de la verdad, es la crítica (Popper). Realizaré por ello un análisis jurídico de la situación anterior a la ley 23.521, y posterior a ella, en el ámbito del derecho penal común y militar. Finalmente, será preciso una evaluación global de la significación jurídica y social de todo el proceso. Llegando a las siguientes conclusiones finales, al punto de evaluar moral y políticamente este triste final: PRIMERA.- A comienzos de este año, habían

aparecido dos artículos de filosofía moral que intentaban persuadir al hombre de la calle acerca de los fundamentos éticos de la denominada ley de punto final, sancionada en diciembre del año pasado. Según estos filósofos, la ley no modificaba en modo alguno la tradición del partido oficial de respetar de manera irrestricta los principios morales. El primero de esos artículos fue publicado por los asesores presidenciales Jaime Malamud Goti y Ricardo Entelman, en numerosos diarios del interior del país. El restante, aparecido en una revista de información general, fue escrito por Osvaldo Guariglia, un filósofo amigo del opaco subsecretario de Derechos Humanos (Radicales en el mal sentido de la expresión)". Tuvieron el coraje de decir, entre otras cosas, Malamud y Entelman, que una vez que la democracia se autoconstata como fuerte y sólida, ya no necesita aplicar la pena a todos los culpables: basta con algunas sanciones ejemplificadoras" (Rio negro, 19/12/87). Y presentaron este punto de vista como si derivara de alguna teoría vigente de aquellas que explican la legitimación moral del castigo estatal. Guariglia, en un texto mucho mejor escrito desde el punto de vista de su redacción formal, tras proponer una serie de distinciones totalmente radicales (Radicales en el mal sentido de la expresión) dijo que las críticas éticas y políticas contra el gobierno sólo provenían de la que denominó la "izquierda real" (La condena a los ex comandantes y la ley de extinción de las causas: un punto de vista ético, en revista "Vuelta 9", p. 12). SEGUNDA.- No hay tiempo aquí para considerar en detalle los respectivos puntos de vista de estos autores. Sólo diré que, con filósofos así, ni siquiera harían falta presidentes claudicantes: bastaría con el gobierno de los filósofos. Es un recurso desleal denominar izquierdista, real o imaginario (para parafrasear a Guariglia), a todo aquel que cree de verdad en

el valor de la dignidad del hombre, de su vida. Esto no es justo para con los liberales no izquierdistas, si son honrados y auténticos. Por ello, desearía ver escritos dos artículos rectificatorios de esos recientes ensayos de filosofía ética por aquellos que, en otro tiempo, defendían valores cercanos a los míos. No sé, por ello, si estos filósofos estarían dispuestos, también hoy, a defender la moralidad irrestricta del gobierno, con relación a la defensa de los derechos fundamentales. TERCERA.- Por mi parte, permítaseme mostrar aquí el grado de deterioro del respeto a los derechos humanos y al valor del principio republicano, habido durante este gobierno constitucional, con sólo confrontar los resultados que he criticado en esta exposición, con las promesas contenidas en el Mensaje a la legislatura que leyó el Presidente de la Nación el 10 de diciembre de 1983, primer día de su gobierno: un discurso verdaderamente memorable y conmovedor; excelente en muchos aspectos. Aquel día dijo el Presidente: “Una savia común alimentará la vida de cada uno de los actos del gobierno democrático que hoy se inicia: la rectitud de los procedimientos” Mensaje del 10/12/83, HCS de la Nación, DS. 1983. p. 77 - 404. “...Hoy ha terminado la inmoralidad pública. Vamos a hacer un gobierno decente (aplausos — acota aquí el Diario de la Cámara de Senadores—)... convocamos a los argentinos, no solamente en nombre de la legitimidad de origen del gobierno democrático, sino también del sentimiento ético que sostiene a esa legitimidad. “Este sentimiento ético constituye uno de los más nobles movimientos del alma. Aun el objetivo de constituir la unión nacional (afirmaba en aquella época el mandatario) debe ser cabalmente interpretado a través de la ética...” CUARTA.- “Quienes piensan que el fin justifica los medios suponen que un futuro maravilloso borraré las culpas provenientes de las

claudicaciones éticas y de los crímenes. La Justificación de los medios en función de los fines implica admitir la propia corrupción [decía, por entonces], pero, sobre todo, implica admitir que se puede dañar a otros seres humanos, que se puede someter al hambre a otros seres humanos, que se puede exterminar a otros seres humanos, con la ilusión de que ese precio terrible permitirá algún día vivir mejor a otras generaciones..." "Toda esa lógica de los pragmatismos cívicos remite siempre a un porvenir lejano. Pero nuestro compromiso está aquí..." QUINTA.- "El ciudadano común percibirá, de la mañana a la noche, la diferencia entre el autoritarismo y la democracia. Puedo asegurar [agregaba enfáticamente Alfonsín] que seremos totalmente honestos, desde el punto de vista intelectual, en la administración de los medios de comunicación en manos del Estado, y que ellos serán conducidos no solamente con limpieza administrativa sino con limpieza política, de modo que nunca más alguien tenga que rechazar o subvalorizar una noticia por provenir de un canal oficial y que nunca más nadie pueda suponer que se le retacea la información completa a que tiene derecho... (aplausos - dice aquí, de nuevo, la edición oficial de la Cámara de Senadores-)". Poco antes de ese párrafo, había dicho el Presidente: Termina hoy el estéril tutelaje sobre los habitantes de este país (Aplausos prolongados). Eso quiere decir que el gobierno retoma su tradición como defensor del Estado de derecho y de las libertades públicas y quiere decir, también, que los ciudadanos reasumen el pleno ejercicio de sus responsabilidades (¡Muy bien! ¡Muy bien! Aplausos - vuelve a decir aquí el Diario de la Cámara de Senadores -)". Y enseguida de eso: "Nosotros privilegiaremos, por lo tanto, la plena vigencia de los derechos humanos y la necesidad de dismantelar el aparato represivo (aplausos prolongados. Los

señores legisladores se ponen de pie acota textualmente, como con orgullo, la edición oficial)". Y mucho después: "No habrá más golpes de Estado ni planteamientos militares en la Argentina del futuro. Construiremos una República leal consigo misma y con sus ciudadanos, que no podrá ser traicionado nunca en su esencia democrática ni en su regularidad constitucional sin que el peso de semejante aventura recaiga sobre sus improbables protagonistas. Vamos a vivir todos en un orden de legitimidad basado en las periódicas decisiones soberanas de las mayorías populares".

SEXTA.- Algunos de ustedes oirán, quizá con disgusto, que haya traído a cuento estas palabras del Presidente - de cuando se presentaba como restaurador de la ética y propietario exclusivo de ella - en un momento en que se vuelve a oír que la política no tiene nada que ver con la moral, en momentos, en fin, en que, en contra de todas las promesas, el "discurso pragmático" ha desplazado al "discurso ético". Pero era preciso para mí dejar en claro que muchos de quienes hoy clamamos en favor de los principios esenciales del Estado de derecho, del valor de la dignidad del hombre, de la vida, somos algunos de aquellos que, tal vez por ingenuidad, tomamos en serio, al comienzo, la palabra del Presidente, en la que hoy no podría yo confiar en absoluto.

SÉTIMA.- Los juristas independientes y verdaderamente interesados por la verdad, no debemos dejar de lamentarnos cada día de nuestra vida, por el modo en que se ha engañado al hombre "de la calle", y conculcado el valor justicia, de manera tan contraria a todos los principios.

2.2. SUSTENTO TEÓRICO

2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

La controversia más discutida respecto a la obediencia debida es la determinación de su naturaleza jurídica. Porque no existe acuerdo en la doctrina respecto de su ubicación sistemática de la obediencia debida, llegando a ubicarlo como una causa de justificación, de atipicidad, de exclusión de la culpabilidad, de atenuación y hasta de exclusión de la acción.

Por el contrario hay acuerdo, con respecto a qué relaciones de subordinación podrán generar obediencia debida. Para que pueda aplicarse la obediencia debida, la relación de subordinación entre el que ordena y el que acata ante todo debe ser legal y debe ser proveniente de una relación de derecho público o militar, este hecho impone al inferior jerárquico la obligación de obedecer los mandatos de su superior, creándose así un deber jurídico, cuya inobservancia se castiga como delito de desobediencia (Morillas, 1984 y Mir, 2008). Lo cual quiere decir que debe existir una regulación jurídica establecida donde especifique la situación de subordinación de un sujeto respecto a otro; ello, sólo podrá darse en el ámbito público y militar, mas no en las relaciones privadas laborales o familiares (Villavicencio, 2006).

2.2.2. LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO CAUSA DE ATIPICIDAD

La discusión que trae consigo el cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido surge y ocurre cuando como consecuencia de su obediencia se afectan los derechos o bienes de un tercero. Por ejemplo,

cuando el policía que da cumplimiento a una orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad ambulatoria de la persona arrestada.

La doctrina coincide en que se trata del cumplimiento de un deber, pero se divide al momento de decidir si es que este cumplimiento deriva en una causa de justificación o de ausencia de tipicidad (Zaffaroni, Aliaga, Slokar, 2005; Zaffaroni, 1981; Villavicencio, 2006 y Vidal, 1991). En lo particular se opta por la segunda solución, Zaffaroni (1981) tomando para ello como referencia los fundamentos de la teoría de la tipicidad conglobante del profesor Zaffaroni. En efecto, el cumplimiento de la orden puede producir actos que perjudiquen a un tercero, como el policía que arresta a una persona en cumplimiento de un mandato de detención emitido por juez competente va a perjudicar al arrestado, quien verá restringido su derecho a la libertad; pero, éstos actos van a estar amparados por la ley, consecuentemente el comportamiento del inferior jerárquico será atípico. Esto se debe a que se trata de comportamientos tolerados que no superan la barrera del riesgo permitido, lo cual hace que no se pueda imputar responsabilidad penal a quien realiza este tipo de acciones.

2.2.2.1. El Tipo y la tipicidad

Para este caso resulta muy necesario hacer referencia a las definiciones de tipo y tipicidad, para ello se hace mención a las teorías de la adecuación social y tipicidad conglobante, a efecto de establecer en qué ocasiones el subordinado que cumple con lo mandado por el superior realiza un comportamiento que se

encuentra dentro del riesgo permitido. Por lo tanto, se pasa a explicar la teoría que considera a la obediencia debida como una conducta atípica, volviendo a mencionar para ello a la teoría de la tipicidad conglobante, esta vez explicada tomando en cuenta a la obediencia debida.

a. Referencia de Antecedentes del tipo

En el año 1906 de la era moderna nace el concepto de tipo con la teoría expuesta por Beling, conocida como *Tatbestand* (expresión alemana traducida generalmente como “hecho” o “supuesto de hecho típico”). Este autor señala que no hay delito sin tipo, y concibe el tipo como el conjunto de características objetivas mediante las cuales el legislador ha descrito categóricamente aquellas conductas que han de ser sancionadas penalmente (Cury, 1982). En la concepción de Beling, la atribución del delito a una persona determinada tiene lugar en base a la realización del *Tatbestand* concurrente en ella, siendo concebido el tipo como un modelo estrictamente objetivo al que ningún elemento subjetivo podría pertenecer (Cobo, Vives, 1990).

El autor plantea también una independencia del tipo frente a la antijuridicidad y la culpabilidad, teniendo esta afirmación como fundamento el tipo no contiene juicio de valor alguno, estando libre de todo elemento subjetivo-anímico, siendo así un concepto totalmente neutro (Welzel, 1987; Reyes, 1989; Jakobs, 1997 y Bramont, 2003). En el año 1930 Beling modifica su teoría,

incluyendo los conceptos de “tipo de delito o figura delictiva” (*Deliktypus*) y la “figura o esquema rector” (*Leitbild*). Al primero de ellos corresponden todas las descripciones internas y externas contenidas en cada figura legal –incluidos los elementos subjetivos–, mientras que el segundo se trata de un esquema conceptual unificador de los distintos elementos del tipo de delito, que por ser descriptivo y objetivo permite que afluyan en su tipo una parte objetiva (antijuridicidad) y una subjetiva (culpabilidad); por ejemplo, en el caso del homicidio, “la figura o esquema rector” solamente podrá ser descrito como “matar a un hombre”. Esta imagen puede así servir de modelo a una conducta humana y a acontecimientos distintos de la conducta (Folchi; Cury, 1982; Cobo y Vives, 1990).

Posteriormente, y gracias a la dogmática neokantiana, encabezada por Mezger, se estableció la idea de que el tipo debía perder la neutralidad valorativa, lo cual significaba que dejaría de ser puramente objetivo, pudiendo pertenecer a él todos los elementos que fundamentan la desvaloración jurídica de la respectiva clase de conducta, sean estos objetivos o subjetivos (Cobo, Vives, 1990; Righi, 2003).

b. Definición del tipo y la tipicidad

Actualmente se concibe y entiende al tipo como una abstracción concreta del conjunto de características objetivas y subjetivas que debe contener un hecho para poder ser sancionado penalmente, el mismo que se encontrará descrito en la ley penal (Cury, 1982;

Cobo, Vives, 1990; Bramont, 2003; Bacigalupo, 2004; Stratenwerth, 2005 y Folchi, 1982).

Pues bien, se define la tipicidad, como aquel comportamiento que coincide o se encuadra con el supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito (Bramont, 2003; Berdugo, García, 2008). Consecuentemente, para que una conducta sea típica, y por ende sancionada penalmente, es necesario que la parte objetiva y subjetiva de ésta encaje en la parte objetiva y subjetiva del tipo descrito en la ley (Mir, 2008). Tomando en cuenta lo señalado, cada vez que un comportamiento humano determinado no encuadre dentro de ningún tipo legal, por lesivo que parezca a intereses individuales o sociales, o por inmoral que sea reputado, no será susceptible de sanción penal alguna, al ser una conducta atípica (Reyes, 1989). Como se puede observar, el supuesto de hecho típico estará siempre regulado por la ley, lo cual implica un respeto por el principio de legalidad, cumpliendo así el tipo penal una función garantizadora (Bramont, 2003; Bacigalupo, 1988; Stratenwerth, 2005; Villavicencio, 2006; Cury, 1982) lo cual permite al ciudadano conocer de manera *ex ante* la diferencia entre una conducta sancionada y una atípica.

c. Adecuación social

Mir (2008) Como se acaba de explicar, la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos, cuando la conducta no encaja en la letra de ningún tipo penal; pero

también, podría serlo de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Este es el caso de las conductas que, a pesar de que pueden ser subsumidas dentro de un tipo penal, carecerán de relevancia penal por encontrarse dentro del marco de libertad de acción social permitido para toda persona (Welzel, 1987). Un ejemplo de esta clase de conductas son los golpes en una pelea de box, los cuales pueden originar daños corporales que se encuentran prohibidos por el tipo penal que sanciona las lesiones, y que sin embargo no serían considerados como típicos porque estas lesiones se originan como consecuencia de una conducta adecuada o tolerada por la sociedad.

Muñoz (1991) Parece lógico pensar que no debería estar tipificado lo adecuado socialmente, vale decir, los comportamientos habitualmente tolerados y practicados por la sociedad. No obstante, muchas veces existe un desfase entre lo que las normas penales prohíben y lo que se considera adecuado. Este desfase podría llevar inclusive a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal. Mientras ello no suceda, no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad, puesto que se trata de una conducta atípica, lo cual quedará en evidencia luego de realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales que son redactados con demasiada amplitud y que extienden en demasía el ámbito de prohibición.

Villavicencio (2006) Sin embargo, no existe acuerdo en la doctrina con respecto a la ubicación de la adecuación social dentro de la teoría del delito. Así, se ha llegado a entender también como una causa de justificación, supuesto de atipicidad, causa de exculpación, y hasta se ha planteado rechazarla.

d. Teoría de la tipicidad conglobante

Rusconi (1992) Dice: Esta teoría ha sido propuesta en Latinoamérica por Zaffaroni. El autor sostiene que la norma y el bien jurídico no pertenecen al tipo, sino que permanecen “antepuestos” a él, lo que hace que tanto la afectación del bien jurídico y la anti normatividad sean características necesarias para la tipicidad de una conducta. Conforme a esto, una conducta, por el hecho de ser típica, necesariamente será también anti normativa y deberá afectar a un bien jurídico penalmente tutelado (Zaffaroni, 1981). Es a partir de lo dicho que este autor hace una distinción entre tipo legal y tipo penal. El primero de ellos es una simple adecuación formal al tipo que no implica la antinormatividad de la conducta. Es en el segundo de ellos donde el autor introduce su noción de tipicidad conglobante, al decir que el tipo penal resultará de la suma de la tipicidad legal, la antinormatividad y la afectación de bienes jurídicos, lo cual se logra mediante la indagación del alcance prohibitivo del tipo legal, no considerado aisladamente, sino que conglobado con otras normas penales prohibitivas (Vidal, 1991).

Este fundamento se explica mejor con su aplicación para el cumplimiento de un deber. Zaffaroni (1981), pone el ejemplo del oficial de justicia que, con todos los recaudos de ley y en cumplimiento de una orden judicial perfectamente formal y materialmente válida, procede a secuestrar un bien mueble totalmente ajeno. Dice que en este ejemplo, pese a que la conducta se encuadra en una descripción típica (secuestrar un bien ajeno), se realiza en cumplimiento de un deber, es decir que la norma prohibitiva se encuentra limitada en su ámbito de prohibición por otra norma que, en este caso, prohíbe no hacer lo que el tipo que corresponde a la primera norma prohibitiva describe (prohíbe no cumplir con una orden lícita). El autor señala que el ejemplo muestra que la conducta, pese a adecuarse a un tipo legal (secuestrar un bien ajeno) no puede ser típica cuando una norma distinta de la que el tipo legal expresa, prohíbe dejar de realizarla (si el oficial no cumple con la orden cometerá el ilícito penal de desobediencia), lo cual evidencia que se trata de un comportamiento que, debido a que es no antinormativo y no afecta bienes jurídicos, debe ser considerado como atípico.

2.2.2.2. La obediencia debida como conducta atípica

Esta teoría supone que existe un comportamiento atípico cuando el subordinado, en virtud de la legalidad –formal y de contenido- de la orden, no tenga más remedio que cumplirla, al generársele una obligación jurídica para que obedezca el mandato (Bustos, 1989; Creus, 1990; Du Puit, 2002 y Bramont, 2005). La obligación de

obedecer esta clase de órdenes hace que, como consecuencia de su licitud y vinculatoriedad, el subordinado tenga que acatarla, ya que de no hacerlo cometerá delito de desobediencia (Bustos, 1989).

En consecuencia, se acoge también la idea de que cuando la orden sea impartida legítimamente y su contenido sea lícito, el inferior deberá obedecerla, quedando su comportamiento encuadrado en el cumplimiento de un deber jurídico, considerado como ausencia de tipicidad, y no como causa de justificación (Zaffaroni, 1981; Vidal, 1991; Slokar, 2005 y Villavicencio, 2006)

El razonamiento antes mencionado tiene como fundamento a la teoría de la tipicidad conglobante impuesta por Zaffaroni (1981). De existir obediencia de órdenes legítimas en su forma y contenido –lo cual constituye el cumplimiento de un deber, podrá haber un conflicto entre dos normas de obligatorio cumplimiento. Por ejemplo, en el caso del policía que cumple con un mandato de detención legítimo ordenado por un juez, habrá un conflicto entre la obligación de cumplir con el mandato y la obligación de no restringir la libertad de una persona.

Si es que se aplica la teoría de la tipicidad conglobante, el conflicto se resolverá de la siguiente manera: El tipo legal constituido por la norma prohibitiva de no restringir la libertad de las personas será conglobado con el resto de normas para poder verificar si es que es anti normativa y vulnera algún bien jurídico. Al existir una norma

prohibitiva que impide al subordinado no cumplir con la orden de restricción de la libertad, su comportamiento no será anti normativo, ni vulnerará bienes jurídicos (Sentencia de la Sexta SPE del 19/2/2007, Exp. N° 33-2001), siendo de esa manera atípico. Ello se debe a que según este razonamiento no es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho (Rusconi, 1992) – una ordena la detención de la persona y la otra impide la restricción de su libertad.

2.2.2.3. Error de tipo

El error de tipo surge cuando el comportamiento del sujeto activo se encuentra subsumido en un tipo penal sin que éste lo sepa, existiendo error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo (Salazar, 2003 y Bacigalupo, 1988). De este modo, el sujeto estima que está realizando un hecho lícito y atípico, pero objetivamente ha realizado un tipo penal (Bramont, 2003). Como ejemplo se tiene al cazador que dispara contra un venado dentro de un bosque donde estaba permitido la caza, creyendo que se trataba de un animal, cuando en realidad era una persona que se había disfrazado de venado.

Por otro lado, el error puede ser consecuencia de que el sujeto activo no haya comprendido algún elemento típico que existe objetivamente (falta de representación), o lo comprenda de manera diferente de lo que es en realidad (representación falsa) (Villavicencio, 2006). Asimismo, el error puede recaer sobre

cualquiera de los elementos del tipo, sean estos descriptivos o normativos (Salazar, 2003; Hurtado, 2005 y Muñoz, 1991). Cuando se trata de un error sobre los elementos descriptivos del tipo, el autor percibe equivocadamente un elemento típico, mientras que cuando el error recae sobre los elementos normativos del tipo, el agente carece de una valoración que le permita comprender el significado del elemento típico (Villavicencio, 2006). Una vez excluido el dolo por el error de tipo los efectos varían dependiendo de si el error era evitable o no. En el primer caso el autor actuará de manera imprudente, por lo que la infracción será castigada como culposa, mientras que en el segundo caso no hay dolo ni imprudencia, por lo que se tratará de un supuesto que no será castigado penalmente (Luzón, 1999).

La obediencia debida podría generar un error de tipo cuando se presente un error sobre el deber de obediencia, ya que éste es un elemento que integraría al tipo penal (Zúñiga, 1992). Ello se explicaría porque el inferior jerárquico puede tener una falta de representación o representación falsa sobre el deber de obedecer una orden cuando no sea manifiestamente ilícita, lo cual le puede llevar a creer erróneamente que debe obedecerla. El inferior jerárquico ha recibido un mandato que, al no ser abiertamente antijurídico, le hace pensar que su comportamiento no constituye supuesto típico alguno. Es por este contexto social y jurídico (el deber cumplir una orden que proviene de un superior y que no es manifiestamente antijurídica) que el subordinado no comprende el

sentido material de su comportamiento, desconociendo así que su conducta se adecua a un tipo objetivo (Hurtado, 2005).

Un ejemplo de lo antes señalado es el de un miembro de la fuerza aérea que recibe la misión de soltar una bomba sobre un blanco en un aparente ejercicio práctico. Se había informado al subordinado que el objetivo era una choza deshabitada, aunque lo cierto era que en su interior había prisioneros de guerra detenidos. En este caso, el inferior recibió una orden aparentemente lícita, al habersele informado que el objetivo del ejercicio práctico era una choza deshabitada, creyendo equivocadamente que su comportamiento no constituía ilícito penal alguno. Asimismo, en este ejemplo el subordinado se encontraba en un contexto en el cual tenía que obedecer una orden que aparentaba ser lícita, puesto que la relación de subordinación que lo une con su superior hace que deba cumplir con los mandatos de éste, siempre y cuando no sean manifiestamente ilícitos, tal y como sucedió en el ejemplo en mención.

2.2.2.4. Consecuencias jurídicas de entender a la obediencia debida como un supuesto de atipicidad

Las consecuencias jurídicas de entender a la obediencia debida como una causa de atipicidad serían tres. La *primera* es que no va a ser necesario valorar la tipicidad subjetiva, puesto que el actuar del subordinado se encuentra dentro del riesgo permitido, no siendo requerida la valoración de la voluntad del autor. De esta

manera, si es que el comportamiento del subordinado, luego de ser valorado desde un plano objetivo, no puede ser subsumido dentro de un tipo penal, no será necesario analizar la intención que tuvo al momento de realizarlo, ya que dicho actuar no podrá nunca tener consecuencias penales. Por ejemplo, si es que un policía detiene a una persona en cumplimiento de una orden judicial lícita, no interesará valorar si es que odiaba y por ende anhelaba ver en la cárcel a la persona que detuvo, ya que al encontrarse su comportamiento dentro del riesgo permitido, no se deberá analizar con qué intención lo realizó.

La *segunda* consecuencia jurídica es que no se podrá atribuir responsabilidad penal por participación. Esto por el principio de accesoriedad, el cual precisa que para sancionar al partícipe debe primero haber existido un comportamiento antijurídico por parte del autor (Mir, 2008 y Hurtado, 2005). Pues bien, para saber si es que el acto cometido por el autor es punible o no, el hecho principal cometido por éste debe ser típico y antijurídico. Esto en virtud de la teoría de la accesoriedad limitada, la cual considera además que la culpabilidad de cada partícipe es individual y no accesoría (Bacigalupo, 2004). Es así que si se considera a la obediencia debida como causa de atipicidad, no será posible imputar responsabilidad penal por participación a un tercero, al carecer el hecho cometido por el autor de tipicidad y antijuridicidad.

La *tercera* consecuencia de entender a la obediencia debida como causa de atipicidad es que, al no ser el hecho antijurídico, cuando

el subordinado actúe contra un tercero en cumplimiento de la orden (por ejemplo, el policía que cumple con un mandato de arresto) no será posible la legítima defensa de éste, puesto que la agresión no será ilegítima (Zuñiga, 1992).

2.2.2.5. La obediencia debida como error de tipo

Respecto al error de tipo, éste puede ser aplicado cuando el subordinado incurra en un error sobre el deber de obediencia, y estime que su comportamiento no constituye supuesto típico alguno.

Como se indica líneas arriba, la actuación de un subordinado en virtud del cumplimiento de un deber deberá ser entendido como un comportamiento atípico. En ese sentido, el subordinado incurrirá en error de tipo cuando crea que actúa en cumplimiento de un deber, creerá que está realizando un hecho lícito y atípico, aunque objetivamente ha realizado un tipo penal.

Para poder entender de mejor forma lo expuesto, se debe tener en cuenta lo dicho al respecto por el profesor MUÑOZ CONDE, quien señala que si las características especiales del deber jurídico, el carácter “debido” del comportamiento, es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión, el error sobre las mismas (en su conjunto y no descomponiéndolas) debe ser tratado como un error sobre el tipo, ya que el dolo debe referirse a todos los elementos integrantes del tipo (de la “infracción penal”) y estas características son elementos configuradores y

constitutivos del mismo. En ese sentido, es evidente que en el caso de la obediencia debida el deber jurídico es un elemento determinante de la tipicidad, pues el subordinado actuará de manera atípica cuando lo haga precisamente en cumplimiento de un deber, el cual se genera a partir de la emisión de una orden lícita por parte de su superior.

Pese a lo dicho, para que el subordinado pueda alegar error de tipo, deberá primero recurrirse a la teoría de la imputación objetiva, a fin de corroborar si es que de acuerdo a su rol le era exigible o no el conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado.

También, para poder establecer cuándo el subordinado podrá alegar error de tipo, se cree necesario hacer referencia a la potestad que tendrá de revisar lo ordenado, para así determinar si es que tenía la capacidad de conocer que no estaba actuando en cumplimiento de un deber, por haber recibido una orden con contenido antijurídico.

a. Potestad de revisión de órdenes por parte del subordinado

Para poder establecer en qué casos el subordinado puede incurrir en error de tipo, es necesario definir cuándo tendrá la potestad o el deber de revisar la directiva del superior (La Jurisprudencia Chilena se ha pronunciado sobre este tema mediante la sentencia emitida por la Quinta Sala de Ittma del 05/01/04, Exp. N° 11.821-2003). Este punto es importante, ya que el error se presentará cuando el

subordinado no conozca la ilicitud de lo ordenado, al no tener la posibilidad de revisarlo.

Si se parte de la idea que no existe el deber de obediencia ciega a los mandatos emitidos por el superior (Reynoso, 2003), el subordinado tendrá el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. Sin embargo, lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas – sobre todo a las militares-, según el cual no resulta posible que el subordinado pueda discutir en todo momento cualquier orden emitida por su superior jerárquico (Zúñiga, 1992; Morillas, 1984).

Una probable solución a esta problemática puede ser hallada a través de la teoría de la apariencia, según la cual el Derecho no puede exigir que el subordinado sepa que el contenido material del mandato sea ilícito, sino que basta con que su apariencia no infrinja manifiestamente un precepto legal. Se entiende aquí que los mandatos dictados por los superiores competentes están cubiertos por una presunción de legalidad en virtud del principio de confianza, razón por la cual su cumplimiento es en principio obligatorio (Zúñiga, 1992 y Ugaz, s/f).

Otra solución -que parte de no aceptar la existencia de órdenes que deban ser obedecidas ciegamente- es entender que en principio el funcionario tiene el deber de examinar la orden desde el punto de vista formal, ya que el ordenamiento jurídico le obliga a no

obedecer al superior que no tiene competencia para impartir el mandato (*Creus*, 1990). El examen abarcará los requisitos de la orden, vale decir, la competencia propia y del superior, la relación de subordinación misma, y si el mandato está revestido de las formalidades legales requeridas. Esta revisión haría que el inferior entre en el contenido o materia del mandato, pues sólo así puede saber si éste se adecúa a la clase de órdenes que ha de cumplir (*Cardini*, s/f).

Se cree que, para poder delinear la potestad de revisión de órdenes del subordinado se debe hacer una distinción entre la capacidad de examen que tienen los militares y la que posee el resto de funcionarios públicos. Esto se debe a que, como consecuencia de la rigurosidad que adquieren los principios de subordinación y obediencia en las instituciones militarizadas, el poder de revisión del subordinado castrense será mucho más restringido que el de cualquier otro funcionario del Estado (*Reynoso*, 2003).

Un sector de la doctrina (*Jescheck*, *Weigend*, 2002; *Romero*, 1969 y *Mesa*, 1962) entiende que el funcionario público sólo tiene el deber de verificar el carácter vinculante de un mandato emitido por el superior competente si es que considera que existen razones para creer que lo que se le está exigiendo es la comisión de un hecho punible, mientras que en el caso de los militares no les corresponde ningún deber de examen o derecho de verificar la orden, pues tienen que ejecutarla con todos los medios a su

alcance, concienzuda e inmediatamente. Esto no significa que el subordinado militar deberá sin más obedecer todo tipo de órdenes, pues estará legitimado para formular objeciones al superior cuando considere que el cumplimiento de la orden derivará necesariamente en la comisión de un hecho punible.

Con el propósito de poder analizar la posición que ha tomado la legislación nacional con referencia a la posibilidad de que los subordinados revisen órdenes dictadas por sus superiores, es preciso hacer nuevamente una distinción entre el ámbito militar y el público.

En cuanto al ámbito militar, resulta coherente con la naturaleza misma de estas instituciones que el subordinado deba confiar en lo que le manda su superior, y que no cuestione cada orden que se le imparta (Du, 2002). Sin embargo, ello no significa que nuestro ordenamiento permita la obediencia ciega de órdenes (Peña, 2007), no absolviéndose de responsabilidad penal a ningún subordinado –ni siquiera militar- que cumpla con una orden que sabe es ilegal, ya que ello contraviene lo ordenado por la Constitución (Rubio, 1997).

Pues bien, lo señalado ha quedado también plasmado en el artículo 3° de la ley del régimen disciplinario de las fuerzas armadas, el cual refiere que cuando las órdenes son contrarias al ordenamiento constitucional, legal y suponen la comisión de hechos delictivos o la violación flagrante de derechos

fundamentales de la persona, el personal subordinado no está en la obligación de cumplirlas y debe exponer al superior que las imparte, por escrito, las razones que sustentan su actitud. Cuando las circunstancias no permiten la exposición escrita de dichas razones, el subordinado podrá hacerlo verbalmente. De este modo, se puede entender que si bien el subordinado no deberá cuestionar toda orden impartida por el superior, sí tendrá al menos la potestad de cuestionar, ya sea por escrito, o de manera verbal, las órdenes de un superior que sean manifiestamente ilícitas o contrarias a la constitución.

La actuación de los militares se encuentra también regulada por el CJM, el cual no puede apartarse de lo mandado por la Constitución y aceptar la vinculación de órdenes ilegales. Es por ello que la interpretación de estas normas debe hacerse siempre en concordancia con lo establecido por la Carta Magna (Hurtado, 2005). Esta restricción al poder de examen de los subordinados se puede observar claramente en el CJM. El artículo 19° inciso 8 de dicho Código exime de responsabilidad penal al que se resiste a cumplir una orden impartida por autoridad competente o superior jerárquico competente que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra.

De este artículo se desprende que el poder de revisión de mandatos por parte del militar se verá restringido, toda vez que al no exigírsele el cumplimiento de órdenes manifiestamente ilegales, se entiende que sí se le exigirá el cumplimiento de órdenes que

sean ilegales, pero no de manera manifiesta, quizás por la falta de potestad que tendrá para revisar lo mandado. Sin embargo, lo dicho contradice lo establecido con la Constitución, ya que la norma en mención estaría permitiendo la vinculación de órdenes ilícitas no manifiestas, lo cual no es aceptado por nuestro ordenamiento jurídico (Art. 3 de la Constitución de 1993).

En ese sentido, la interpretación que se debe hacer del artículo 19° inciso 8 del CJM es la siguiente: el subordinado podrá cumplir con una orden que sea ilícita, pero no de manera manifiesta. Sin embargo, ello no se deberá a que lo vincule la ilicitud del mandato, sino a que se encontrará ante una situación extrema que no le permitirá revisar el contenido de la orden, la cual, al no ser abiertamente ilegal o inconstitucional, hará que la cumpla por encontrarse en error.

Estos casos en que el subordinado no puede reconocer de manera clara la ilicitud de la orden son tratados también por el profesor Jakobs (1997), quien sostiene que de haber duda sobre la legalidad de la orden, y siempre que el tiempo lo permita, no será el superior jerárquico quien decida, sino que esta controversia deberá ser resuelta por los principios generales del Derecho. Este autor explica su posición mediante el siguiente ejemplo: Al soldado que se le ha ordenado manejar una máquina que no puede controlar, le está permitido no ejecutar el mandato, incluso tras haber formulado sin éxito una objeción, si habría puesto en peligro la vida o la integridad corporal de alguna persona; pero si sólo se teme a la

producción de daños materiales insignificantes, debe obedecer. Lo afirmado sólo podría ser aplicado de manera excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que el artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Estado señala que los principios generales del Derecho deben aplicarse cuando exista vacío o deficiencia en la ley. Como consecuencia de ello, sólo se podrían resolver las dudas sobre la legalidad de la orden a través de estos principios cuando exista un vacío o deficiencia en la ley que no permita resolver la disputa entre el superior jerárquico y su subordinado.

Estos casos de duda del subordinado son desarrollados también por el profesor Stratenwerth (2005), aunque haciendo referencia al error de prohibición. El autor señala que cuando el sujeto activo, si bien no está seguro de que determinada conducta es antijurídica, al menos sí considera posible que lo sea (la llamada consciencia eventual del ilícito) no se le podrá exigir sin más que renuncie a realizarla. Bajo este fundamento, el subordinado que no está seguro de la legalidad de la orden emitida por el superior deberá cumplir con lo mandado. Sin embargo, lo dicho no podría aplicarse en las relaciones jerárquicas castrenses, en las cuales el subordinado deberá, siempre y cuando la circunstancia se lo permita, objetar el mandato del superior cuando crea que éste es ilegal o inconstitucional.

Asimismo, Stratenwerth (2005) señala: que en ciertas circunstancias –como puede ser el caso de la obediencia debida– se puede tener en cuenta a favor del autor que comete el hecho

antijurídico a pesar de la duda, la inexigibilidad que tenía de esclarecer la situación jurídica. Lo cual parece justificado, como se ha mencionado, hay situaciones extremas en las que el subordinado cumplirá con una orden ilícita, pero no de manera manifiesta, ello porque no tiene la posibilidad de revisarla, actuando así por error. De este modo, concuerdan con el autor en que para determinar si se aplica el error, aunque en este caso se trate de un error de tipo o uno de prohibición, se tomará en cuenta necesariamente la inexigibilidad, y en muchas ocasiones la imposibilidad, del subordinado para poder esclarecer sus dudas sobre la antijuridicidad de lo mandado.

Por otro lado, el caso de los órdenes, mandatos recibidos por los subordinados en el ámbito público civil es diferente. La misma norma penal reconoce a los inferiores jerárquicos la potestad de examinar la orden recibida. Esto en virtud del artículo 20° inciso 9 del CP, el cual exime de responsabilidad al que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Lo manifestado implica que el inferior jerárquico al menos tendrá que examinar si es que la orden proviene de autoridad competente y si es que además ha sido expedida por ésta en el ejercicio de sus funciones. Esta revisión aparenta ser sólo sobre los requisitos formales de la orden, aunque se concuerda con la idea de que este tipo de revisiones muchas veces derivará en un examen del contenido de la directiva.

2.2.3. LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

Para comprender las teorías que proponen a la obediencia debida como una causa de justificación, se hace necesario desarrollar primero el concepto de antijuridicidad, entendido como aquel comportamiento contrario a Derecho que siempre será sancionado. Una vez comprendidos los conceptos de antijuridicidad y causas de justificación, se podrá concluir si es que la obediencia debida puede ser considerada dentro de alguna de las causas que justifican comportamientos antijurídicos.

Las teorías estudiadas que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos (Mac, 1998)) Las órdenes justificadas *per se*; 2) las órdenes conforme a Derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico.

Las órdenes justificadas *per se* obedecen a la teoría del *Respondeat Superior*. Según ésta, toda orden emitida por un superior será de obligatorio cumplimiento para el subordinado, quien estará siempre justificado por la ejecución del mandato. Es evidente que esta teoría no podrá tener asidero en nuestro ordenamiento jurídico. Esto se debe a que de acuerdo a lo expuesto (Art. 3 Constitución de 1993) una orden con contenido antijurídico no puede vincular en un Estado de Derecho, razón por la que ningún subordinado podría ser justificado por haber cumplido una orden que a todas luces tiene un contenido antijurídico. Asimismo, no hay que olvidar que las causas de justificación son supuestos excepcionales y taxativos dentro de la norma penal que

excluye la antijuridicidad de la conducta típica, haciendo que ésta sea conforme a Derecho. Pues bien, no existe causa de justificación alguna dentro del CP que exima de responsabilidad al subordinado que cumpla con toda clase de orden emitida por su superior.

Las órdenes conforme a Derecho (Bramont, 2005) como se ha dicho anteriormente implican el cumplimiento de un deber, pero no como causa de justificación, sino que como una de ausencia de tipicidad (Meini, 2009).

Finalmente, cabe señalar las órdenes con contenido antijurídico. En primer lugar, se tiene la justificación del cumplimiento de órdenes antijurídicas por estado de necesidad en su modalidad de colisión deberes, en el cual surge un conflicto para el subordinado entre el deber de obediencia hacia el superior, y el deber de no cometer hechos antijurídicos. La aceptación de lo propuesto por esta teoría es inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico (Meini, 2009). Habiendo probado ya que en un Estado de Derecho no pueden existir mandatos antijurídicos vinculantes, no cabe duda de que en este tipo de ordenamientos no existirá un deber de obediencia de órdenes antijurídicas, por lo que la colisión de deberes a la que se hace referencia no podrá nunca presentarse (Righi, 2003).

Como consecuencia de lo dicho, cuando el cumplimiento de la orden antijurídica derive en una agresión contra un tercero, éste podrá repelerla, ya no bajo la justificación del estado de necesidad defensivo,

puesto que al ser la agresión ilegítima, es perfectamente aplicable la legítima defensa.

De igual modo, y a pesar de lo manifestado, se cree que es aplicable el estado de necesidad cuando el subordinado cumpla con un mandato que sabe es antijurídico. Sin embargo, ello no se deberá a que existe una colisión entre el deber de obedecer una orden antijurídica y el de no cometer hechos antijurídicos. El fundamento para la aplicación del estado de necesidad será la existencia de una colisión de bienes ante la existencia de una situación de necesidad, en la que el bien salvado deberá ser de mayor jerarquía que el sacrificado (Bacigalupo, 2004). De esta forma, se podrá justificar al subordinado que cumple con una orden antijurídica si es que se comprueba que con su obediencia se salvará un bien de mayor jerarquía que el que se resguardaría de no cumplirse con el mandato. Los requisitos que exige la norma para que se pueda aplicar el estado de necesidad justificante por conflicto de bienes son los mismos que para los casos de colisión de deberes (Jacobs, 1997 y Mir, 2002).

Un ejemplo de la aplicación del estado de necesidad por colisión de bienes en casos de cumplimiento de órdenes antijurídicas puede ser el siguiente: El ejército del Estado A inicia una persecución a un grupo terrorista en la frontera que tienen con el país B. El problema aparece cuando los perseguidos ingresan al territorio del país B, y el superior ordena a sus subordinados que ingresen también a pesar de que saben que ello está prohibido.

La razón por la cual el subordinado se encontraría obligado a cumplir con la directiva no es su conformidad a Derecho, sino que lo debería de hacer en virtud a que se encuentra ante un evidente estado de necesidad en el cual deberá salvar el bien jurídico de mayor jerarquía.

En segundo lugar, está la justificación del cumplimiento de órdenes antijurídicas por el cumplimiento de la ley. Aquí se dice que la obediencia por el subordinado a una orden ilegítima del superior cuya legalidad no tiene derecho a examinar, justifica su hecho, porque la ley le impone un deber específico de obediencia. No resulta tampoco aceptable concluir que la ley impone un deber de obediencia de órdenes ilegítimas, como se acaba de concluir, en un Estado de Derecho esta clase de mandatos no podrá nunca generar deber jurídico alguno.

2.2.3.1. La Antijuridicidad

Tal como se acaba de precisar (Bramont, 2003 y Stratenwerth, 2005) cuando un comportamiento se puede subsumir dentro de un supuesto de hecho legalmente establecido en algún tipo de delito existe una conducta típica. Cumplida esta fase, el juez deberá valorar si es que existe alguna causa de justificación, de no ser así, la conducta, además de típica, será antijurídica (Reyes, 1989).

Se entiende entonces a la antijuridicidad como un juicio de valor que se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta del hombre, constituye una unidad de elementos objetivos y subjetivos (Welsel, 1987). La

doctrina hace una diferencia entre antijuridicidad e injusto, siendo el primero de ellos el que designa una propiedad de la acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho penal, mientras que el segundo es la conducta antijurídica misma (Welsel, 19878; Roxin, 1997 y Muñoz, 1991).

De lo expuesto se podría pensar que un hecho típico será necesariamente antijurídico, puesto que si está regulado por la norma penal es porque afecta el ordenamiento jurídico. No obstante, esto no va a ser siempre así, ya que pueden concurrir causas de justificación que hagan que la conducta típica no sea considerada como antijurídica. Si es que no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es la constatación de la culpabilidad del autor del hecho típico y antijurídico (Muñoz, 1991).

Por otro lado, para un gran sector de la doctrina (Muñoz, 1991; Roxin, 1997; Luzón, 1999; Hurtado, 2005; Mir, 2008 y Maurach/Zipf, s/f), la antijuridicidad cuenta con dos aspectos: formal y material. La antijuridicidad formal es una relación entre la acción o conducta y el Derecho; concretamente, la contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico. Por antijuridicidad material se entiende a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal.

No obstante, el contenido material de la antijuridicidad no se agota en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –*desvalor de*

resultado-, ya que además es necesario valorar la acción que dio lugar a la vulneración del bien jurídico –*desvalor de acción*.

El *desvalor de acción*, que surge a partir de la teoría finalista de la acción (Welzel, 1987), consiste tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor, como en las circunstancias que incurren en su persona. De ahí que se distinga entre el *desvalor de acción* referido al hecho y al autor (Jescheck/Weigend, 2002). Esto quiere decir que por ejemplo la acción de matar a otro no será valorada igualmente cuando es cometida con dolo que cuando es realizada con imprudencia, lo cual explica que se pueda hablar de tipo de injusto doloso y tipo de injusto imprudente (Berdugo, Arroyo, Ferré, Serrano, García y Terradillos, 2004). Asimismo, no se valorará de igual manera el modo en que se comete el ilícito, pues no es lo mismo realizar un robo simple que uno agravado. En cuanto al grado, no será valorada de igual manera una acción consumada que una cometida sólo en grado de tentativa.

De lo dicho queda claro que en el Derecho penal no puede haber injusto de resultado sin injusto de acción –sólo serán antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de un bien jurídico que deriven de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico y sólo serán antijurídicas las acciones que vulneren los valores que fundamentan a los bienes jurídicos protegidos, ya que están perfectamente entrelazados (Muñoz, 1991; Luzón, 1999; Roxin, 1997 y Mir, 2002). Como claro ejemplo de ello se tiene el del policía que realizada un arresto en cumplimiento de un mandato judicial

lícito. Aquí se ha producido el resultado –privarle la libertad a una persona-; sin embargo, el mismo no será sancionado penalmente, puesto que la acción de arrestar a una persona en cumplimiento de una orden judicial lícita no está desaprobado por el ordenamiento jurídico.

Para el funcionalismo de Jakobs existe una perspectiva distinta del concepto antijuridicidad. A fin de poder entenderla, es necesario hacer un breve repaso a la dogmática funcionalista.

Para Jakobs el Derecho aparece como un ente regulador de la sociedad, en la cual existen contactos sociales entre personas (Polaino, 2006). Estos contactos son una señal de que quien lo inicia no va a esperar que la otra persona realice un comportamiento imprevisible con un desenlace indeterminado, sino que pretenderá que adecue su comportamiento conforme a las normas (Quintero, 2006) vigentes en la sociedad –esto se conoce en el funcionalismo como expectativa normativa (Jacobs, 1997). Es bajo este fundamento que Jakobs construye el concepto de acción, entendido como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma.

La diferencia entre el concepto funcionalista de acción, y el concepto finalista de acción radica en que en el funcionalismo el reconocimiento de la vigencia de la norma puede ser completo sin que se produzca un resultado externo del delito, bastando con que

el autor haya dado principio a la producción del resultado –por ejemplo, los casos de tentativa dolosa-. El resultado para Jakobs es una ulterior objetivación que incrementa cuantitativamente el movimiento corporal. En el caso del finalismo, en cambio, es necesaria la producción de un resultado, puesto que lo determinante de la acción para esa corriente dogmática es la voluntad final que se busca con la realización de la acción.

Desde esta perspectiva, la discusión acerca del *desvalor de acción* y del *desvalor de resultado* es inadecuada para captar aquello de lo que se trata: el no reconocimiento de la vigencia de la norma que se produce a través de la expresión de sentido de una persona, pudiendo ser la objetivación más o menos intensa, estos es, cuantitativamente diferenciada (Jacobs, 2000).

2.2.3.2. Las causas de justificación

Como se ha mencionado en el punto anterior (Bramont, 2003 y Stratenwerth, 2005) el hecho típico no será antijurídico cuando concurra una causa de justificación. Por ello, se puede concluir que las causas de justificación son casos especiales de excepción que excluyen la antijuridicidad de la conducta en principio típica, haciendo que ésta sea conforme a Derecho, vale decir, justificada (Mezger, 1955; Cerezo, 1985; Welzel, 1987; Cobo, Vives, 1990 y Luzón, 1999).

Históricamente han existido dos teorías que estudiaron la sistematización de las causas de justificación en función a los

principios que le sirven de fundamento: Las monistas y la dualista. Las teorías monistas buscan hallar un único fundamento a todas las causas de justificación (Cerezo, 1985). Por su parte, la teoría dualista, fundamentada por Mezger, sitúa conjuntamente en las causas de justificación los principios del interés preponderante y de la falta de interés (Mezger, 1955; Cobo, Vives, 1990; Jacobs, 1997 y Roxin, 2007). Sin embargo, existe un sector de la doctrina actual (Maurach, Zipf; Cerezo, 1985; Muñoz, 1991; Luzón, 1999, Jescheck, 2002 y Weigend, 2002) que entiende que se debe dejar de lado estas teorías, pues si bien es cierto que las causas de justificación tienen ciertos rasgos o principios generales comunes, es preferible examinar el o los fundamentos específicos o diferenciadores de cada una de ellas.

El tema quizás más controvertido con respecto a las causas de justificación es la inclusión de los elementos subjetivos dentro de ellas. Por un lado, desde el punto de vista de la teoría final de la acción (Bramont, 2003 y Stratenwerth, 2005) toda causa de justificación tendrá elementos objetivos y subjetivos, estando estos compuestos por la voluntad final del sujeto de actuar amparado en una de esas causas (Welzel, 1987). Asimismo, un sector de la moderna doctrina penal (Muñoz, 1991; Roxin, 1997; Jescheck, Weigend, 2002 y Maurach, Zipf, s/f) reconoce también que las causas de justificación cuentan con un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento por parte del sujeto de que está actuando justificadamente. Finalmente, se ha llegado a proponer

(Cerezo, 1985 y Luzón, 1999) que en adición al conocimiento de la actuación justificada, se agregue al elemento subjetivo un ánimo específico o voluntad de cumplir la actuación justificante; por ejemplo, el *animus defensionis* o *defendendi* en la legítima defensa.

Por otro lado, existen posiciones doctrinarias que rechazan los elementos subjetivos en las causas de justificación, aunque no siempre bajo el mismo sustento. Desde un punto de vista de la teoría causal de la acción, el juicio sobre la antijuridicidad sólo podrá referirse al acontecimiento externo, y éste quedará justificado cuando aparezca objetivamente adecuado a una causal de justificación, razón por la que las causas de justificación carecen de todo elemento subjetivo (Cury, 1982). De distinta forma, se rechaza también (Cobo, Vives, 1990 y Luzón, 1999) la inclusión de ánimos específicos en las causas de justificación, salvo en caso que la ley lo exija.

2.2.3.3. Diferentes interpretaciones de la obediencia debida como causas de justificación

Analizados ya los conceptos de antijuridicidad y causas de justificación, es pertinente hacer un repaso de las diferentes interpretaciones que ha dado la doctrina a la posibilidad de que la obediencia debida sea considerada como una causa de justificación.

a. Órdenes justificadas *per se*

Esta clase de órdenes se ha trabajado en los Estados Unidos de Norte América a través de la teoría del *Respondeat Superior*, utilizada en las relaciones militares existentes en ese país. Para esta teoría la orden de un superior, cualquiera sea su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento, de tal forma que quien la ejecuta obra siempre de manera justificada. El fundamento es el siguiente: la piedra angular del sistema militar Norteamericano consiste en que las órdenes impartidas por el superior jerárquico protegerán al subordinado que las cumple. No interesa que dichos mandatos no sean conforme a ley, teniendo los subordinados el deber de obedecer siempre las órdenes de los superiores, al extremo de no poder discutirlos o cuestionar su legalidad (Mac, 1998).

Este fundamento, en su afán de demostrar que el superior siempre responderá ante el actuar de sus subordinados, llega a señalar que hay responsabilidad del superior incluso ante el actuar del subordinado que va más allá de las órdenes específicas dictadas por su superior, al tener éste la obligación de vigilar las acciones realizadas por sus inferiores jerárquicos (Kelman; 1989).

Excesos del subordinado

Puede suceder que el subordinado cometa un exceso en el cumplimiento de la orden. De ser así, ha de contemplarse dos situaciones marcadamente diferenciadas:

- a) Supuesto en que la orden es lícita y el subordinado obra ilícitamente.
- b) Supuesto en que la orden es ilícita y el subordinado excede lo mandado por el superior jerárquico.

Respecto al primer supuesto, se considera que si el superior imparte una directiva lícita y el subordinado obra ilícitamente, aquél no será responsable penalmente por el comportamiento de su inferior jerárquico, siempre y cuando la ley no le exija controlar el correcto cumplimiento de la orden. Por ejemplo, si es que el Juez ordena a un policía detener a una mujer en virtud a una orden judicial lícita, no será penalmente responsable en caso el policía viole la libertad sexual de la mujer luego de la detención.

Cuando el superior no cumpla con el deber de vigilancia que le imponga la ley, al no haber controlado el cumplimiento del mandato por parte del subordinado, será responsable por omisión cuando el inferior jerárquico reciba una orden lícita y obre ilícitamente. De no existir este deber de vigilancia, el comportamiento del superior que emite la orden lícita estará enmarcado dentro de su rol (Jakobs, 1998), encontrándose su actuación dentro del riesgo permitido y tolerado por la sociedad (Jakobs, 1998 y Frisch, 2004). A manera de ejemplo, si un Coronel dispone a los soldados a su cargo que detengan a una persona en cumplimiento de un mandato judicial lícito, y éstos no sólo la detienen, sino que además la golpean ocasionándole lesiones graves, el Coronel no responderá por las

lesiones causadas por sus subordinados, siempre y cuando no haya podido prever este resultado, como consecuencia del deber de vigilancia que le exija su rol sobre el comportamiento de sus subordinados (Jacobs, 2007).

Respecto del segundo supuesto, cuando el acto excesivo de los subordinados guarda relación con lo impartido, el superior ha de responder por estos excesos al igual que sus inferiores jerárquicos. Por ejemplo, si el superior ordena a sus subordinados cometer un homicidio y éstos materializan un asesinato, el exceso cometido por ellos se encuentra enmarcado dentro de la naturaleza de lo ordenado, consistente en quitarle la vida a una persona.

Situación distinta es cuando los excesos de los subordinados constituyen hechos punibles independientes y sin relación con lo ordenado. Siguiendo con el mismo ejemplo, cuando el superior mande realizar un homicidio y los subordinados, antes de cometerlo, perpetran una violación sobre la persona que iban a matar, sólo ellos responderán por este ilícito, al no guardar relación con lo ordenado, y no ser el acto que debía ser realizado para obtener el objetivo de la orden, que era de cometer el homicidio.

b. Cumplimiento de órdenes conforme a Derecho

De acuerdo a este razonamiento, el cumplimiento de una orden con contenido legal hace que el subordinado incurra en una causa de justificación (Villa, 1997 y Peña, 2007), por aplicación de la regla que excluye la antijuridicidad del comportamiento de quien obra en

cumplimiento de un deber (Bustos, 1989; Creus, 1990; Righi, 2003 y Bustos, 2005) o ejercicio legítimo de un cargo (Núñez, 1987). La orden lícita justifica, porque al ejercer la facultad funcional en cuyo cumplimiento todo acontece, se impone la voluntad del ordenamiento jurídico mismo. Por lo tanto, la orden no es otra cosa que la comunicación de la voluntad del ordenamiento jurídico al órgano llamado a su ejecución inmediata (Maurach, Zipf, s/f).

c. Cumplimiento de órdenes antijurídicas

En este punto se hace mención a supuestos en los que el cumplimiento del mandato del superior hace que el subordinado incurra en una causa de justificación, a pesar de que éste tiene contenido antijurídico.

c.1. Cumplimiento de la ley

Aquí se dice que la obediencia del subordinado de una orden ilegítima del superior cuya legalidad no tiene derecho a examinar justifica su hecho porque la ley le impone un deber específico de obediencia. En este caso la obediencia debida queda absorbida por la justificante genérica del cumplimiento de la ley (Núñez, 1987 y Zaffaroni, 1981).

c.2. La colisión de deberes

Este razonamiento ha sido expuesto mayoritariamente por la moderna doctrina penal alemana. Según ella, un mandato con contenido antijurídico da lugar a un deber de obediencia cuando la

instrucción cumple con los requisitos formales y aquello que se exige no es manifiestamente antijurídico, produciéndose un conflicto entre el deber de obediencia –entendido como una necesidad del funcionamiento de la Administración Pública- y la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En tal caso, la contradicción entre el deber de obediencia y el deber de no infringir la norma penal sólo puede ser resuelta según cuál de ambos deberes deba ser calificado con rango superior. Si se considera que prima el deber de obediencia, el subordinado estará justificado (Zaffaroni, 1981; Sancinetti, 1988; Rodríguez, Serrano, 1993; Jacobs, 1997; Stratenwerth, 2005 y Mir, 2008). Por otro lado Roxin (1997) que estima que en dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del subordinado frente al interés de evitar el comportamiento antijurídico, pero sólo cuando se trate de infracciones no tan graves, como podría ser el caso del soldado, que en cumplimiento de una orden, intenta arrestar a un terrorista que se encuentra escondido en una casa, para lo cual tiene que romper la puerta de ésta y causar otros daños a la propiedad. En caso de infracciones más graves, por ejemplo, si se ordena ejecutar extrajudicialmente a un detenido, tiene prioridad el interés en evitar el injusto.

Para que el cumplimiento de una orden pueda ser analizado desde la perspectiva de la colisión de deberes, ésta debe ser revisable (Morillas, 1984; Creus, 1990 y Zaffaroni, 1981). De no ser así, se trataría de un error de prohibición, ya que el subordinado –que no

podía revisar la orden- habría cumplido con la orden ilícita, pero sin saber que su contenido era contrario a Derecho (Luzón, 1999). En el caso de la colisión de deberes, el subordinado sabe que lo mandado es ilícito, debiendo decidir si es que cumple con la directa o desiste hacerlo.

La colisión de deberes es una de las dos formas en las que se presenta el estado de necesidad justificante –la otra es la colisión de bienes o intereses-. Este conflicto aparece cuando, para realizar un deber, es necesario infringir o lesionar otro (Mir, 2008 y Bacigalupo, 2004). No se hace referencia aquí a cualquier clase de deberes, ya que debe tratarse de deberes jurídicos que se contrapongan, y no simplemente de que uno limite al otro (Bustos, 2005 y Reyes, 1989). Ahora bien, la elección del deber que debe prevalecer no se determina exclusivamente según la importancia del bien jurídico que se trate, o de la intensidad del peligro que amenace, sino que también, entre otros factores, según el grado de vinculación entre el obligado y el afectado –por ejemplo, los casos en que existe un deber de garante del obligado sobre el afectado - (Stratenwerth, 2005).

Existe controversia cuando concurre una colisión entre dos deberes de igual rango. Aquí la doctrina se divide entre los que la consideran como una causa de justificación (Stratenwerth, 2005; Bacigalupo, 2004; Mir, 2008; Roxin, 1997; Maurach, Zipf, s/f; Jescheck, 2002 y Luzón, 1999), de exclusión de la culpabilidad

(Muñoz, 1991 y Mezger, 1955) o incluso de atipicidad (Bustos, 2005).

Asimismo, esta figura puede dar lugar a tres grupos de supuestos en los que se presentaría la colisión de deberes: a) Cuando un deber de acción puede entrar en conflicto con un deber de omisión; b) cuando hay un conflicto entre dos deberes de acción; c) cuando hay un conflicto entre varios deberes de omisión (Jescheck, 2002).

Si se aplicara esta teoría a la obediencia debida, existiría una colisión entre un deber de acción, -cumplir con una orden- y un deber de omisión -no cometer un hecho antijurídico-. Para que se cumpla con uno de estos deberes será necesario infringir o lesionar el otro, debiéndose analizar cuál de los dos debería prevalecer, tomando como referencia los criterios de ponderación establecidos por el artículo 20° inciso 4 del CP.

c.3. El estado de necesidad justificante

Planteados ya los fundamentos referentes a la teoría que entiende a la obediencia debida como una colisión entre dos deberes, y explicado también en qué consiste esta forma de estado de necesidad justificante (Jakobs, 1997 y Mir, 2008), es necesario ahora desarrollar los requisitos exigidos por el CP para que se aplique esta causa de justificación.

El artículo 20° inciso 4 del CP señala que, a efectos de ser aplicable el estado de necesidad justificante, deben ser considerados los siguientes requisitos:

- a) Peligro actual y que el peligro no pueda ser evitado de otro modo.
- b) Criterios de ponderación
- c) Elemento subjetivo.

c.3.1. Peligro actual y que no puede ser evitado de otro modo

Cuando se hace referencia a que debe existir un peligro actual para que opere el estado de necesidad justificante no se requiere la existencia de una considerable posibilidad de producción del daño, sino que basta con que exista cierto grado de probabilidad de que el peligro vaya producir un daño (Bramont, 2005). El origen del peligro puede provenir de una calamidad, desastre natural o de una actividad humana. El peligro ha de ser además actual, lo que equivale a decir que de seguirse desarrollando un suceso de manera natural, la producción del resultado lesivo va a ser inminente. Finalmente, el peligro al que se hace referencia puede ser también permanente, lo cual significa que cuando la situación de peligro perdura en el tiempo, ésta puede desembocar en un daño en cualquier momento (Roxin, 1997; Jacobs, 1997 y Hurtado, 2005).

Que el peligro no pueda ser evitado de otro modo implica una exigencia de *ultima ratio*, la cual consiste en que la realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio apropiado para evitar el peligro y el último al que debe recurrirse (Armaza, 1992; Hurtado, 2005 y Mir, 2008). De este modo, y antes de

realizar el acto típico justificado, el sujeto deberá buscar cualquier manera de repeler el peligro que no constituya la realización de un acto contrario a ley.

c.3.2. Criterios de ponderación para valorar la situación peligro frente al acto típico realizado por el sujeto

Dentro de los criterios de ponderación que se pueden encontrar dentro del estado de necesidad justificante para valorar la situación peligro frente al acto típico realizado por el sujeto se tiene a: 1) La acción necesaria; 2) preponderancia.

La acción necesaria deberá ser realizada una vez que en cumplimiento del principio de *ultima ratio* se haya logrado verificar que no existe otro modo de evitar el peligro que la realización del acto típico objeto de la justificación. De esta manera, la acción necesaria debe ser el modo menos lesivo de evitar el mal que se amenaza (Villavicencio, 2006).

De aplicarse el conflicto de deberes en la obediencia debida, una vez verificado que no se puede resolver éste sin la realización del acto típico –cumplimiento de la orden antijurídica o su desobediencia-, se debería salvar el bien jurídico de mayor jerarquía. Es en este momento que se debe analizar la preponderancia del actuar de la persona que responde a la situación de peligro. Así, quien actúe justificadamente debe conjurar el peligro provocando un mal menor que el que se busca evitar. Se va a tener que realizar entonces una ponderación total de

los intereses en conflicto, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto (Bustos, 2005). Con ello, la determinación de si el actuar es adecuado para repeler el peligro será realizada tomando en cuenta todas las circunstancias que se presentan en cada ocasión, no siendo posible establecer una regla absoluta aplicable a todas las circunstancias particulares (Hurtado, 2005).

c.3.3. Elemento subjetivo

La persona que incurre en un estado de necesidad justificante debe tener conocimiento de la situación de peligro ante la que se encuentra, además de la idea de salvaguardar el interés preponderante y de esa manera evitar un mal grave (Roxin, 1997; Hurtado, 2005 y Villavicencio, 2006). Para que desaparezca de manera clara y completa el desvalor de acción del hecho cometido por la persona será necesario este elemento subjetivo (Mir, 2008).

Siguiendo a la teoría que entiende a la obediencia debida como una colisión de deberes, el subordinado que recibe la orden ilícita debería tener consciencia de que su cumplimiento lo colocará en una situación de peligro. Se encontraría entonces ante un estado de necesidad justificante donde tendría que decidir entre acceder a lo mandado o desobedecer, con la finalidad de salvaguardar el interés que él considere preponderante.

c.4. ¿Legítima defensa ante el ataque?

Si es que se parte de la idea de que el comportamiento del subordinado se encuentra justificado al haber elegido cometer el

ilícito porque consideró que incumplir la orden iba a significar un mal mayor que cometer el hecho punible, no podrá ser aplicada la legítima defensa del tercero afectado por el actuar del subordinado, puesto que la agresión cometida por éste no contaría con uno de los requisitos para que proceda la legítima defensa: que la agresión sea ilegítima.

En ese sentido, la agresión cometida por el subordinado no constituiría un acto arbitrario, sino que sería la consecuencia del cumplimiento de una orden que tiene más valor que la agresión a cometer, lo cual hace que en virtud de la colisión de deberes su comportamiento se encuentre conforme a Derecho. Esto no significa que el superior que imparte la orden antijurídica pueda transformar lo injusto en Derecho, sino que su conducta sigue siendo constitutiva de un injusto, aunque se lleve a cabo por medio de un instrumento que obra conforme a ley (Roxin, 1997).

Como se puede observar, la acción justificada del subordinado implicaría *a priori* una exigencia poco coherente hacia el tercero agredido de soportar un ataque objetivamente ilícito. Es por ello que los autores que defienden la teoría de la colisión de deberes (Roxin, 1997) para casos de obediencia debida plantean como solución a este problema que el tercero pueda repeler la agresión ilegítima de manera justificada amparándose en un estado de necesidad defensivo.

Esta modalidad de estado de necesidad surge cuando se enfrentan un bien jurídico y una agresión que no es amparada por la institución de la legítima defensa al no tratarse de una agresión ilegítima, como puede ser el caso de las agresiones que provienen de cosas, animales, de comportamientos humanos que no configuran agresión ilegítima – por ejemplo, quien actúa hipnotizado, o de comportamientos imprudentes (Chocano, 2003 y Armaza, 2004). De presentarse esta figura, el tercero agredido tendrá el derecho de ejercer un deber de defenderse (acción de salvaguarda) contra la persona, animal o cosa que ha creado la fuente de peligro que lo afecta. La diferencia con respecto a la legítima defensa es que la fuente de peligro no constituye una agresión ilegítima porque el peligro amenazante le es objetiva, pero no plenamente imputable al agresor (Maurach, Zipf, s/f y Chocano, 2003). Otro elemento importante es que a diferencia del estado de necesidad agresivo, no se exige que el interés protegido sea sustancialmente preponderante sobre el dañado, lo cual no implica que el daño realizado al agresor sea desproporcionado con el peligro que lo amenaza (Jacobs, 1997; Roxin, 1997; Luzón, 1999 y Stratenweth, 2005).

Se infiere que si bien el actuar del subordinado se encontraría conforme a Derecho, ello no significa que el tercero que se vea atacado a consecuencia del cumplimiento del mandato esté obligado a soportar la agresión sin poder defenderse. La solución aparenta ser correcta, pues resultaría ilógico creer que ante agresiones de semejante envergadura no cabe defenderse porque la persona que comete la agresión no obra ilegítimamente.

2.2.4. LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD

2.2.4.1 La culpabilidad

La definición de la culpabilidad es tal vez uno de los temas más controvertidos en la dogmática penal, y su discusión persiste hasta la actualidad. La culpabilidad, entendida de manera general, es un juicio que se hace al comportamiento del sujeto para determinar si es que el hecho típico y antijurídico puede serle atribuido como hecho suyo.

Las principales teorías que han desarrollado la culpabilidad son las siguientes:

a. Teoría psicológica

Esta teoría tiene como mayor exponente a Von Liszt, y entiende a la culpabilidad como una relación psicológica entre el hecho y su autor. Esta visión de la culpabilidad señala que adolece de algunos reparos, aunque los principales son dos. En primer lugar, bajo este razonamiento no habría cómo explicar las conductas imprudentes o culposas, puesto que en ellas no existe conexión psicológica alguna entre el autor y el comportamiento, sobre todo en la denominada culpa inconsciente. En segundo lugar, bajo esta teoría no sería posible la aceptación de causas de exclusión de la culpabilidad, como el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante, ya que en ella subsiste el dolo, por lo que al haber una relación psicológica entre el hecho y el autor, este tipo de comportamientos debería ser imputados al sujeto (Reyes, 1989;

Villa, 1997; Serrano, 2004; Righi, 2003; Villavicencio, 2006; Bustos, 2006 y García, 2008).

b. Teoría normativa

Tiene como fundador a Frank, quien concluyó que la culpabilidad es “reprochabilidad”, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber. Asimismo, para este autor forman parte de la culpabilidad el dolo, la culpa, la imputabilidad y las circunstancias en que el sujeto actúa. Posteriormente, esta teoría sería desarrollada por Goldschmidt, quien introdujo los conceptos de norma jurídica y norma de deber. Para este autor, si el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico y si actúa de otra manera, se le reprochará el comportamiento antijurídico siempre y cuando, pudiendo obrar conforme a Derecho, y a pesar de tener el dominio del hecho, actuó culpablemente. Como contribución final para la construcción del entendimiento normativo de la culpabilidad se tiene el aporte de Freudenthal, quien plantea que para fundar la reprochabilidad del hecho antijurídico sobre el autor se requiere del principio general de la exigibilidad. Según éste, la culpabilidad es la desaprobación de que el sujeto se haya comportado de manera antijurídica cuando hubiera podido y debido –exigibilidad- comportarse en forma distinta (Nuñez, 1987; Reyes, 1988; Serrano, 1999; Villavicencio, 2006; Bustos, 2005 y García P., 2008).

c. Teoría de la responsabilidad de Roxin

El punto de partida de esta teoría consiste en reconducir la culpabilidad a principios político-criminales y a la necesidad preventiva de la pena, alejándose de los conceptos normativos de reprochabilidad y exigibilidad. El autor piensa que la valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche de culpabilidad contra el sujeto, sino que es un juicio sobre si, desde puntos de vista político-criminales, ha de hacerse responsable por su conducta. Es por ello que Roxin se aparta del concepto de exigibilidad como fundamento material de la culpabilidad, pues considera que no es posible encontrar comprobación empírica o por qué se le exige otra conducta al sujeto.

Lo dicho no significa que el autor rechace el concepto de culpabilidad, sino que lo renueva. Para él, el reproche de culpabilidad no radica en la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que parte de la idea de que el sujeto posee capacidad de comportarse conforme a la norma, por lo que se convierte en culpable cuando no cumple con ella, a pesar de que lo exigido por ésta le era psíquicamente asequible, ya sea por su estado mental o anímico.

d. Teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs

La noción de culpabilidad del autor parte de su concepción funcional de acción, entendida como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma. De este modo, será culpable desde el punto de vista funcional la persona que mediante su comportamiento antinormativo comunique una rebeldía o falta de fidelidad hacia la norma y las expectativas normativas sociales. Lo importante para Jakobs al momento de determinar la culpabilidad no son los defectos volitivos – no interesa la intensidad de los motivos de la persona que defraudó la norma-, puesto que a juicio de este autor ello es sólo una forma naturalista de interpretar la conducta defraudatoria de la norma, sino los defectos cognitivos – que interesan en cuanto forma parte del rol de una persona fiel al Derecho de conocer la pauta de conducta trazada por la norma (Jakobs, 2008).

La consecuencia directa de esta forma de concebir la culpabilidad es que cuanto mayor sea la infidelidad de la conducta del autor frente a la norma, más grave será su culpabilidad. Esto significa que se impondrá la pena a quien se le pueda imputar la defraudación de la norma a fin de fortalecer el mantenimiento de la confianza general en ella (Jakobs, 2000; Righi, 2003; García, 2008).

2.2.4.2. La culpabilidad en el CP

El CP no hace referencia al concepto de culpabilidad, sustituyéndolo por el vocablo responsabilidad, tal y como se puede observar por ejemplo en los artículos VII y VIII del título preliminar del CP y en los artículos 14°, 15° y 20° del mismo código. Esta sustitución de conceptos no puede pasar desapercibida, pues trae consigo una serie de problemas. Tales como el que se suscita con relación al artículo 20° del CP, pues en él se regula a la obediencia debida. Dicho artículo enumera las causas por las que se debe eximir de responsabilidad al sujeto activo del delito. Sin embargo, en él se incluyen instituciones dogmáticas como la legítima defensa o el estado de necesidad justificante, las cuales constituyen causas de justificación, y no de exclusión de la culpabilidad.

Villa (2008) Esta sustitución por parte del legislador peruano del vocablo culpabilidad por el de responsabilidad se puede deber, como bien se afirma, a una influencia de la teoría de la culpabilidad o teoría de la responsabilidad de Roxin. Cabe recordar que dicho autor considera que lo decisivo en la culpabilidad es que el legislador, desde puntos de vista político criminales, quiera hacer responsable al autor de su actuación, razón por la cual sustituye el concepto de culpabilidad por el de responsabilidad (Roxin, 1981).

Más allá de los motivos que llevaron al legislador a la sustitución de los conceptos mencionados, lo que resulta preocupante es que no

se hace una distinción en el artículo 20° del CP entre las causas que excluyen la antijuridicidad –causas de justificación- y las que excluyen la culpabilidad. Esto hace que exista una confusión respecto a la naturaleza jurídica de la obediencia debida. De una lectura del artículo mencionado no se puede llegar a concluir si es que el inciso 9, que excluye de responsabilidad “al que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones” –obediencia debida- considera a dicha causal como una justificación o una exclusión de culpabilidad.

Esta discusión ha sido resuelta por la doctrina extranjera, en donde, la obediencia debida ha sido estudiada por algunos autores como una causa que excluye la culpabilidad. Sin embargo, ello no significa que exista consenso respecto a en qué causa de exclusión de la culpabilidad se puede ubicar a la obediencia debida, pues ésta puede ser entendida como un supuesto de miedo insuperable, error de prohibición o estado de necesidad exculpante.

2.2.4.3. Obediencia debida como causa de exculpación por error de prohibición

a. Concepto de error de prohibición

El error de prohibición directo se produce cuando el sujeto conoce las circunstancias de hecho de su comportamiento o presupuestos de la prohibición –el sujeto activo tiene por ejemplo pleno conocimiento de que las detenciones arbitrarias están prohibidas- y sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento –

recibe una orden de detención por parte de su superior sin saber que la misma es ilícita-, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta (Luzón, 1999). De lo señalado se comprende que este tipo de error no tiene incidencia en la configuración dolosa o culposa del comportamiento del sujeto –de acuerdo al ejemplo anterior, el sujeto sabe que está realizando una detención-, al trasladar el problema del conocimiento de la antijuridicidad al ámbito de la culpabilidad, dejando intacta la tipicidad y antijuridicidad del acto realizado (Muñoz, 1989).

De manera contraria, en el denominado error de prohibición indirecto, el sujeto sabe que su comportamiento es antijurídico, solo que cree de manera errónea que está actuando bajo una causa de justificación (Salazar, 2003).

Por otro lado, conforme a lo señalado por el segundo párrafo del artículo 14° del CP, cuando el error de prohibición es invencible se excluye la responsabilidad, mientras que cuando es vencible conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena (Roxin, 1997).

b. Obediencia debida y error de prohibición

El entendimiento de la obediencia debida como una causa de inculpabilidad por error esencial o invencible que recae sobre la legitimidad de lo mandado, fue la primera identificación que los pioneros de esta forma de concebir su naturaleza jurídica pusieron en práctica. Esta teoría parte por reconocer que no existen órdenes

antijurídicas vinculantes para el subordinado (STC del 30/9/2005, Exp. N° 2446-2003-AA/TC Puno), siendo sólo excusado su actuar delictivo cuando la cumple como consecuencia del error sobre su legitimidad (Mesa, 1962; Morillas, 1984; Núñez, 1987; Zúñiga, 1992; Creus, 1990; Vidal, 1991; Peña, 1995; Zaffaroni, Aliaga, Slokar, 2005; Righi, 2003; Reynoso, 2003). En cuanto al grado de error, éste debe ser invencible para el obligado a obedecer, siendo el subordinado un sujeto irresponsable, respondiendo sólo penalmente, y en calidad de autor mediato, el superior que emite la orden con conocimiento de que la misma es ilícita (Peña, 1995).

El error es invencible porque el deber de examen de quien actúa en virtud de obediencia debida es restringido, reduciéndose el reproche de culpabilidad que puede ser formulado frente al subordinado que no reconoce la ilicitud del comportamiento ordenado (Jescheck, Weigend, 2002).

Consecuencia de que la obediencia del subordinado constituya un error de prohibición es que, al ser el hecho cometido por éste antijurídico, será factible que el tercero afectado por el cumplimiento de lo mandado pueda ejercer la legítima defensa. Asimismo, podrá ser punible la participación (Zúñiga, 1992).

b.1. Error de prohibición sobre órdenes no revisables

Para efectos de decidir si hay error de prohibición cuando se cumple una disposición antijurídica no revisable, lo importante será que el subordinado sólo tenga el deber de revisar que sea

formalmente lícita, no exigiéndosele que revise la licitud de su contenido. Un ejemplo de esto se puede presentar cuando un juez imponga a un policía una directiva de desalojo ilegal. El policía sólo deberá revisar que la orden provenga efectivamente del juez y no si los argumentos que la fundamentan son conforme a Derecho.

El error se materializaría porque el subordinado sólo tiene el deber de controlar la legalidad formal de la disposición, por lo que al verificar que ésta se cumpla, no va a exigírsele que revise su contenido. Un sector de la doctrina (Zaffaroni, 1981; Morillas, 1984 y Creus, 1990) sugiere que cuando el mandato cumple con las formalidades de ley, el subordinado tendrá el deber de acatarlo sin importar su contenido antijurídico. Por ello se considera según (Bramont, 2005) que en estas ocasiones es la ley la que quiere que una orden legítima en su formalidad se cumpla, de modo que lo obligatorio para el subordinado a efectos de obedecerla no es precisamente la orden del superior, sino la norma misma.

Sin embargo, en estos planteamientos se omite mencionar que cuando la orden cumpla con las formalidades de ley, la ilicitud de ésta no debe ser manifiesta (R.N. de la SPP del 24/09/2007, N° 1598-2007-Lima), puesto que a pesar de que el subordinado no tiene el deber de revisar su contenido, no necesita hacer una revisión profunda del mandato para darse cuenta de que constituye un hecho punible. Ejemplo: un subordinado recibe una directiva formalmente lícita por parte de su superior para que lesione a un compañero de manera arbitraria, bajo la justificación de que no

debe ser revisada por contar con las formalidades de ley. Se aprecia así que no basta con que la orden no revisable cumpla con estas formalidades, sino que además no debe ser manifiestamente antijurídica, de modo que en atención a las circunstancias que la rodeen (Sentencia de la Sexta SPE del 19/2/2007, Exp. N° 33-2001), se encuentre dentro de los actos que el subordinado está obligado a practicar (Morillas,1984 y Hurtado, 2005). De esta manera, y regresando al ejemplo anterior, no resulta coherente pensar que dentro de las atribuciones de un subordinado se encuentre el ocasionar lesiones a sus compañeros, por más que exista una orden formalmente lícita que le exija cometer dicho acto ilícito.

Por estas consideraciones se cree un error concluir que el subordinado incurre en error de prohibición por el sólo hecho de que la orden provenga de autoridad competente (R.N. de la Primera SPT del 14/4/2005, N° 551-2005-Apurimac) en ejercicio de sus funciones, toda vez que el mandato no debe ser; además, abiertamente ilegal (Villa, 2008).

2.2.4.4. Obediencia debida como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta

a. La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho penal

Esta teoría de la no exigibilidad de otra conducta se desprende de la concepción normativa de la culpabilidad (Núñez), por tanto se encuadra dentro de ésta como un elemento negativo de la

culpabilidad (*Aguilera*, 1988). La no exigibilidad de otra conducta implica que la responsabilidad penal se debilita cuando una persona se encuentra ante una situación motivacional anormal, ante la cual cualquier hombre medio hubiera sucumbido. Se entiende entonces que una persona ha obrado bajo esta causa de inculpabilidad cuando el Derecho no puede exigir a nadie comportamientos heroicos que impliquen resistir una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar (*Mir*, 2008). Siendo así, el Derecho no exigirá a una persona que actúe de manera sacrificada en situaciones en las que cualquier otra persona hubiera actuado de la misma manera. Un ejemplo se puede dar cuando en tiempo de guerra un soldado recibe la misión de fusilar a un prisionero, siendo amenazado de muerte por su superior en caso que no la ejecute. En esta circunstancia el soldado medio hubiera actuado de la misma manera, por lo que el Derecho no puede exigirle a esta persona que no lo haga.

Esta teoría planteada no es unánime en la dogmática, existiendo objeciones (ver: Teoría de Responsabilidad de Roxín) como plantea Jescheck. Al sostener: que la teoría antes referida debe ser rechazada, teniendo como primer argumento que de acuerdo con el Derecho vigente, al autor en los delitos dolosos no le pueden ser concedidas otras causas de exculpación distintas a las descritas en la ley. En segundo lugar, precisa que una causa de exculpación supra legal como la inexigibilidad, tanto si se entiende objetiva como subjetivamente, debilitará el efecto preventivo-

general del Derecho penal, y conduciría a la desigualdad en la aplicación del Derecho, pues la inexigibilidad no es un criterio idóneo. En tercer lugar, se dice: que de acuerdo con la ley, las causas de exculpación constituyen disposiciones excepcionales que no son susceptibles de aplicación extensiva. Finalmente, concluye diciendo que también en situaciones difíciles de la vida, la comunidad debe poder exigir obediencia jurídica, aunque ello comporte para el afectado un importante sacrificio (Jescheck, Weigend, 2002). Se entiende entonces que de acuerdo con esta posición, el soldado amenazado no deberá ejecutar al prisionero de guerra, asumiendo el riesgo de ser lesionado o morir.

b. No exigibilidad de otra conducta y obediencia debida

Según (Morillas, 1984; Zúñiga, 1992; Ugaz, s/f; Villavicencio, 2006) señalan: que cuando el subordinado cumple con la orden a pesar de conocer que la misma es ilícita, habría inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, siempre y cuando el inferior jerárquico actúe por no tener otra opción de comportamiento, y éste se adecúe al del hombre medio en una situación igual. Sin embargo, esto no significa que el subordinado tenga que obedecer ciegamente cualquier disposición emitida por el superior a pesar de conocer su carácter antijurídico, sino que sólo aquellas que, de manera objetiva y proporcionada, creen en él una situación motivacional anormal. De no ser así, un soldado al que se le manda matar a un prisionero de guerra bajo la amenaza de correr 5 kilómetros como castigo si es que no lo hace, podría justificar su

actuar desproporcionado en el mero hecho de que la orden provino de un superior y que por ende su actuar se encuentra disculpado por el Derecho.

Por esta razón resulta lógico concluir que para el funcionamiento de la eximente de no exigibilidad de otra conducta en la obediencia debida tienen que concurrir las circunstancias del estado de necesidad exculpante o del miedo insuperable (Zúñiga, 1992).

b.1. El miedo insuperable

Se fundamenta en la coacción, el cual supone para la mente del sujeto pasivo la amenaza de un mal, que puede o no estar asociada a una violencia física efectiva. Este miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse normalmente al sujeto (Mir, 2008). Este miedo no debe entenderse como terror, porque de ser así, la privación de facultades que sufriría el autor podría originar un caso de inimputabilidad (Villavicencio, 2006).

Por tanto, el autor actúa bajo coacción a causa de un miedo que le hace cometer un hecho ilícito a pesar de conocer la antijuridicidad de su actuar, estando ante una circunstancia en la que no se le puede exigir que actúe de otra manera, no tomando como punto de comparación lo que haría el hombre medio en dicha circunstancia en particular, sino que tomando en cuenta las circunstancias personales y materiales en que tuvo lugar el hecho (Hurtado, 2005).

El miedo insuperable es también reconocido en el Derecho Anglosajón, donde esta figura es llamada *duress*. Según esta corriente, existe *duress* cuando la amenaza de una persona induce a otra a realizar un acto que él o ella no hubiera realizado en cualquier otra circunstancia. Como consecuencia de ello, el *duress* niega el *mens rea* (Leroy, Meinzinger, 2004; Gaines, Leroy, 2005) necesario para poder cometer un crimen. Para que esta defensa pueda ser aceptada, deben presentarse los siguientes requisitos: a) Que la amenaza sea sobre un daño serio en el cuerpo de la persona amenazada o que sea una amenaza de muerte; b) el mal amenazado debe ser mayor que el mal causado por el crimen realizado por el coaccionado; c) la amenaza debe ser inmediata e insalvable; d) el coaccionado no debe encontrarse en dicha situación por culpa suya. Finalmente, las cortes Norteamericanas suelen examinar que el coaccionado haya tenido la posibilidad de evitar la amenaza (Gaines, Leroy, 2005; Leroy y Meinzinger, 2004).

En relación a la obediencia debida, existiría miedo insuperable cuando la orden le haya producido al subordinado un estado emocional que no le deje otra posibilidad distinta que obedecerla (Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 9/7/1996, Exp. N° 983-95; Cardini). Aquí el subordinado conoce la antijuridicidad de lo mandado, tanto en su forma como en su contenido, no pudiéndosele reprochar el cumplimiento de la misma puesto que de hacerlo caerían sobre él gravísimas consecuencias, como podría ser el caso en que al

subordinado se le ordene ejecutar extrajudicialmente a una persona bajo la amenaza de que si no lo hace él será también ejecutado (*Mezger, 1955; Mesa, 1962; Zaffaroni, 1981; Núñez, 1987 y Vidal, 1991; Zúñiga, 1992*) sostiene que en estos supuestos se habría afirmado el injusto, pero se excluiría la responsabilidad debido a que el Derecho no puede castigar las conductas del subordinado que se encuentran adecuadas al baremo del funcionario medio. siendo esta última afirmación discutible según Zúñiga.

De otro lado, hay autores (*Fontán, 1980; Serrano, 1993; Righi, 2003; Reynoso, 2003*) que piensan que los casos en que la orden ha sido cumplida como consecuencia de algún tipo de coacción no deben considerarse dentro de la obediencia debida, pues lo que en tal caso mueve al subordinado no es la relación de dependencia jerárquica, sino que la amenaza de sufrir un mal grave e inminente.

Un ejemplo emblemático en el que un subordinado alegó miedo insuperable ante una orden impartida por su superior es el del bosnio Drazen Erdemovic. En 1994, Erdemovic se sumó al ejército serbio de Bosnia, donde fue asignado a la Décima Unidad de Sabotaje. Esta unidad, compuesta por soldados de diversas etnias, se encargaba inicialmente de realizar misiones de reconocimiento del ejército bosnio y de colocar explosivos en la artillería del enemigo. En octubre de 1994, su unidad pasó a depender del cuerpo de inteligencia del ejército serbio e ingresaron a ella soldados muy extremistas, así como un nuevo comandante. El 16

de julio de 1995, Erdemovic recibió la disposición de prepararse junto a otros hombres para llevar a cabo una misión mantenida en secreto por sus superiores. La misión consistió en disparar a discreción contra un millar de civiles musulmanes que se habían rendido ante las fuerzas serbias, provocando la muerte de todos ellos. Según sus declaraciones, Erdemovic, desde el primer momento en que supo cuál era el verdadero objetivo de su misión, expresó a sus superiores la negativa de participar en la masacre, teniendo como respuesta del comandante a cargo: “si no lo quieres hacer, ponte en la fila con ellos y dale el arma a tus compañeros para que te puedan disparar”. De hecho, dicho comandante ordenó la muerte de otro soldado por haberse negado a participar del asesinato de los prisioneros (Ragués, 2001).

Existieron diferentes opiniones por parte de los magistrados del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, el cual tuvo el encargo de ver la causa, sobre qué fundamentos sustentarían la resolución el proceso. Por un lado, los magistrados VOHRAH Y MCDONALD afirmaron que el miedo no puede actuar como eximente completa de un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra en el Derecho internacional que supongan la pérdida de vidas humanas. Estos magistrados rechazan el argumento de la no exigibilidad de otra conducta alegando que de los soldados y combatientes se espera una mayor fortaleza y una mayor capacidad de resistencia que de los civiles frente a las amenazas, al menos cuando lo que está en peligro es su vida.

Señalan también que los soldados, a causa de la naturaleza de su ocupación, deben haber imaginado la posibilidad de morir violentamente en la persecución del objetivo por el que luchan, por la cual resulta inaceptable permitir a un luchador entrenado, cuyo trabajo implica un riesgo de muerte, que se beneficie de la exculpación completa para un crimen en el que ha matado a una o diversas personas (Ragués, 2001).

Se rechaza así la teoría de la no exigibilidad de otra conducta, afirmando que no corresponde hacer un análisis de la exigibilidad de la conducta tomando en cuenta cómo hubiera actuado el hombre medio en dichas circunstancias, argumentando que los soldados tienen una exigencia mayor, por lo que cuando se vea amenazada su vida no podrán alegar miedo insuperable y tendrán que sacrificar ésta a cambio de no sacrificar la de civiles. Se evidencia que la valoración de los magistrados está orientada al análisis de las circunstancias personales y materiales en las que tuvo lugar el hecho. Creen ellos que los soldados forman parte de un régimen especial, lo cual hace que la exigencia que se les va a hacer en situaciones extremas dentro del ámbito de la guerra van a ser superiores a las del ciudadano medio, tendiendo como referencia que las circunstancias personales y materiales de los soldados son distintas a las del resto.

Stephen Y Cassese en su calidad de jueces sostiene que la regla general sobre los efectos del miedo en todos los sistemas del mundo y para todos los delitos es que el miedo puede eximir de

forma completa. Señalan que esta regla tiene una excepción en el *common law* para el delito de asesinato, pero que ésta no puede aplicarse al caso en concreto al no concurrir sus presupuestos, al no poder el acusado hacer nada para salvar la vida de sus víctimas, pues de todas formas iban a morir. Creen además injusto e irracional que el acusado sacrifique su propia vida cuando no puede hacer nada para salvar la de sus víctimas. El fundamento de sus argumentos es que el Derecho se basa en lo que una sociedad puede esperar razonablemente de sus miembros y no puede imponer *standards* inalcanzables de comportamiento que exijan al ser humano llevar a cabo actos de martirio, tachando asimismo de criminales las conductas que no se ajustan a dichos *standards* (Ragués, 2001).

En esta opinión los magistrados aceptan la figura de no exigibilidad de otra conducta para los casos de miedo insuperable, al argumentar que sacrificar la vida del autor cuando es seguro que las víctimas van a morir constituye un acto heroico innecesario que deriva en la exigencia de un *standard* muy alto de comportamiento, incluso cuando el autor del hecho sea un soldado y su actuar se encuentre dentro de los ámbitos de la guerra.

Al final la controversia es resuelta por un quinto voto, emitido por el juez LI, quien se inclinó por el razonamiento de los jueces VOHRAH Y MCDONALD, estando por tanto a favor de la regla de que el miedo insuperable no puede eximir, sino que sólo atenuar en el caso de crímenes de lesa humanidad (Ragués, 2001).

2.2.5. LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN

2.2.5.1. La obediencia debida como causa de inculpabilidad por error de prohibición

El error de prohibición se presenta cuando el subordinado no conoce la ilicitud del comportamiento ordenado, al no tener la posibilidad de revisar la orden. Pues bien, en el caso de la obediencia debida, se ha concluido que cuando el subordinado no conozca la ilicitud del comportamiento ordenado actuará en error de tipo, al creer que está actuado en cumplimiento de un deber.

Conforme a lo mencionado, el subordinado no podrá alegar error de prohibición cuando crea que está actuando lícitamente. Sin embargo, sí podrá alegar error de prohibición indirecto cuando sabe que su comportamiento es antijurídico, solo que cree erróneamente que está actuando bajo una causa de justificación. Un ejemplo de lo dicho puede ser el caso de un subordinado que cree estar actuando en un estado de necesidad, al cumplir con una orden ilícita pensando que con ello está salvando un bien de mayor jerarquía que el vulnerado con su cumplimiento.

Asimismo, a fin de poder saber en qué circunstancias el subordinado que cumple con un mandato antijurídico no manifiesto podrá alegar error de prohibición indirecto, resulta fundamental, al igual que en el caso del error de tipo, aplicar los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva del profesor Jakobs. Así, el subordinado no podrá encontrarse en error de prohibición indirecto

cuando de acuerdo a su rol le sea exigible el conocimiento de que no estaba actuando bajo una causa de justificación, lo cual impedirá que pueda ser eximido de responsabilidad penal por haber actuado presuntamente bajo un error de prohibición indirecto (Ugaz, 2004).

2.2.5.2. La obediencia debida como no exigibilidad de otra conducta

Se considera que es posible que el subordinado alegue miedo insuperable cuando cumpla con una orden que sabe que es ilícita. Esto sucederá cuando el autor actúe bajo coacción a causa de un miedo que hace que éste cometa un hecho ilícito a pesar de conocer la antijuridicidad de su actuar, estando ante una circunstancia en la que, tomando en cuenta la situación de necesidad en la que se encuentra el subordinado, no se le pueda exigir que actúe de otra manera.

Se estima conveniente la idea de que el cumplimiento de órdenes ilícitas como consecuencia de algún tipo de coacción debe constituir una causal de exclusión de la responsabilidad independiente a la de la obediencia debida. Efectivamente, el subordinado no actuará en estos supuestos como consecuencia de la relación jerárquica que lo une al superior, sino que lo hará para evitar un mal grave. El cual nos da la idea de que tal vez no sea conveniente de que la obediencia debida sea regulada como una causa independiente que exime de responsabilidad, pues los casos

que la originan podrían ser reconducidos a otras causas de exclusión de la responsabilidad.

No se concuerda con lo expuesto por la profesora Zúñiga Rodríguez, quien afirma que cuando el inferior jerárquico cumple un mandato antijurídico por coacción se habría afirmado el injusto, pero se excluiría su responsabilidad debido a que el Derecho no puede castigar las conductas del subordinado que se encuentran adecuadas al baremo del funcionario medio. La exclusión de responsabilidad no se debe a que el funcionario medio hubiera actuado de igual modo ante la misma circunstancia, esta afirmación es demasiado subjetiva. ¿Qué es el funcionario medio? ¿En base a qué se define el concepto del funcionario medio? Parece que lo correcto es afirmar que el Derecho no puede castigar las conductas del subordinado cuando estas se encuentran adecuadas a lo que se le debe exigir de acuerdo, no sólo al baremo del funcionario medio, sino que también tomando en cuenta las circunstancias en que sucedieron los hechos y las características que forman parte de la personalidad del subordinado, las mismas que pueden hacer que su reacción ante un mismo hecho sea distinta a la de otra persona.

Se afirma que es poco probable que el subordinado pueda alegar estado de necesidad exculpante para eximir su responsabilidad cuando cumpla con una orden de contenido antijurídico, ello en virtud a las restricciones que la propia norma impone a su aplicación.

2.2.5.3. El estado de necesidad exculpante y la obediencia debida

Esta causa de exclusión de la responsabilidad se encuentra regulada por el artículo 20° inciso 5 del CP. que señala, estará exento de responsabilidad penal el que ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. Sin embargo, la norma hace mención a que no procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

Estamos ante una colisión de bienes en la cual el hecho antijurídico tiene que constituir la única posibilidad de salvamento, siendo susceptibles de originar un estado de necesidad exculpante sólo determinados bienes jurídicos de carácter individual (vida, cuerpo y libertad), especialmente cercanos al autor (Stratenwerth, 2005).

Por otro lado, se exige también para la aplicación del estado de necesidad exculpante que exista un peligro actual que no pueda ser evitado de otro modo. Por peligro actual debe entenderse el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable de suceder si no se busca un remedio inmediato a la situación (Jescheck/Weigend, 2002). Este peligro

actual debe amenazar al autor, a un pariente, o a una persona que le es allegada. Las personas allegadas son aquellas cuyo bienestar le importa al autor realmente tanto como por lo general el suyo propio o, idealmente, el de sus parientes. Generalmente, esta relación se apoyará en un vínculo informal que puede estar constituido por la amistad, el amor, entre otros. No hace falta tampoco que la relación exista recíprocamente, aunque la otra persona debe haber dado motivo para una vinculación personalísima (Jakobs,1997).

Finalmente, se requiere que la gravedad de la intervención de salvaguarda respete el principio de proporcionalidad en relación con la magnitud del peligro conjurado (Stratenwerth, 2005; Jescheck y Weigend, 2002). Si la amenaza o peligro actual tiene relación con la pérdida de la vida o importantes menoscabos de la libertad o de la salud, no hace falta recurrir a la proporcionalidad, siendo por ejemplo posible exculpar la muerte de varias personas para conservar la vida de una persona (Jakobs,1997).

En el caso de cumplimiento de órdenes antijurídicas, para que el subordinado pueda alegar estado de necesidad exculpante, deberá encontrarse ante una situación en la cual está en riesgo alguno de los bienes jurídicos que dan lugar a esta figura (vida, cuerpo y libertad) como consecuencia de la obediencia del mandato recibido, debiendo sacrificar otro u otros bienes para salvar aquellos. Sin embargo, será difícil que se pueda aplicar el estado de necesidad exculpante cuando se alega obediencia debida –por

más que se cumplan los requerimientos antes expuestos- ello como consecuencia de las restricciones que se le debe aplicar al estado de necesidad exculpante de acuerdo al artículo 20° inciso 5 del CP (Meini, 2009).

a. Restricciones al estado de necesidad exculpante

* Deber de soportar mayores peligros por oficio o cargo

En circunstancias en que el sujeto, sea por su profesión o cargo, está obligado a asumir riesgos para su vida. Esto sucede con las funciones específicas que tienen las personas encargadas de ciertos oficios o profesiones, que les imponen la obligación de arrostrar cierto grado de peligro superior al normal (Muñoz, 1991).

Como ejemplo tenemos al bombero, quien tiene que asumir riesgos para su vida al tener el deber de apagar un incendio, incluso salvar bienes materiales, como consecuencia de su cargo. Ante esta situación, el bombero no podrá invocar un estado de necesidad exculpante si es que elude al peligro, a pesar de que en las situaciones normales la preservación de la vida y la salud justifican que se dañen bienes materiales (Roxin, 1997). Queda claro que esta exigencia de asumir mayores riesgos no puede carecer de límites, por lo que debe estar circunscrita a los alcances que le confieran las normas jurídicas y también de lo exigible a cada función (Mir, 2008). Debe agregarse que la obligación no es la de sacrificarse, sino la de asumir ciertos riesgos, esto siempre por una exigencia de carácter jurídica y no moral, debiendo recordarse que

el Derecho penal no exige comportamientos heroicos a las personas (Hurtado, 2005).

Esta obligación de asumir mayores riesgos por el oficio o cargo se ve muy claramente en la obediencia debida. Aquí hay un subordinado que muchas veces en cumplimiento de su cargo tendrá que asumir ciertos riesgos que no se le exigen a un ciudadano de a pie. Ejemplo, el soldado que debe arriesgar su vida en el campo de batalla, quien ante el peligro inminente de perderla, no puede abandonar su puesto y dejar a sus compañeros en el medio de una batalla. El problema no es aceptar esta carga de riesgos que el subordinado tiene que asumir, sino poder determinar cuándo la asunción de riesgos exigida al subordinado se encuentra circunscrita a los alcances de lo que su cargo le exige. Para entender esto, debe quedar claro una vez más que se trata de una obligación de carácter jurídica y no moral de asumir mayores riesgos (Jakobs, 2000). Por esto debe entenderse que el subordinado debe asumir un riesgo exigido por su superior siempre y cuando sea legal y se encuentre dentro de lo que su cargo le exige.

Ejemplo, cuando un Coronel se encuentra consumiendo licor con uno de sus subordinados en su día libre. El superior no podrá exigirle que conduzca una patrulla en estado de ebriedad con la finalidad de ir a comprar más licor. De ser así, el inferior jerárquico estaría asumiendo el grave riesgo de incurrir en un accidente de tránsito como consecuencia de su estado etílico. No existe

exigencia de asumir el riesgo en este ejemplo, pues la orden que va a derivar en la asunción del peligro no es de acuerdo a ley, y además el comportamiento solicitado al inferior no es exigido por su cargo.

* Que el estado de necesidad no haya sido provocado intencionalmente por el sujeto

Aquí el sujeto causa la situación de peligro que dará lugar al estado de necesidad invocado. El artículo 20° inciso 5 del CP señala expresamente que no procederá la exención del estado de necesidad exculpante si el agente causó el peligro, razón por la cual no será posible que el subordinado que cumple con un mandato antijurídico pueda alegar estado de necesidad exculpante, será aquel quien cause la situación de peligro como consecuencia del cumplimiento de la directiva.

2.2.6. OBEDIENCIA DEBIDA COMO ATENUANTE

La primera referencia de utilización de la obediencia debida como defensa en la práctica de los tribunales internacionales sucedió en el juicio seguido contra Peter Hagenbach, el mismo que se llevó a cabo en Breisach en 1474.

En 1474 el duque de Borgoña Carlos III –llamado Carlos “El Temerario”- nombró a Peter Von Hagenbach como gobernador de la ciudad de Breisach, las instrucciones que le dieron a este gobernador era someter a la ciudad para que formara parte del territorio que dominaba el duque.

Bajo estas órdenes Hagenbach cometió una serie de crímenes como asesinatos, violaciones, entre otros.

Los habitantes de los territorios vecinos, al tomar conocimiento de estos actos, formaron una gran coalición integrada por lo que hoy es Austria, Francia y Alemania a fin de juzgar los crímenes cometidos por Hagenbach. Fue así que se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición. Los cargos que se le imputaban al gobernador de Breisach eran “pisotear las leyes de Dios y del Hombre”, mientras que éste adujo como defensa la carta de acatamiento de órdenes superiores en las que no reconocía a otro juez que su señor, Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña y la obediencia de sus mandatos. Esa defensa fue desestimada por el tribunal que lo juzgó y condenó a muerte por los crímenes contra la población de la ciudad de Breisach (Zimmermann, 2002).

El primer documento internacional que trató el tema de la obediencia debida fue el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, ello debido a que muchos de los oficiales del nacional-socialismo alegaron haber actuado en cumplimiento de las órdenes impartidas por Adolf Hitler. El artículo 8° del Estatuto señala 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.

La obediencia debida fue incluida en las normas internacionales, como atenuante, mas no como eximente de responsabilidad. La no inclusión de la obediencia debida como eximente se debió a la coyuntura en que se le incluyó en las normas internacionales, y a los crímenes que fueron juzgados por el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Este Tribunal se instauró luego de la Segunda Guerra Mundial, y se juzgaron varios de los crímenes que más conmocionaron al mundo. En ese contexto era muy difícil que se pudiera llegar a eximir de responsabilidad a alguno de los subordinados de Hitler. El Tribunal se pronunció en este sentido haciendo referencia al acusado Keitel, concluyendo que la obediencia debida no podrá ser considerada como atenuante cuando se cometen los más serios crímenes de manera consciente y sin ninguna excusa o justificación militar (Zimmermann, 2002).

La Cruz Roja Internacional también hizo referencia a la obediencia debida durante la preparación para los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. Este organismo internacional propuso que las órdenes de los superiores no constituirán una defensa válida si en el proceso se puede probar, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso, que el acusado tuvo suficientes razones como para asumir que con sus actos estaba violando los Cuatro Convenios de Ginebra o el Protocolo Adicional I (Zimmermann, 2002). La obediencia debida se rechaza como medio defensa, no porque el subordinado obedezca una orden manifiestamente ilícita, sino que por obedecer a una que viola los convenios citados. Se dice que este razonamiento no parece del todo convincente, porque al no requerirse

que la directiva sea manifiestamente ilícita para que no se aplique la obediencia debida, no va a poder concluirse con toda objetividad en qué oportunidades el subordinado tendrá suficientes razones como para asumir que está violando los Cuatro Convenios de Ginebra o el Protocolo Adicional I.

De igual manera al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda reconocen también a la obediencia debida como un atenuante, más no como eximente. Tanto el artículo 7° inciso 4 del Tribunal Penal para el ex Yugoslavia, como el artículo 6° inciso 4 del Tribunal Penal para Ruanda señalan que:

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.

De igual forma, tampoco se ha considerado a la obediencia debida como eximente de responsabilidad en los siguientes pronunciamientos internacionales:

- * Proyecto de Código Penal Universal. Presentado a la Conferencia de Londres de 1950 por la *International Bar Association* el cual 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”.*

- * 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”.

- * Principio IV de Nuremberg. En diciembre de 1946 se aprobó por Naciones Unidas- en forma unánime-, la Resolución N° 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 2° N° 3 que: *“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.* 11. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Establece en su artículo 4° 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 6º N° 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”*.

- * 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”*.

Por otro lado, el artículo 33º del Estatuto de Roma se pronuncia también sobre el tema de la obediencia debida. Este artículo señala que las órdenes del superior no relevarán a una persona de responsabilidad penal a no ser que se cumpla con una serie de requisitos. Este artículo refiere que quien hubiere cometido un crimen 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: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. Este artículo

establece también que se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Como se puede observar, a diferencia del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, y de los Estatutos de los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, en el artículo 33° del Estatuto de Roma no se considera a la obediencia debida como atenuante, sino que como una eximente de responsabilidad siempre que se cumpla con los requisitos ya señalados. Este hecho puede ser un problema, al romper este artículo con el *standard* internacional que consideraba a la obediencia debida como un atenuante, no existiendo ya uniformidad en las normas internacionales sobre el tema.

Lo más importante del artículo 33° del Estatuto de Roma es que deja claro que nunca se podrá alegar obediencia debida cuando se cometan los crímenes internacionales de mayor gravedad, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad.

2.2.7. OBEDIENCIA DEBIDA COMO AUSENCIA DE CONDUCTA

Esta idea es sostenida por los profesores argentinos Soler y Fontán Balestra, y consiste en afirmar que cuando la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior, de tal manera que el inferior no realizaría ninguna conducta –esto debido a que la acción no es obra de su personalidad al no hacer más que actuar la voluntad del superior que la imparte-, otorgándole al comportamiento del subordinado el carácter de causa de ausencia de conducta (Fontán,

1980; Zaffaroni, 1981; Morillas Cueva, 1984; Núñez, 1987; Creus, 1990; Vidal, 1991; Zaffaroni, Aliaga y Slokar, 2005).

Esta tesis ha recibido diversas críticas (Fontán, 1980) y no ha tenido mayor asidero en la dogmática contemporánea, por lo que no resulta relevante hacer un mayor análisis sobre los fundamentos que la sustentan.

Entre las principales críticas que se le hacen a esta teoría se tiene a la que afirma que ésta deforma totalmente los datos del mundo y la misma coherencia del orden jurídico, que premia y castiga las acciones del inferior, y que el derecho penal le niega nada menos que el carácter de conducta humana (Zaffaroni, Aliaga, Slokar, 2005). Se le critica también que desplace la cuestión de la acción o autoría de su verdadero ámbito, que es el aspecto fáctico de la intervención voluntaria del agente en la ejecución del delito, y lo traslada al ámbito puramente jurídico (Núñez, 1987). Asimismo, se dice que esta teoría se equivoca, pues quien está en obediencia debida por lo menos acciona, sin perjuicio de que esa acción esté cubierta eventualmente por alguna causal de impunidad (Vidal, 1991). Finalmente, de manera contraria a lo expuesto por la teoría de la ausencia de acción, se dice que el subordinado que cumple un mandato de contenido antijurídico siempre va a actuar, aunque sea coaccionado (Creus, 1990).

2.2.8. ÓRDENES QUE VINCULAN EN UN ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Artículo 3° de la Constitución Política del Estado de 1993 hace mención a los derechos complementarios amparados por la Carta Magna, es muy parecido a la Constitución Política del Estado de 1979, con la única diferencia que en aquella se hacía mención a un Estado social y democrático de derecho y no a un Estado democrático de Derecho, la misma que ha sido aclarado por el Tribunal Constitucional al mencionar que la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho (STC del 11/11/2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC.)

De conformidad a lo esgrimido en el párrafo anterior, queda demostrado que el Estado peruano reconoce en su Constitución que se rige por un Estado Social Democrático de Derecho.

Todo ello supone que el Estado peruano se rige por los principios fundamentales de todo Estado de Derecho, como son la legalidad, democracia y separación de poderes. Consecuentemente, se debe establecer qué tipo de órdenes pueden vincular a un subordinado en nuestro modelo de Estado, y si es que el cumplimiento de mandatos ilícitos puede ser utilizado como eximente, justificante o atenuante por un subordinado.

En primer término, un Estado democrático de Derecho requiere ante todo el respeto por derechos elementales como la libertad, igualdad jurídica y aseguramiento de la legalidad. Resulta incoherente que en un

Estado con esas características se pueda permitir que una orden ilícita vincule al subordinado. De ser así, se estaría violentando la igualdad jurídica y el aseguramiento de la legalidad, en tanto que se estaría permitiendo que la obediencia de una orden ilegal no sea sancionada. No puede olvidarse tampoco que en una democracia social como la peruana el Estado debe brindar las condiciones necesarias para que las personas se puedan desenvolver en una sociedad en la que existe la tolerancia e igualdad. Pues bien, no parecería que estas condiciones podrían ser respetadas en un Estado donde lo ilegal vincula, lo cual permitiría que se puedan cometer actos que vayan contra la tolerancia e igualdad (por ejemplo una orden ilícita con connotaciones racistas) y que los mismos estén justificados por el Derecho.

En segundo término, el principio de la separación de poderes conlleva el control de la acción estatal y el impedimento de la arbitrariedad. La justificación del cumplimiento de una orden ilícita comprende necesariamente la comisión de un hecho arbitrario que no tiene sustento legal, actos que el Estado prohíbe. Resulta ilógico que una orden ilícita pueda vincular en un Estado en el que se cuenta con una separación de poderes. No hay que olvidar que la división de poderes cumple una función preventiva para poder proteger a los ciudadanos y evitar que se cometan actos arbitrarios que los puedan afectar, lo cual requiere una coordinación efectiva entre los distintos aparatos del Estado para no permitir que el poder se concentre y que se puedan cometer arbitrariedades que sean encubiertas por el mismo Estado.

En tercer término, se cuenta con el principio de legalidad, una de las protecciones mayores hacia los ciudadanos para evitar actos arbitrarios y abusivos. Esta protección se genera porque siguiendo este principio no será posible sancionar a nadie por un hecho que no esté tipificado, ni se podrá dictar una sentencia condenatoria que aplique una pena que no esté regulada por una ley previa. Es evidente que no se condice con este principio una orden que tiene carácter ilícito, más aún si la razón de ser del principio de legalidad es lograr una seguridad jurídica en la sociedad, al no castigar a ninguna persona por un hecho atípico. Tomando en cuenta la teoría del contrato social, si ningún ciudadano podía verse sometido por parte del Estado a penas que no eran admitidas por el pueblo, con menos razón podría ser disculpado un ciudadano que comete un hecho típico justificándose en el cumplimiento de una orden antijurídica que no es tolerada por la sociedad y por el Estado.

En síntesis, la Constitución Política del Estado y por ende el modelo de Estado por el cual se rige nuestra sociedad, hacen que el poder del superior para emitir órdenes y el deber del subordinado de cumplirlas se vea limitado. La obediencia de órdenes siempre tendrá que estar circunscrita al marco de la Constitución, la norma fundamental del Estado, siendo que sus alcances tendrán que estar en concordancia con los principios de supremacía constitucional y de Estado social democrático de derecho, por lo que quienes ejercen el poder del Estado, en este caso el superior y el subordinado, lo harán siempre con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes

establecen (STC del 30/9/2005, Exp. N° 2446-2003-AA/TC Puno). Nunca una orden ilícita estará en concordancia con los principios mencionados, lo cual hace que este tipo de órdenes no puedan vincular.

Finalmente, de acuerdo a la exposición de motivos del CP, éste estará encargado de velar por el cumplimiento de las garantías aplicables a todo estado social y democrático de Derecho, para lo cual sancionará los comportamientos que no se condigan con éstos, como deberá suceder con las órdenes ilegales.

2.2.8.1. Órdenes que vinculan de acuerdo a las normas peruanas

La constitución establece en su artículo 166° que:

“La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

Se entiende a partir de este artículo que si el Estado impone a la Policía Nacional el deber de garantizar el cumplimiento de las leyes es porque justamente esta entidad Estatal debe evitar que se cometan hechos que no son lícitos. Una orden ilícita no puede vincular de modo alguno en un Estado de Derecho como el peruano, en el que artículos como el citado son una evidencia manifiesta de la función de protección efectiva de los ciudadanos, característica de un Estado social democrático de Derecho, en la

cual el Estado cumple una misión de prevención, que en este caso es encargada a la Policía Nacional.

Por otro lado, el artículo 368° del Código Penal tipifica el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, el mismo que sanciona a:

“El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención (...)”.

Asimismo, el artículo 376° del Código Penal tipifica el delito de abuso de autoridad, el cual sanciona a:

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera (...)”.

Como se puede apreciar, tanto en el caso de las dos normas antes citadas, como en el de la obediencia debida, regulada por el artículo 20° inciso 9 del CP, se hace mención de manera directa o indirecta al concepto “autoridad”. Autoridad es sólo quien ejerce el poder público conforme a la Constitución y las leyes (Du Puit, 2002; y Meini, 2009). Esto queda explicado de mejor manera por las normas de la parte especial del CP a las que se ha hecho mención.

Así, de lo expuesto en el artículo 368° del CP, que tipifica el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, se desprende que estará prohibido desobedecer órdenes que provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. De este modo, si

el Derecho penal sanciona al que desobedece una orden lícita, se entiende que no se sancionará por delito de desobediencia al funcionario que incumple con un mandato ilícito, pues este no será vinculante para él al ser un acto arbitrario que no expresa autoridad.

De igual modo, se debe tener presente que para sancionar la desobediencia de la orden ésta deberá ser necesariamente lícita, puesto que proviene de un funcionario del Estado, el cual evidentemente, y en virtud a lo que se ha señalado hasta ahora, no podrá emitir una orden ilícita que vincule. Lo dicho explica que sólo podrá expresar autoridad el funcionario que emita una orden de carácter lícito, pues nunca estará dentro de sus funciones el impartir mandatos ilegales.

Sólo cometerá delito de desobediencia quien no cumple con una orden que expresa autoridad, vale decir, con una orden que sea lícita y que provenga de autoridad competente. Siguiendo esta misma línea de razonamiento, el artículo 376° del Código Penal, que tipifica el delito de abuso de autoridad, sanciona al funcionario o servidor público que abusando de sus atribuciones, ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera. De este modo, no sería coherente que un acto arbitrario como la emisión de una orden antijurídica vincule en nuestro ordenamiento jurídico cuando el Derecho penal sanciona al funcionario que comete un acto arbitrario abusando de sus atribuciones.

Esto quiere decir que sólo cuando la orden tenga respaldo jurídico – que la orden sea lícita- expresará autoridad jurídica y no un simple poder de mando. La orden ilícita emitida por el funcionario nunca podrá expresar autoridad vinculante, pues no tendrá respaldo jurídico, por lo que será equivalente a la orden que imparte el jefe de una banda delincencial a sus subordinados.

En el ámbito militar, el artículo 19° inciso 8 del CJM señala que está exento de responsabilidad:

“El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra”.

Una interpretación sistemática de este artículo en el contexto del Estado de Derecho permite afirmar que el sentido de la norma es sancionar al subordinado que cumple con una orden que es manifiestamente inconstitucional o ilegal, más no al subordinado que cumple con una orden que proviene de una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente pero que no es manifiestamente ilícita, aunque ilícita al fin y al cabo. Esto no quiere decir que la expresión de “autoridad” se vea distorsionada en el ámbito militar, y que se permita que un funcionario del Estado pueda ejercer el poder al margen de la ley. La confusión creada por este artículo se debe a que probablemente el criterio utilizado por el legislador para establecer la ilicitud de la orden fue quizás el de la teoría de la apariencia (Morillas, 1984).

2.2.9. REQUISITOS DE FORMA QUE DEBE TENER TODA ORDEN

Estos requisitos tienen que ver con las formalidades que debe tener una orden lícita para que pueda vincular. Conforme a un gran sector doctrinario (Mesa, 1962; Fontán, 1980; Bustos, 1989; Vidal, 1991; Peña, 1995 y Reynoso, 2003), para que la orden de la autoridad sea vinculante para el subordinado debe de cumplir con los siguientes requisitos de forma: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) que el subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) que la orden aparezca como lícita; d) que exista una relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 20° inciso 9 del CP, se exige como requisitos de forma para que la orden vincule el que ésta provenga de autoridad competente y que sea expedida por aquel en ejercicio de sus funciones (R. N. del 12/9/ 2005, N° 2267-2005- Lima; El código penal en su jurisprudencia).

Cuando la norma dice que la orden debe emanar de autoridad competente hace necesaria alusión a la condición de funcionario público del emisor del mandato, calidad que para efectos penales se encuentra definida en el artículo 425° del CP (Ugaz, s/f). El que la orden haya sido expedida por el superior en ejercicio de sus funciones quiere decir que el funcionario la debe emitir en el desempeño de la actividad pública para la cual ha sido investido por ley. Esto quiere decir que el mandato debe corresponder al ámbito funcional de quien lo emite, toda vez que de exceder su capacidad funcional, resultara notoriamente excesiva, y por tanto no vinculante (Ugaz, s/f).

2.2.10. REQUISITOS DE CONTENIDO QUE DEBE TENER TODA ORDEN

2.2.10.1 Teoría de la apariencia

Según esta teoría el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juridicidad intrínseca del mandato, sino que a su apariencia de legalidad (Morillas, 1984). Se entiende así que una orden antijurídica emitida por el superior vincula al subordinado, siempre y cuando esta antijuridicidad sea aparente y no manifiesta.

El legislador nacional parece haberse decidido por la teoría de la apariencia al momento de redactar el artículo 20° inciso 9 del CP (Peña, 1995). Ello se deriva de lo descrito en la exposición de motivos del CP, en la cual se lee textualmente: La Comisión Revisora interpreta que con las locuciones "orden obligatoria", "autoridad competente" y "ejercicios de sus funciones" se alude tácitamente, pero de manera suficiente, a que la orden superior no debe ser manifiestamente ilícita, no siendo necesario, en tal sentido, indicarlo así *expressis verbis*. Se puede concluir de este modo que de acuerdo a nuestros legisladores la orden ilícita vinculará al subordinado siempre y cuando su antijuridicidad sea aparente y no manifiesta –teoría de la apariencia-.

El principal cuestionamiento que se puede hacer a esta teoría es el siguiente: ¿cómo se debe establecer para qué personas una orden debe o puede parecer manifiestamente antijurídica y para quienes no? La respuesta a esta pregunta tendrá una incidencia en cuanto a la imputación que se haga sobre el subordinado que cumpla con

una orden de contenido antijurídico que derive en la comisión de un hecho delictivo.

Para responder esta interrogante es importante tomar conocimiento del estado actual de la teoría de la imputación objetiva, y las soluciones que proporcionará para resolver este cuestionamiento.

Los dos autores modernos más importantes que han reformulado la teoría de la imputación objetiva son los profesores alemanes Günther Jakobs y Wolfgang Frisch, quienes se distancian de la tradicional teoría de la imputación objetiva, reformada por Claus Roxin sobre el trabajo primigenio de Richard Honig. A grandes rasgos, según la concepción de la imputación objetiva de Roxin, el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se ha realizado en el resultado (Cancio, 2004). De esta forma, para esta concepción de la imputación objetiva, un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto (Roxin, 1997).

A diferencia de Roxin, los profesores Jakobs y Frisch han llevado a su más moderno desarrollo la tesis tradicional de la imputación objetiva con nuevos contenidos. Ambos autores han extendido la objetivización y normativización del tipo más allá de la imputación

de resultados, y han desarrollado también una normativización de la imputación de conductas (Feijoo, 2002).

Según el razonamiento de Frisch, para que pueda aplicarse la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado –que son los que interesan para efectos de este trabajo- deberá hacerse una distinción entre conducta típica o prohibida e imputación del resultado. Conducta típica o prohibida será aquella que constituya un riesgo no tolerado o desaprobado por el ordenamiento jurídico. Una vez constatado que la conducta a imputar es típica o prohibida, se deberá comprobar la existencia de una relación específica o nexo causal entre la conducta desaprobada del autor y el resultado producido. En consecuencia, para que haya imputación objetiva según Frisch, el resultado producido debe ser una consecuencia específica de la conducta prohibida del autor (Roxin, 1997; Cancio, 2004; Frisch y Robles, 2004).

Por su parte, Jakobs divide a la teoría de la imputación objetiva en dos niveles. En el primer nivel está la imputación objetiva del comportamiento, según la cual se imputa las desviaciones respecto de aquellas expectativas que recaen sobre el portador de un rol (Jakobs, 1998). En ese sentido, no se podrá imputar responsabilidad penal a la persona que actúe dentro del comportamiento que le exige el rol que desempeña dentro de los contactos sociales, ya que al hacerlo no estaría defraudando las expectativas normativas que delimitan los contornos de su rol. A fin de explicar los comportamientos que forman parte del rol de una

persona, lo cuales eliminan cualquier responsabilidad penal, el autor se vale de cuatro instituciones dogmáticas (Jakobs, 1998): a) El riesgo permitido, b) el principio de confianza, c) la prohibición de regreso, y d) competencia de la víctima.

En el segundo nivel se encuentra la imputación objetiva del resultado, en el cual se verifica que el resultado puede explicarse a partir de la conducta defectuosa del autor. De esta manera, no podrá imputarse el resultado cuando éste no se produzca como consecuencia del riesgo no permitido realizado por el autor (Feijoo, 2002 y Cancio, s/f).

Los aportes de estos dos autores en el ámbito de la imputación objetiva, especialmente el llevado a cabo por Günther Jakobs, permiten contar con una herramienta conceptual idónea para delimitar cuándo una orden que reviste una característica no manifiestamente ilegal debe ser cumplida o no. Es evidente que el cumplimiento de órdenes manifiestamente antijurídicas nunca podrá formar parte del rol del subordinado, toda vez que en un Estado de Derecho no existen expectativas normativas válidas de cumplimiento de semejantes órdenes. Sin embargo, en el caso de las órdenes no manifiestamente antijurídicas la obligatoriedad de cumplirlas o no acatarlas dependerá de cómo está configurado normativamente el rol del subordinado en el contexto social concreto donde desarrolla su acción.

Lo señalado no significa que las órdenes no manifiestamente antijurídicas, pero antijurídicas al fin vinculen al subordinado. Todo lo contrario, la teoría de la imputación objetiva servirá para poder saber en qué casos se le debe exigir al subordinado el conocimiento de la antijuridicidad de la orden que no es manifiesta. Esta exigencia no surgirá en virtud a la apariencia de licitud de la orden, sino que en razón al rol que desempeña el subordinado.

2.2.10.2. Teoría de la nulidad

Esta teoría vincula el deber de obediencia del subordinado con las normas administrativas que regulan la validez de los actos administrativos. Sólo vincularán aquí las órdenes que se encuentren permitidas por el Derecho administrativo, no pudiendo vincular las que son nulas de pleno derecho. Como órdenes no antijurídicas que deben obedecerse quedarán solamente las anulables, y las que cuenten con meras irregularidades formales (Mir, 2008).

Para poder entender mejor esta teoría, es primordial definir el concepto de acto administrativo. De manera amplia, se les pueden definir como manifestaciones o declaraciones de voluntad del poder público, las cuales se exteriorizan mediante actos jurídicos realizados por la Administración sometida al Derecho Administrativo (García y Fernández, 2006) Artículo 1° de la LPAG.

Dentro de la teoría de la obediencia debida, y respetando lo establecido por el artículo 1° de la LPAG, se podría entender a la

orden emitida por el superior jerárquico como un acto administrativo, partiendo de que proviene de una entidad pública, y que está destinada a producir efectos jurídicos sobre los administrados. Queda así establecido que no cualquier orden emitida por una entidad pública podrá ser considerada como un acto administrativo, sino que sólo la que sea susceptible de producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos en los administrados.

Un primer problema podría surgir si es que los efectos del cumplimiento de la orden ilícita no recaen sobre un administrado, sino que sobre un mismo miembro de la entidad pública. Un ejemplo de lo dicho sería el del capitán que ordene al soldado que le aplique a su compañero un castigo no regulado por las normas internas de la institución, el cual derive en una lesión grave para éste. Este tipo de órdenes no podría ser siquiera considerado como un acto administrativo según nuestra regulación, pues el artículo 1° de la LPAG consigna que no son actos administrativos los actos de administración interna de la entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Por otro lado, el artículo 8° de la LPAG dispone que un acto administrativo válido sea aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico. Por tanto, un acto administrativo inválido es aquel en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico, siendo por tanto ilegal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 9° de la misma norma dispone que todo acto

administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda. Esto quiere decir que el acto administrativo será válido hasta que no se demuestre por medio de autoridad pública que contiene algún tipo de vicio que esté contemplado en la norma como un caso de nulidad, o anulabilidad (Danós, 2003) del acto.

a. Nulidad de los actos administrativos

Es nulo de pleno derecho, o con nulidad absoluta, todo acto administrativo cuya ineficacia es intrínseca, y que carece desde el inicio de efectos jurídicos, siendo ineficaz por sí mismo (García, 2006). El acto nulo adolece así de una falla rígida determinada invariable e idéntica en todos los casos (Cassagne). Asimismo, estos actos atentan contra el orden público y el interés general, atacando frontalmente el principio que rige la administración pública (Pérez, 2003).

En cuanto a las causales de nulidad, estas son establecidas por el artículo 10° de la LPAG, y son las siguientes: (i) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; (ii) el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°; (iii) los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades,

o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; (iv) los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Una orden ilícita emitida por un superior puede encontrarse en todos los supuestos que se acaban de mencionar, y por tanto puede constituir un acto administrativo nulo. El problema es que los actos administrativos se presumen válidos, y sólo podrán ser considerados como nulos cuando la administración, a petición de parte o de oficio, los declara como tales.

En consecuencia, la orden ilícita será considerada como un acto administrativo válido hasta que la administración establezca lo contrario. El efecto de esto es que se pueda generar una perjudicialidad innecesaria en la que se deberá esperar al pronunciamiento de la administración para poder iniciar una acción penal por las consecuencias del cumplimiento de una orden ilícita.

Otra consecuencia es que de acuerdo al inciso 4 del artículo 10° de la LAPG, siempre será nula una orden con contenido antijurídico, más allá de si su ilicitud sea o no manifiesta. Esto parece ser acertado; pues, como se ha concluido, en un Estado social y democrático de Derecho como el peruano no podrá vincular nunca una orden ilícita. Lo dicho no significa que el subordinado que cumpla con una orden no manifiestamente antijurídica, pero

antijurídica al fin y al cabo, será sin más responsable por el cumplimiento del mandato. Lo que se habrá de hacer ante esta situación es analizar si es que concurren los presupuestos del error de prohibición, a fin de determinar si se puede disculpar al inferior jerárquico. De ser así, ello no significará de ningún modo que la orden deje de ser nula y que por ende vincule, ya que el comportamiento del subordinado disculpado que incurre en error seguirá siendo antijurídico.

b. Anulabilidad de los actos administrativos

Los actos administrativos anulables son aquellos que, debido a su poca gravedad, pueden llegar a ser subsanados en vía judicial (Cassagne). Por esta razón los afectados por estos actos, y sólo ellos, podrán pedir su nulidad dentro de un cierto plazo, luego del cual, si no se solicita la nulidad, el acto quedará saneado y el vicio de nulidad quedará purgado (García, Fernández, 2006; Pérez, 2003). La legislación nacional no recoge de manera expresa la figura del acto anulable. Sin embargo, el artículo 14° de la LPAG contiene los supuestos de conservación del acto administrativo, que en buena cuenta vendrían a ser los actos anulables. Esto se evidencia cuando dicho artículo dice que se conservará el acto administrativo cuando el vicio de éste no sea trascendente, prevaleciendo así la conservación del acto, y procediéndose luego a su enmienda.

De acuerdo al artículo citado, son actos afectados por vicios no trascendentes: (i) El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación; (ii) el acto emitido con una motivación insuficiente y parcial; (iii) el acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado; (iv) cuando se concluya indubitablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio; (v) aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

Estos actos no revisten mayor gravedad, de ahí el hecho de que puedan ser subsanados. Se cree que una orden ilícita difícilmente podría calzar dentro de estos supuestos, en virtud a que constituye un acto administrativo que siempre va a ser considerado como nulo e insubsanable. En todo caso, la orden lícita que contiene defectos formales no esenciales vinculará al subordinado, y deberá ser cumplida por éste, siempre y cuando su contenido no sea antijurídico. Esto con la finalidad de no entorpecer el desenvolvimiento de las actividades públicas por objeciones que puedan recaer sobre temas formales que no afectan la licitud del mandato. No obstante, al ser un vicio subsanable, se podrá corregir con posterioridad.

c. Inconveniencia de aplicación de teoría de la nulidad

Se piensa que los fundamentos de la teoría de la nulidad, en su aplicación para supuestos de cumplimiento de órdenes no son del todo convincentes, sobre todo cuando éstas son ilegales.

Los inconvenientes aparecen de entrada cuando el artículo 1° LPAG define al acto administrativo como las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, excluyendo a los actos de administración interna de la entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios.

Lo mencionado implicaría una consecuencia penalmente inaceptable: Que no se pueda imputar responsabilidad al inferior que cumple una orden ilícita aparentemente destinada a hacer funcionar mejor las actividades de la institución pública –acto de administración interna-, pero que en realidad podría afectar a un subordinado de su misma institución. Por ejemplo: El caso del Capitán que ordena al soldado que torture a su compañero a manera de castigo ejemplar por incumplimiento de las normas internas de la institución, el cual servirá de ejemplo para el resto de subordinados y hará funcionar mejor la actividad militar.

De igual forma, no resultaría coherente que debido a que los actos administrativos se presumen válidos, se deberá esperar un pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa que

establezca

uir que un acto es ilícito se necesite de un pronunciamiento especializado por parte de la autoridad administrativa que determine que el mismo constituye un delito. El problema aparecería cuando la ilicitud del acto sea manifiesta, y no sea necesario que la administración emita un pronunciamiento para saber que se trata de un delito. De ser así, el pronunciamiento en sede extra penal demoraría más el proceso destinado a esclarecer la responsabilidad penal de la persona que cometa el delito.

2.2.11. PUNTO DE VISTA RESPECTO AL ARTÍCULO 20° INCISO 9 DEL CP

2.2.11.1. Artículo 20° inciso 9 del Código Penal de 1991

De acuerdo a este artículo, está exento de responsabilidad el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Esto quiere decir que esta norma regula el comportamiento del subordinado que cumple con una orden lícita. Como ya he podido concluir (Artículo 3 de la Constitución de 1993), en un ordenamiento como el nuestro sólo podrá vincular al subordinado una orden lícita, emitida por autoridad competente y en ejercicio de sus funciones, por lo que el artículo 20° inciso 9 del CP regula es un claro supuesto de atipicidad, el mismo que ni siquiera requiere ser tipificado.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

Antijurídico.- La definición resulta relativamente sencilla, debe entenderse por tal lo “que es contra Derecho”. Determinar su contenido ya resulta más complicado, porque saber cuándo una acción humana es opuesta al derecho requiere una apreciación de índole subjetiva.

Atipicidad.- Ausencia de tipicidad, que obsta el proceso penal o, cuando menos, a la punibilidad.

Causa de Justificación.- Norma o hecho que legitima la conducta. Excusa. En el Derecho Penal, cada una de las *circunstancias eximentes* en que el sujeto no incurre sino en la apariencia de delito, pues no existe infracción del ordenamiento jurídico.

Conducta.- Modo de proceder de una persona, manera de regir su vida y acciones. Comportamiento del individuo en relación con su medio social, la moral imperante, el ordenamiento jurídico de un país y las buenas costumbres de la época y del ambiente.

Error de Tipo.- El error de tipo surge cuando el comportamiento del sujeto activo se encuentra subsumido en un tipo penal sin que éste lo sepa, existiendo error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo (Herrera, s/f; Salazar, 2003).

Principio de Legalidad.- Es un principio básico de todo Estado de Derecho, conocido también como *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Jakobs, 1997; Roxin, 1997; Mir, 2002; Hurtado Pozo, 2005 y Mir, 2008).

Tipicidad.- Concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno, entre otras razones por que guarda relación con el Derecho Penal Liberal, del cual es garantía, que se vincula con el principio del *nullum crimen sine praevia lege*.

Por tanto son los hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidas por el código o las leyes, para poder castiga

Teoría de la Tipicidad Conglobante.- Propuesta en Latinoamérica por Zaffaroni. El autor sostiene que la norma y el bien jurídico no pertenecen al tipo, sino que permanecen “antepuestos” a él, lo que hace que tanto la afectación del bien jurídico y la antinormatividad sean características necesarias para la tipicidad de una conducta. (Rusconi, 1992).

2.4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

2.4.1. HIPÓTESIS GENERAL

La eficacia de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno – 2015, en cumplimiento de órdenes ilícitas son una causal de exculpación e innecesarias. De ello se desprenden las siguientes sub hipótesis que trata de establecer los efectos aislados, de cada uno de los factores.

2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1. Los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder ser reconducidos a causales de exculpación o justificación (dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos requisitos).
2. Lo anterior hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal.

2.5. SISTEMA DE VARIABLES

Cuadro 1. Variables, dimensiones e indicadores de la investigación

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
<p>Independiente</p> <p>1. La eximente de obediencia debida” en el derecho penal peruano</p>	<p>1.1. Proceso de administración de justicia.</p>	<p>1.1.1. Obediencia debida como supuesto de atipicidad</p> <p>1.1.2. La obediencia debida como causa de justificación.</p> <p>1.1.3. La obediencia debida como causa de inculpabilidad.</p> <p>1.1.4. Obediencia debida como atenuante</p> <p>1.1.5. Obediencia debida como ausencia de conducta.</p>
<p>Dependiente</p> <p>2. Aplicación de la eximente de “obediencia debida” del código penal peruano en la administración de justicia</p>	<p>2.1. Instrumentalización en la administración de justicia.</p>	<p>2.1.1. Órdenes que vinculan en un Estado social democrático de Derecho</p> <p>2.1.2. Requisitos de forma que debe tener toda orden</p> <p>2.1.3. Requisitos de contenido que debe tener toda orden.</p>
<p>3. Eficacia de la aplicación de la eximente de “obediencia debida” del código penal peruano en la administración de justicia</p>	<p>3.1. Repercusión en la administración de justicia</p>	<p>3.1.1. Naturaleza jurídica de la obediencia debida.</p> <p>3.1.2. Toma de postura respecto al artículo 19°inciso 8 del CJM, el artículo 20° inciso 9 del CP, y la obediencia debida en el Derecho Penal Internacional.</p>

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

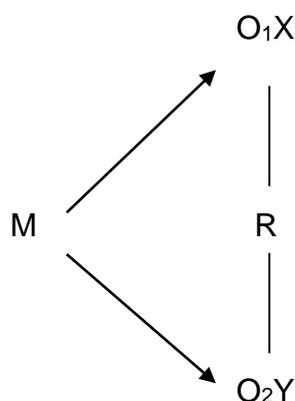
Por el criterio de la estrategia de investigación es no experimental descriptiva, ya que no se manipula la variable; es decir, los datos son recogidos tal como se presentan en la realidad; es transversal y por la naturaleza del problema de investigación es una investigación correlacional (Hernández, 2006).

3.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Según Tomás (2005) la investigación correlacional básicamente mide dos o más variables, estableciendo su grado de correlación, porque permitirá medir el nivel de eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función según el código penal peruano.

El diseño de investigación que asumimos es transversal porque recogerá datos solo una vez para el trabajo de investigación. (Hernández, 2006). Esto quiere decir, que se tomará una medida de las dos variables, luego se

establecerá el nivel de eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función según el código penal peruano



Dónde:

O₁: Delitos de función según el código penal peruano

O₂: Eficacia de la eximente de obediencia debida

M: Juzgados y sala penal de Puno

X: Delitos según el código penal

Y: Eficacia obediencia debida

R: Nivel de eficacia

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1. POBLACIÓN

La población considerada es: De 40 operadores del módulo penal Puno para la guía de entrevista participante N° 01, anexo; 20 casos para la ficha documental, participante N° 02, anexo; en los delitos de función según el Código Penal peruano en los juzgados y sala penal de Puno.

Cuadro 2. Órgano Jurisdiccional

	Sala penal	Juzgado penal	Juzgado de investigación preparatoria
Módulo penal	Sala penal de apelaciones en adición de funciones liquidadoras	1°, 2°, 3°, Juzgado penal unipersonal	1°, 2°, 3°, Juzgado de investigación preparatoria

3.3.2. DEFINICIÓN DE MUESTRA Y TÉCNICAS DE MUESTREO

La muestra ha sido seleccionada utilizando la fórmula siguiente:

$$n = \frac{Z^2 \times N \times P \times Q}{E^2 (N - 1) + 4P \times Q}$$

Dónde:

- P: 0.95 es la proporción (conocido)
- N: Es la población
- Q: 0.05 es la proporción (desconocido)
- Z: es 1,96 (Nivel de confianza 95%)
- E: 5% de error al 95% de eficacia.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.4.1. TÉCNICA DE INVESTIGACIÓN

Se utiliza el paradigma o tradición cualitativo y cuantitativo, el método de la observación; la técnica de la entrevista estructurada; cuyo instrumento es la guía de entrevista, guía de entrevista participante 1 (GEE 1); y la técnica del análisis documental, cuyo instrumento es la ficha

documental, ficha documental participante 1 (FDP 2). Para la selección de delitos sobre las que se esgrime la obediencia debida se ha realizado el muestreo probabilístico, porque todos tienen la misma probabilidad de ser escogidos.

3.5. PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Cuadro 3. Técnicas, instrumento y motivo

Técnicas	Instrumento	Motivo
Entrevista estructurada	Guía de entrevista	- Guía con 22 ítems
Análisis documental	Ficha documental	- Ficha con 10 ítems

3.6. PLAN DE TRATAMIENTO DE DATOS

El procesamiento de la información de los datos se realizó con el uso de la PC, el programa Microsoft Word para la documentación, Excel y el SPSS Versión 22.0 para cálculos estadísticos. Los resultados obtenidos se corroboran con el marco teórico e índices de confianzas escritos en los textos de validación de hipótesis.

- a. Para la identificación y descripción de datos se ha utilizado, la estadística descriptiva con tablas de frecuencias y gráficos estadísticos y Medidas de centralización (Media, moda y mediana)
- b. Estadística inferencial, con tablas de contingencia en el cruce de variables. Con el fin de apreciar el nivel de relación entre dichas

variables y ver el nivel de significancia entre la variable independiente y la dependiente, a través de la prueba Chi-cuadrado - X^2

$$X_c^2 = \sum_{i=1}^f \sum_{j=1}^c \frac{(O_{ij} - E_{ij})^2}{E_{ij}}$$

Con $(f - 1)(c - 1)$; α Grados de libertad

Dónde:

O_{ij} = Valores observados

E_{ij} = Valores esperados

f = número de filas

c = número de columnas

Decisión:

Si $X_c^2 \geq X^2_t$, se acepta H_0

Si $X_c^2 < X^2_t$, se rechaza H_0

c. Para medir el nivel de eficacia se ha utilizado el coeficiente de variación
Media o promedio

$$\bar{X} = \frac{\sum_{i=1}^n X_i}{N}$$

Desviación típica o estándar

$$\sigma = \sqrt{\sum_{i=1}^n \frac{X_i^2 f_i}{N} - \bar{X}^2}$$

Coefficiente de variación

$$C.V = \frac{\sigma}{\bar{X}} \cdot 100$$

3.7. PRUEBA DE HIPÓTESIS

Prueba de hipótesis

La prueba de hipótesis se realizó tomando en cuenta los siguientes elementos:

Diseño estadístico para probar la hipótesis

- Nivel de significancia

$$\alpha = 0.05$$

- Hipótesis operativa (estadística). Son las siguientes:

H_i = La eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función influye directamente en los niveles de la calificación y tipificación de los delitos en los juzgados y sala penal de Puno.

H_o = La eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función no influye directamente en los niveles de la administración del sistema judicial en los juzgados y sala penal de Puno

- Regla de decisión

Si el valor de la Ji cuadrada calculada es superior al valor de la Ji cuadrada tabulada, se opta por la hipótesis alterna, de lo contrario se toma la hipótesis nula.

$$\text{Si } x^2_c > x^2_t = H_i$$

$$\text{Si } x^2_c \leq x^2_t = H_o$$

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. DESCRIPCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se hizo en el módulo penal de Puno, que comprende a los juzgados y sala penal de Puno, del distrito judicial de Puno.

Módulo penal de Puno, es una de las instancias del sistema de administración de justicia en la Corte Superior de Justicia de Puno.

4.2. ANÁLISIS DE LA DIMENSIÓN DE LA EXIMENTE DE “OBEDIENCIA DEBIDA” EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LA APLICACIÓN

Los resultados de la investigación se presentan en primer lugar, en base a la variable independiente: La eximente de “obediencia debida” en los delitos de función, y la variable dependientes tales: aplicación de la eximente y eficacia de la aplicación de la eximente, según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno, que fue realizado por el personal de apoyo en recabar las encuestas, tanto en la entrevista estructurada – guía de entrevista (guía de entrevista participante 1), así como en el análisis documental – ficha

documental de expedientes(ficha documental participante 2), esta última por muestreo.

De éste análisis, se ha presentado el resultado de la información acopiada a través: De la guía de entrevista participante 1 con respecto de la encuesta a los operadores del módulo penal en su contexto y de la ficha de documental participante 2 con respecto a la revisión de expedientes. Los datos fueron considerados conforme los ítems de análisis asumidos en esta investigación, estos datos fueron analizados y seleccionados conforme a las necesidades investigativas del presente estudio.

4.2.1. Proceso de administración de justicia

En ocasiones que el subordinado cumple con lo mandado por el superior realiza un comportamiento que se encuentra dentro del riesgo permitido, se debe tener muy en cuenta el tipo, la tipicidad, teorías de la adecuación social y tipicidad conglobante. ¿Este comportamiento estaría considerado con un?

Cuadro 4. Nivel de pertinencia de comportamiento del subordinado

	Frecuencia	%	% Acumulado
Alto nivel de pertinencia	17	42,5	42,5
Mediano nivel de pertinencia	22	55,0	97,5
Bajo nivel de pertinencia	1	2,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

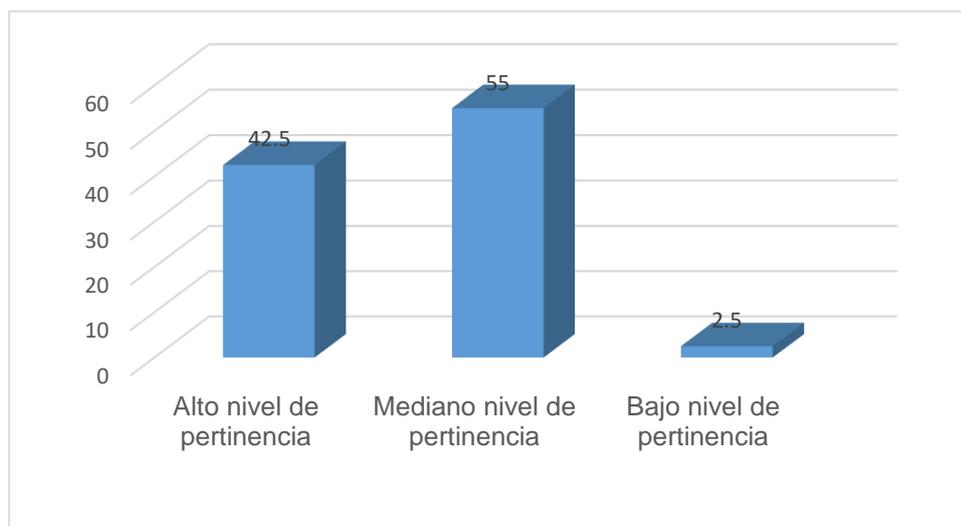


Figura 1. Nivel de pertinencia de comportamiento del subordinado

En el cuadro y figura 1, muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; en ocasiones que el subordinado cumple con lo mandado por el superior realiza un comportamiento que se encuentra dentro del riesgo permitido, se debe tener muy en cuenta el tipo, la tipicidad, teorías de la adecuación social y tipicidad conglobante, el 42,5% de los encuestados respondieron correctamente, que este comportamiento estaría considerado como alto nivel de pertinencia y el 57,5% respondieron como un mediano o bajo nivel de pertinencia, observando que este porcentaje de encuestados no responden de forma correcta.

No es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho una ordena la detención de la persona y la otra impide la restricción de su libertad. Por tanto, un comportamiento de alguna manera no sería antinormativo, ni vulnera bienes jurídicos, sería por tanto atípico ¿Para resolver un conflicto, esta contiene?

Cuadro 5. Nivel de coherencia de normas que valoran de modo contradictorio un mismo hecho

	Frecuencia	%	% Acumulado
Alto nivel de coherencia	15	37,5	37,5
Mediano nivel de coherencia	11	27,5	65,0
Bajo nivel de coherencia	14	35,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

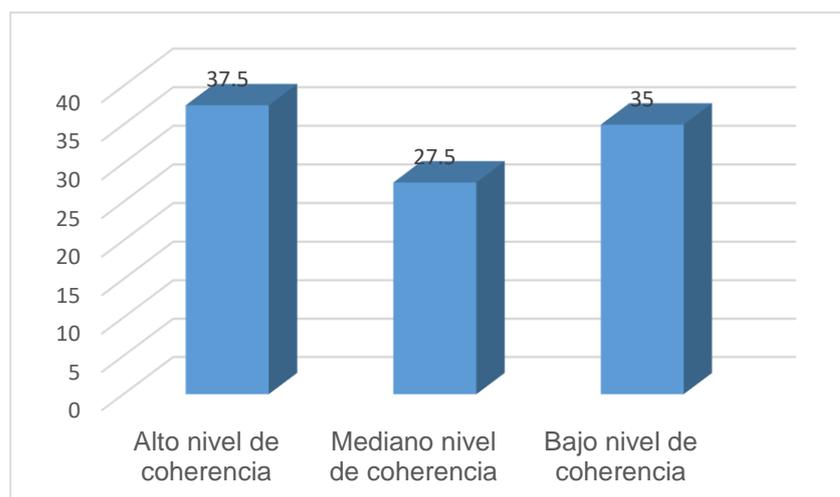


Figura 2. Nivel de coherencia de normas que valoran de modo contradictorio un mismo hecho

En este cuadro y figura 2, muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; no es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho una ordena la detención de la persona y la otra impide la restricción de su libertad, el 37,5% de los encuestados respondieron correctamente, que; para resolver un conflicto, debe tener alto nivel de coherencia y el 62,5% respondieron como un mediano o

bajo nivel de coherencia, observando que este porcentaje de encuestados no responden de forma correcta.

Cuando la doctrina hace una diferencia entre antijuricidad e injusto, siendo el primero de ellos el que designa una propiedad de la acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que el segundo es la conducta antijurídica misma ¿En cuyo caso, un hecho típico será necesariamente antijurídico?

Cuadro 6. Concepción de la antijuridicidad

	Frecuencia	%	% Acumulado
Es una concepción explícita y clara	18	45,0	45,0
Es una concepción no explícita ni clara	19	47,5	92,5
No es una concepción	3	7,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

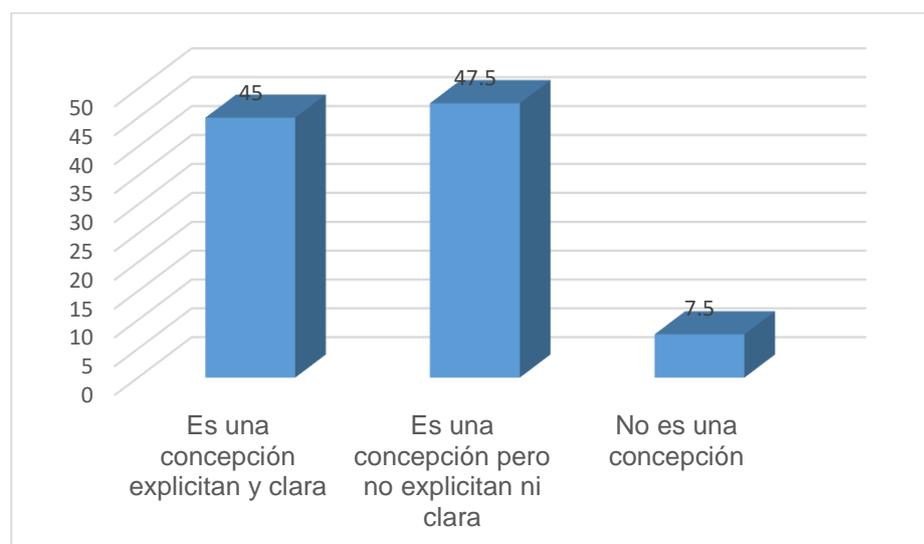


Figura 3. Concepción de la antijuridicidad

En este cuadro y figura 3, observamos que se muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; cuando la doctrina hace una diferencia entre antijuricidad e injusto, siendo el primero de ellos el que designa una propiedad de la acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que el segundo es, es una concepción explícita y clara, observando que el 45% de los encuestados respondieron correctamente, el 47,5% respondieron que es una concepción pero no explicitan ni clara, el 7,5% indican que no es una concepción, observando que el 55% de los encuestados no responden de forma correcta.

Ante la siguiente afirmación: En el Derecho penal no puede haber injusto de resultado sin injusto de acción ¿Ello nos sugiere un?

Cuadro 7. Correspondencia de injusto de resultado e injusto de acción

	Frecuencia	%	% Acumulado
Alto nivel de correspondencia	28	70,0	70,0
Mediano nivel de correspondencia	8	20,0	90,0
No existe ninguna correspondencia	4	10,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

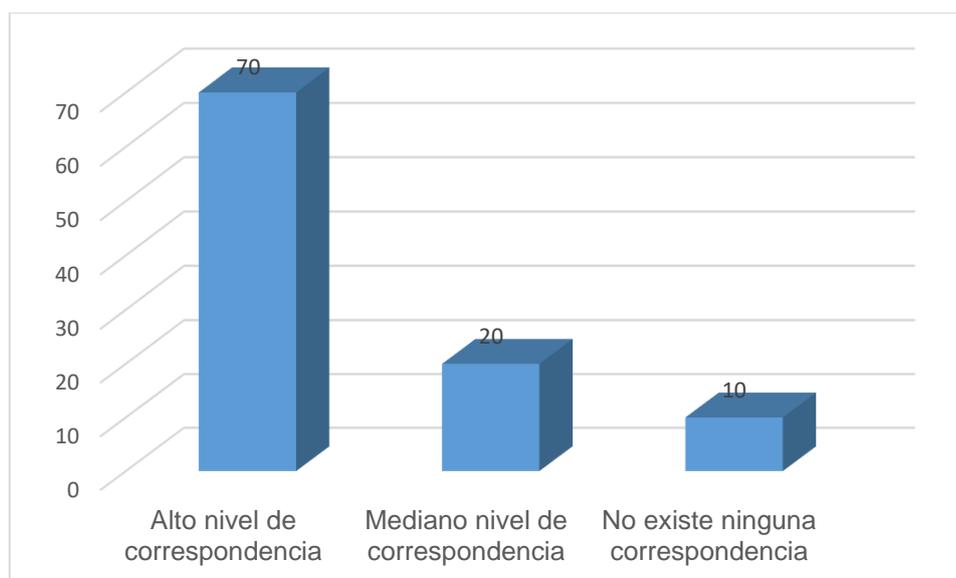


Figura 4. Correspondencia de injusto de resultado e injusto de acción

En el cuadro y figura 4, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; ante la siguiente afirmación: En el Derecho penal no puede haber injusto de resultado sin injusto de acción, 70% de los encuestados sugieren que existe alto nivel de correspondencia, el 20% de los encuestados respondieron que existe mediano nivel de correspondencia, el 10% respondieron que no existe ninguna correspondencia, observando que el 30% de los encuestados no responden de forma correcta.

La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien ha actuado de un modo contrario a ese deber, la culpabilidad como una concepción funcional de la acción, entendida como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma ¿En cuál de las de las alternativas

siguientes se ubica con mejor proximidad estas precisiones que se hacen respecto a la culpabilidad?.

Cuadro 8. Nivel de contextualización de la culpabilidad

	Frecuencia	%	% Acumulado
Alto nivel de precisión, caracterización y conceptualización	21	52,5	52,5
Mediano nivel de precisión, caracterización y conceptualización	16	40,0	92,5
No se ha caracterizado ni conceptualizado	3	7.5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

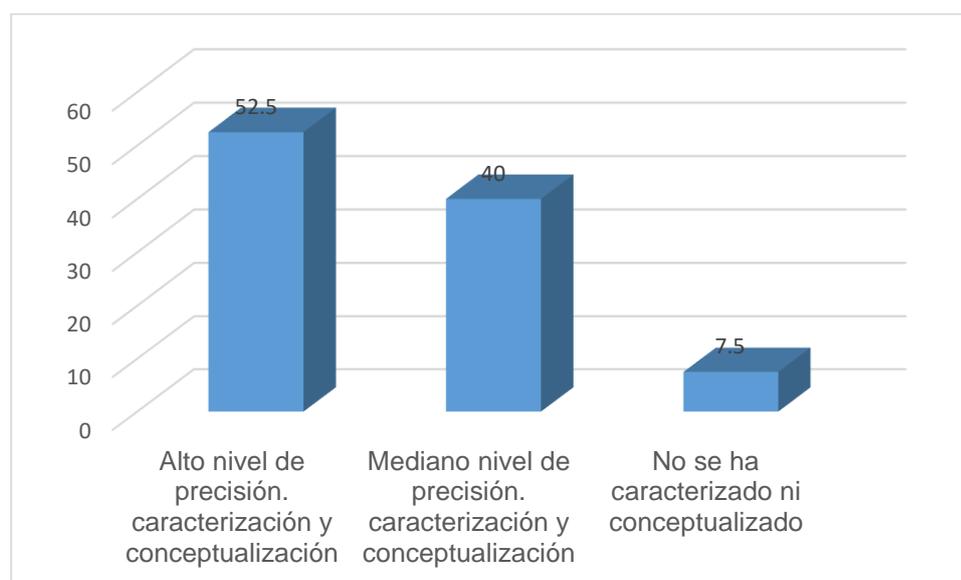


Figura 5. Nivel de contextualización de la culpabilidad

En el cuadro y figura 5, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; la culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor que se

emite sobre quien ha actuado de un modo contrario a ese deber, la culpabilidad el 52,5% de los encuestados indican que de alto nivel de precisión, caracterización y conceptualización, el 40% de los encuestados respondieron que es de mediano nivel de precisión, caracterización y conceptualización, el 7,5% respondieron que no se ha caracterizado ni conceptualizado, observando que el 47,5% de los encuestados no responden de forma correcta.

Cuando se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición integrada por lo que es hoy Austria, Francia, Alemania; a fin de juzgar los crímenes, asesinatos, violaciones; cometido por Hagenbach, quien adujo como defensa la carta de acatamiento de órdenes superiores en las que no reconocía a otro juez que su señor, Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña y la obediencia de sus mandatos ¿La Obediencia debida ante estos hechos pueden constar de?

Cuadro 9. Nivel de eximente de responsabilidad de obediencia debida

	Frecuencia	%	% Acumulado
Bajo nivel de eximente de responsabilidad	16	40,0	40,0
Mediano nivel de eximente de responsabilidad	15	37,5	77,5
Alto nivel de eximente de responsabilidad	9	22,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

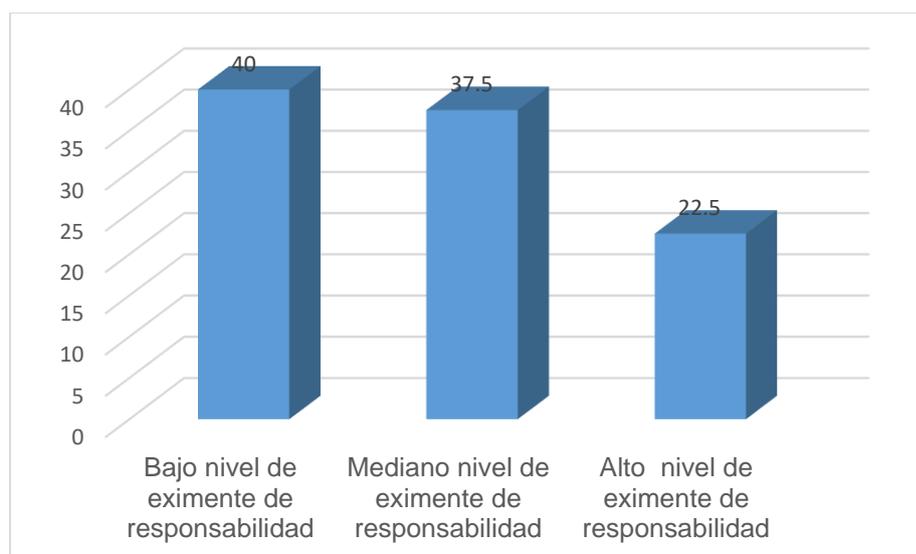


Figura 6. Nivel de eximente de responsabilidad de obediencia debida

En el cuadro y figura 6, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; cuando se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición integrada por lo que es hoy Austria, Francia, Alemania; a fin de juzgar los crímenes, asesinatos, violaciones; cometido; el 40% de los encuestados indican que es de bajo nivel de eximente de responsabilidad, el 37,5% de los encuestados respondieron que es de mediano nivel de eximente de responsabilidad y el 22,5% respondieron que es de alto nivel de eximente de responsabilidad, observando que el 60% de los encuestados no respondieron de forma correcta.

El primer documento internacional que trató el tema de la obediencia debida fue el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, ello debido a que muchos de los oficiales del nacional-socialismo alegaron haber actuado en cumplimiento de las órdenes impartidas por Adolf Hitler. Por tanto ¿La obediencia debida puede constituir?

Cuadro 10. Nivel de atenuante de la obediencia debida

	Frecuencia	%	% Acumulado
Alto nivel de atenuante	17	42,5	42,5
Mediano nivel de atenuante	17	42,5	85,0
Bajo nivel de atenuante	06	15,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

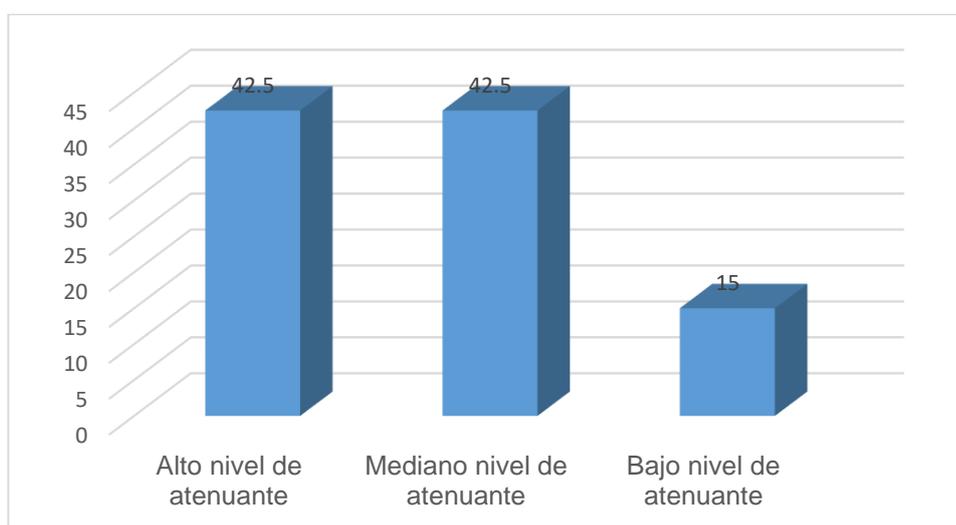


Figura 7. Nivel de atenuante de la obediencia debida

El cuadro y figura 7, muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; el primer documento internacional que trató el tema de la obediencia debida fue el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, ello debido a que muchos de los oficiales del nacional-socialismo alegaron haber actuado en cumplimiento de las órdenes impartidas por Adolf Hitler. Por tanto ¿La obediencia debida puede constituir?; el 42,5% de los encuestados indican que es de alto nivel de atenuante, el 42,5% de los encuetados respondieron que es de mediano nivel de atenuante y

el 15% respondieron que es de bajo nivel de atenuante, observando que el 57,5% de los encuestados no respondieron de forma correcta.

Ante el siguiente supuesto, en el que la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior ¿En estos hechos existe?

Cuadro 11. Ausencia de conducta en una orden no revisable

	Frecuencia	%	% Acumulado
Ausencia de conducta	17	42,5	42,5
Restringida presencia de conducta	14	35,0	77,5
Presencia de conducta	9	22,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

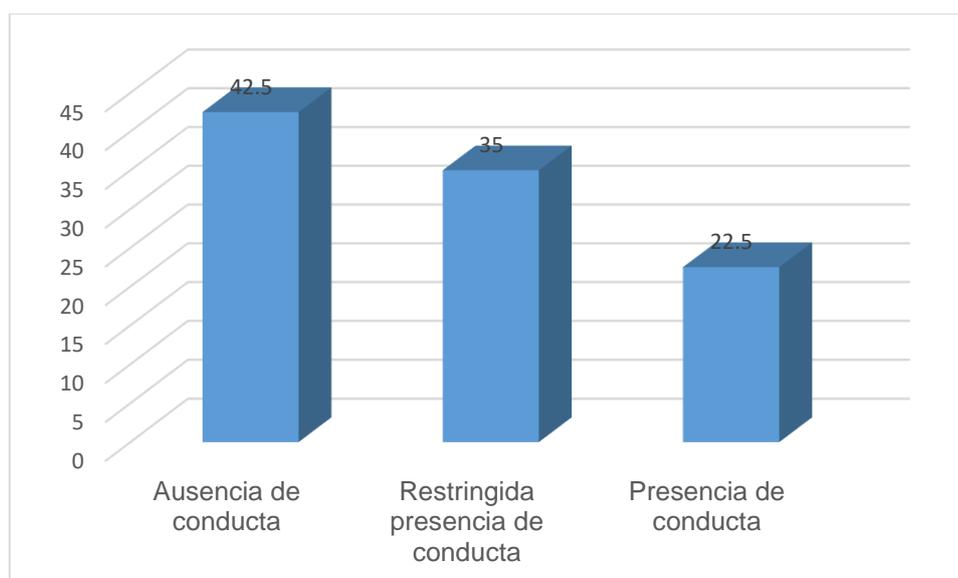


Figura 8. Ausencia de conducta en una orden no revisable

El cuadro y figura 8, muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; ante el siguiente supuesto, en el que la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior ¿En estos hechos existe?; el 42,5% de los encuestados indican ausencia de conducta, el 35% de los encuestados respondieron que existe restringida presencia de conducta y el 22,5% respondieron que existe presencia de conducta, observando que el 57,5% de los encuestados no respondieron de forma correcta.

¿Con qué frecuencia suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal?

Cuadro 12. Obediencia debida como causal de exención o atenuación

	Frecuencia	%	% Acumulado
Ausencia de esta causal en los procesos judiciales	28	70,0	70,0
Mediano nivel de presencia de estos casos	9	22,5	92,5
Alto nivel de presencia de estos casos judiciales	3	7,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

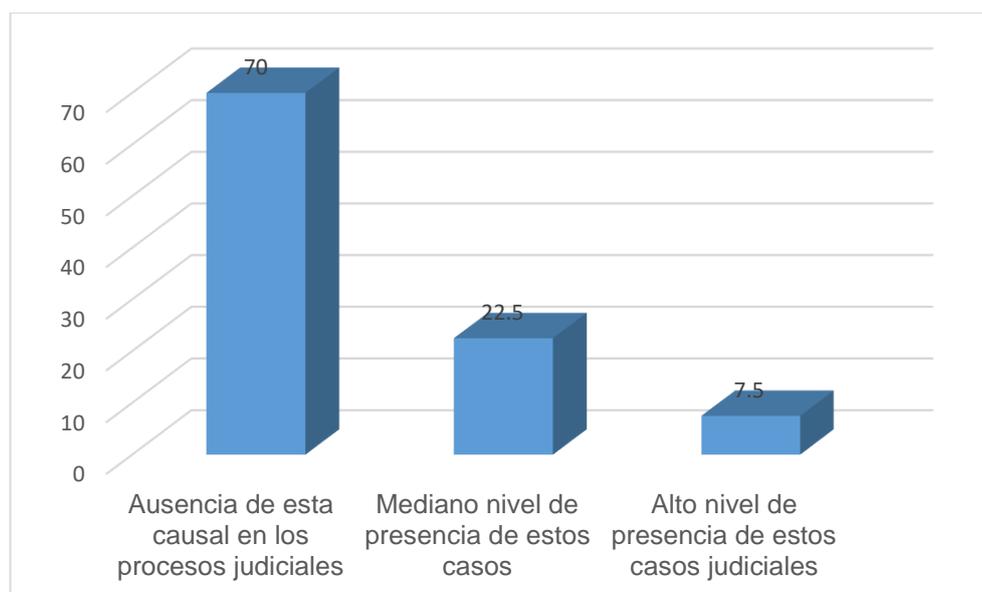


Figura 9. Obediencia debida como causal de exención o atenuación

El cuadro y figura 9, muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; ¿Con qué frecuencia suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal?; el 70% de los encuestados indican que existe ausencia de esta causal en los procesos judiciales, el 22,5% de los encuetados respondieron que existe mediano nivel de presencia de estos casos y el 7,5% respondieron que es alto el nivel de presencia de estos casos judiciales, observando que el 30% de los encuestados no respondieron de forma correcta.

Con respecto a lo ocurrido el 29 de mayo del 2003, caso Edy Quilca y otros estudiantes de la Universidad Nacional del Altiplano, ¿La figura de la obediencia debida puede ser considerado como exención, atenuación y/o sanción de responsabilidad penal.

Cuadro 13. Obediencia debida como exención, atenuación y/o sanción de responsabilidad penal

	Frecuencia	%	% Acumulado
Sanción	9	22,5	22,5
Atenuación	23	57,5	80,0
Exención	8	20,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

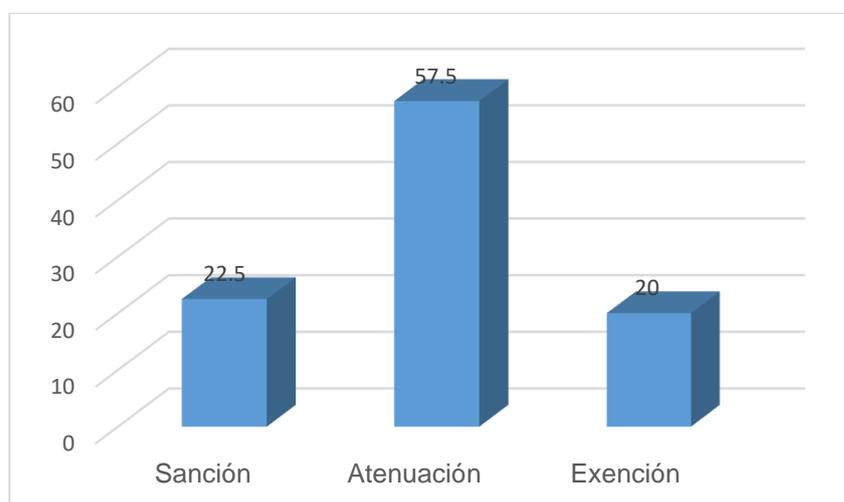


Figura 10. Obediencia debida como exención, atenuación y/o sanción de responsabilidad penal

En este cuadro y figura 10, muestra resultados respecto a la dimensión proceso de administración de justicia, en el indicador; con respecto a lo ocurrido el 29 de mayo del 2003, caso Edy Quilca y otros estudiantes de la Universidad Nacional del Altiplano, ¿La figura de la obediencia debida puede ser consideraran como sanción; el 57,5% de los encuestados indican que es atenuación, el 22,5% de los encuetados respondieron que existe mediano nivel de presencia de estos casos y el 20% respondieron que es exención,

observando que el 77,5% de los encuestados no respondieron de forma correcta.

4.2.2. Instrumentalización en la administración de justicia

¿La aplicación de la exigente de obediencia debida tiene trascendencia jurídica en un Estado social y democrático de Derecho?

Cuadro 14. Trascendencia jurídica de la obediencia debida

	Frecuencia	%	% Acumulado
Contiene alta trascendencia jurídica	6	15,0	15,0
Trasciende jurídicamente	11	27,5	42,5
Trasciende medianamente	6	15,0	57,5
De alguna manera trasciende	3	7,5	65,0
Sin trascendencia jurídica	14	35,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

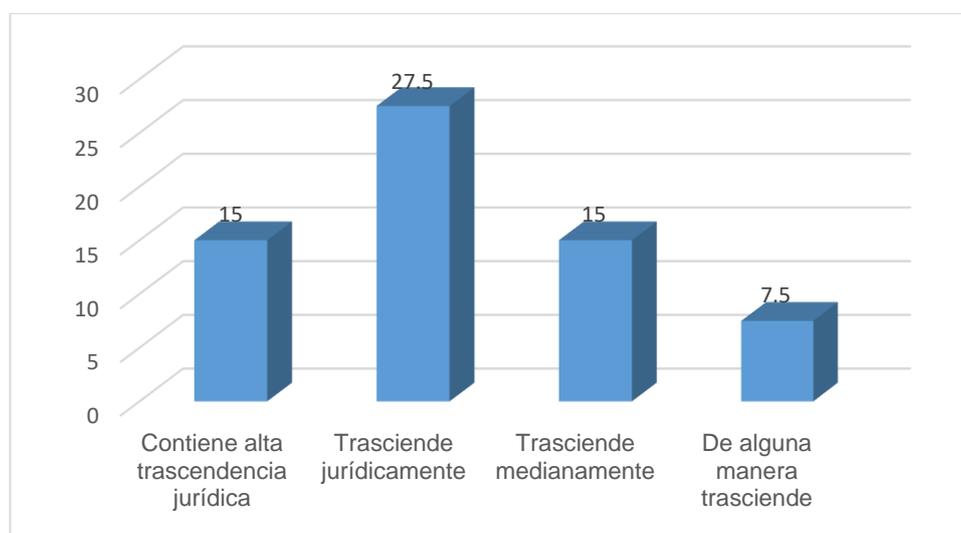


Figura 11. Trascendencia jurídica de la obediencia debida

En este cuadro y figura 11, observamos que se muestra resultados respecto a la dimensión instrumentalización en la administración de justicia, en el indicador; ¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene trascendencia jurídica en un Estado social y democrático de Derecho?, el 15% de los encuestados indican que contiene alta trascendencia jurídica, el 27,5% de los encuestados respondieron que trasciende jurídicamente, el 15% respondieron que trasciende medianamente, el 7,5% de los encuestados indican que de alguna manera trasciende, el 35% de los encuestados indican que es sin trascendencia jurídica, el observando que el 65% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?

Cuadro 15. Implicancia jurídica de la obediencia debida

	Frecuencia	%	% Acumulado
Tienen implicancias	6	15,0	15,0
Buena	3	7,5	22,5
Regular	7	17,5	40,0
Defectuosa	2	5,0	45,0
No tiene implicancias	22	55,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

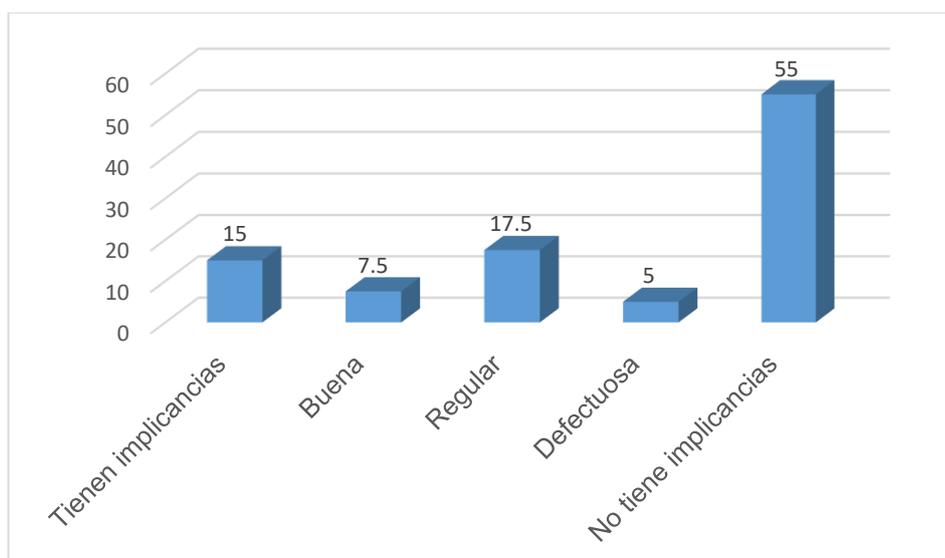


Figura 12. Implicancia jurídica de la obediencia debida

En el cuadro y figura 12, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión instrumentalización en la administración de justicia, en el indicador; ¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?, el 15% de los encuestados indican que tienen implicancias, el 7,5% de los encuetados respondieron que es buena, el 17,5% respondieron que es regular, el 5% de los encuestados indican que es defectuosa, el 55% de los encuestados indican que no tiene implicancias, evidenciando que el 45% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico. ¿Todas ellas dentro de la aplicación de la obediencia debida serían?

Cuadro 16. Requisitos de forma que debe tener toda orden

	Frecuencia	%	% Acumulado
Insatisfactorio	2	5,0	5,0
Poco satisfactorio	12	30,0	35,0
Medianamente satisfactorio	8	20,0	55,0
Satisfactorio	16	40,0	95,0
Muy satisfactorio	2	5,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

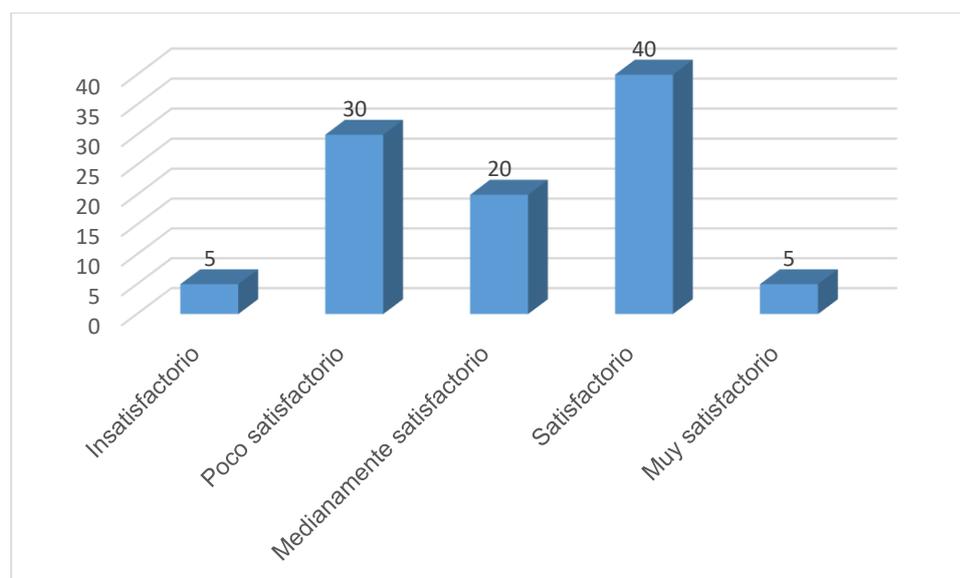


Figura 13. Requisitos de forma que debe tener toda orden

En el cuadro y figura 13, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión instrumentalización en la administración de justicia, en el indicador; Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una

relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico. ¿Todas ellas dentro de la aplicación de la obediencia debida serían?, el 5% de los encuestados indican que es insatisfactorio, el 30% de los encuestados respondieron que es poco satisfactorio, el 20% de los encuestados indican que es medianamente satisfactorio, el 40% indican que es satisfactorio siendo esta lo correcto, el 5% indican que es muy satisfactorio, evidenciando que el 60% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

El legislador nacional parece haberse decidido por la teoría de la apariencia intrínseca del mandato (Según esta teoría el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juridicidad) por tanto, al momento de redactar el artículo 20° inciso 9 del CP que señala: (están exentos de responsabilidad penal, el que obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones) ¿Estos componentes son suficientes para establecer la antijuricidad aparente en la obediencia debida?

Cuadro 17. Teoría de la apariencia intrínseca del mandato

	Frecuencia	%	% Acumulado
No	7	17,5	17,5
Poco	18	45,0	62,5
Suficiente	9	22,5	85,0
Bastante	6	15,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

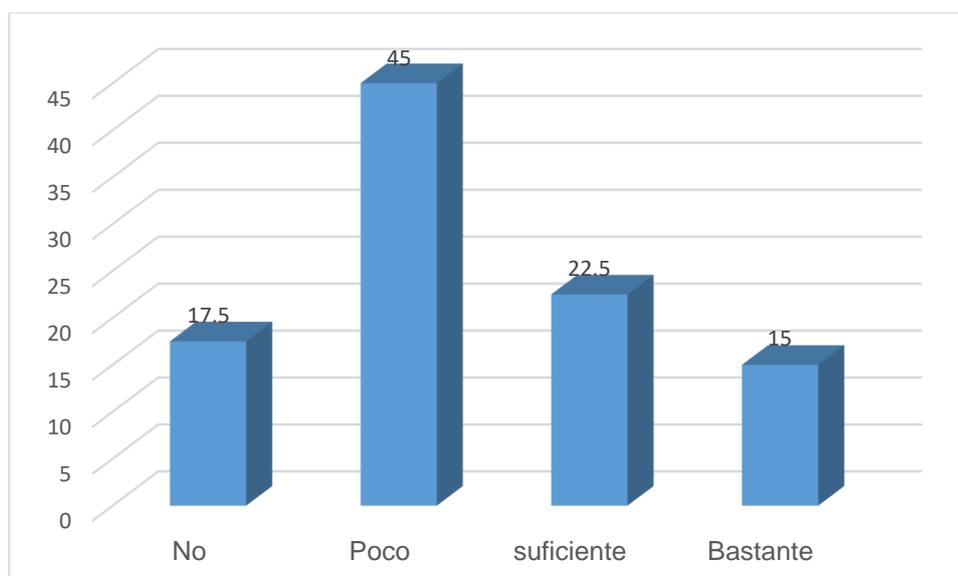


Figura 14. Teoría de la apariencia intrínseca del mandato

En el cuadro y figura 14, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión instrumentalización en la administración de justicia, en el indicador; el legislador nacional parece haberse decidido por la teoría de la apariencia intrínseca del mandato (Según esta teoría el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juridicidad) por tanto, al momento de redactar el artículo 20° inciso 9 del CP, el 17,5% de los encuestados indican que no, el 45% de los encuestados respondieron que es poco, el 22,5% de los encuestados indican que es suficiente, el 15% indican que es bastante, siendo ésta lo correcto, evidenciando que el 85% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

4.2.3. Repercusión en la administración de justicia

Cuando el policía que da cumplimiento a un orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad de la persona arrestada, se trata del cumplimiento de un deber; esta, ¿Deriva en una causa de justificación o ausencia de tipicidad?

Cuadro 18. Presencia de causa de justificación o ausencia de tipicidad

	Frecuencia	%	% Acumulado
Poca presencia de causa de justificación bastante presencia de tipicidad	6	15,0	15
Suficiente presencia de causa de justificación y tipicidad	28	70,0	85,0
Bastante presencia de causa de justificación Poca presencia de tipicidad	6	15,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

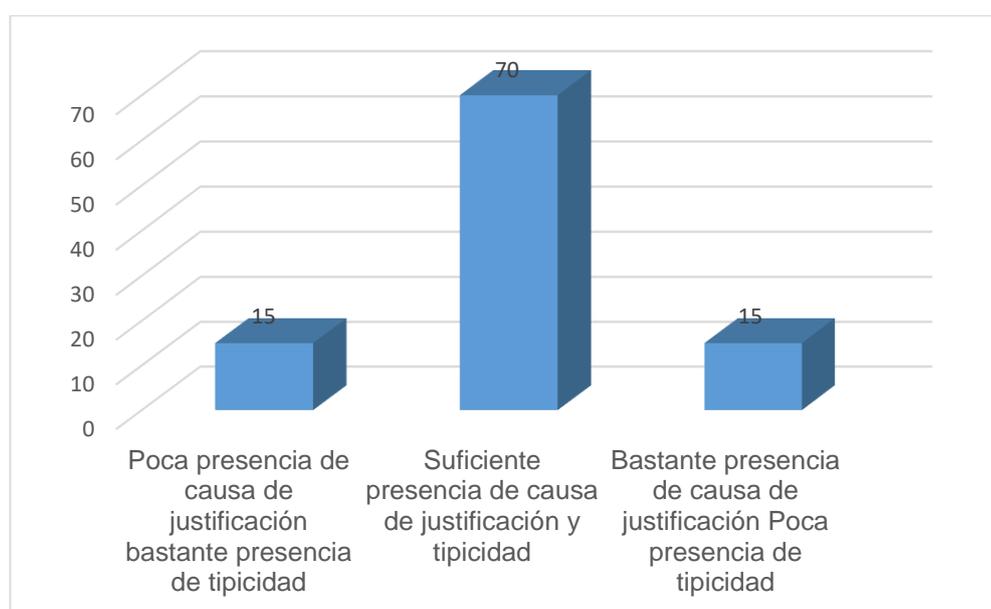


Figura 15. Presencia de causa de justificación o ausencia de tipicidad

El cuadro y figura 15, muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; cuando el policía que da cumplimiento a un orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad de la persona arrestada, se trata del cumplimiento de un deber; esta, ¿Deriva

en una causa de justificación o ausencia de tipicidad?, el 15% de los encuestados respondieron que es de poca presencia de causa de justificación bastante presencia de tipicidad, el 70% de los encuestados indican que es de suficiente presencia de causa de justificación y tipicidad, el 15% indican que es de bastante presencia de causa de justificación y poca presencia de tipicidad, evidenciando que el 100% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

Para que el subordinado pueda alegar error de tipo en el cumplimiento de un deber, deberá primero recurrirse a la teoría de la imputación objetiva, a fin de corroborar si es que de acuerdo a su rol le era exigible o no el conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado. ¿Bajo esta premisa se podría concluir que es?

Cuadro 19. Exigibilidad o no del conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado

	Frecuencia	%	% Acumulado
La conclusión es falso	6	15,0	15,0
Los datos son insuficientes	16	40,0	55,0
Más o menos aceptable	17	42,5	97,5
Adecuado	1	2,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

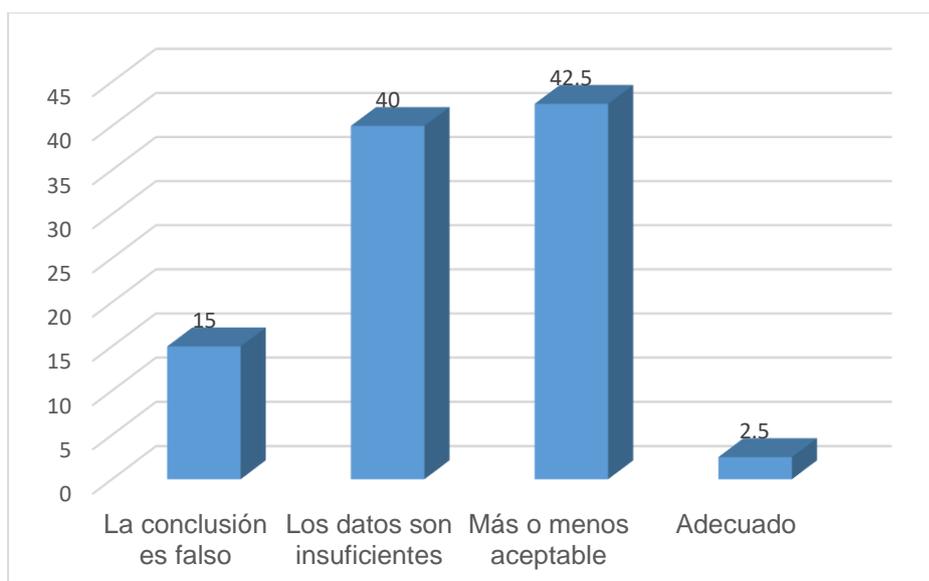


Figura 16. Exigibilidad o no del conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado

En este cuadro y figura 16, muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; cuando el policía que da cumplimiento a un orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad de la persona arrestada, se trata del cumplimiento de un deber; esta, ¿Deriva en una causa de justificación o ausencia de tipicidad?, el 15% de los encuestados respondieron que la conclusión es falso, el 40% de los encuestados indican que los datos son insuficientes, el 42,5% de los encuestados indican que es más o menos aceptable, el 2,5% de los encuestados indican que es adecuado, evidenciando que el 100% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

Cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. ¿Lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas – sob re todo a las militares?

Cuadro 20. Principio de jerarquía administrativa

	Frecuencia	%	% Acumulado
No	9	22,5	22,5
Casi nada	8	20,0	42,5
A veces	10	25,0	67,5
Con frecuencia	3	7,5	75,0
Cierto	10	25,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

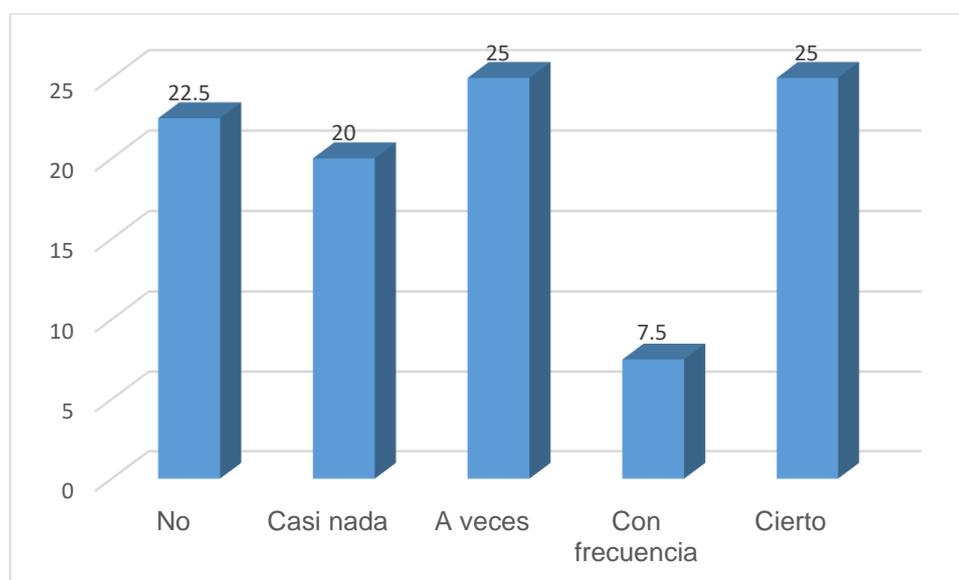


Figura 17. Principio de jerarquía administrativa

En este cuadro y figura 17, observamos que se muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; Cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. ¿Lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas

– sobre todo a las militares?, el 22,5% de los encuestados respondieron que no, el 20% de los encuestados indican que casi nada, el 25% de los encuestados indican que algunas veces, el 7,5% de los encuestados indican que es con frecuencia, el 25% de los encuestados indican que es cierto, siendo ésta la respuesta correcta, evidenciando que el 100% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

Las teorías estudiadas que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos: 1) Las órdenes justificadas *per se*; 2) las órdenes conforme a derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico. ¿Con cuál de ellas nuestra legislación sería más permisiva?

Cuadro 21. Teorías de la obediencia debida

	Frecuencia	%	% Acumulado
Ordenes justificadas per se	5	12,5	12,5
Ordenes per se antijurídico	5	12,5	25,5
Ordenes con contenido antijurídicos	5	12,5	37,5
Ordenes antijurídico conforme a derecho	5	12,5	50,5
Ordenes conforme a derecho	5	50	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

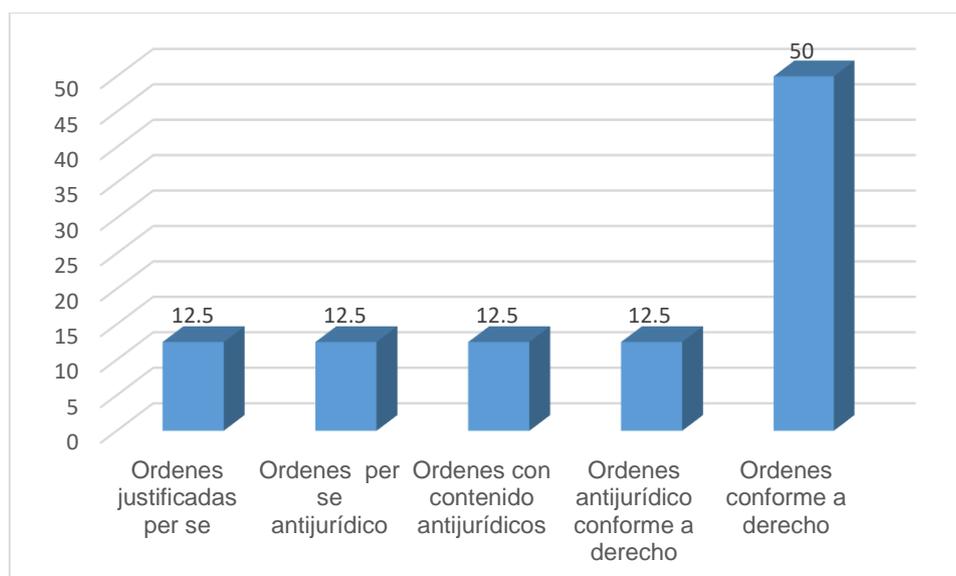


Figura 18. Teorías de la obediencia debida

En el cuadro y figura 18, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; Las teorías estudiadas que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos: 1) Las órdenes justificadas *per se*; 2) las órdenes conforme a derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico. ¿Con cuál de ellas nuestra legislación sería más permisiva?, el 12,5% de los encuestados respondieron que son ordenes justificadas per se, el 12,5% de los encuestados indican que son ordenes per se antijurídico, el 12,5% de los encuestados indican que ordenes con contenido antijurídicos, el 12,5% de los encuestados indican que son ordenes antijurídico conforme a derecho y el 50% de los encuestados indican que ordenes conforme a derecho, siendo ésta la respuesta correcta, evidenciando que el 50% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

Cuando el subordinado no conozca la ilicitud del comportamiento ordenado actuará en error de tipo, al creer que está actuado en cumplimiento de un

deber. ¿En estos casos, el subordinado puede o no alegar error de prohibición cuando crea que está actuando lícitamente?

Cuadro 22. Actuación en error de tipo del subordinado

	Frecuencia	%	% Acumulado
Se puede alegar	6	15,0	15,0
A veces si puede alegar	1	2,5	17,5
Depende del caso	3	7,5	25,0
A veces no puede alegar	4	10,0	35,0
No puede alegar	26	65,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

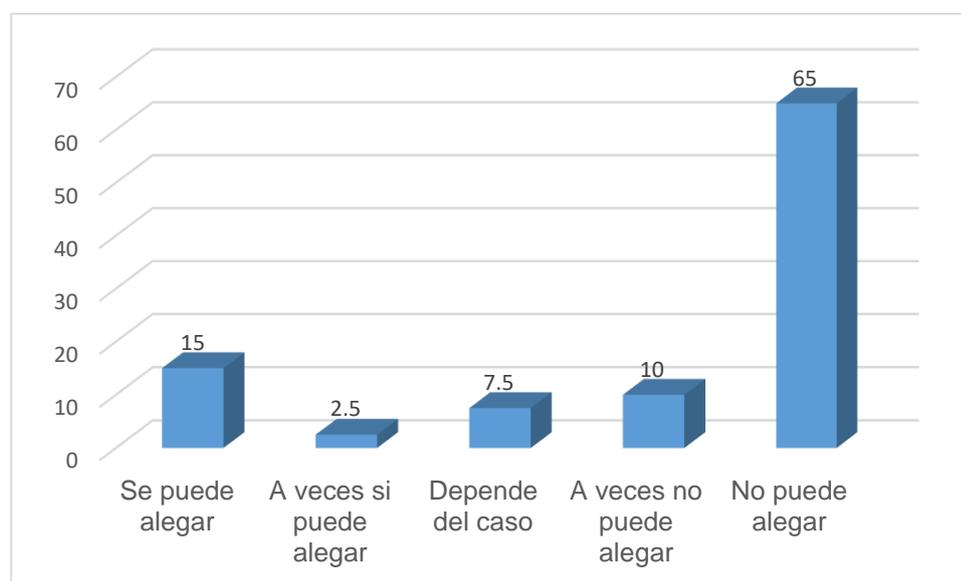


Figura 19 Actuación en error de tipo del subordinado

En el cuadro y figura 19, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; cuando

el subordinado no conozca la ilicitud del comportamiento ordenado actuará en error de tipo, al creer que está actuado en cumplimiento de un deber. ¿En estos casos, el subordinado puede o no alegar error de prohibición cuando crea que está actuando lícitamente?, el 15% de los encuestados respondieron que se puede alegar, el 2,5% de los encuestados indican que a veces si puede alegar, el 7,5% de los encuestados indican que depende del caso, el 10% de los encuestados indican que a veces no puede alegar y el 65% de los encuestados indican que no puede alegar, siendo ésta la respuesta correcta, evidenciando que el 35% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

Artículo 19.8 del Código de Justicia Militar. Esta norma exime de responsabilidad a: “El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra” ¿En un Estado social democrático de Derecho, en el cual una orden ilícita puede o no vincular al subordinado?

Cuadro 23. Exención de responsabilidad en el Código de Justicia Militar

	Frecuencia	%	% Acumulado
Si puede vincular	5	12,5	12,5
A veces si puede vincular	5	12,5	25,0
Depende	6	15,0	40,0
A veces no puede vincular	1	2,5	42,0
No puede vincular	23	57,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

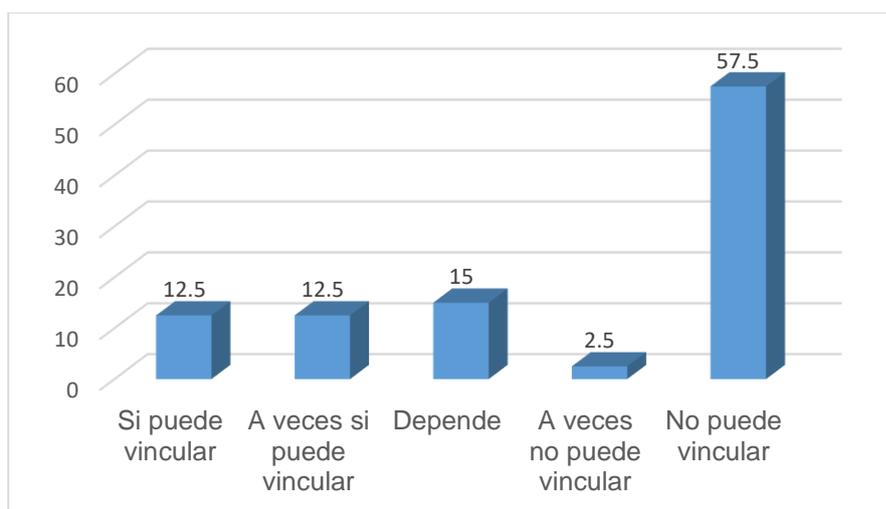


Figura 20. Exención de responsabilidad en el Código de Justicia Militar

En el cuadro y figura 20, se observa que se muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; Artículo 19.8 del Código de Justicia Militar. Esta norma exime de responsabilidad a: “El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra” ¿En un Estado social democrático de Derecho, en el cual una orden ilícita puede o no vincular al subordinado?, el 12,5% de los encuestados respondieron que si puede vincular, el 12,5% de los encuestados indican que a veces si puede vincular, el 15% de los encuestados indican que depende, el 2,5% de los encuestados indican que a veces no puede vincular y el 57,5% de los encuestados indican que no puede vincular, siendo ésta la respuesta correcta, evidenciando que el 42,5% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

La Primera Sala Penal Especial (Exp. 03-2003) condenó a quince años de pena privativa de libertad a José Concepción Alarcón Gonzáles, Fernando Lecca Esquén y Gabriel Orlando Vera Navarrete – miembros del *grupo colina-*

como coautores directos del homicidio del profesor y alumnos de la universidad “La Cantuta” la madrugada del 18 de Julio de 1992. ¿De acuerdo al análisis jurídico los subordinados pudieron haber alegado obediencia debida?

Cuadro 24. Condena a miembros del grupo colina

	Frecuencia	%	% Acumulado
Completamente afirmativo	6	15,0	15,0
Con frecuencia	3	7,5	22,5
A veces	12	30,0	52,5
Casi no	4	10,0	62,5
No es posible	15	37,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

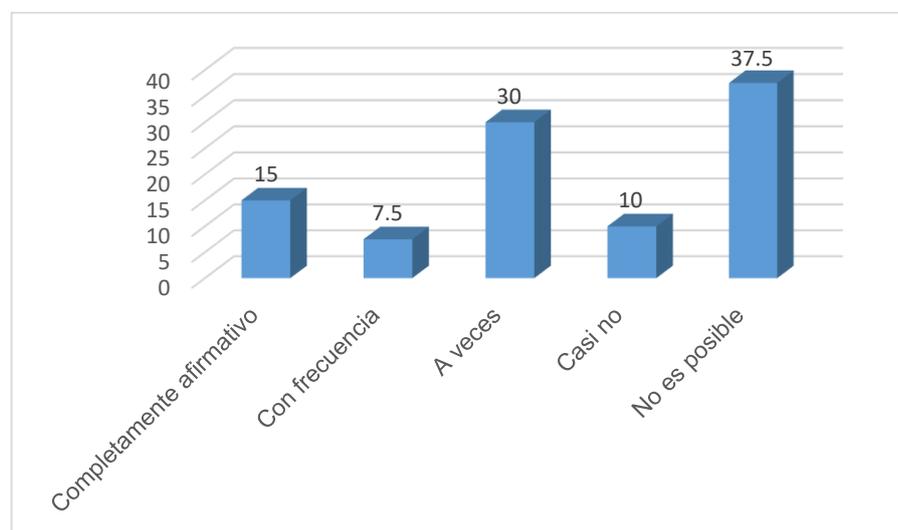


Figura 21. Condena a miembros del *grupo colina*

El cuadro y figura 21, muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; La Primera Sala Penal Especial

(Exp. 03-2003) condenó a quince años de pena privativa de libertad a José Concepción Alarcón Gonzáles, Fernando Lecca Esquén y Gabriel Orlando Vera Navarrete – miembros del *grupo colina*-como coautores directos del homicidio del profesor y alumnos de la universidad “La Cantuta” la madrugada del 18 de Julio de 1992. ¿De acuerdo al análisis jurídico los subordinados pudieron haber alegado obediencia debida?, el 15% de los encuestados respondieron que es completamente afirmativo, el 7,5% de los encuestados indican que es con frecuencia, el 30% de los encuestados indican que es a veces, el 10% de los encuestados indican que casi no y el 37,5% de los encuestados indican que no es posible, siendo ésta la respuesta correcta, evidenciando que el 62,5% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

¿Qué tipo de relación a de importar al Derecho para poder imputar responsabilidad penal: La relación entre el superior jerárquico y su subordinado, o la relación entre el sistema jurídico y el subordinado?

Cuadro 25. Importancia del tipo de relación

	Frecuencia	%	% Acumulado
No existe ningún tipo de relación	4	10,0	10,0
La existencia de alguna relación entre el sistema jurídico y el subordinado	7	17,5	27,5
La existencia de alguna relación entre el superior jerárquico y su subordinado	10	25,0	52,5
La relación entre el sistema jurídico y el subordinado	5	12,5	65,0
La relación entre el superior jerárquico y su subordinado	14	35,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

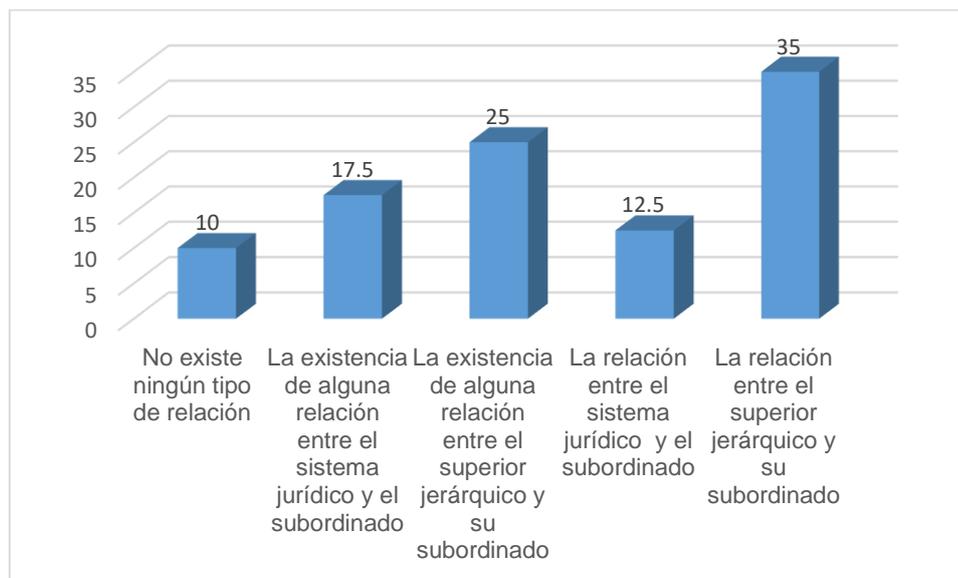


Figura 22. Importancia del tipo de relación

El cuadro y figura 22, muestra resultados respecto a la dimensión repercusión en la administración de justicia, en el indicador; ¿Qué tipo de relación a de importar al Derecho para poder imputar responsabilidad penal: La relación entre el superior jerárquico y su subordinado, o la relación entre el sistema jurídico y el subordinado?, el 10% de los encuestados respondieron que no existe ningún tipo de relación, el 17,5% de los encuestados indican que existe de alguna relación entre el sistema jurídico y el subordinado, el 25% de los encuestados indican que existe alguna relación entre el superior jerárquico y su subordinado, el 12,5% de los encuestados indican que existe relación entre el sistema jurídico y el subordinado y el 35% de los encuestados indican que existe relación entre el superior jerárquico y su subordinado, siendo ésta la respuesta correcta, evidenciando que el 65% de los encuestados respondieron de forma incorrecta.

4.3 PRUEBA DE HIPÓTESIS

SUB-HIPÓTESIS 1

Los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder ser reconducidos a causales de exculpación o justificación (dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos requisitos).

Cuadro 26. Proceso de Administración de Justicia

	Frecuencia	%	% Acumulado
Deficiente	27	67,5	67,5
Regular	7	17,5	85,0
Bueno	4	10,0	95,0
Eficiente	2	5,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

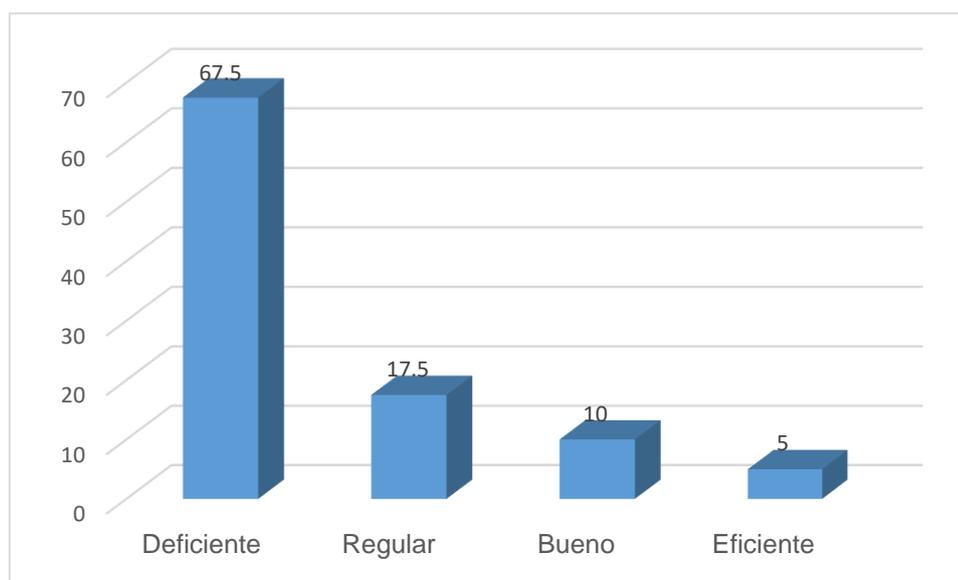


Figura 23. Proceso de Administración de Justicia

El cuadro y figura 23, muestra resultados de los puntajes obtenidos de los encuestados en la dimensión de proceso de administración de justicia, en la escala cualitativa; en ello se observa que el 67,5% se ubican en la escala de deficiente, el 17,5% se ubican en la escala de regular, el 10% se ubican en la escala de bueno, sólo el 5% se ubican en la escala de eficiente, se evidencia que el 85% se ubican entre la escala de deficiente y regular, demostrando que; los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder ser reconducidos a causales de exculpación o justificación (dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos requisitos).

Frecuencia con que suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal y aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de derecho.

Cuadro 27. Frecuencia en cuanto a presencia de la obediencia debida en despacho

		¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?					Total
		Tienen implicancias	Buena	Regular	Defectuosa	No tiene implicancias	
¿Con qué frecuencia suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal?	Ausencia de esta causal en los procesos judiciales	2	2	6	2	16	28
		5,0%	5,0%	15,0%	5,0%	40,0%	70,0%
	Mediano nivel de presencia de estos casos	1	1	1	0	6	9
		2,5%	2,5%	2,5%	0,0%	15,0%	22,5%
	Alto nivel de presencia de estos casos judiciales	3	0	0	0	0	3
		7,5%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	7,5%
Total		6	3	7	2	22	40
		15,0%	7,5%	17,5%	5,0%	55,0%	100,0%

Fuente. Ficha de Observación participante

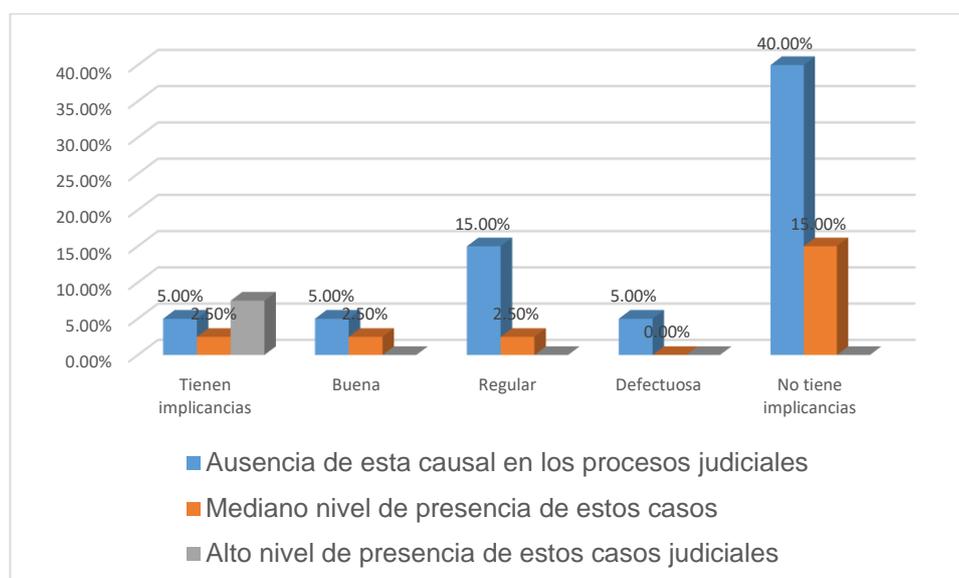


Figura 24. Frecuencia en cuanto a presencia de la obediencia debida en despacho

En este cuadro y figura 24, muestra resultados de la relación; Frecuencia suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal y aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho, observando que 40% responden que existe ausencia de esta causal en los procesos judiciales y ellas no tienen implicancias

Cuadro 28. Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	19,814	8	,011
Razón de verosimilitudes	14,886	8	,061
Asociación lineal por lineal	5,835	1	,016
N de casos válidos	40		

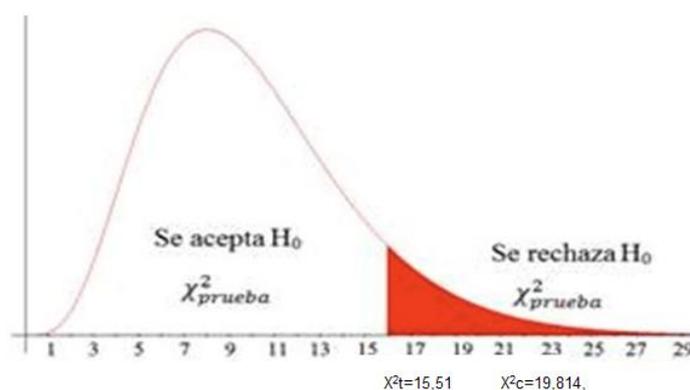


Figura 25. Pruebas de chi-cuadrado

En este cuadro y figura, observamos que la prueba de la chi cuadrada calculada muestra un valor de 19,814, siendo ésta superior al valor de chi cuadrada tabulada de 15,51 demostrando con ello que existe dependencia entre los indicadores; Frecuencia con que suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal y aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho, aceptando la hipótesis de investigación donde; Lo anterior hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal, aceptando con ello la hipótesis de investigación a un nivel del 95% de confianza.

SUB-HIPÓTESIS 2

Lo anterior hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal.

Cuadro 29. Instrumentalización en la Administración de Justicia

	Frecuencia	%	% Acumulado
Deficiente	30	75,0	75,0
Bueno	10	25,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

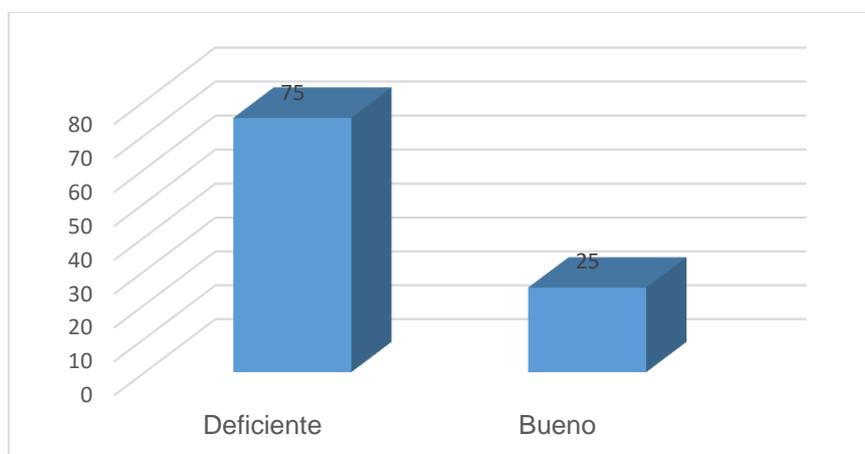


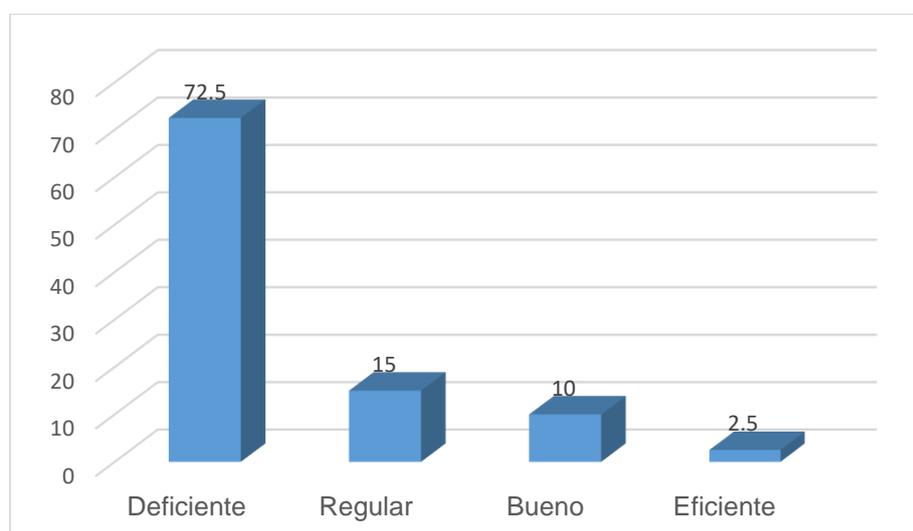
Figura 26. Instrumentalización en la Administración de Justicia

En el cuadro y figura 25, se observa que se muestra resultados de los puntajes obtenidos de los encuestados en la dimensión de proceso de instrumentación en la administración de justicia, en la escala cualitativa; en ello se observa que el 75% se ubican en la escala de deficiente, el 25% se ubican en la escala de regular, demostrando que; lo anterior hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal.

Cuadro 30. Repercusión en la Administración de Justicia

	Frecuencia	%	% Acumulado
Deficiente	29	72,5	72,5
Regular	6	15,0	87,5
Bueno	4	10,0	97,5
Eficiente	1	2,5	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

**Figura 27.** Repercusión en la Administración de Justicia

En el cuadro y figura 27, se observa que se muestra resultados de los puntajes obtenidos de los encuestados en la dimensión de repercusión de administración de justicia, en la escala cualitativa; en ello se observa que el 72,5% se ubican en la escala de deficiente, el 15% se ubican en la escala de regular, el 10% se ubican en la escala de bueno, sólo el 2,5% se ubican en la escala de eficiente, se evidencia que el 87,5% se ubican entre la escala de deficiente y regular, demostrando deficiencia de parte de los encuestados.

Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico. ¿Todas ellas dentro de la aplicación de la obediencia debida son? y cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. ¿Lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas – sobre todo a las militares?

Cuadro 31. Formas que debe tener toda orden

		Cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. ¿Lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas					Total
		No	Casi nada	A veces	Con frecuencia	Cierto	
Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia	Insatisfactorio	0	1	0	1	0	2
		0,0%	2,5%	0,0%	2,5%	0,0%	5,0%
	Poco satisfactorio	4	5	0	1	2	12
		10,0%	12,5%	0,0%	2,5%	5,0%	30,0%
	Medianamente satisfactorio	4	1	2	1	0	8
		10,0%	2,5%	5,0%	2,5%	0,0%	20,0%
Satisfactorio	0	1	8	0	7	16	
	0,0%	2,5%	20,0%	0,0%	17,5%	40,0%	
Muy satisfactorio	1	0	0	0	1	2	
	2,5%	0,0%	0,0%	0,0%	2,5%	5,0%	
Total		9	8	10	3	10	40
		22,5%	20,0%	25,0%	7,5%	25,0%	100,0%

Fuente. Ficha de Observación participante

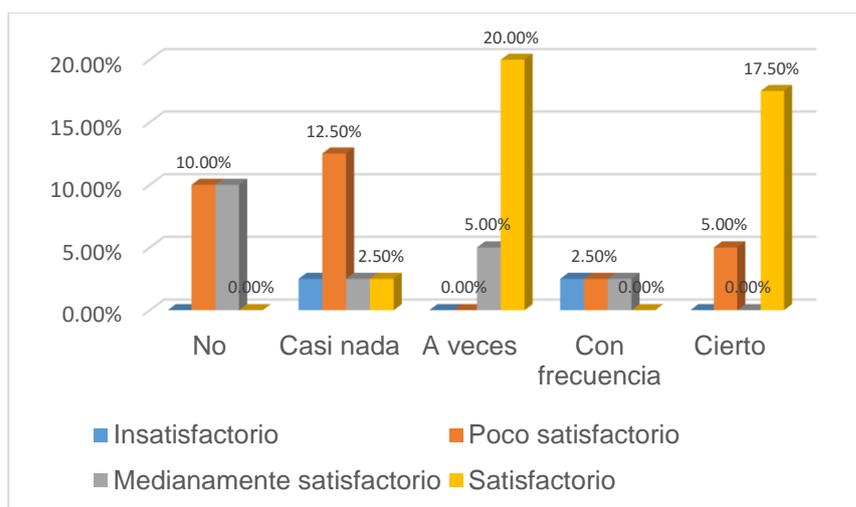


Figura 28. Formas que debe tener toda orden

INTERPRETACIÓN

En este cuadro y figura 27, muestra resultados de la relación; Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico. ¿Todas ellas dentro de la aplicación de la obediencia debida son? y cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. ¿Lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas – sobre todo a militares, observando que 20% responden que es satisfactorio y algunas veces ha de obedecerla.

Cuadro 32. Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asinttica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	33,919	16	,006
Razón de verosimilitudes	40,751	16	,001
Asociación lineal por lineal	4,677	1	,031
N de casos válidos	40		

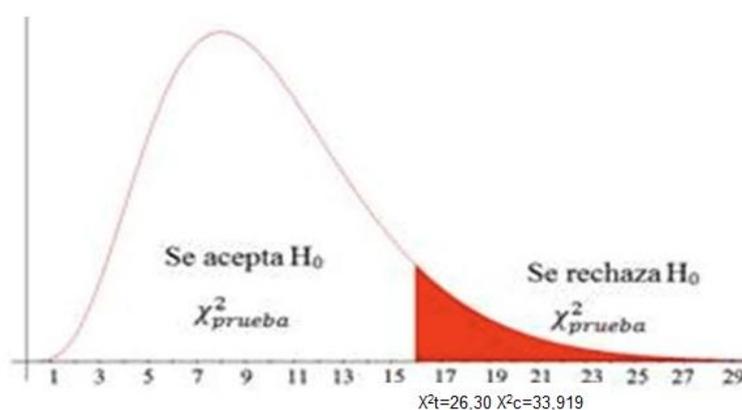


Figura 29. Pruebas de chi-cuadrado

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

La prueba de la chi cuadrada calculada muestra un valor de 33,919, siendo ésta superior al valor de chi cuadrada tabulada de 26,30 demostrando con ello que existe dependencia entre los indicadores; Los requisitos de forma que debe tener toda orden, y cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no,

aceptando la hipótesis de investigación donde; Lo anterior hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal a un nivel del 95% de confianza.

HIPÓTESIS GENERAL

La eficacia de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno – 2015, en cumplimiento de órdenes ilícitas son una causal de exculpación e innecesarias.

Cuadro 33. Delitos de función según el código penal

	Frecuencia	%	% Acumulado
Deficiente	27	67,5	67,5
Regular	7	17,5	85,0
Bueno	6	15,0	100,0
Total	40	100,0	

Fuente. Ficha de Observación participante

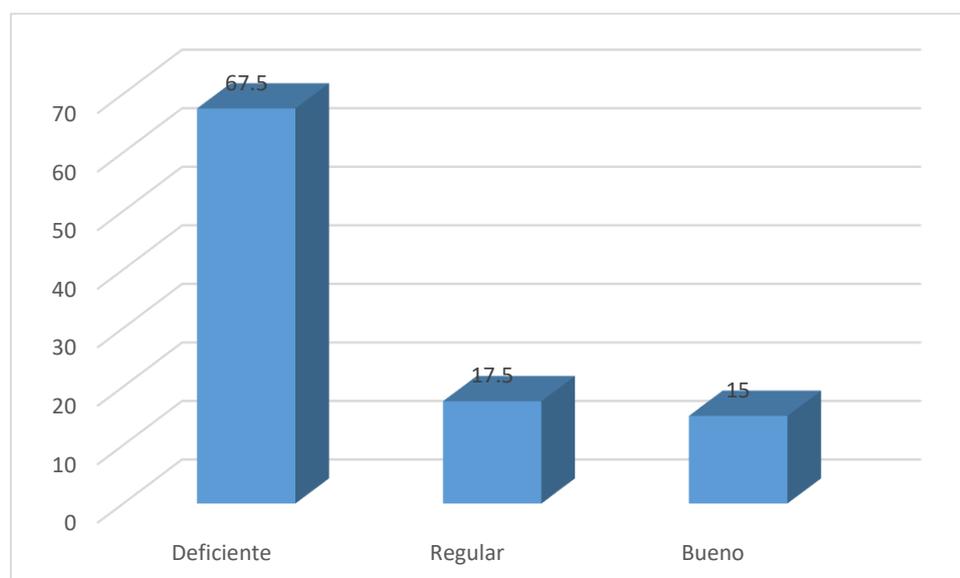


Figura 30. Delitos de función según el código penal

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

En el cuadro y figura 30, se observa que se muestra resultados de los puntajes obtenidos de los encuestados en la variable de Delitos de función según el código penal, en la escala cualitativa; en ello se observa que el 67,5% se ubican en la escala de deficiente, el 17,5% se ubican en la escala de regular, el 15% se ubican en la escala de bueno, demostrando que; la eficacia de la eximente de “Obediencia Debida” en los delitos de función según el Código Penal de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno – 2015, en cumplimiento de órdenes ilícitas son una causal de exculpación e innecesarias.

Cuadro 34. Estadísticos Descriptivos

	Frecuencia	%	% Acumulado	
Media	9,30	7,25	8,73	8,45
Mediana	8,00	5,00	8,00	7,00
Varianza	14,882	30,705	18,512	15,690
Desviación estándar	3,858	5,541	4,303	3,961
Asimetría	,549	,192	-,025	,474
Curtosis	-,196	-1,288	-,411	-1,089
Coefficiente de variación	0.4148	0.7643	0.4929	0.4688

Fuente. Ficha de Observación participante

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

Los valores estadísticos, muestran resultados como; la media en las dimensiones de proceso, instrumentación, repercusión en la administración de justicia son deficientes o menores a 10 puntos, lo mismo ocurre con la mediana demostrando que existe deficiencia de la exigente de "Obediencia Debida" en los delitos de función según el Código Penal, en el coeficiente de variación en el Proceso de administración de justicia es de 41,48% de heterogeneidad, en el coeficiente de variación en la instrumentación de administración de justicia es de 76,43% de heterogeneidad, en el coeficiente de variación en la repercusión de administración de justicia es de 49,29% de heterogeneidad, demostrando con ello alta dispersión en todas las dimensiones.

La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien ha actuado de un modo contrario a ese

deber, la culpabilidad como una concepción funcional de la acción, entendido como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma ¿En cuál de las alternativas siguientes se ubica con mejor proximidad estas precisiones que se hacen respecto de la culpabilidad? y ¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?

Cuadro 35. Cuadro de doble entrada obediencia debida y culpabilidad

		¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?					Total
		Tienen implicancias	Buena	Regular	Defectuosa	No tiene implicancias	
La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor	Alto nivel de precisión, caracterización y conceptualización	2	2	1	1	15	21
		5,0%	5,0%	2,5%	2,5%	37,5%	52,5%
	Mediano nivel de precisión, caracterización y conceptualización	4	1	3	1	7	16
		10,0%	2,5%	7,5%	2,5%	17,5%	40,0%
	No se ha caracterizado ni conceptualizado	0	0	3	0	0	3
		0,0%	0,0%	7,5%	0,0%	0,0%	7,5%
Total		6	3	7	2	22	40
		15,0%	7,5%	17,5%	5,0%	55,0%	100,0%

Fuente. Ficha de Observación participante

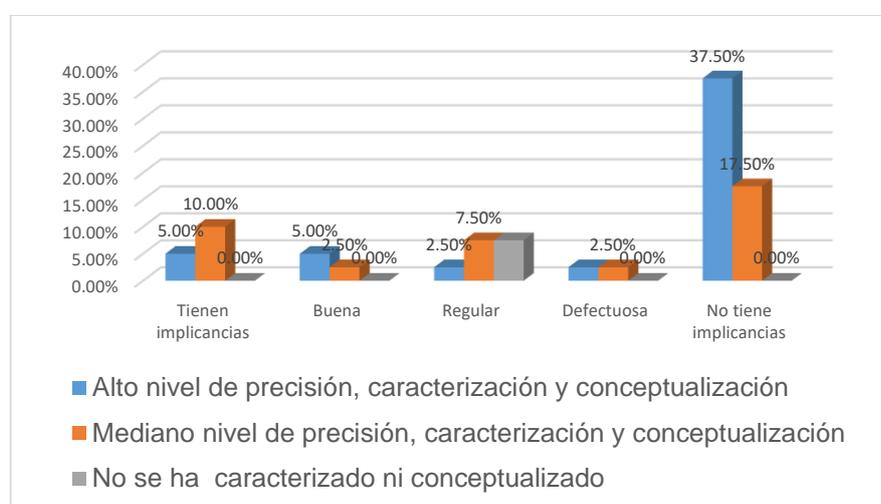


Figura 31. Cuadro de doble entrada obediencia debida y culpabilidad

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

El cuadro y figura 30, muestra resultados de la relación; la culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien ha actuado de un modo contrario a ese deber, la culpabilidad como una y la aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho, observando que 37,5% responden que es de alto nivel de precisión, caracterización y conceptualización la culpabilidad e indican que no tienen implicancias en la aplicación de la eximente de obediencia debida.

Cuadro 36. Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	19,190	8	,014
Razón de verosimilitudes	16,115	8	,041
Asociación lineal por lineal	3,221	1	,073
N de casos válidos	40		

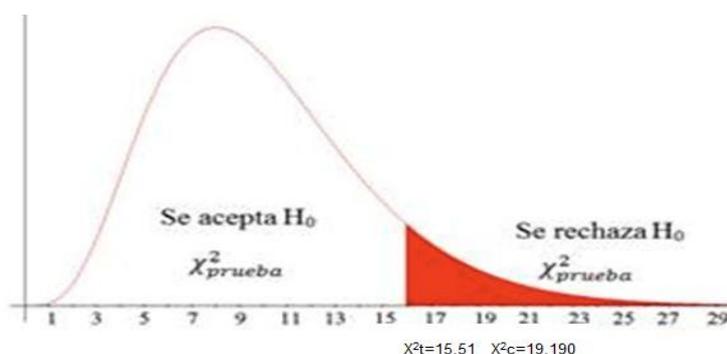


Figura 32. Pruebas de chi-cuadrado

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

La prueba de la chi cuadrada calculada muestra un valor de 19,190, siendo ésta superior al valor de chi cuadrada tabulada de 15,51; demostrando con ello que existe dependencia entre los indicadores de culpabilidad es una relación psicológica y la aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho, por tanto se acepta la hipótesis de investigación donde; Los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder ser reconducidos a causales de exculpación o justificación, dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos requisitos a un nivel del 95% de confianza.

Cuadro 37. Resultados de los expedientes presentados

	Exp. 1	Exp.2	Exp.3	Exp.4	Exp.5	Exp.6	Exp.7	Exp.8	Exp.9	Exp.10	Exp.11	Exp.12
Informe policial: hubo pronunciamiento	Sí	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No.	No	No	No
Formulación de investigación preparatoria de fiscal: hubo pronunciamiento	Sí											
Acusación fiscal hubo pronunciamiento	Sí	No										
Valoración de prueba y calificación en el juzgado	Bueno	Bueno	Regular	Regular	Bueno	Bueno	Bueno	Regular	Regular	Regular	Bueno	Regular
Informe final del juez: hubo pronunciamiento	Sí											
Medio impugnatorio: se ha planteado	Sí	No	Sí	No	Sí	No	No	Sí	Sí	Sí	Sí	No
Valoración de prueba y calificación en sala penal	Bueno		Bueno		Bueno			Bueno	Bueno	Bueno	Bueno	
Aplicación de la exención de pena en la sala penal superior												
Sentencia penal hubo pronunciamiento	Si		Si		Si			Si	Si	Si	Si	
Resolución de nulidad hubo pronunciamiento												
Total	8	5	7	5	8	5	5	8	7	7	7	3

INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS

El cuadro 31, muestra resultados de los expedientes presentados, en ello se observa que siete de ellos llegaron hasta sentencia penal y hubo pronunciamiento, sin embargo todos ellos no tuvieron aplicación de la exención de pena en la sala penal superior, los otros siete expedientes que representa el 58% o la mitad tuvieron sus procesos hasta la valoración de prueba y calificación en sala penal, los expedientes 9; 10; 11 y 12 no tuvieron el atestado policial; los expedientes 4; 6; 7 y 12 no tuvieron medio impugnatorio.

CONCLUSIONES

- La eficacia de la eximente de obediencia debida en los delitos de función según el Código Penal vigente en los juzgados y sala penal de Puno, en cumplimiento de órdenes ilícitas son una causal de exculpación e innecesarias; como se demuestra en el cuadro 28, donde el 67.5 % se ubican en la escala de manejo Deficiente del problema de investigación planteada.
- El cuadro y figura 23, muestra resultados de los puntajes obtenidos de los encuestados en la dimensión de proceso de administración de justicia, en la escala cualitativa; en ello se observa que el 67,5% se ubican en la escala de Deficiente, el 17,5% se ubican en la escala de Regular; se evidencia que el 85% se ubican entre la escala de Deficiente y Regular; demostrando que; los supuestos de cumplimiento de órdenes ilícitas van a poder ser reconducidos a causales de exculpación o justificación. Así mismo, en el cuadro y figura 24, muestra resultados de la relación; frecuencia con que suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal y aplicación de la eximente de obediencia debida

tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de derecho; observando que el 40% responden que existe ausencia de esta causal en los procesos judiciales y ellas no tienen implicancias. Observamos también, que la prueba de la chi cuadrada calculada muestra un valor de 19,81, siendo ésta superior al valor de chi cuadrada tabulada de 15,51; demostrando con ello que existe dependencia entre los indicadores; frecuencia con que suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal y aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de derecho; aceptando la hipótesis de investigación donde; Lo anterior hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal, aceptando con ello la hipótesis de investigación a un nivel del 95% de confianza.

- Tal como se demuestra en el cuadro y figura 25, donde los resultados de los puntajes obtenidos por los encuestados en la dimensión de proceso de instrumentalización en la administración de justicia, en la escala cualitativa; en ella se observa que el 75% se ubican en la escala de Deficiente. Así mismo, en el cuadro y figura 26, se muestran resultados de los puntajes obtenidos de los encuestados en la dimensión de repercusión de administración de justicia, en la escala cualitativa; en ella se observa que el 72,5% se ubican en la escala de Deficiente, el 15% se ubican en la escala de Regular; se evidencia que el 87,5% se ubican entre la escala de Deficiente y Regular, demostrando Deficiencia de parte de los encuestados. Finalmente, se tiene el cuadro y figura 27, en

donde según resultados de la prueba estadística de la chi cuadrada calculada muestra un valor de 33,92, siendo ésta superior al valor de chi cuadrada tabulada de 26.30; demostrando con ello que existe dependencia entre los indicadores; de formas que debe tener toda orden, y cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que la orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. Demostrando en todas ellas que se hace innecesario que se tenga en el Código Penal a la obediencia debida como una causal independiente de exclusión de responsabilidad penal. En resumen se acepta la hipótesis de investigación, a un nivel del 95% de confianza.

RECOMENDACIONES

- Elevar al poder judicial de Puno y a los operadores del módulo Penal la propuesta de la aplicación de una guía de entrevista estructurada u otro instrumento para conocer con mayor proximidad de juicio y certeza ¿De cuánto se conoce de este problema? a lo mejor identificar otros casos, a efecto de ser cotejado con su mismo entorno y en propia realidad misma, al interior del módulo penal de Puno.
- Sugerir al poder judicial de Puno y a los operadores del módulo Penal la propuesta de examinar a través de fichas documentales los casos de obediencia debida y otros institutos jurídicos del derecho sustantivo que han quedado casi inaplicables como caso reales que se presentan en la administración de justicia.
- Proponer al poder judicial, con respecto al módulo penal de Puno para que se promueva la discusión a nivel de los magistrados de este problema investigado y por extensión de otros casos, a efecto de identificar y elevarlos a los plenos jurisdiccionales para que sean examinados, u otras medidas tales como la aplicación del control jurisdiccional de la Ley en materia penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, R. (1988). *La no exigibilidad de otra conducta en el Derecho penal*, Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas. Bogotá, Colombia.
- Armaza, J. (1992). *Legítima defensa y estado de necesidad justificante*. Arequipa, Perú: Hiparquia.
- Armaza, J. (2004). *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*. (1ª edición). Arequipa, Perú: Adrus.
- Bacigalupo, E. (2004). *Tipo y error*. (2ª edición). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Berdugo, I., Arroyo, L., Ferré, J., Serrano, J., García, N. & Terradillos, J. (2004). *Curso de Derecho penal. Parte general*. (1ª edición). Barcelona, España: Ediciones Experiencia.
- Bramont, L. (2003). *La tipicidad, el tipo doloso de comisión*, en Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, San Marcos. Lima, Perú.
- Bramont, L. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (3ª edición). Lima, Perú: Ed. y Distribuidora de Libros S.A.

- Bustos, R. (1989). *Manual de Derecho penal. Parte general*. (3ª edición).
Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Bustos, R. (2005). *Obras completas tomo I. Derecho penal. Parte general*.
Lima, Perú: Ara editores.
- Cancio, M. (2004). *Aproximación a la teoría de la imputación objetiva, en XVI Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú.
- Cancio, M. (s/f). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*.
Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Cardini, E. (s/f). *Estado de necesidad*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo – Perrot.
- Cassagne, J. (s/f). *El acto administrativo*. (2ª edición). Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot.
- Cerezo, J. (1985). *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción a la Teoría jurídica del delito/1*. (3ª edición). Madrid, España: Tecnos.
- Chocano, R. (2003). *Situaciones de necesidad en las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo*, en Hurtado Pozo (dir.), *Anuario de Derecho penal: Aspectos fundamentales de la parte general del código penal peruano*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cobo, M. & Vives, T. (1990). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª edición).
Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

- Creus, C. (1990). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª edición). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Cury, E. (1982.). *Derecho Penal. Parte general Tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Du, J. (2002). *La obediencia jerárquica en el Derecho penal militar peruano*, en Hurtado Pozo (dir.), *Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002: La Reforma del Derecho Penal Militar*. Lima, Perú.
- Feijoo, B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima, Perú: Grigley
- Folchi, M. (1982). *La importancia de la tipicidad en Derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.
- Fontan, C. (1980). *Tratado de Derecho penal, parte general*. (2ª edición). Buenos Aires, Argentina: Abellido Berrot.
- Frisch, W. & Robles, R. (2004). *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona, España: Atelier.
- Gaines, L. & Leroy, R. (2005). *Criminal Justice in Action*. New York: Thomson Learning
- García, P. (2008). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Lima, Perú: Grijley.
- García, E. & Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho administrativo. Tomo I*. Lima - Bogotá: Palestra-Temis.
- Gurruchaga, H. (s/f). *El error en el delito*. Buenos Aires, Argentina: DIN editora.
- Herrera, L. (s/f). *El error en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: Abellido Berrot.

- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho penal. Parte general I.* (3ª edición). Lima, Perú: Grijley.
- Jakobs, G. (2000). *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, trads. CancioMelía/ FeijóoSanchez/ Peñaranda Ramos/ Sancinetti/ Suárez González. Lima, Perú: Palestra editores.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* (2ª edición). Madrid, España.
- Jakobs, G. (2008). *El Derecho penal como disciplina científica*, trad. de Alex van Weezel. Madrid, España: Thomson / Civitas.
- Jakobs, G. (2007). *La competencia por organización en el delito omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión (1991)*, en Estudios de Derecho penal, trads. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles, y Manuel Cancio Meliá. (1ª edición). Barcelona, España: Civitas.
- Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Cancio Meliá. (3ª reimpresión). Lima, Perú: Cordillera.
- Jescheck, H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenote. (5ª edición). Granada, España: Comares.
- Kelman, H. (1989). *Crimes of Obediente.* (1ª edición). Yale University Press, Nueva York.
- Leroy, R. & Meinzinger, M. (2004). *West's Paralegal Today. The Legal Team at Work.* New York: Thomson Learning.

- Luzón, D. (1999). *Curso de Derecho penal. Parte general I.* (1ª reimpresión). Madrid, España: Universitas.
- Mac, A. (1998). *Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el Derecho nacional e internacional*, en Themis revista de Derecho N° 37. Lima, Perú.
- Maurach, R. & Zipf, H. (s/f). *Derecho Penal. Parte general*, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Meini, I. (2009). *La obediencia debida en Derecho penal ¿órdenes ilícitas vinculantes?*, en Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal. Lima, Perú: ARA.
- Mesa, L. (1962). *Lecciones de Derecho penal. Parte general.* Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- Mezger, E. (1955). *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, Traducción de la 6ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi. Alemania: DIN.
- Mir, P. (1995). Santiago (Coordinadores), *Causas de justificación y atipicidad en Derecho penal.* Pamplona: Aranzadi.
- Mir, P. (2008). *Derecho Penal: Parte general.* (8ª edición). Barcelona, España: Reppertor.
- Mir, P. (2002). *Introducción a las bases del Derecho penal.* (2ª edición). Buenos Aires, Argentina.
- Morillas, L. (1984). *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales.* Madrid, España: Civitas S.A.

- Muñoz, F. (1989). *El error en Derecho penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (1991). *Teoría general del delito*. (2ª edición). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Núñez, R. (1987). *Manual de Derecho penal. Parte general*. (3ª edición, 4ª reimpresión). Córdoba, Argentina: Córdoba.
- Peña, R. (1995). *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, en la colaboración de José Antonio Caro John y Reiner Chocano Rodríguez. (2ª edición). Lima, Perú: Grijley.
- Peña, A. (2007). *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. (2ª edición). Lima, Perú: Rhodas.
- Pérez, D. (2003). *Teoría general del acto administrativo*. México: Porrúa.
- Polaino, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Lima, Perú: Grijley.
- Quintero, M. (2006). *Acción, comunicación e injusto penal*, en Caro John/Chocano Rodríguez/García Cavero/Mazuelos Coello (dirs), Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales. Lima, Perú: Grijley.
- Ragués, R. (2001). *¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad?. Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia*, en Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, 7.
- Reyes, A. (1989). *Antijuridicidad*. (4ª edición). Bogotá, Colombia: Temis.
- Reyes, A. (1989). *Tipicidad*. (6ª edición). Bogotá, Colombia: Temis.

- Reynoso, R. (2003). *Teoría general del delito*, con la colaboración de Máximo Reynoso Othón. (5ª edición). México D.F.: Porrúa.
- Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención, en derecho penal*. Madrid, España: Reus.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, trads. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal. Madrid, España: Civitas.
- Rubio, M. (1997). *Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo I*. Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rusconi, M. (1992). *Los límites del tipo penal. Un análisis de la tipicidad conglobante*. (1ª edición). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Salazar, M. (2003). *Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción de delito*, 2ª reimpresión. Bogotá, Colombia: Ed. jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. (4ª edición). Trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.
- Ugaz, M. & Ugaz H. (s/f). En Código penal comentado.
- Ugaz Sanchez – Moreno & Ugaz Heudebert (2004). *La obediencia debida*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, Grijley.
- Vidal, H. (1991). *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito*. Córdoba, Argentina: Advocatus.

- Villa, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. (3ª edición). Lima, Perú: Grijley.
- Villa, J. (1997). *La culpabilidad*. Lima, Perú: Ed. Jurídicas.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima, Perú: Grijley.
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán*, trads. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez de la 12ª edición alemana. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho penal. Parte general IV*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho penal. Parte general III*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zaffaroni, E., Aliaga, A. & Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (1ª edición). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zimmermann, A. (2002). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*. Volume I. Great Britain: Oxford University Press.
- Zúñiga, L. (1992). *La obediencia debida: Consideraciones dogmáticas y político- criminales*, en Derecho N° 46. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



ANEXOS

Anexo1. Instrumentos de recojo de datos

CON RESPECTO A LA EFICACIA DE LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA EN EL PROCESO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, APLICACIÓN DE LA EXIMENTE MEDIANTE LA INSTRUMENTALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE MEDIANTE LA REPERCUSIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Guía de Entrevista Participante N° 01**Instrucciones:**

Señor Dr. agradezco su apoyo en el marcado de las respuestas; debe tener presente, que esta es una investigación para conocer la eficacia en la aplicación de la eximente de “obediencia debida” en el Código Penal peruano de 1991.

I. PROCESO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

(Marque con un aspa solo una de las tres alternativa, dentro del paréntesis o sobre la letra la respuesta que considere conveniente para cada pregunta)

1. En ocasiones que el subordinado cumple con lo mandado por el superior realiza un comportamiento que se encuentra dentro del riesgo permitido, se debe tener muy en cuenta el tipo, la tipicidad, teorías de la adecuación social y tipicidad conglobante. ¿Este comportamiento estaría considerado con un?
 - a. Alto nivel de pertinencia (X)
 - b. Mediano nivel de pertinencia ()
 - c. Bajo nivel de pertinencia ()

2. No es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho –una ordena la detención de la persona y la otra impide la restricción de su libertad. Port tanto, un comportamiento de alguna manera no sería antinormativo, ni vulnera bienes jurídicos, sería por tanto atípico ¿Estas consideraciones contienen?
 - a. Alto nivel de coherencia (X)
 - b. Mediano nivel de coherencia ()
 - c. Bajo nivel de coherencia ()

3. Cuando la doctrina hace una diferencia entre antijuricidad e injusto, siendo el primero de ellos el que designa una propiedad de la acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal; mientras que el segundo es la conducta antijurídica misma ¿En cuyo caso, un hecho típico será necesariamente antijurídico?.
- a. Es una concepción explícita y clara (X)
- b. Es una concepción pero no es explícita ni clara ()
- c. No es una concepción ()
4. Teniendo la siguiente afirmación: En el Derecho penal no puede haber injusto de resultado sin injusto de acción – ¿Ello nos sugiere un?
- a. Alto nivel de correspondencia (X)
- b. Mediano nivel de correspondencia ()
- c. No existe ninguna correspondencia ()
5. La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien ha actuado de un modo contrario a ese deber, la culpabilidad como una concepción funcional de la acción, entendida como el sentido jurídico que comunica o expresa el comportamiento como el no reconocimiento de la vigencia de la norma ¿En cuál de las alternativas siguientes se ubica con mejor proximidad estas precisiones que se hacen respecto de la culpabilidad?
- a. Alto Nivel de precisión, caracterización y conceptualización (X)
- b. Mediano Nivel de precisión, caracterización y conceptualización ()
- c. No se ha caracterizado ni conceptualizado ()
6. Cuando se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición integrada por lo que es hoy Austria, Francia, Alemania; a fin de juzgar los crímenes, asesinatos, violaciones; cometidos por Hagenbach, quien adujo como defensa la carta de acatamiento de órdenes superiores en las que no reconocía a otro juez que su señor, Carlos “El Temerario”, Duque de Borgoña y la obediencia de sus mandatos ¿La Obediencia debida ante estos hechos pueden constar de?
- a. Bajo nivel de eximente de responsabilidad (X)
- b. Mediano nivel de eximente de responsabilidad ()
- c. Alto contenido de eximente de responsabilidad ()

7. El primer documento internacional que trató el tema de la obediencia debida fue el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, ello debido a que muchos de los oficiales del nacional-socialismo alegaron haber actuado en cumplimiento de las órdenes impartidas por Adolf Hitler. Por tanto ¿La obediencia debida puede contener?
- a. Alto nivel de atenuante ()
 - b. Mediano nivel de atenuante (X)
 - c. Bajo nivel de atenuante ()
8. Ante el siguiente supuesto, en el que la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior ¿En estos hechos existe?
- a. Ausencia de conducta (X)
 - b. Restringida presencia de la conducta ()
 - c. Presencia de la conducta ()
9. ¿Con qué frecuencia suele presentarse en su despacho la obediencia debida como causal de exención o de atenuación de responsabilidad penal?
- a. Ausencia de esta causal en los procesos judiciales (X)
 - b. Mediano nivel de presencia de estos casos () ¿Cuántos casos?
 - c. Alto nivel de presencia de estos casos judiciales () ¿Cuántos casos?
10. Con respecto a lo ocurrido el 29 de mayo del 2003, caso Edy Quilca y otros estudiantes de la Universidad Nacional del Altiplano, ¿La figura de la obediencia debida puede ser considerado como exención, atenuación y/o sanción de responsabilidad penal?
- a. Sanción (X)
 - b. Atenuación ()
 - c. Exención ()

II. INSTRUMENTALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

(Marque con un aspa solo una de las cinco alternativas que Ud. elija como respuesta pertinente por cada pregunta; teniendo en cuenta, que las alternativa están dentro de los recuadros designados con las letras a, b, c, d, e)

11. ¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene trascendencia jurídica en un Estado social y democrático de Derecho?

Contiene alta trascendencia jurídica	a	Trasciende jurídicament e	b	Trasciende medianament e	c	De alguna manera trasciend e	d	Sin trascendenci a jurídica	e
								X	

12. ¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?

Tiene implicancias	a	Buena	b	Regular	c	Defectuosa	d	No tiene implicancias	E
								X	

13. Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia entre superior e inferior jerárquico. ¿Todas ellas dentro de la aplicación de la obediencia debida serían?

Insatisfactori a	a	Poco satisfactori a	b	Medianament e satisfactoria	c	Satisfactori a	D	Muy satisfactori a	e
							X		

14. El legislador nacional parece haberse decidido por la teoría de la apariencia intrínseca del mandato (Según esta teoría el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juridicidad) por tanto, al momento de redactar el artículo 20° inciso 9 del CP que señala: (están exentos de responsabilidad penal, el que obra por orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones) ¿Estos componentes son suficientes para establecer la antijuricidad aparente en la obediencia debida?

No	a	Poco	b	Suficiente	c	Bastante	D	Totalmente	e
							X		

III. REPERCUSIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

15. Cuando el policía que da cumplimiento a una orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad de la persona arrestada, se trata del cumplimiento de un deber; ¿El cumplimiento de esta orden derivaría en una causa de justificación o ausencia de tipicidad?

Ausencia de causa de justificación. Alta presencia de tipicidad	a	Poco presencia de causa de justificación. Bastante presencia de tipicidad	b	Suficiente presencia de causa de justificación y tipicidad	c	Bastante presencia de causa de justificación. Poco presencia de tipicidad	d	Alta presencia de causa de justificación ausencia de tipicidad	E
									X

16. Para que el subordinado pueda alegar error de tipo en el cumplimiento de un deber, deberá primero recurrirse a la teoría de la imputación objetiva, a fin de corroborar si es que de acuerdo a su rol le era exigible o no el conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado. ¿Bajo esta premisa se podría concluir que es?

La conclusión es Falsa	a	Los datos son Insuficiente	b	Mas o menos es aceptable	c	Adecuado	d	Cierto o verdadero	E
									X

17. Cuando el subordinado tiene el poder de examinar si es que una orden vulnera la ley, y consecuentemente si ha de obedecerla o no. ¿Lo dicho quebrantaría el principio de jerarquía administrativa que caracteriza a las instituciones públicas – sobre todo en las órdenes militares?

No	a	Casi nada	b	A veces	c	Con frecuencia	d	Cierto	E
									X

18. Las teorías que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos: 1) Las órdenes justificadas *per se*; 2) las órdenes conforme a derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico. ¿Con cuál de ellas nuestra legislación sería más permisiva?

Ordenes justificadas per se	a	Ordenes per se, antijurídico	b	Ordenes con contenido antijurídico	c	Ordenes antijurídico, conforme a derecho	d	Ordenes conforme a derecho	E
									X

19. Cuando el subordinado no conozca la ilicitud del comportamiento ordenado actuará en error de tipo, al creer que está actuado en cumplimiento de un deber. ¿En estos casos, el subordinado puede o no alegar error de prohibición cuando crea que está actuando lícitamente?

Si puede alegar	a	A veces si puede alegar	b	Depende del caso	c	A veces no puede alegar	d	No puede alegar	E
									X

20. Artículo 19.8 del Código de Justicia Militar. Esta norma exime de responsabilidad a: “El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra” ¿En un Estado social democrático de Derecho, en el cual una ord en ilícita puede o no vincular al subordinado?

Si puede vincular	a	A veces si puede vincular	b	Depende	c	A veces no puede vincular	d	No puede vincular	E
									X

21. La Primera Sala Penal Especial (Exp. 03-2003) condenó a quince años de pena privativa de libertad a José Concepción Alarcón Gonzáles, Fernando Lecca Esquén y Gabriel Orlando Vera Navarrete – miembros del grupo colina-como coautores directos del homicidio del profesor y alumnos de la universidad “La Cantuta” la madrugada del 18 de Julio de 1992. ¿De acuerdo al análisis jurídico los subordinados pudieron haber alegado obediencia debida?

Completamente afirmativo	a	Con frecuencia	b	A veces	c	Casi no	d	No es posible	E
									X

22. ¿Qué tipo de relación a de importar al Derecho para poder imputar responsabilidad penal: La relación entre el superior jerárquico y su subordinado, o la relación entre el sistema jurídico y el subordinado?

No se advierte ningún tipo de relación	a	La existencia de alguna relación entre el sistema jurídico y el subordinado	b	La existencia de alguna relación entre el superior jerárquico y su subordinado	c	La relación entre el sistema jurídico y el subordinado	d	La relación entre el superior jerárquico y su subordinado	E
									X

LEYENDA 01

ALTERNATIVA

VALOR

Alta	(a)	(3 pnts)
Media	(b)	(2 pnts)
Baja	(c)	(1 pnt)

LEYENDA 02

ALTERNATIVA

VALOR

Nulo	(a)	(1 pnt)
Media	(b)	(2 pnts)
Regular	(c)	(3 pnts)
Buena	(d)	(4 pnts)
Muy buena	(e)	(5 pnts)

Anexo 2. Con respecto a la revisión de expedientes**Ficha Documental Participante N° 02****JUZGADO**

CASO: Obediencia Debida (Art. 20 inc 9 CP) N° DE EXPEDIENTE

1. INFORME POLICIAL: HUBO PRONUNCIAMIENTO.
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros
2. FORMALIZACIÓN Y CONTINUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE FISCAL: HUBO PRONUNCIAMIENTO.
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros
3. REQUERIMIENTO FISCAL DE ACUSACIÓN: HUBO PRONUNCIAMIENTO
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros
4. VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACIÓN EN EL JUZGADO.
 - a. Pésimo
 - b. Regular
 - c. Bueno
 - d. Óptimo
5. INFORME FINAL DEL JUEZ: HUBO PRONUNCIAMIENTO.
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros
6. MEDIO IMPUGNATORIO: SE HA PLANTEADO
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros
7. VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACIÓN EN SALA PENAL.
 - a. Pésimo
 - b. Regular
 - c. Bueno
 - d. Óptimo
8. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPERIOR
 - a. Hubo causal y no se aplicó
 - b. Dudosa causal y no se aplicó
 - c. Hubo causal y se aplicó
 - d. Dudosa causal y se aplicó
9. SENTENCIA PENAL: HUBO PRONUNCIAMIENTO
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros
10. RESOLUCIÓN DE NULIDAD: HUBO PRONUNCIAMIENTO
 - a. Si
 - b. No
 - c. Otros

Anexo 3. Matriz de consistencia

Título: EFICACIA DE LA EXIMIENTE DE “OBEDIENCIA DEBIDA” EN LOS DELITOS DE FUNCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PENAL DE 1991 EN LOS JUZGADOS Y SALA PENAL DE PUNO - 2015

Problema de investigación	Objetivos	Hipótesis	Variables	Población de estudio	Metodología
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Cuál es la eficacia de la eximiente de “Obediencia debida” en los delitos de la eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno-2015??</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>1. ¿Qué características se observan en la aplicación de la eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Establecer el grado de eficacia en la aplicación de la eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>1. Identificar la aplicación de la eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>La eficacia en la aplicación de la eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno cumple con una causal de ilícitas son una causal de exculpación e innecesarias.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>1. Los supuestos de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano reconducidos a causales de</p>	<p>Independiente</p> <p>La eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.</p> <p>Dependiente</p> <p>1. Aplicación de la eximiente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano</p>	<p>El grupo de interés a la investigación descriptiva, son los operadores transversales de la administración causal ex post facto; Juzgados y sala penal de Puno.</p>	<p>Investigación descriptiva, correlación</p>

Puno?

de 1991 en los juzgados y exculpación o justificación de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno. (dependiendo del caso y del cumplimiento de ciertos de Puno)

2. ¿Qué características se observan en la eficacia de la aplicación de la eximente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno?

2. Analizar la eficacia de la aplicación de la eximente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.

Lo anterior hace aplicación de la eximente de “obediencia debida” en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.

Como una causal en los delitos de función según el Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.

independiente de exclusión de responsabilidad penal. Código Penal peruano de 1991 en los juzgados y sala penal de Puno.

Anexo 4. Tablas y pruebas de Chi cuadrado

		Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia entre sup					Total
		Insatisfactorio	Poco satisfactorio	Medianamente satisfactorio	Satisfactorio	Muy satisfactorio	
En ocasiones que el subordinado cumple con lo mandado por el superior realiza un comportamiento que se encuentra dentro del riesgo permitido, se debe tener muy en cuenta el tipo, la tipicidad, teorías de la adecuación social y tipicidad conglobante. ¿Este	Alto nivel de pertinencia	0	3	5	9	0	17
		0,0%	7,5%	12,5%	22,5%	0,0%	42,5%
	Mediano nivel de pertinencia	2	9	3	7	1	22
		5,0%	22,5%	7,5%	17,5%	2,5%	55,0%
	Bajo nivel de pertinencia	0	0	0	0	1	1
		0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	2,5%	2,5%
Total		2	12	8	16	2	40
		5,0%	30,0%	20,0%	40,0%	5,0%	100,0%

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	25,461 ^a	8	,001
Razón de verosimilitudes	13,992	8	,082
Asociación lineal por lineal	,444	1	,505
N de casos válidos	40		

		¿La aplicación de la eximente de obediencia debida tiene implicancias jurídicas en un Estado democrático de Derecho?					Total
		Tienen implicancias	Buena	Regular	Defectuosa	No tiene implicancias	
Cuando se creó el Primer Tribunal Penal Internacional en el mundo, conformado por 28 jueces elegidos entre los miembros de la coalición integrada por lo que es hoy Austria, Francia, Alemania; a fin de juzgar los crímenes, asesinatos, violaciones; cometido	bajo nivel de eximente de responsabilidad	0	1	1	1	13	16
		0,0%	2,5%	2,5%	2,5%	32,5%	40,0%
	Mediano nivel de eximente de responsabilidad	6	1	4	0	4	15
		15,0%	2,5%	10,0%	0,0%	10,0%	37,5%
	Alto nivel de eximente de responsabilidad	0	1	2	1	5	9
		0,0%	2,5%	5,0%	2,5%	12,5%	22,5%
Total		6	3	7	2	22	40
		15,0%	7,5%	17,5%	5,0%	55,0%	100,0%

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	17,862	8	,022
Razón de verosimilitudes	20,719	8	,008
Asociación lineal por lineal	1,973	1	,160
N de casos válidos	40		

		Cuando el subordinado no conozca la ilicitud del comportamiento ordenado actuará en error de tipo, al creer que está actuado en cumplimiento de un deber. ¿En estos casos, el subordinado puede o no alegar error de prohibición cuando crea que está actuando					Total
		Se puede alegar	A veces si puede alegar	Depende	A veces no puede alegar	No puede alegar	
Los requisitos de forma que debe tener toda orden, tales como: a) Que el superior sea competente para dictarla; b) Que subordinado tenga competencia para ejecutarla; c) Que la orden aparezca como lícita; d) Que exista una relación de dependencia entre sup	Insatisfactorio	2	0	0	0	0	2
		5,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	5,0%
	Poco satisfactorio	1	1	1	1	8	12
		2,5%	2,5%	2,5%	2,5%	20,0%	30,0%
	Medianamente satisfactorio	0	0	1	0	7	8
		0,0%	0,0%	2,5%	0,0%	17,5%	20,0%
	Satisfactorio	2	0	0	3	11	16
		5,0%	0,0%	0,0%	7,5%	27,5%	40,0%
	Muy satisfactorio	1	0	1	0	0	2
		2,5%	0,0%	2,5%	0,0%	0,0%	5,0%
Total		6	1	3	4	26	40
		15,0%	2,5%	7,5%	10,0%	65,0%	100,0%

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	27,388 ^a	16	,037
Razón de verosimilitudes	24,734	16	,075
Asociación lineal por lineal	,463	1	,496
N de casos válidos	40		

		Para que el subordinado pueda alegar error de tipo, deberá primero recurrirse a la teoría de la imputación objetiva, a fin de corroborar si es que de acuerdo a su rol le era exigible o no el conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado. ¿Se puede conc				Total	
		Falso	Datos insuficientes	Contiene aceptación regular	Adecuado		
El legislador nacional parece haberse decidido por la teoría de la apariencia intrínseca del mandato (Según esta teoría el carácter vinculante de la orden no se condiciona a la juridicidad) por tanto, al momento de redactar el artículo 20° inciso 9 del CP	No	5	0	2	0	7	
		12,5%	0,0%	5,0%	0,0%	17,5%	
	Poco	0	13	5	0	18	
		0,0%	32,5%	12,5%	0,0%	45,0%	
	suficiente	0	0	9	0	9	
		0,0%	0,0%	22,5%	0,0%	22,5%	
	Bastante	1	3	1	1	6	
		2,5%	7,5%	2,5%	2,5%	15,0%	
	Total		6	16	17	1	40
			15,0%	40,0%	42,5%	2,5%	100,0%

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	44,991 ^a	9	,000
Razón de verosimilitudes	44,002	9	,000
Asociación lineal por lineal	6,396	1	,011
N de casos válidos	40		

		Para que el subordinado pueda alegar error de tipo, deberá primero recurrirse a la teoría de la imputación objetiva, a fin de corroborar si es que de acuerdo a su rol le era exigible o no el conocimiento de la antijuridicidad de lo mandado. ¿Se puede conc				Total
		Falso	Datos insuficientes	Contiene aceptación regular	Adecuado	
Cuando la doctrina hace una diferencia entre antijuridicidad e injusto, siendo el primero de ellos el que designa una propiedad de la acción típica, vale decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, mientras que el segundo es	Es una concepción explicitan y clara	2	6	10	0	18
		5,0%	15,0%	25,0%	0,0%	45,0%
	Es una concepción pero no explicitan ni clara	3	10	6	0	19
		7,5%	25,0%	15,0%	0,0%	47,5%
	No es una concepción	1	0	1	1	3
		2,5%	0,0%	2,5%	2,5%	7,5%
Total		6	16	17	1	40
		15,0%	40,0%	42,5%	2,5%	100,0%

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	16,667 ^a	6	,011
Razón de verosimilitudes	10,493	6	,105
Asociación lineal por lineal	,141	1	,707
N de casos válidos	40		

La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor que se emite sobre quien ha actuado de un modo contrario a ese deber, la culpabilidad como una y Las teorías estudiadas que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos: 1) Las órdenes justificadas per se; 2) las órdenes conforme a derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico. ¿Con cuál de

		Las teorías estudiadas que entienden a la obediencia debida como una causa de justificación se pueden dividir en tres grupos: 1) Las órdenes justificadas per se; 2) las órdenes conforme a derecho; y 3) las órdenes con contenido antijurídico.					Total
		Ordenes justificadas per se	Ordenes per se antijurídico	Ordenes con contenido jurídico	Ordenes antijurídico conforme a derecho	Ordenes conforme a derecho	
La culpabilidad es una relación psicológica entre el hecho y su autor, normativamente la culpabilidad es una reprochabilidad, entendida como un juicio de valor	Alto nivel de precisión, caracterización y conceptualización	2	2	1	1	15	21
		5,0%	5,0%	2,5%	2,5%	37,5%	52,5%
	Mediano nivel de precisión, caracterización y conceptualización	2	3	2	4	5	16
		5,0%	7,5%	5,0%	10,0%	12,5%	40,0%
	Nose ha caracterizado ni conceptualizado	1	0	2	0	0	3
		2,5%	0,0%	5,0%	0,0%	0,0%	7,5%
Total		5	5	5	5	20	40
		12,5%	12,5%	12,5%	12,5%	50,0%	100,0%

Pruebas de chi-cuadrado

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	18,196 ^a	8	,020
Razón de verosimilitudes	16,600	8	,035
Asociación lineal por lineal	5,109	1	,024
N de casos válidos	40		

		Cuando el policía que da cumplimiento a un orden legal de detención y afecta así el derecho a la libertad de la persona arrestada, se trata del cumplimiento de un deber; esta, ¿Deriva en una causa de justificación o ausencia de tipicidad?			Total
		Poca presencia de causa de justificación bastante presencia de tipicidad	Suficiente presencia de causa de justificación y tipicidad	Bastante presencia de causa de justificación Poca presencia de tipicidad	
Ante el siguiente supuesto, en el que la orden no sea revisable por el inferior, y éste cometa un hecho ilícito como consecuencia de su cumplimiento, la autoría se desplaza totalmente al superior ¿En estos hechos existe?	Ausencia de conducta	1	16	0	17
		2,5%	40,0%	0,0%	42,5%
	Restringida presencia de conducta	3	6	5	14
		7,5%	15,0%	12,5%	35,0%
	Presencia de conducta	2	6	1	9
		5,0%	15,0%	2,5%	22,5%
Total		6	28	6	40
		15,0%	70,0%	15,0%	100,0%

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	11,187 ^a	4	,025
Razón de verosimilitudes	12,915	4	,012
Asociación lineal por lineal	,000	1	1,000
N de casos válidos	40		