

**LA OBEDIENCIA JERARQUICA, En: Zaffaroni, Eugenio Raúl.
Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV.
Editorial Ediar. Pág 272 y ss.**

IV. - LA OBEDIENCIA JERARQUICA

518. La fórmula legal. El inc. 5 del art. 34 de nuestro código penal se refiere a la "obediencia debida" como eximente. La fórmula legal responde a una larga tradición legislativa entre nosotros, pero, en realidad, desde el punto de vista dogmático ha presentado siempre serias dificultades en cuanto a su alcance y naturaleza.

La consideración particularizada de la obediencia jerárquica en los códigos penales proviene de la tradición inglesa y, más precisamente, de la exposición que de la misma hizo Blackstone, puesto que todo indica que es ajena a la tradición francesa, dado que no la mencionaba Muyard de Vouglans entre las causas que eliminan el delito y la penas y tampoco se refieren a ella los códigos franceses de 1791 y 1810.

La corriente inglesa, al menos por la pluma de Blackstone, dedicó un tratamiento extremadamente pormenorizado. Distinguía este autor entre la "sujeción civil" y las "relaciones privadas". La primera se daba en el caso en que un inferior debía cumplir con una ley injusta, como los ejecutores de las muertes en la época del fanatismo religioso. Afirmaba que la "sujeción civil" siempre eximía de responsabilidad jurídica aunque no sucediese lo mismo en el orden moral con lo cual, Blackstone se identificaba bastante claramente con la actitud política del despotismo ilustrado. En cuanto a las "relaciones privadas", no admitía que la orden del amo o del padre excusase al doméstico o al hijo, en tanto que la orden del marido servía de excusa a la mujer llegando incluso a sostener que la mujer que participaba del delito del marido no era punible, tesis a la que asignaba una tradición más que milenaria en Inglaterra. En la misma situación de la mujer colocaba al esclavo, aunque limitaba la eximente de la mujer al caso en que el delito no fuese un supuesto. Consideraba sus **causas**: la **necesidad**, de una **justa defensa**; la **fuem** mayor; el accidente o caso fortuito; la ignorancia; el defecto de inteligencia; el error de mala in **se**, lo que explicaba afirmando que tales delitos surgían del derecho

natural y, dado que en el estado natural no operaba la obediencia - que recién surge con la sociedad civil-, ésta no podía excusar crímenes contra el derecho natural ".

Siguiendo a Blackstone, Mello **Freire** se refirió en concreto a la obediencia en su proyecto, otorgando eficacia eximente a lo que Blackstone llamaba "sujeción civil" (arts. 14 y 15 del Título **11**) y negándosela por completo a lo que había llamado "relaciones privadas" (art. **17**). En una línea análoga, **Fsuarbach** asignó eficacia eximente expresa al cumplimiento de una orden de autoridad pública ejecutada sin exceso (art. **122** del código de Baviera)se, aunque no mencionó la orden doméstica. El código español de 1882 también la mencionó expresamente, eximiendo de responsabilidad al que cometía la acción contra su voluntad, en razón de "alguna orden de las que legalmente esté forzado a obedecer y ejecutar" (art. **21**), en tanto que el art. **19** disminuía a la mitad la pena de la esposa o de los descendientes en línea recta que fuesen auxiliares o fautores de su esposo o ascendientes en línea recta.

El texto de la época que más se extendió en su tratamiento fue el proyecto de Livingstan *para L o u ~ s hq,u* e seguramente estaba influido por la tradición inglesa, aunque se separaba notoriamente de Blackstone.

Eximía de responsabilidad al soldado que actuaba por orden superior en los delitos, pero no en los crímenes (a&. **31** y **32**). El art. **33** eliminaba la responsabilidad del que actuaba en función de una orden escrita de un magistrado, siempre que éste tuviese jurisdicción en la causa, que la orden revistiese las formas legales, que el ejecutor estuviese obligado a cumplir ese tipo de órdenes y que no tuviese conocimiento de su ilegalidad.

Es verdad -como lo señala Rivacoba- que los antecedentes pueden rastrearse en el Digesto y en la Ley V del Título XV de la Partida Séptima, pero las referencias expresas en la legislación codificada no proviene directamente de estas fuentes. Es curioso que, aparte del código francés, el único código de su tiempo que no la menciona sea el del Brasil de **1830**, pese a la notoria influencia de Livingston, probablemente por ser un código que era aplicable también a los esclavos (a diferencia del proyecto de Livingston, que les reservaba una legislación especial).

No obstante, la registró el código español de **1848**.

El art. **149** del código Tejedor disponía que: "La orden por sí sola de cometer un crimen, no dispensa de la pena al que lo ejecute. Sin embargo, cuando un funcionario del Estado, o representante de la autoridad pública, prescribe a los agentes, oficiales, o autoridades bajo sus órdenes o dependencia, un acto no sujeto a castigo sino como abuso, exceso o violencia de los deberes anexos a sus funciones, la responsabilidad penal de este hecho incumbirá al que dio la orden y no al que la hubiese obedecido".

La disposición provenía del art. **1B** del código de Baviera.

El complejo dispositivo del código bávaro es abandonado en nuestra legislación por el código de **1886**, cuyo artículo **81**, inc. **15**, decía: "El que obra en virtud de obediencia debida". Reproducía así textualmente la fórmula del inc. **129** del art. **8** del código español.

Por cierto que los códigos de la época que hacían referencia a la obediencia, lo hacían de modo más complejo que el código español. A nuestros proyectistas de **1891** también les pareció demasiado escueta la fórmula y, si bien la consagraban junto al cumplimiento de deber y al ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, en el inc. **10v** del art. **59**, agregaban a este inciso un segundo párrafo, que decía: "La obediencia debida cuando la orden emana de quien ejerce sobre el agente autoridad directa, corresponde al género de sus funciones y reviste las formas legales".

Segovia reprodujo prácticamente la fórmula del proyecto de **1891** como inc. **12'** del art. **15**, sólo que en lugar de "autoridad directa" proyectó "autoridad, como superior jerárquico".

Los proyectos de **1906** (art. **41**, inc. **6v**), **1916** (art. **40**, inc. **6"**) y **1917** (art. **34**, inc. **5"**) suprimieron la aclaración de los proyectos de **1891** y de Segovia y volvieron a la escueta fórmula española, pese a la dura crítica de Herrera !) I . Así fue como la fórmula de la "obediencia debida" tiene vigencia en nuestro derecho positivo desde **1886**.

El proyecto de **1937** la había suprimido por considerarla un supuesto de cumplimiento del deber. También la suprimían los proyectos de **1951** y **1974-1975**. Los restantes la consagraban rodeándola de recaudos no siempre coherentes y que, en general, hubiesen complicado **más** el problema.

El proyecto de **1941** consagraba la inculpabilidad si el hecho se cometía "por una orden ilegítima cuando la norma jurídica impide cuestionar su legitimidad" (art. **28**). El proyecto de **1953**, en forma bastante inexplicable.

decía: "La obediencia jerárquica en la función pública no excluye la culpabilidad, pero **se** podrá atenuar libremente la pena del agente si éste creyó razonablemente que la orden era lícita, y aún eximírsele de ella, sino revelare peligrosidad" (art. **36**). La segunda parte del art. **27** del proyecto de **1960** - en forma también poco explicable- decía: "No es autor el que obrare violentado por fuerza física o en virtud de una orden de autoridad competente, impartida en las formas debidas, cuando la ley no permita al ejecutor examinar la legalidad de la orden. En ambos casos, quien ha dado la orden es punible como autor directo del hecho".

En términos similares se redactó el art. 34 del proyecto de **1973**. El art. **31** del proyecto de **1979** no hizo de ello una cuestión de autoría, puesto que su artículo **31** limitó el problema a la "responsabilidad", aunque incurrió en el error de dejar la disposición entre los artículos que se refieren a la "participación".

Es incuestionable que nuestra fórmula legal tiene el defecto de resultar demasiado escueta, por lo que cobra un alcance peligrosamente desmesurado, que la doctrina **v** la jurisprudencia han debido limitar, por cierto que no sin grandes esfuerzos para no comprometer la legalidad. De **lege ferenda** preferiríamos que la misma desapareciese del texto, lo que nos evitaría muchas dudas que, si bien aparecen hoy un tanto clarificadas, ello obedece a más de un siglo de esfuerzos **doctrinarios**, tanto nacional= **cornos** españoles y de todos los países latinoamericanos que la adoptaron **02**.

El primer problema que se nos plantea es determinar a que clase de "obediencia" se está refiriendo **la** fórmula. La doctrina parece coincidir en forma unánime en que se trata de la obediencia que se debe al superior jerárquico administrativo. Con razón dice Núñez que hay subordinación jerárquica administrativa, laboral, eclesiástica, doméstica, etc., pero **s610 es** relevante para esta fórmula **la** primera, por su naturaleza pública.

El problema no es tan sencillo, puesto que si bien puede afirmarse que la obediencia debida como causa de justificación o como causa que elimina el injusto, **s610** puede ser la jerárquica administrativa, la cuestión puede ser más discutible si se considera a la obediencia debida como causa de inculpabilidad,

pues a los efectos de la reprochabilidad podrían relevarse otras subordinaciones, como la laboral y, más especialmente, la doméstica. No podemos olvidar que el art. 266 del Código Civil dispone que "los hijos deben respeto y obediencia a sus padres".

En España, casi unánimemente la jurisprudencia ha limitado el efecto de la eximente a la relación jerárquica pública pero no ha sido éste el criterio de toda la doctrina. Pacheco decía que "obediencia debida **es** la que está fundada en las leyes: la que prestan los subordinados a sus superiores, los hijos a sus padres, los vecinos a su autoridad, los súbditos al gobierno" **es**.

Pero, aún rechazando la condición de eximente de la obediencia doméstica, una vieja sentencia española, del 26 de noviembre de 1877, le **asignó** el carácter de atenuante por analogía, es decir, de eximente incompleta.

Si entre nosotros **se** diese el carácter de eximente incompleta al art. 35 -como algunos autores **hacen**- no sería tampoco descabellada la construcción.

Debemos tener en cuenta que **en** favor de la comprensión de la subordinación doméstica como fuente de la obediencia debida habla bastante favorablemente la circunstancia de que la eximente viene al derecho argentino traída del español y que, en ese derecho, es claro antecedente de la misma la disposición que regía en las Partidas y que se refería contundentemente a la subordinación jerárquica doméstica **B7**. Por otra parte, tampoco puede dejarse de lado el importante dato que a favor de esta extensión proporciona el hecho de que la fórmula limitada del código Tejedor fuese abandonada en nuestro país, para adoptar la fórmula escueta y amplia española, a lo que cabe agregar que luego, la limitación proyectada por los autores del texto de **1891** y por Segovia, también fuese desechada y tampoco **se** tomasen en cuenta las observaciones de Herrera. El proyecto de **1906** no explicó por qué retomaba la fórmula del código de **1886 Q8** y el proyecto de **1917** remitía a la exposición de motivos del de **1891**, sin hacer referencia a la crítica de Herrera, pues remitía también a la obra de Rivarola **'00**, que sólo se limitaba a reproducir a Haus, pero que no podía rebatir a Herrera, por ser anterior. Nuestro legislador del siglo pasado tampoco podía ignorar el meticuloso sistema de Livingston, tan tenido en cuenta en su época, según el cual se aplicaba la pena del delito cometido al padre o al marido que daba la orden y **se** atenuaba la pena de la mujer casada o del menor que la había ejecutado **10'**. En nuestra doctrina,

Soler **lo*** daba por sentado que se trata de la obediencia jerárquica administrativa, al igual que Fontán Balestra **lo3**. Sólo Núñez da como fundamento que la obediencia doméstica no tiene naturaleza pública **lo4**. De toda forma, resulta problemático que el deber jurídico de obediencia de los hijos bajo patria potestad, que emerge muy claro en el art. 266 del código civil, pueda ser descartado sin más, ante una fórmula tan escueta y amplia como la del inc. **59** del código penal.

Parecería ser el simple sentido común el que indica que la obligación de obediencia familiar no cubre la ejecución de un **injusto** penal, pero el "sentido común" no es ningún argumento jurídico. No puede quedar la cuestión librada a la intuición, máxime cuando nuestro código penal releva bien a las claras la importancia del vínculo familiar, bastando para corroborar este aserto la figura del parricidio, las figuras calificadas de delitos contra la honestidad, las causas personales de exclusión de pena en algunos delitos contra la propiedad, etc. Son estos argumentos frente a los cuales, sin base dogmática, la pura intuición no puede alzarse como criterio.

No obstante, creemos que de la misma relevancia que otorga **la** ley penal a la familia es de donde surge el argumento que **m** lleva a sostener que la previsión legal de la obediencia debida esta limitada a la obediencia jerárquica de derecho público. En efecto: el art. 279 incluye en la inculpabilidad los encubrimientos personales cometidos por **bs** hijos en favor de sus padres, lo que carecería de sentido si éstos estuviesen ya comprendidos en el **art. 34**, inc. **59**.

Estimamos que éste es el argumento dogmático más sólido. Si **con** este argumento sacamos del ámbito de la obediencia jerárquica penal la que es debida domésticamente, con mayor razón excluiríamos de ese ámbito las otras obediencias que impone **la ley** con menor relevancia o intensidad, tal como, por ejemplo, la obediencia laboral. De cualquier manera, si bien creemos que la ley penal se refiere únicamente a la obediencia jerárquica administrativa, veremos, como consecuencia de la indagación acerca de su naturaleza jurídica y, consecuentemente, de sus efectos, que la cuestión en definitiva carece de importancia, puesto que no altera **para nada** los principios generales que hemos-*o hasta aquí, es decir, que no opera en favor del funcionario o

empleado público subordinado una eximente de "obediencia debida" independiente y distinta de las que hemos visto.

519. La disputa **en** tomo de su naturaleza jurídica. Si pretendiese entenderse la fórmula legal en modo literal, esto es, en el sentido de que invariablemente es la obediencia jerárquica una eximente, las consecuencias serían absurdas y carecerían de cualquier explicación coherente. Esto muestra bien claramente que el legislador ha sido poco feliz al elegir sus palabras, con las que parece de preferencia señalar un problema que crear y dar límite a una eximente. Esto se observó tempranamente y ya pueden leerse en Pacheco las sutiles distinciones que este doctrinario intenta al respecto.

A partir de allí comienzan los planteamientos y las dudas, tanto **acerca** de su naturaleza jurídica como de su extensión y requisitos, todas las cuales se derivan -fundamentalmente- de que la ley no aclara a qué caso quiere referirse. Fue así como la "obediencia debida" ha sido considerada, en el plano dogmático, como caso de ausencia de conducta, como causa de justificación y como causa de inculpabilidad y, dentro de algunas sistemáticas, podría ser considerada como supuesto de causa personal de exclusión de la punibilidad. Este desesperado deambular desde la base hasta la cúspide de la construcción, sólo es comparable con el de la imputabilidad, con la cual parece compartir el destino de "fantasma errante". Este fenómeno de desubicación tan llamativo nos indica por sí mismo que, aparte de las diferencias **que** devienen de las concepciones generales, las **más** graves tienen su génesis en que, bajo la misma expresión, todos entienden cosas distintas.

El acuerdo doctrinario mínimo **-y** quizá el único que hay- es que la "obediencia debida" problemática es la que corresponde a una orden cuyo contenido es antijurídico, porque tratándose de una orden cuyo contenido sea conforme a derecho, no hay problema alguno en admitir que se trata de un supuesto en que **se** elimina el injusto, lo que casi todos hacen por vía de una causa de justificación. Por ende, dado que en este sentido el desacuerdo es insignificante, nos limitaremos a la otra hipótesis, esto es, el caso **en** que la orden tiene contenido antijurídico, **pese** a que se conforme a derecho en cuanto a sus requisitos formales.

a) Limitándonos, pues, a esta última hipótesis, nos hallamos con un sector doctrinario que hace hincapié en una distinción estimada por ellos como

decisiva para el encuadre del caso: consideran determinante saber si el autor tenía o no facultades para revisar la legalidad del contenido de la orden, o si sólo podía controlar el **aspecto** formal de la misma. Así, resulta que cuando el sujeto sólo puede controlar la legalidad de la forma está cumpliendo con la ley al controlar sólo ésta, pues es lo que la ley le manda. Por consiguiente, entienden que en este caso **se** trata de una causa de justificación 105. En caso contrario, es decir, cuando el sujeto tiene la posibilidad de revisar la orden, puede caer en la cuenta del contenido ilegal y hallarse, no obstante, frente a la disyuntiva de violar el deber de cumplir la orden o de violar el deber de no cometer delitos. En tal supuesto creen hallar* frente a un **caso** de "conflicto de deberes" que resuelven como inculpabilidad.

Ya hemos visto que no hay verdaderos conflictos de deberes **y**, por consiguiente, no podemos aceptar esta posibilidad teórica.

b) Otros autores consideran que cuando la orden tiene contenido **ilícito** no puede tener carácter justificante. Así opinan, por ejemplo, Bivacoba, Núñez, Blasco Fernández de Moreda, etc. Dentro de una teoría del injusto objetivo, esta posición tiene la ventaja de evitar la contradicción de que el ejecutor de una orden ilícita actúe conforme a derecho. Dentro de **esta** posición, las particularizaciones a nivel de inculpabilidad también difieren, pues hay quienes la consideran un supuesto de error **y** quienes la entienden como una causa de inculpabilidad autónoma **109**. por esta última **vía** puede ser considerada una especial causa de inexigibilidad de otra conducta y, para quienes escinden éstas de la culpabilidad, relegarla a la condición de simple problema de punibilidad. La crítica que merecen estas tesis depende de la posición que se adopte en la culpabilidad, porque resulta bastante difícil que haya supuestos en que el subordinado actúa por error, pero también los hay en que **éste** actúa coaccionado, o sea, en estado de necesidad. De allí que pretender ver cualquier supuesto como error o como estado de necesidad es siempre una visión parcial de los casos **que** pueden presentarse. En cuanto a la consideración como causa autónoma de inculpabilidad, no quedan claros cuáles serían las diferencias que caracterizarían a esta inculpabilidad respecto del error exculpante y de la necesidad. Por último, en los casos en que media necesidad, no hay por qué considerar que son todos supuestos de inculpabilidad, pues es obvio que también los habrá de estado de necesidad.

justificante. **y**) Las dos posiciones que hemos visto -sean cuales fueran sus variantes- **se** distinguen fundamentalmente porque una (Stratenwerth, Jescheck, etc.) entiende que el cumplimiento de la orden del superior, que el inferior no tiene la facultad de revisar, opera **como** una causa de **justificación**, lo que cobraría especial relevancia en el ámbito del derecho penal militar, en que la facultad de revisión del inferior debe ser, por lógica necesidad propia de la materia, notoriamente reducida. La segunda tesis, pese a relevar la facultad de revisión para otros efectos -que varían según los desarrollos que se hagan en el plano de la culpabilidad- en ningún caso acepta que el cumplimiento de una orden de contenido antijurídico pueda ser una causa de justificación, sino que, eventualmente, será una **causa de inculpabilidad**.

La tesis que considera **que** la obediencia debida a la orden antijurídica puede eventualmente ser una causa de justificación, más generalmente dicho, que puede darse el caso en que el cumplimiento de una orden antijurídica no sea un injusto-, sólo puede ser sostenida por los partidarios de una teoría personal del injusto. Los partidarios de la teoría del injusto objetivo no la pueden suscribir, porque para esa concepción es inadmisibles que alguien pueda cometer un injusto valiéndose de una acción conforme a derecho de otro; de allí que todos ellos lleven el problema al nivel de la culpabilidad.

No obstante, los partidarios de la tesis del injusto objetivo no pueden evitar las consecuencias de su posición, que resultan bastante graves, para el orden jurídico: como el que cumple la orden actúa inculpablemente, pero siempre antijurídicamente, el que sufre las consecuencias de su conducta puede defenderse legítimamente contra el ejecutor de la orden. Piénsese que las consecuencias tiene admitir que el oficial de justicia que va a practicar un embargo dispuesto de mala fe, actúa antijurídicamente y contra él puede defenderse legítimamente el embargado. Agréguese a ello que la antijuridicidad de la orden puede emanar de la acción de un tercero que cometió un fraude procesal y engañó al tribunal. Imaginemos que por una denuncia calumniosa se hacen recaer sospechas sobre un sujeto, haciendo incurrir en error al juez instructor que ordena la detención.

En tal caso la persona a detenerse podría defender legítimamente su libertad. Son todos ellos supuestos en que el ejecutor -oficial de justicia o agente de policía- no tiene la facultad ni la posibilidad de revisar el contenido de la orden.

Esta consecuencia es inevitable para quienes sostienen la teoría del injusto objetivo y la tesis de la obediencia como inculpabilidad. De allí que se haya ensayado un tercer camino, que consiste en afirmar que **en** el caso de que la orden no sea revisable por el inferior, la autoría se desplaza totalmente al superior en forma tal que el inferior no realizaría ninguna conducta, parangonándose el aduar en cumplimiento de una orden no revisable del superior jerárquico con el supuesto de fuerza física irresistible, esto es, dándole el carácter de una causa de **ausencia** de conducta.

Esta es la tesis sostenida - c o n muy ligeros detalles diferenciales por Soler y Fontán Balestra **111**. Para los partidarios del injusto objetivo tiene la ventaja de que el ejecutor pasa a ser un tercero y ya no es admisible contra él la legítima defensa, sino sólo el estado de necesidad justificante que, por efecto de la ponderación de males, pone un límite a la acción de rechazo del sujeto pasivo. Semejante tesis encierra una gravísima alteración de los conceptos jurídicos. La autoría deja de ser un concepto con apoyo fáctico, óptico, y pasa a ser un concepto meramente jurídico, lo que el derecho penal no puede hacer. Soler y Fontán Balestra caen en un idealismo jurídico que se acerca a la alucinación, porque de ningún modo pueden hacer que no haya una conducta donde hay una conducta. **Lo** único que pretenden es crear una **ficción** de ausencia de conducta. La solución es tan terriblemente distorsionante de la realidad que desconocemos cualquier opinión parecida en toda la doctrina extranjera, y no creemos que sea por falta de imaginación. De cualquier manera, es admirable la coherencia con que buscan llevar hasta sus últimas consecuencias el idealismo de su construcción: si el derecho crea su propio concepto de conducta, también puede crear su propio concepto de la autoría y, de este modo, ceda vez que la realidad no responda a la construcción idealista, ésta, en lugar de corregirse, modificará la realidad, quedando inalterada la teoría que la explica.

Con toda razón responde a esta tesis Núñez que "la irrefragabilidad de la orden no excluye el hecho de que la conducta del subordinado sea la de un autor por su propio impulso voluntario, libre de violencia física (**co-úctwr v o l i t**)". No se trata, por consiguiente, del traslado de la acción, sino del traslado de la responsabilidad al superior" **"2**. Por otra parte, aún admitiendo el inadmisibles idealismo extremo de la construcción de Soler y

Fontán Balestra, éste resulta incoherente, porque de "fabricar" el derecho su propio concepto de ausencia de acto, éste debe mantenerse en forma coherente, lo que obviamente no sucede, puesto que al subordinado se le paga por ese acto de servicio, se le sanciona si lo omite o si lo ejecuta irregularmente y también se le premia si lo cumple en forma extraordinaria. No puede el orden jurídico decir que un acto no existe y, al mismo tiempo, remunerarlos, sancionar su omisión o premiar su buen cumplimiento~~3P. or otra parte, el art. 249 estaría penando la omisión de algo que no sería un acto.

Además -y llevando más adelante el anterior argumento- no se descubre cuál es la diferencia. en lo que a la conducta y autoría respecta, entre la obediencia debida a la orden lícita y a la ilícita. Si la segunda elimina la conducta, la primera también lo hará, pues de lo contrario se seguiría que el concepto de ausencia de acción no sería el mismo cuando se trata de una acción lícita que cuando se trata de una acción ilícita. Siendo ello así el cumplimiento de una acción lícita por obediencia jerárquica no sería un caso de cumplimiento de deber jurídico, sino un caso de ausencia de acto. Esto nos llevaría a la máxima contradicción al afirmar que la administración sostiene a todo un personal para que no realice actos, o que la resistencia a la autoridad no se ejerce contra el subordinado, sino contra el superior que impartió la orden y que cuando se "pone manos en la autoridad" el sujeto pasivo de la conducta es el superior que dio la orden resistida, siendo el inferior el mero objeto sobre el que se "ponen manos'. **Las** inconsecuencias de esta ficción, por cierta que, con algo de imaginación, pueden multiplicarse.

520. Replanteo dentro **de** la estructura expuesta. Resultando claro que cuando nuestra ley dice "obediencia debida" no distingue si la orden a la que se debe obediencia tiene o no contenido antijurídico, creemos que no debemos hacer una distinción para excluir a la última de la formulación legal. El argumento que pretende excluir de la fórmula a la obediencia a la orden de contenido legítimo, fundado en que esta hipótesis ya está abarcada por otra disposición legal, carece a nuestro juicio de asidero, porque ***no encontramos hipótesis alguna en que la obediencia debida pueda operar como eximente, que no resulte abarca& por alguna de las disposiciones legales en que fundamos la exclusión de los caracteres del delito.***

Siendo **ello** así, el criterio distintivo según la licitud o ilicitud del contenido de la orden cae por su base y la obediencia debida queda en la ley **como** una formulación general, que no tiene otro sentido que el de insistir aclaratoriamente en lo que se consagra en otras partes de la misma ley. No hallamos ningún supuesto de obediencia jerárquica, en que ésta sea **un** fundamento **per se** de **la** exclusión de la responsabilidad penal. Por consiguiente, **la obediencia jerárquica no es para nosotros una eximente autónoma, sino dio una insistencia legal aclaratoria en cuanto a otras eximentes ya contempladas en la misma ley.** Veamos, pues, las distintas hipótesis de obediencia debida que, como eximente, pueden presentarse, a efectos de demostrar la certeza de nuestra afirmación. a) En el caso en que la orden sea impartida legítimamente y su contenido sea lícito, es deber del inferior cumplirla y, por consiguiente, el caso queda encuadrado en el cumplimiento de un deber jurídico, que lo consideramos una ausencia de tipicidad con base legal en el inc. **40** del **art.** 34.

b) En el supuesto de ser la orden sólo formalmente lícita, pero de contenido antijurídico, cabe determinar si nos hallamos ante el cumplimiento de un deber jurídico o si ese deber jurídico no existe.

Para establecer esto, debemos partir de una premisa que no siempre resulta clara: **no existe nunca una "facultad" de revisar el contenido de la orden; existe o no el deber de hacerlo.** %lo hay casos en que el inferior tiene el deber de controlar la legalidad del contenido de la orden, como parte de un control mutuo de legalidad, tal como suele suceder en la administración, y casos en que predomina el deber de ejecutar la orden, como acontece en el derecho militar. Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, **el** deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido.

En síntesis: el cumplimiento de una orden formalmente lícita y de contenido antijurídico, es atípico **-por** cumplimiento de un deber jurídico- siempre que la antijuridicidad no sea manifiesta y que el inferior no haya tenido el deber de revisar la orden.

Por supuesto que para admitir que una orden de contenido antijurídico no dé lugar necesariamente a una conducta antijurídica del subordinado, es menester admitir que se puede actuar antijurídicamente por medio de otro que actúa conforme a derecho 1'4, es decir, que debe admitirse la existencia de un injusto personal. c) Puede ser que la orden formalmente lícita y de contenido antijurídico **sea** manifiestamente antijurídica o que el inferior tenga el deber & revisarla y que, no obstante, la cumpla, porque de **esa** manera evita un mal mayor. Supongamos que el inferior que ejecuta una orden de allanamiento irregular de su superior para detener arbitrariamente a una persona, lo haga porque sabe que, de lo contrario, la persona **corre** peligro de muerte. En ese caso nos hallamos frente a un estado de necesidad justificante. d) Puede suceder que el subordinado no haya revisado la legalidad de la orden, o bien que lo haya hecho y no se haya percatado de su ilegalidad, o que la orden sea manifiestamente ilegal y, pese a eUo, el inferior no haya comprendido su antijuridicidad. En cualquiera de estos casos nos hallamos con un error de prohibición que habrá que determinar si es o no vencible, lo que establecerá si hay o no una causa de inculpabilidad.

Este **último** caso - el de la antijuridicidad manifiesta - es el que planteaba Radbruch respecto de los jueces durante el nacionalsocialismo. Pese a lo manifiestamente antijurídico de aquella legislación, dudaba acerca de la posibilidad de reprochar a los jueces la falta de comprensión del injusto, educados como estaban en las líneas del positivismo legal **lis**. Tenemos nuestras serias dudas respecto de un principio tan amplio, particularmente en los casos en que se condenaba a muerte. De cualquier manera, en la actualidad, después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, creemos que la situación de esos jueces hubiese sido distinta, puesto que ahora no podrían ignorar el injusto, alegando un supuesto error invencible de prohibición. En nuestros días, si un juez resolviese por ejemplo, que una autoridad administrativa puede aplicar penas sin proceso, no podría alegar un invencible error de prohibición. e) Por último, puede acontecer que el subordinado sepa que **la** orden es antijurídica, sea en su contenido como en su forma, pero que no se le pueda reprochar el cumplimiento de la misma, puesto que, de lo contrario, caerían sobre **él** gravísimas consecuencias. Se trata de un caso de coacción que, según las circunstancias, dará lugar a un estado de

necesidad justificante o exculpante. Piénsese en el caso del soldado, a quien se obliga a formar parte de un pelotón de fusilamiento, pues de lo contrario él sería uno de los fusilados; o del juez al que se le ordena que dicte una sentencia arbitraria en un régimen de terror, bajo amenaza de muerte para su familia. #Como vemos, se nos ha escapado la "obediencia debida" en su autonomía: puede configurar atipicidad por cumplimiento de un deber jurídico, justificación por estado de necesidad, inculpabilidad por error de prohibición o por necesidad inculpante, pero no hay ningún caso en que pueda obrar como eximente al margen de estos supuestos, como no sea que se pretenda darle una extensión aberrante e inadmisibile.

Resulta bastante lógico que la obediencia jerárquica haya caminado de abajo hasta arriba a lo largo de todos los estratos teóricos del delito y no haya cabido en ninguno. Si a ello le sumamos las dificultades insalvables que tiene la teoría del "injusto objetivo" para manejar cualquier caso de exclusión del injusto, es más que comprensible que la confusión frente al inc. 5Q del art. 34 sea extrema y que nadie coincida con nadie, teniendo todos -salvo los que creen que es ausencia de acto- una parte de razón y ninguno la totalidad.