

LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL MILITAR (*)

por José M.^a RODRIGUEZ DEVESA

Teniente Coronel Auditor

I

El tema de la obediencia debida pasó a primer plano cuando a raíz de la última contienda mundial los aliados consignaron en los *Estatutos de los Tribunales militares internacionales* de Nuremberg (Londres, 8 de agosto de 1945) (1) y del Extremo Orien-

(*) Este estudio formaba parte de otro más extenso presentado como "trabajo de firma" en enero de 1955 para las oposiciones a la cátedra de Derecho penal de Murcia. Inicialmente era, por lo tanto, un capítulo consagrado al Derecho militar dentro del marco más amplio de una investigación dirigida preferentemente al Derecho penal, sirviendo el Derecho militar y el Derecho internacional para destacar los posibles contrastes. Ahora este capítulo ha sido reelaborado, introduciendo los antecedentes precisos para una mejor inteligencia de la problemática castrense, con adición de la literatura más reciente. Al final se da una bibliografía general sobre la obediencia debida, aunque sin la pretensión de que sea exhaustiva.

(1) *Estatuto de 8 de agosto de 1945* (Anexo al Convenio de las cuatro Potencias), art. 8.º: "The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires" (según G. W. TREADWELL: *Military Courts Manual*, Londres, 1945, *Appendix E.*, pág. 107).

Este artículo ha servido de modelo para las leyes dictadas en varios países aliados sobre la persecución de los crímenes de guerra. Aunque pertenecan en su mayoría propiamente al Derecho militar, por su contenido

te (19 de enero de 1946) (2), que el obedecer órdenes superiores no excluía, en ningún caso, la responsabilidad criminal, aunque pueda tomarse en consideración como atenuante "si el Tribunal determina que así lo requiere la justicia". La difusión y consiguiente popularidad que entonces lograron los problemas, que desde mucho tiempo atrás venían preocupando a los juristas en torno a la extensión, naturaleza y efectos de la obediencia, no contribuyeron a solucionarlos, antes bien se vino a reafirmar la dificultad, ya antes advertida, de conciliar con arreglo a puntos de vista lógicos la licitud de la conducta del que obedece con la antijuricidad del contenido de las órdenes emanadas de un superior jerárquico. Se percibieron entonces mejor algunos insolubles contrastes en que puede encontrarse en ocasiones el Derecho inter-

y la conexión que guardan con el Estatuto y la *Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943*, damos una relación de estas leyes y los preceptos atinentes a la obediencia:

Estados Unidos y Canadá ha promulgado varias disposiciones: *American Regulations for the Trial of War Crimes*, de 23 de septiembre de 1945, Circular núm. 114 del Cuartel General del Teatro de Operaciones del Mediterráneo (parágrafo 9); *American Regulations governing the Trial of War Criminals in the Pacific Area*, dadas el 24 de septiembre de 1945 por el Cuartel General de las Fuerzas Armadas del Pacífico (parágrafo 16); *Canadian War Crimes Regulations*, de 30 de agosto de 1945 (parágrafo 15).

En Europa podemos mencionar las siguientes: *Bélgica*, Ley de 20 junio 1947, art. 3.º; *Dinamarca*, Ley de 12 julio 1946, parágrafo 4; *Francia*, Ordenanza de 28 agosto 1944, art. 4.º; *Luxemburgo*, Ley de 2 agosto 1947, artículo 4.º; *Holanda*, Ley de 10 julio 1947; *Noruega*, Ley de 24 mayo 1946, parágrafo 5. Su texto varía. Luxemburgo, con máxima dureza, no admite las órdenes superiores ni siquiera como atenuante. En el otro extremo, Dinamarca y Noruega, aunque sientan el principio de que no excluyen la responsabilidad y las admiten como atenuante, siguiendo en esto al Estatuto, reconocen, como la Ley francesa de 28 agosto 1944, que en especiales circunstancias atenuatorias puede ser absuelto el que se haya limitado a cumplir órdenes superiores. Sobre la Ley belga y la francesa, véase en el texto, págs. 49 y 51 y siguientes.

(2) *Estatuto de 19 de enero de 1946*, art. 6.º: "Responsabilidad del acusado: En ningún caso la posición oficial del acusado, ni el hecho de que haya actuado con arreglo a las órdenes de su Gobierno o de un superior, serán motivos suficientes por sí mismos para descartar la responsabilidad de este acusado en cualquier crimen que se le impute; pero estas circunstancias pueden ser consideradas como atenuantes en el veredicto si el Tribunal decide que así lo exige la justicia" (según la traducción publicada en *Información Jurídica*, octubre de 1948, núm. 65, pág. 77).

nacional y el Derecho interno, cuando una conducta está prohibida por aquél y mandada por éste. El tiempo transcurrido permite, a mi entender, volver a plantear de nuevo el problema de la obediencia debida e intentar una revisión de las opiniones dominantes, desligados del influjo emocional que en mayor o menor medida viene gravitando sobre esta cuestión cuya importancia no es necesario encarecer.

La presente investigación se contrae al Derecho español, y dentro de él al Derecho militar. Esto no obstante, es necesario hacer una referencia al Derecho común por haberse cultivado especialmente el tema por los criminalistas consagrados a él, los cuales acostumbran a hacer siempre mención de las secuelas que sus teorías tienen para el Derecho militar. Igualmente he creído conveniente incluir en este trabajo una exposición del Derecho militar extranjero, en el que encontramos fórmulas que ilustran las diferentes tendencias manifestadas en el campo teórico.

II

En realidad el planteamiento es común al derecho castrense y al Derecho penal. Aunque no es posible detenerse aquí en la exposición del estado de la controversia es preciso concretar, sin embargo, una serie de puntos de vista metódicos cuyo olvido ha producido considerables perjuicios para el correcto enjuiciamiento de la eximente que nos ocupa. Ante todo ha de aceptarse la *distinción entre Derecho constituyente y Derecho constituido*. No se pueden mezclar ambos puntos de vista cuando se parte del principio de legalidad. Las cuestiones de Derecho natural inherentes a todo derecho positivo quedan resueltas, en los ordenamientos jurídicos que como el nuestro parten del *nullum crimen sine lege*, en el sentido de que la seguridad jurídica está en materia penal en un plano superior a toda otra consideración, de manera que los defectos del derecho legislado no debe corregirlos el Juez sino el legislador. Una experiencia secular de arbitrariedades y corruptelas han llevado históricamente a esta conclusión, sobre la que no es necesario insistir. Hay que examinar, por lo tanto, primero el problema ateniéndonos rigurosamente al Derecho positivo (*lex lata*). Y en segundo término dilucidar la cuestión

de si las normas, actualmente vigentes, son satisfactorias o no (de *lege ferenda*). Se debe también evitar el defecto, tan frecuente en la literatura jurídico penal sobre la obediencia, de *invertir el orden de los problemas*, anteponiendo el de la naturaleza de la obediencia al de los requisitos y contenido. Esta inversión es la que ha conducido al predominio de las llamadas teorías de la exculpación, fundadas en que el mandato no puede, en ningún caso, transformar en lícita la conducta que prescindiendo de él sería ilícita. Claramente se advierte en esta formulación que con ella se prejuzga apriorísticamente cualquier solución que dé un determinado derecho positivo, cuando lo correcto es deferir la solución a un estudio previo de los requisitos y alcance que la obediencia tenga en el ordenamiento jurídico de que se trate. Debe también, a mi entender, desterrarse el defectuoso sistema de *reducir la obediencia a otras causas de exclusión de la responsabilidad criminal*, como son el error o la coacción, pues en tal supuesto la obediencia a órdenes superiores carecería de propia sustantividad y sería superfluo todo debate sobre ella, lo cual no es así como espero que demuestren las páginas que siguen.

No está demás recordar aquí también que tanto las teorías como los Códigos discrepan en cuanto al alcance de la obligatoriedad de la orden. Las diferentes fórmulas propuestas pueden agruparse de la siguiente manera:

- 1) *Teoría de la gravedad*, la orden no debe ser obedecida cuando reviste el hecho ordenado una extraordinaria gravedad (*atrocitate facinoris*) (3).
- 2) *Teoría de la apariencia*, la orden debe ser obedecida cuando tenga apariencias de licitud (4).

(3) Así, expresamente, ANTONIO GÓMEZ: *Variarum resolutionum* ("editio novissima", 1764), t. III, cap. III, *de hom.*, núm. 42: "Tunc in gravibus et atrocibus delictis non excusatur; quia in talibus non debuit parere". En contra, GROIZARD: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, I (segunda edición, 1902), pág. 326.

(4) Por ejemplo, ALIMENA: *Diritto penale*, I (1910), págs. 537-547 (página 542: la obediencia jerárquica cesa de ser causa de justificación cuando la delictuosidad de la orden o su ilegalidad sean evidentes). GARRAUD: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3.^a ed., II (1914), pág. 59 (exigiendo para que pueda apreciarse un error exculpante que sea evidente la ilegalidad de la orden).

3) *Teoría de la habitualidad*, el mandato debe ser obedecido cuando "la orden se refiera a las relaciones habituales entre el que manda y el que obedece" (5).

4) *Teoría de la diferenciación*, hay que distinguir entre funcionarios constituidos en autoridades o no. El deber de obedecer es menos riguroso para aquéllos que para éstos (6).

5) *Teoría del error*, la orden debe ser obedecida cuando el inferior ignora el contenido ilícito del mandato o a pesar de conocerle cree que está obligado a obedecer (7).

6) *Teorías mixtas*, que resultan de la combinación de algunos de los puntos de vista anteriores (8).

7) *Teoría de la obediencia ciega*, el inferior está obligado a obedecer en todo caso, aunque se le ordene la comisión de un delito. El superior es el único responsable (9).

(5) CUELLO: *Derecho penal*, 12.^a ed., I (1955), pág. 372, al establecer los requisitos para que pueda apreciarse la obediencia como causa de justificación. Por lo demás, en otros lugares declara que sólo justifica cuando el hecho no es ilícito (pág. 369); de lo contrario, no admite más que una causa de exculpación si media error (pág. 370). Respecto a los militares, considera que fuera de casos de "relevante barbarie" debe admitirse siempre la eximente (pág. 372).

(6) PUIG: *Derecho penal*, I (1955), págs. 401 y sigs.

(7) Cfr. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, I (1949), pág. 276, nota 7.

(8) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, I (1949), pág. 277 (teoría de la gravedad con concesiones a las teorías de la apariencia y del error).

(9) Esta teoría se encuentra abandonada. Véase más adelante, pág. 6.

Las consecuencias absurdas a que puede llegar una obediencia ciega se ponen de manifiesto en el caso del llamado Capitán de Köpenick. Köpenick es una ciudad, agregada hoy a Berlín, que se encuentra en la confluencia de los ríos Spree y Dame. El protagonista del hecho fué un zapatero, y se llamaba Wilhelm Voigt. El 17 de octubre de 1906 se puso un uniforme de capitán del primer Regimiento de a pie de la Guardia, recogió en los alrededores de Berlín dos pequeños grupos de soldados, a quienes puso bajo su mando e hizo creer que había que realizar un servicio importante. Con ellos se encaminó al Ayuntamiento de Köpenick, a cuya entrada dejó dos puestos. Con el resto, unos diez o doce hombres, entró, encontrando al secretario, al que mandó a su despacho, colocando un soldado a la puerta con orden de no dejarlo salir. Seguidamente se dirigió al despacho del Alcalde, que era capitán de la reserva, comunicándole que estaba arrestado y que tenía órdenes superiores de conducirlo a la Guardia de prevención de Berlín. Preguntó el interesado por el mandamiento de arresto y le rogó que se identificase. Contestó Voigt que su legitimación era la tropa que

Finalmente, al abordar el tema de la obediencia debida ha de tenerse también en cuenta, por ser de suma importancia para esclarecer su alcance y naturaleza:

a) Que el límite del deber de obedecer se encuentra en el delito (en sentido amplio) de desobediencia (10), pues la orden de un superior obliga sólo en cuanto su incumplimiento acarrea una responsabilidad penal (o, en el Derecho español, disciplinaria) por la desobediencia.

b) Que, en definitiva, la problemática de la obediencia debida es tributaria de otra cuestión que rebasa el derecho punitivo, a saber, la de si existen o no mandatos antijurídicos obligatorios (mandatos vinculantes). No es posible aquí entrar en más amplios desarrollos, correspondientes al Derecho común. Pero sí es conveniente saber: 1), que el problema ha de resolverse en función, siempre de un derecho positivo determinado; y 2), que en el derecho común español, se admiten tales mandatos antijurídicos obligatorios, como lo demuestra la lectura de los arts. 269 y 370 del Código penal. El determinar si también en el Derecho penal militar español encontramos una construcción semejante, o no, pertenece a la materia de este estudio.

mandaba y que en Berlín le darían todas las explicaciones que pedía. Dejó con él dos soldados para que lo vigilaran y, seguido por el resto de su tropa, buscó al depositario de fondos del Ayuntamiento, comunicándole que la caja quedaba cerrada y que debía entregarle el saldo que hubiera, y como le exigiese un recibo, lo firmó, llevándose de este modo 4.000 marcos. Concluida la operación, siempre adoptando formas militares, mandó a los soldados que condujeran al alcalde detenido a Berlín. El suceso tuvo gran resonancia y entró en la literatura con la obra teatral de Zuckmayer "Der Hauptmann von Köpenick". Recientemente ha utilizado el tema para una novela WILHELM SCHAFER (*Der Hauptmann von Köpenick*, 1930), reeditada en 1953 en la colección "List Bücher".—Véase POLKE DUISBURG: *Aktenmäßige Darstellung des Falles Hauptmann von Köpenick*, en *Das Kriminal-Magazin*, núm. 31 (octubre 1931), págs. 1853 y sigs., 1903 y sigs.

(10) En el término "desobediencia" comprendo todas las variantes que, no siempre con fortuna, ha introducido el Derecho castrense español en el afán de diferenciar las especies más graves de las leves (incumplimiento de órdenes, inobediencia, etc.).

III

En el Derecho penal militar extranjero hay algunos Códigos (Francia, Portugal, Rusia) en los que falta totalmente cualquier referencia directa a la obediencia debida, estando la relación de dependencia jerárquica regulada en disposiciones complementarias o en leyes especiales. Pero, de ordinario, son las leyes penales militares las que contienen, por modo expreso, esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal, incluso en países cuyo Código penal común no la menciona (v. gr. Alemania). Las fórmulas varían, desde la obediencia ciega (Argentina, Ecuador, Chile), hasta la más moderna consagración de la teoría del error (Suiza), a veces combinadas entre sí.

La fórmula de la obediencia ciega, como quedó antes apuntado, no se admite hoy, salvo cuando el mandato se refiere a la comisión de una falta o contravención, ni siquiera en aquellos países cuyos códigos la recogen sin reservas expresas. Como se verá seguidamente, la doctrina científica y la práctica se han esforzado de consuno en estos países para evitar las nocivas consecuencias de la tesis de una vinculación total y absoluta de inferior al superior, en todos los órdenes de la vida. También es raro encontrar en las leyes militares la *remonstratio*, esto es el derecho del inferior a suspender la ejecución de la orden para hacer presentes al superior los inconvenientes que se han de seguir de su ejecución (*remonstrare*). La *remonstratio* es un paliativo que se introdujo para atenuar la perniciosa repercusión que puede tener en el servicio la teoría de la obediencia ciega, mas, en último extremo, viene a reafirmar ésta, ya que si el superior reitera la orden al inferior éste debe cumplirla aunque sea antijurídica. El único país del que tengo noticia que admita la *remonstratio* en su derecho militar, es Chile. En general, puede decirse que predominan las formulaciones legales que se atienen a la teoría de la gravedad (por ejemplo, Bélgica) o de la apariencia (v. gr., Brasil, Italia, Inglaterra). Para facilitar las ulteriores referencias agrupo por orden alfabético las notas sobre legislación militar de once países, dedicando otro apartado al derecho anglosajón.

A L E M A N I A

La particular atención que se ha dedicado a la eximente que nos ocupa, en los países de lengua alemana, hace que tenga especial interés el estudio de la legislación alemana durante la pasada contienda, así como de las normas establecidas al recuperar la soberanía parte de Alemania (la República federal alemana).

a) El *Código penal militar de 10 de octubre de 1940* (MilStGB), hoy derogado (11) pero que, como tuvo la amabilidad de manifestarme personalmente el profesor MEZGER, refleja todavía la opinión dominante en el derecho común (12), disponía al referirse a la participación, parágrafo 47 (13) (procedente del que con el mismo número existía en el Código penal militar de 20 de junio de 1872 (14), que si "por la ejecución de un mandato en materias del servicio se lesiona una ley penal, sólo es responsable el superior". El inferior era castigado como copartícipe en los siguien-

(11) Por la desaparición del Ejército alemán, aunque no expresamente.

(12) Cfr. MAURACH: *Strafrecht*, 1954, pág. 356, con indicación de jurisprudencia en el mismo sentido del texto.

(13) *MilStGB. 1940*, parágrafo 47. (Nota marginal: TEILNAHME):

"1) Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den erteilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen ist, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein allgemeines oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.

2) Ist die Schuld des Untergebenen gering, so kann von seiner Bestrafung abgesehen werden."

(14) El cual, a su vez, procedía del parágrafo 58 del Proyecto del mismo año 1872, que estaba redactado así: "Wird von einer Person des Soldatenstandes durch Ausführung eines Befehles in Dienstsachen eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so ist der Vorgesetzte, welcher den Befehl erteilt hat, als Täter zu betrachten. Der Untergebene bleibt straflos, insoweit er den Befehl nicht überschritten hat. Er ist jedoch als Mittäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehles eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schliess". Esta redacción se rechazó en la primera lectura por la Comisión del *Reichstag*. Cfr. CLEMENS VON KOPPMANN: *Kommentar zum Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, tercera edición por G. WEIGEL. München, 1903, pág. 164.

tes casos: 1.° Si se había excedido en la ejecución de la orden, y 2.° Si sabía que el mandato del superior perseguía la comisión de un delito militar o común. En el supuesto de que fuera pequeña la culpabilidad del subordinado, podía ser absuelto (perdón judicial).

1. Para percatarse del alcance de esta disposición en la doctrina y en la práctica alemana, conviene tener en cuenta que fué objeto de una interpretación restrictiva por parte del *Reichsmilitärgericht*. Según SCHWINGE (15), el precepto era de los menos felices y más oscuros del *MilStGB*. Pues, el sentido del párrafo primero fué reforzar el cumplimiento del deber de obedecer que incumbe al subordinado (RGM 13, 184), mientras que el párrafo segundo salía al encuentro de una exageración de ese deber de obediencia, para impedir que se realizara a costa de otros bienes jurídicos y para ello ampliaba, en el sentir de SCHWINGE (16) con exceso, la responsabilidad del subordinado. La aplicación del § 47 se restringió: Primero, sosteniendo que en el § 47 no se regulaban ni tenían nada que ver con él dos importantes cuestiones, a saber, la determinación de cuándo existe el deber de obedecer un mandato antijurídico (17), y la del deber (o del derecho) de examen (18); ambas se habían de resolver con arreglo a lo dispuesto en el Derecho político y administrativo. En segundo lugar se limitó la esfera de aplicación del párrafo segundo, sea excluyendo de él los *mandatos antijurídicos vinculantes* (19), sea interpretando la pa-

(15) Cfr. SCHWINGE: *MilStGB.*, cuarta edición, 1940, pág. 119.

(16) SCHWINGE, l. c.

(17) *RGSt.* 59, 335: "Insbesondere kann die Frage der Rechtmässigkeit nicht aus § 47 MStGB. beantwortet werden. Er bestimmt nur, inwieweit ein Untergebener, der durch Befolgung eines Dienstbefehls äusserlich einen strafbaren Tatbestand verwirklicht, von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit dadurch befreit ist".

(18) *RMG.*, 13, 184; 19, 194.

(19) Así, SCHWINGE: *MilStGB.*, 1940, pág. 120 y sigs., esp. 47. Este autor se apoya especialmente en OTTO MAYER: *Verwaltungsrecht*, 1.ª ed., volumen I, pág. 360, según el cual los actos de soberanía del Estado "pueden ser considerados conformes a derecho, aun donde en sí no son conformes a derecho". El Estado, dice, siguiendo a ADOLFO MERKEL: *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, págs. 293-294, tiene que tolerar una cierta falta de la suma de las exigencias jurídicas. Las cuestiones de la obligatoriedad y de la antijuricidad son independientes (BINDING, GIRGINOFF, BATTENBERG, FRANK, EBERARDO SCHMIDT). El Derecho vigente conoce mandatos antijurídicos con eficacia jurídica. Y más en el Derecho militar. Aquí el deber de obedecer

labra *bekannt* en el sentido de exigir un conocimiento *seguro* de la ilegalidad (penal) de la orden (20) con exclusión del dolo condicionado (eventual) y de la culpa. El objeto que se pretendía era robustecer la disciplina y con ella la eficiencia del Ejército.

2. También se atendió al mismo fin procurando desterrar del inferior la idea de que el superior podía proceder de manera antijurídica. En este proceso, acentuado durante el nacionalsocialismo, son ilustrativas las palabras de von WEBER (21): "Fué trascendental para las relaciones militares de subordinación el texto del juramento a la bandera, en el que se hablaba de obediencia incondicional a Adolfo Hitler. Pero ello no modificó la situación jurídica sobre los límites del deber de obediencia en nada: el párrafo 47 siguió en vigor. Tampoco se estableció con la nueva fórmula del juramento un deber moral de ejecutar órdenes dirigidas a la comisión de delitos, ya que el juramento elevaba el deber de obedecer al rango de una cuestión de honor y conciencia, y esto presuponia que no podía obligar a una acción deshonrosa. Ahora bien, la fórmula, dada la seriedad del juramento, tenía que producir prácticamente en el inferior el efecto de hacerle sentir que toda duda sobre la legalidad de la orden era una falta al deber de fidelidad que había jurado, de modo que o no pensaba en resistir mandatos criminales o no seguía el pensamiento de resistirlos". De esta manera, manteniéndose en apariencia iguales los límites del deber de obedecer, no fué preciso confesar los fundamentos absolutistas de una obediencia incondicional. Y el Fis-

mandatos de servicio precede al deber de respetar bienes jurídicos ajenos, porque para el Estado es más importante la capacidad de combate del ejército que su interés en el mantenimiento del orden jurídico. Este razonamiento es análogo al que hace recientemente H. MAYER: *Strafrecht*, 1953, página 162: "En la guerra sería más peligrosa una soldadesca sin freno que el abuso del poder de mando". En este sentido cita SCHWINGE las sentencias RMG., 7, 253; 14, 281, y RKG., 1, 179. El párrafo primero, § 47, ampara al inferior siempre que el mandato sea *vinculante*, aunque fuera antijurídico. El núm. 2 se refiere sólo a mandatos antijurídicos *no vinculantes*.

(20) Sentencias RMG., 13, 130; 19, 190. La mera representación de que la ejecución del mandato tiene por consecuencia, *objetivamente*, la comisión de un delito, no basta. El superior tiene que haberse propuesto cometerlo, y el inferior tiene que conocer esta intención: RMG., 19, 195.

(21) VON WEBER: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl*, 1948, pág. 9.

cal francés pudo referirse a unos párrafos de GOEBBELS, escritos en el *Völkischen Beobachter* de 28 de mayo de 1944, para demostrar que el deber de obediencia es siempre limitado. Decía GOEBBELS: "Los pilotos (aliados) no pueden ampararse en que son soldados que obran en cumplimiento de órdenes superiores. No puede alegarse ante ningún tribunal de guerra, que un soldado en un delito vergonzoso pueda ser absuelto por el hecho de haber obedecido a sus superiores, cuando estas órdenes están en abierta contradicción con toda moral humana y las leyes internacionales de la guerra".

3. No han faltado, sin embargo, aun durante la pasada guerra, interpretaciones menos rebuscadas entre los cultivadores del Derecho militar. DÖRKEN-SCHERER (22) entendieron que las órdenes deben, en principio, ejecutarse. Esto incluso cuando son anti-jurídicas. Los mandatos anti-jurídicos no dejan de ser vinculantes por el mero hecho de ser anti-jurídicos. Esto es claro en la práctica militar, pues un mandato puede ser anti-jurídico simplemente porque un superior de mayor categoría haya prohibido darlo. El inferior tiene que partir, por consiguiente, de la obligatoriedad de toda orden. Mas, la orden de cometer un delito no es vinculante. La orden no puede derogar la prohibición legal de realizar un delito. A pesar de lo cual puede el subordinado obedecer cuando la no obligatoriedad del mandato no es evidente, o cree de buena fe (DANGELMAIER) (23) que no se trata de una acción punible.

4. En cuanto a la naturaleza jurídica era opinión comúnmente admitida que constituye una causa de justificación. El fundamento que se da por los autores que abordaron al problema conjuntamente con el derecho común es el mismo que sostienen en éste (24). SCHWINGE (25) llegó al mismo resultado partiendo de posiciones que no acostumbran a sostenerse en la literatura sobre el tema, pero que tienen interés por destacar, especialmente

(22) GEORG DÖRKEN y WERNER SCHERER: *Das MilStGB. und die Kriegsonderstrafrechtsverordnung mit Erläuterungen*, 3.ª ed., 1942, págs. 46-47.

(23) EMIL DANGELMAIER: *Militärrechtliche und Militär-ethische Abhandlungen mit Berücksichtigung der Gesetzgebung Oesterreich-Ungarns. Deutschlands, Frankreichs und Italiens*, 1893, págs. 76 y sigs., especialmente páginas 81 y 82.

(24) PARA MAURACH: *Strafrecht*, 358, no genuina.

(25) SCHWINGE: *MilStGB.*, 1940, págs. 125 y sig.

el pensamiento sobre la colisión de deberes, que luego hemos de encontrar con más amplio desarrollo en von WEBER (26). Según

(26) VON WEBER: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, 1948, pág. 23, dice: Junto al error que excluye el dolo y al estado de necesidad que priva de la libertad de elección, todavía puede tener importancia el mandato del superior jerárquico en otra dirección hasta ahora poco observada. La sentencia de Nuremberg habla con extrañeza de la objeción de haber obrado en cumplimiento de órdenes superiores, hecha por los acusados, y les reprocha su duplicidad, por no decir deslealtad. "Muchos de estos hombres —afirma— han hecho burla del juramento del soldado de prestar obediencia a las órdenes militares. Si les es útil para su defensa, dicen que tenían que obedecer; si se les hechan en cara los brutales delitos de Hitler, cuyo general conocimiento les ha sido demostrado, entonces dicen que habrían rehusado la obediencia." Y, sin embargo, esta posición puede sostenerse sobre fundamentos no sólo éticos, sino jurídicos, los cuales se comprenden al colocarse en la situación del inferior. Su primera reacción es, admitámoslo, negarse a obedecer la orden sin considerar su peligro personal. Reflexiona más detenidamente sobre lo que ocurriría y piensa, llega a la convicción de que otro ocuparía su puesto y ejecutaría sin reparo el mandato. Entonces decide permanecer en su puesto: ya que no puede evitar la ejecución de la orden, puede atenuarla y aminorar el daño. Con otras palabras: es el pensamiento de la *colisión de deberes*, el cual en la elección de dos males, de los que el menor se produce si colabora activamente y el mayor si permanece inactivo, llama a la elección del mal menor. Tampoco aquí hay ninguna libertad de elegir, de evitar el injusto. La elección versa entre dos males, y si elige el menor, no merece ningún reproche.

El ámbito de la colisión de deberes abarca casos muy diferentes. En un extremo de la serie está el peligro común a varios bienes jurídicos, todos los cuales se perderán si el sujeto no interviene activamente, caso en el que puede salvar algunos. Pero no siempre la situación es tan clara como la de la madre a quien la permiten salvar la vida de uno de sus tres hijos, el que ella elija, condenado a muerte. Con frecuencia ocurrirá que el autor no pueda saber con seguridad si su intervención puede evitar realmente el mayor mal. Incluso en esta hipótesis puede ser obligada la intervención. Cita, como ejemplo, el caso del Presidente Ebert.

Ahora bien, en la obediencia hay que proceder con precaución al aplicar el pensamiento de la colisión de deberes. No basta con que se hubiera encontrado a otro que hubiese ejecutado la orden; tiene que aparecer al lado de la certeza de que se producirá el mal mayor, "la intención de evitar este mal en el marco de lo posible, del sabotaje de la orden". También debe meditarse por el autor la posibilidad de que al obedecer y cumplir la orden un funcionario o soldado adquiriera ésta apariencia de legalidad y de que, aunque la negativa no evite la ejecución de modo definitivo, puede conducir al poder público a reconsiderar el mandato y modificarlo, idea esta última que llevó en el proceso de Nuremberg a rechazar la alegación de la

SCHWINGE, si el mandato es vinculante, sea obligatorio o no, estamos ante un conflicto de deberes entre el de la obediencia militar y el general de los ciudadanos de someterse a los mandatos y prohibiciones del orden jurídico penal: si obedece el inferior, su conducta no se puede reputar culpable. Cuando el mandato no es obligatorio, pero el subordinado no es claramente consciente de ello, falta la reprochabilidad de la conducta.

5. El superior responde como autor mediato (27), instigador o coautor (28).

Obsérvese que en las contravenciones respondía siempre el superior como *autor mediato*, porque se estimaba que quedaban ex-

colisión de deberes (pág. 26), por más que no puede tomarse como una objeción fundamental.

Después de examinar varios supuestos, llega VON WEBER (pág. 30) a la cuestión del conflicto entre el Derecho nacional y el internacional. No podemos, dice, excluir la posibilidad de un dilema para el inferior: el de que si se niega a obedecer será castigado con la pena de muerte por el Derecho estatal; si obedece le espera igual suerte ante el Tribunal internacional. La responsabilidad internacional del individuo significa una limitación de la soberanía estatal, presupone que el Derecho estatal no rige en lo que contradice al Derecho penal interestatal. Un conflicto semejante se dió en otras épocas entre el Derecho estatal y el Derecho natural. Sólo que ahora se refiere a dos instancias temporales. Y para ello es preciso una comunidad internacional que imponga la vigencia de sus normas sobre las meramente nacionales. La responsabilidad del individuo es sólo una de las facetas del problema; para exigirle que cumpla las normas internacionales es preciso que la comunidad internacional le proteja si cumple con su deber. No se puede esperar, mientras esto no suceda, que el ciudadano de un Estado deje de prestar acatamiento a las normas de éste en tanto no esté protegido contra la fuerza coactiva del Derecho estatal. La responsabilidad ante un Tribunal penal internacional es sólo "medio paso" en el camino de la realización del Derecho internacional. En tanto que no se logre, no conseguirá el problema de la responsabilidad por órdenes superiores una solución satisfactoria, puesto que el conflicto entre el Derecho estatal y superestatal se desenvuelve sobre las espaldas del inferior.

(27) SCHWINGE: *MilStGB.*, 1940, pág. 126; VON AMMON: *Der bindende rechthoidrige Befehl*, 1926, pág. 86; MAURACH: *Strafrecht*, 1954, pág. 514.

(28) Cfr. RATHKE: *Täterschaft und Teilnahme bei auf Befehl begangenen Verbrechen*, Diss. 1931, págs. 25 y sigs.

MAURACH: *Strafrecht*, 1954, pág. 357, estima que aquí se establecen algunas diferencias entre el Derecho común y el militar. En el Derecho común el funcionario que obedece es autor y el superior instigador, mientras que en el militar el superior es el autor y el inferior un partcipe.

ceptuadas de las salvedades hechas en los números 1 y 2 del párrafo 47 MilStGB. En ellas siempre se reputaba debida la obediencia. Ejemplo: el superior ordena tocar llamada a horas intempestivas de la noche, perturbando la tranquilidad y el reposo del vecindario.

b) En el número anterior de esta REVISTA he dado cuenta del estado de la legislación militar en la Alemania federal hasta el 1.º de septiembre de 1956 (29). De las disposiciones allí recogidas conviene recordar aquí la Ley de 19 de marzo de 1956 sobre la situación jurídica de los miembros de las fuerzas armadas (*Soldatengesetz*). En ella (§ 10, 1) se establece que el superior sólo puede dar órdenes que se ajusten a las normas del Derecho internacional, y a las leyes y reglamentos militares, respondiendo de las órdenes dadas por él. En cuanto al inferior se previene que tiene el deber de prestar obediencia a sus superiores, pero que no hay desobediencia si incumple una orden que ofende la dignidad humana o no tiene por objeto el servicio. La admisión errónea de que se trata de una orden de esta clase no libera de responsabilidad, y, desde luego, no se deben cumplir los mandatos que impliquen la comisión de un crimen o de un delito. Si a pesar de no ser una orden obligatoria la cumple, sólo será responsable el inferior en el caso de que supiera que se cometía un crimen o un delito o fuese notorio, dadas las circunstancias, que lo sabía (§ 11). Se combinan así los criterios del error (el error sobre la ilegalidad de la orden excluye la culpabilidad) y de la apariencia (si era notorio, dadas las circunstancias, que conocía la ilegalidad de la orden).

1. El *Proyecto de ley penal militar* de 22 de noviembre de 1956 (*), basándose en estas disposiciones y en la jurisprudencia

(29) Sobre los trabajos anteriores a la Ley de 1956, que se menciona en el texto, véase la revista *Ejército*, 1954, núm. 178, págs. 65 y sigs., con expresa referencia a la eximente en cuestión en las págs. 66 y sig., reflejando el recelo provocado por las sentencias de los Tribunales militares de ocupación. Sobre la legislación vigente, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La legislación militar de la República federal alemana*, en *ReDM.*, núm. 2 (1956), páginas 59-67, especialmente pág. 63.

(*) Aprobado el 20 de marzo de 1957, con ligeras modificaciones, según noticia que amablemente me comunica el Dr. MATTES, aunque no he podido manejar el texto.

anterior sobre los delitos de resistencia y desobediencia militar, desarrolla los principios expuestos en los preceptos siguientes:

Parágrafo 2: *En el sentido de esta ley es... 2, mandato toda orden de realizar una determinada conducta, dada por un superior militar (§ 1, apart. 4, Soldatengesetz) a un inferior, por escrito, verbalmente o de cualquier otro modo, general o para un caso concreto, con la pretensión de que sea obedecida...*

Parágrafo 5: 1) *Si un inferior comete, por mandato de un superior, una acción castigada con una pena, es culpable sólo si se trata de un crimen o de un delito y lo sabe o es notorio con arreglo a las circunstancias conocidas por él. 2) Si la culpabilidad del inferior, atendidas las especiales circunstancias del caso es pequeña, puede atenuarse la pena con arreglo a lo prevenido para la tentativa.*

Parágrafo 22: 1) *No será castigado el que no cumpla una orden cuando la orden no sea obligatoria, especialmente en el caso de que no haya sido dada con relación al servicio, lesione la dignidad humana o de su cumplimiento resulte la comisión de un crimen o de un delito. 2) Si un inferior incumple una orden porque entiende, erróneamente, que con la ejecución se cometería un crimen o un delito, no será castigado si no se le puede reprochar el error. 3) Si por otras razones cree erróneamente el inferior que una orden no es obligatoria y no la cumple por ello, puede atenuarse la pena en los términos previstos para la tentativa si no se le puede reprochar el error.*

2. HERBERT ARDNT, en un artículo publicado en el *Gotdamer's Archiv für Strafrecht* (30) ha comentado con cierta amplitud estos preceptos. Según él no puede descartarse la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en el Derecho militar. Observa que la legalidad y la obligatoriedad no son elementos del mandato, de manera que en el delito de desobediencia el dolo del sujeto no necesita abarcar estos extremos. La legalidad de la orden es sólo una condición objetiva de la penalidad, lo mismo que en el delito de "resistencia al poder del Estado". Esto se deduce, a su juicio, de que, según el Proyecto, siguen conservando su ca-

(30) HERBERT ARDNT: *Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des Wehrtragesetzes 1956* (el efecto jurídico penal del mandato militar según el Proyecto de Ley penal militar de 1956), en *Gotdamer's Archiv*, 1957, págs. 46-52.

lidad de órdenes las que se dan abusivamente sin guardar relación con el servicio, las que exceden de las facultades del que las da, e incluso aquellas que son contrarias a otros preceptos jurídicos, a mandatos de un superior de rango más elevado, a la dignidad humana o aquellas de cuya ejecución resultan actos punibles.

Para ARDNT, el mandato conforme a derecho es siempre vinculante y constituye para el inferior una causa de justificación. Un mandato es conforme a derecho cuando el superior es competente (objetiva, territorial y funcionalmente) para darlo y se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (31). Pero aquí hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico concede, a veces, al superior un margen de discrecionalidad, de manera que la valoración errónea, por parte del superior, de la situación fáctica hace que el mandato sea inadecuado, sí, pero no, sin más, antijurídico (32). Por ejemplo, se comete un acto contrario a la disciplina y el superior ordena, equivocadamente, la detención de un soldado inocente como presunto culpable de la infracción. El inferior que obedece sabiendo la inocencia del arrestado está cubierto por una causa de justificación porque el mandato sigue siendo, a pesar del error, conforme a derecho.

Una orden es contraria a derecho si va "contra las reglas del Derecho internacional, otros preceptos legales, mandatos emitidos por funcionarios de superior categoría o preceptos relativos al servicio". La orden dada cuando no hay ninguna necesidad militar que la motiva, sólo es conforme a derecho si el superior se mantiene en la esfera de su competencia. Para ARDNT, siguiendo la teoría que con tanto vigor defendió Max Ernesto MAYER (33), cuando la orden es antijurídica, la conducta del inferior que la ejecuta también lo es, a pesar de lo cual admite que en la vida militar hay mandatos antijurídicos obligatorios para el inferior, como antes dijimos, porque no es misión de éste examinar las órdenes de sus superiores. Por ello, en principio, sólo es responsable el

(31) Por ordenamiento jurídico a estos efectos, entiende ARDNT: *Goltdammer's Archir*, 1957, pág. 48, todas las leyes, las órdenes superiores y las reglas del Derecho internacional y del Derecho de la guerra.

(32) ARDNT: *Goltdammer's Archir*, 1957, pág. 49.

(33) M. E. MAYER: *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten*, en *Festschrift für Loband*, 1908, y *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (1.^o ed., 1915), 2.^o ed. (inalterada), 1923, págs. 334 y sigs.

superior (§ 10, 5 *Soldatengesetz*). Es más, para él, el mandato antijurídico es, por regla general, vinculante, con excepción de algunos casos, los cuales se deducen, *a contrario sensu*, de los párrafos 11, *Soldatengesetz*, y 22 del Proyecto. Son obligatorios, pues, los mandatos antijurídicos que lesionan una norma de derecho privado, o constituyen una falta (contravención) o infracción penal administrativa, e incluso los que van contra órdenes superiores o preceptos relativos al servicio, siempre y cuando no estén comprendidos en aquellas excepciones. Su no cumplimiento es desobediencia punible. El inferior que los ejecuta actúa, sin embargo, antijurídicamente, aunque no es responsable criminalmente por falta de culpabilidad. Debe recordarse, no obstante, que es preciso que la orden no deje un margen de libertad al inferior, que le imponga, como se ha dicho, una “determinada” conducta (34).

ARDNT examina a continuación los casos en que el sujeto cumple la orden, aunque sabe o debía saber que su ejecución implica la realización de un crimen o de un delito, y los supuestos en los que duda sobre este extremo. En los casos de duda no hay culpabilidad. Los otros están resueltos de modo expreso en el Proyecto, como hemos visto. Igualmente examina la hipótesis en que el inferior no cumple el mandato por creer erróneamente que no es obligatorio, o que es antijurídico o punible, señalando las omisiones en que, a su juicio, incurre el Proyecto.

3. El artículo de ARDNT ilustra, a mi entender, suficientemente el alcance del Proyecto en cuanto a la extensión de la obligación de obedecer que tiene el subordinado. Por de pronto no se trata de una obediencia sin límites, puesto que no todo mandato es vinculante, no toda orden *debe* ser cumplida. También pone de manifiesto que existen órdenes contrarias a derecho que son obligatorias, a pesar de ser antijurídicas. Pero en lo que no se puede seguir la construcción de ARDNT es en cuanto a la naturaleza de la causa de exención de responsabilidad. ARDNT sigue la teoría de la diferenciación o dualista: si el mandato es conforme a derecho el inferior está amparado por una causa de justificación, si el mandato es contrario a derecho (antijurídico) pero obligatorio es una causa de exclusión de la culpabilidad. No se puede admitir esta opinión por

(34) ARDNT: *Goltdammer's Archiv*, 1957, pág. 50.

más que sea la opinión todavía dominante, porque cuando el ordenamiento jurídico castiga el incumplimiento de una orden como delito de desobediencia, expresa de una manera clara y terminante que el cumplimiento de la orden es conforme a derecho, pues no es posible lógicamente que el obedecer la orden sea contrario a derecho (antijurídico) y el no cumplirla también. Si se admite la existencia de mandatos antijurídicos *obligatorios*, y en el Proyecto alemán de 1956 se admiten, entonces la consecuencia ineludible es que la conducta del inferior que obedece es conforme a derecho. Toda la problemática de la obediencia debida está condicionada por este presupuesto que conduce a que, si bien la situación fáctica puede ser dual (en el Proyecto) por admitir que hay mandatos obligatorios antijurídicos, la naturaleza es unitaria (teoría unitaria) y la obediencia constituye siempre, si el mandato era obligatorio (vinculante), una causa de justificación, para el que obedece (35).

ARGENTINA

1. En la parte general, al tratar de la complicidad (cap. II, título I, libro I, del tratado tercero) dispone el *Código de Justicia*

(35) La fundamentación más detallada de esta tesis corresponde al Derecho penal común, del que el militar es sólo una especialidad. Por ello, su estudio y desarrollo, así como la previa exposición de la total problemática de la obediencia debida, ha de darse aquí por supuesta y será objeto de otro trabajo. Únicamente conviene destacar aquí que considero discutible la teoría sostenida por MEZGER: *Lehrbuch*, 3.^a ed., pág. 227, mantenida en el *Studienbuch*, I, 2.^a ed., pág. 101, de que en los casos en que el mandato es antijurídico el ordenamiento jurídico *obliga al inferior a correr un riesgo*, dejándolo expuesto a la legítima defensa del titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el cumplimiento de la orden. Pues las cuestiones de derecho positivo no pueden resolverse, salvo contadas excepciones, fuera de él, y en este supuesto se da una colisión de intereses que ha sido *resuelta por el legislador*, valorando como interés superior el del cumplimiento de la orden aun a riesgo de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. El ordenamiento jurídico obliga a correr un riesgo, no al inferior que obedece un mandato antijurídico vinculante, sino al ciudadano que se beneficia de la *seguridad* que ese mismo ordenamiento jurídico le proporciona. Esto, repito, para el supuesto de que en un determinado sistema legal se admita en la esfera militar la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en tales términos que al inferior no le quede otra solución que cumplir la orden o ser condenado por delito de desobediencia.

Militar argentino de 1951, publicado como anexo a la Ley número 14.029, que “cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de la orden” (artículo 514). Como antecedente tiene subido interés el art. 6.º del *Código penal militar de 1895*, en donde se prevenía, tomando claramente como modelo el Código penal militar alemán de 1872, lo siguiente: “Cuando haya sido violada una ley penal por la ejecución de una orden del servicio, el jefe militar que hubiere dado la orden será el único responsable. Sin embargo, se impondrán las penas de la complicidad al inferior que haya obedecido: 1.º Cuando se haya excedido en la ejecución de la orden que le fué dada. 2.º Cuando haya firmado, transmitido o ejecutado la orden de su superior que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar”. Como se advierte, el art. 514 del Código vigente se ha limitado, prácticamente, ha suprimir el segundo y último inciso.

De interés también para el problema que examinamos es el artículo 675, situado en el capítulo de la desobediencia (arts. 674 a 682 del Código). Dispone el art. 675: “Ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”.

2. Los autores y la jurisprudencia han intentado corregir por vía de interpretación los preceptos transcritos. COLOMBO (36) sostiene que no es orden del servicio la que impone la comisión de un delito. “Si la orden, desde su origen, importa clara y abiertamente un delito, no debe ser obedecida; si desde su comienzo, clara y abiertamente no implica un delito, debe ser cumplida rápida e íntegramente: esta última es la orden del servicio durante cuya ejecución el inferior, si se excede, es considerado “cómplice”. COLOMBO (37) partiendo del concepto que da de la insubordinación el artículo 667 (38), del que resulta que no la hay “fuera de actos del

(36) CARLOS J. COLOMBO: *El Derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, 1953, págs. 142, 171 y sigs.

(37) COLOMBO: *Op. cit.*, págs. 181 y sigs.

(38) *Código penal militar argentino*, art. 667: “Será reprimido con prisión hasta cuatro años o con sanción disciplinaria el militar que hiciere resistencia ostensible o expresamente rehusare obediencia a una orden del servicio que le fuere impartida por un superior.—Si el hecho se produjere

servicio", se esfuerza por concretar qué se entiende por tal. El artículo 878 dice que es "todo el que se refiere o tiene relación con las funciones *específicas* que a cada militar corresponden, por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas" (criterio de la especificidad); la función se concreta por el contenido y por la finalidad del acto (39). Los límites del deber de obediencia en la esfera militar son dos: "1.º La orden que, desde su origen, importe en forma manifiesta la comisión de un delito al ser ejecutada. 2.º La orden que, en el contenido de su mandato, aun no constituyendo delito, no tenga relación con el servicio". En estas dos hipótesis la obediencia no ampara al subordinado.

La Jurisprudencia ha tratado también de corregir las consecuencias de una interpretación literal. Así en la Sentencia de la Corte Suprema de 13 de noviembre de 1946 se dice: "no pueden ser considerados actos del servicio los realizados en el desempeño de tareas que pueden ser cumplidas por personas extrañas a las fuerzas armadas de la Nación, o, en otros términos, aquellos que ordinariamente corresponden a funciones civiles y no a funciones inherentes al servicio militar (Fallos 200, 237). Por ello, ha resuelto (esta Corte Suprema) que no constituyen actos del servicio la custodia de presos en cárceles comunes por tropas del Ejército y que, como consecuencia, no incumbe a la justicia militar el conocimiento del proceso referente a infidelidades cometidas en dicha custodia (Fallos, 108, 27) o a lesiones corporales producidas por un conscripto a otro en la cárcel común donde tenían a su cargo la tarea mencionada (Fallos, 115, 77). Y por igual razón ha decidido, en diversas oportunidades, que tampoco es acto del servicio la intervención de las fuerzas armadas de la Nación para reprimir desórdenes en la vía pública, aunque aquélla se produzca por orden de los respectivos superiores (Fallos, 113: 405; 132: 20; 141: 171)" (40).

3. Dados los términos en que se encuentra concebido el artículo 514 y correlativa supresión, en términos absolutos, de la *remonstratio* por el art. 675, es indudable que no queda otro ca-

frente al enemigo, la pena será de muerte o de reclusión por tiempo indeterminado.—La pena será de reclusión hasta diez años si se produjere en formación o en acto del servicio de armas o con ocasión de él".

(39) COLOMBO: Op. cit., pág. 186.

(40) Según COLOMBO. Op. cit., pág. 185.

mino en la legislación argentina, si se quiere evitar abocarse a una obediencia ciega en lo militar, que restringir el concepto mismo de acto del servicio. Por lo demás, queda siempre en pie a modo de obstáculo insalvable, el expreso reconocimiento, en el artículo 514 citado, de que puede cometerse un delito por medio de "una orden del servicio". El único paliativo posible es el que introduce COLOMBO fuera de la ley, valiéndose de la teoría de la apariencia, solución que debe conducir aquí, aunque el autor la rechaza (41), a la teoría del error, o sea, a la exculpación, no a la justificación, de la conducta.

BÉLGICA

1. El *Code pénal militaire*, aprobado por la ley de 27 de mayo de 1870, no contiene, en su parte general, precepto alguno sobre la eficacia de la obediencia. El art. 28, en la redacción que le dió el art. 1.º de la ley de 24 de julio de 1923, comienza diciendo: "El militar que rehuse obedecer las órdenes de su superior o se abstenga intencionadamente de ejecutarlas cuando es mandado para un servicio..."

2. El art. 3.º de la ley de 20 de junio de 1947, relativa a la competencia de la jurisdicción de guerra en los crímenes de guerra, dice así: "Dans les cas de poursuites intentées par application de l'article 2 de la présente loi, le fait que l'inculpé a agi conformément aux prescriptions de lois ou règlements ennemis et aux ordres d'un supérieur hiérarchique ne peut être considéré comme

(41) COLOMBO: Op. cit., pág. 180: "No vinculamos la solución a la teoría del error, que da origen a situaciones distintas. Si la orden desde su origen importa clara y abiertamente un delito, no debe ser obedecida; etcétera... Por ejemplo: Si el Comandante de una Compañía, en cumplimiento de la orden que él a su vez ha recibido, ordena disolver una reunión de personas sin hacer uso de las armas y sin un motivo que imponga la absoluta necesidad de hacerlo, y alguno de los integrantes de esa subunidad las emplea y da muerte a alguna persona, se excede y entra a funcionar el artículo 514, última parte.—Hipótesis de error, en cambio, se presentaría, verbigracia, si el jefe de una unidad ordenara contabilizar una factura fraudulenta, con todas las apariencias de legítima, y el inferior, perteneciente al servicio correspondiente estampara el asiento, descubriendo después la falsedad".

cause de justification au sens de l'article 70 du c. p., lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité. Il pourra éventuellement être considéré comme circonstance atténuante".

Separándose en esto de la ley francesa de agosto de 1948 y siguiendo el sistema establecido por el Estatuto de Nuremberg, cuyo art. 8.º puede verse en la nota 1 de este trabajo, niega toda eficacia eximente a las órdenes superiores con admisión expresa de la fórmula "*atrocitatem facinoris*" (teoría de la gravedad). Los autores belgas estiman que queda intacta la posibilidad de aplicar la teoría del error o de la contrainte moral, e incluso el estado de necesidad.

B R A S I L

1. El art. 28 (42) del *Código penal militar de 24 enero 1944* previene que, si el crimen se comete en observancia estricta de la obediencia debida a una orden de un superior jerárquico en materia del servicio, sólo es punible el que ha dado la orden. El inferior será castigado si la orden del superior tiene por objeto la práctica de algún delito o hay exceso en la forma de ejecución.

2. MARTINS TEIXEIRA, en sus *Comentarios* (43), entiende que tanto si el superior ordena un acto evidentemente delictivo, como si es un loco o un criminal, el inferior debe desobedecer. Se opone así con MACEDO SOARES a la obediencia pasiva, ciega, "en virtud de la cual el soldado es una máquina que se mueve a voluntad de su superior". Compete a los jueces en el caso concreto, determinar si el mandatario debía obedecer o rehusar la obediencia, esto es, si la orden era o no evidentemente para realizar un crimen.

(42) *Código penal militar brasileiro*, art. 28: "Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem de superior hierárquico, em matéria de serviço, só é punível o autor da coação ou da ordem. § 1.—Se a ordem do superior tem por objeto a pratica de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior. § 2.—Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar a coação irresistível senão quando física ou material."

(43) SILVIO MARTINS TEIXEIRA: *Novo Código penal militar do Brasil*, 1946, págs. 91 y sigs.

CHILE

El *Código de Justicia Militar chileno* (44) dispone en el artículo 334: "Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de facultades legítimas, le fuere impartida por un superior. El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o los reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio". Y el art. 335 reza así: "No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insistiese en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior".

ECUADOR

El *Código penal militar de 4 de abril de 1942* disponía en su artículo 24: "No hay infracción militar, cuando el acto está ordenado o autorizado por la ley o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fué impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir". Y entre las agravantes: "Perpetrar el hecho sancionable abusando de la autoridad jerárquica o influencia que se tenga sobre el ofendido" (art. 32, núm. 9).

FRANCIA

1. No contiene el *Código francés* disposición alguna sobre la obediencia. Sí las encontramos, en cambio, en las Ordenanzas

(44) Citado según COLOMBO: *El Derecho penal militar*, 1953, páginas 180 y siguiente.

de 28 de agosto de 1944 (crímenes de guerra) y 28 de noviembre del mismo año (colaboracionismo).

El art. 3.º (45) de la *Ordenanza de 28 de agosto de 1944* previene que no pueden invocarse como hechos justificativos las órdenes o autorizaciones dadas por autoridades enemigas o por autoridades que dependan o hayan dependido de ellas (en el sentido de hecho justificativo del art. 327 del Cód. pen.), aunque sí podrán tomarse en cuenta como "circunstancias atenuantes o como excusas absolutorias". Por el contrario, en relación con el colaboracionismo, se dice en el artículo 3.º de la *Ordenanza de 28 de noviembre de 1944*: "Il n'y a ni crime, ni délit à la charge des auteurs et complices lorsque les faits n'ont comporté de leurs part que la stricte exécution —exclusive de toute initiative personnelle— d'ordres ou d'instructions reçus, sans aucun dépassement de ceux-ci ou de l'unique accomplissement d'obligations professionnelles, sans participation volontaire á un acte antinational"; en párrafos sucesivos se exceptúan las disposiciones del Gobierno o autoridades de Vichy, y se preceptúa que lo dispuesto en el párrafo primero no es aplicable a los casos de denuncia o entrega de personas, actos individuales de violencia o entrega deliberada de material, piezas o información al enemigo.

2. Ambas Ordenanzas son de derecho interno y no de derecho internacional, aunque la primera de ellas se refiera a los crímenes de guerra. Son de derecho militar en cuanto atribuyen a los Tribunales militares el conocimiento de los delitos que en ellas se prevén.

Lo que ante todo sorprende es la diferencia de trato que el legislador francés otorga a sus propios súbditos y a los enemigos. Bien es verdad que el último párrafo del art. 3.º de la *Ordenanza de noviembre* reduce el ámbito de aplicación del primero y que en la práctica se puede llegar a las mismas consecuencias

(45) *Ordenanza francesa de 28 de agosto de 1944*, art. 3.º: "Les lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie, les ordres ou autorisations donnés par cette autorité ou par les autorités qui en dépendent ou qui en ont dépendu, ne peuvent être invoqués comme faits justificatifs au sens de l'article 327 du c. p., mais seulement, s'il y a lieu, comme circonstances atténuantes ou comme excuses absolutoires."

La ordenanza se refiere a la represión de los crímenes de guerra y atribuye la competencia a los Tribunales militares.

con una y otra disposición, pero lo cierto es que en una se consagra el principio de que la obediencia no justifica y en la otra el opuesto, sin contar con que, tratándose como se trata de delitos cometidos con anterioridad a la publicación de ambas Ordenanzas, la primera de ellas agrava la situación anterior al proclamar que no es aplicable lo que previene el art. 327 del Code pénal (46), infringiendo así el principio de no retroactividad de la Ley, en lo que perjudica al reo.

3. JUGLART (47) considera que en cuanto a las órdenes superiores la situación de los militares es muy distinta de la de los civiles, por las exigencias de la organización jerárquica y de la disciplina, sin que por ello haya de llegarse a la conclusión de que queden siempre exentos de responsabilidad criminal. Recuerda los debates que se sucedieron en la *Société des Prisons* durante la guerra de 1914-1918, sobre la aplicación del Derecho común a los hechos de guerra contrarios al derecho de gentes y cómo la mayoría de los criminalistas que asistieron estaban de acuerdo en reconocer que la disciplina militar era cosa absolutamente indispensable a los ejércitos, en términos tales que no se podía admitir que los soldados, suboficiales, incluso oficiales, discutieran las órdenes que recibían, porque, se decía, no podían, en principio, percatarse de la ilegalidad de ellas. Se admitió entonces el hecho justificativo del art. 327 Cód. pen. con toda amplitud. La consecuencia era que la represión de los hechos de guerra tenía que verificarse en la mayor parte de las ocasiones por represalias, para evitar la impunidad. Cree JUGLART que el legislador en 1944 ha realizado una obra innovadora. Podía tomar, dice, uno de tres sistemas: prescindir en absoluto de la aplicación del art. 327, opinión que parece seguir HUGUENEX (48); tener en cuenta las circunstancias particulares, según que el que recibe la orden tenga o no libertad de acción (sistema preconizado por el Juez JACKSON en su rapport al Presidente Truman); o un sistema intermedio como lo hecho.

(46) En este sentido, véase JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, II, pág. 1027.— El art. 327 del Cód. pen. dispone: "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime".

(47) Michael DE JUGLART: *Répertoire méthodique de la jurisprudence militaire*, París, 1946, págs. 243 y sigs.

(48) HUGUENEX: *Traité de droit pénal militaire*, 1933, pág. 398.

La Ordenanza de agosto de 1944 rechaza, en términos generales, la invocación del art. 327 (véase la nota 46), pero permite considerar las circunstancias del caso concreto atenuando la pena o estimando la dependencia jerárquica como excusa absolutoria, al arbitrio del Tribunal.

Como es sabido la naturaleza de las excusas absolutorias consiste en que son causas personales de exención de la responsabilidad criminal. De este modo el legislador francés, de un modo imperfecto, se acerca a la concepción dominante en el derecho común europeo, donde no se ha sostenido nunca que el mandato carezca de efectos en todo caso en orden a la exención de responsabilidad del inferior.

ITALIA

1. El art. 40 (49) del *Código penal militar para el tiempo de paz* de 20 de febrero de 1941, disponía que el cumplimiento de un deber impuesto por una orden de los superiores, excluye la punibilidad. En el caso de que la orden sea de cometer un delito responde el superior que la ha dado. El inferior únicamente responde en el supuesto de que el delito sea manifiesto.

2. Se advierte, pues, que el legislador italiano siguió en el derecho militar un criterio distinto que en el Código Rocco. Aquí se presenta la obediencia como obligada, a no ser que el hecho sea manifiestamente un delito.

Se ha seguido con ello el criterio sustentado por Pietro di Vico (50). Decía este autor que no hay que confundir la obediencia inmediata y absoluta con la obediencia ciega, y que el deber

(49) *Código penal militar italiano de paz*, 1941, art. 40: "Adempimento di un dovere.—Per i reati militari, in luogo dell'articolo 51 del Codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti.—L'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine del superiore o di altra Autorità competente, esclude la punibilità (art. 138).—Se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore o di altra Autorità, del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine.—Nel caso preveduto dall'articolo precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato" (artículo 45: *eccesso colposo*).

(50) PIETRO (di) VICO: *Diritto penale militare*, 2.^a ed., Milán, 1917, páginas 132 y sigs.

de obedecer cesa cuando se trata de cometer un delito, "entre otras consideraciones, en interés de la seguridad del mismo Estado y de la disciplina militar, porque en otro caso la obediencia jerárquica justificaría al inferior, incluso cuando el superior le instigase a levantarse contra los poderes del Estado". Ahora bien, manteniendo este principio en su sustancia, en la práctica debe sujetarse a determinados temperamentos. Desde el instante en que se admita que el inferior responde, hay que admitir también que debe examinar la legalidad de la orden, pero el perjuicio que podría reportar a la disciplina que el inferior examinase, discutiese la legalidad de las órdenes que recibe, obliga a establecer las siguientes limitaciones:

1.ª El inferior debe *presumir* la legalidad de la orden recibida. Obedecer en la duda sobre la legalidad.

2.ª Debe *presumirse* que el inferior ha obrado siempre con conciencia de obedecer la orden, porque en él el deber de obediencia es la regla.

3.ª Las dos presunciones cesan en el supuesto en que la criminalidad de la orden sea *manifiesta*. Esto se determinará por el Juez, teniendo presentes las condiciones personales del inferior, la gravedad del acto y el tiempo (de paz o guerra, p. e.) en que se ha cometido.

La Jurisprudencia venía por otra parte afirmando (51) que el inferior, en lo militar, no podía discutir la legalidad de las órdenes de servicio recibidas, que la obediencia no obliga al subordinado a seguir ciegamente las órdenes recibidas cuando la criminalidad de la orden es tan evidente que destruye toda presunción de legitimidad, y que, fuera de estos casos no es admisible que el inferior pueda sustraerse al deber de obedecer.

3. Las Relaciones (52) de la Comisión Real, de la Comisión Ministerial y al Rey Emperador, contribuyen sobremanera a ilustrar el pensamiento del legislador italiano. En las tres relaciones se comienza subrayando que el sistema del Código militar difiere del Código penal común sustancialmente, porque el párrafo último del art. 51 de éste no se puede aplicar *sic et simpliciter* (Re-

(51) Cfr. Vico: *Diritto penale militare*, 1917, pág. 134.

(52) El texto de las tres Relaciones puede consultarse en GIUSEPPE CIARDI: *I Codici Penali Militari*, Milán, 1942, vol. I, art. 40, págs. 129 y siguientes.

lación C. R.) a los militares, en los cuales hay que evitar que invoquen un *derecho a examinar* la legalidad de la orden, derecho que “se adapta mal con la particular condición del sujeto” (Relación al Rey). El derecho de examen es diferente del “*accertamento formale della competenza*” (Relación C. R.), el cual queda establecido en el párrafo segundo, de manera suficientemente explícita al requerir en él que la orden proceda de autoridad o superior competentes para darla. Pero cuando la orden es de cometer un delito, el Código italiano omite hablar de superior o autoridad *competentes*, porque, con la mayor exactitud, se dice en la Relación al Rey que “non sembra possibile il richiamo all'autorità *competente* relativamente a un ordine, la cui esecuzione costituisca reato, poiché la competenza funzionale di qualsiasi autorità non si estende mai fino alla facoltà di far commettere un reato”. La fórmula de que el inferior sería castigado cuando se diera cuenta de que cooperaba a un delito se rechazó sustituyéndola por la de la manifiesta criminalidad de la orden: “si é voluto escludere che l'indagine sul contenuto manifestamente criminoso dell'ordine debba esser fatta con criteri *esclusivamente* soggettivi, cioè in relazione soltanto all'aprezzamento che dell'ordine abbia potuto fare colui che lo ha eseguito. Rimane tuttavia evidente che, quando sia comunque acquisita, in fatto, la certezza della scienza del militare di commettere un reato in esecuzione dell'ordine avuto, ciò dispensa da ogni ulteriore indagine obbiettiva sulla palese criminalità dell'ordine stesso” (Relación al Rey). Este punto neurálgico es abordado también en la Relación de la Comisión ministerial con indicación del parecer opuesto de MANZINI a la locución “si sia rese conto” del Código suizo (53) y viene a confirmar la

(53) Véase, más adelante, nota 59. En la *Relación de la Comisión ministerial*, se lee: “En la discusión desenvuelta sobre este argumento, en el seno de la C. R., el comisario profesor MANZINI había observado que la locución *si sia rese conto* podía ser peligrosa, porque hay muchos casos en los que no es fácil “darse cuenta”; y por tales consideraciones no se mostró favorable a la disposición de la cual se trata. Puede observarse, en contrario, que la dificultad de *darse cuenta* de la cooperación a un delito no excluye la posibilidad; y será tarea del Juez comprobar la existencia de tal elemento subjetivo. Puede discutirse —y se discute— sobre la admisibilidad, en el campo del Derecho militar, de los límites del examen de la legitimidad sustancial o formal por parte del inferior de las órdenes del superior jerárquico, por lo que concierne a la ley vigente. MANZINI, por ejemplo,

preocupación del legislador italiano, oscilante entre la necesidad de impedir que se discuta la orden por el quebranto que supondría para la disciplina de los institutos armados y la imposibilidad de dejar de castigar al inferior que ejecuta una orden de cometer un delito, siendo consciente de que lo comete. En definitiva la fórmula legal pone la solución en manos del Juez, aunque lo dicho en las Relaciones expresadas contribuye a eliminar dudas que de otro modo surgirían en la práctica.

4. Según CIARDI (54) *orden* es la manifestación precisa de voluntad del superior o de la autoridad, concretada en un mandato o prohibición particular y dirigida a determinados inferiores o subordinados. Por superior se ha de entender el militar de grado más elevado, o el que, con independencia del grado está revestido de mando. Legitimidad y competencia no son términos equivalentes. El derecho común requiere ambos, el militar sólo la competencia. Por ejemplo, si está dispuesto que determinada orden se dé por escrito y el superior, que es competente para darla, lo hace verbalmente, el inferior debe obedecer: una vez cerciorado de la competencia no se le permite examinar ni la legalidad formal ni la material. Pero hay casos en los que ninguna fuerza humana puede impedir que el inferior examine la legalidad material. Si un oficial manda disparar desde una ventana contra los transeúntes, si ordena a los soldados amotinarse, no se puede censurar al inferior que examina la legalidad de la orden, que rehusa obedecerla. Y como "la ley penal no debe crear disposiciones inútiles; debe pedir a los que forman parte de las fuerzas armadas, incluso el extremo sacrificio, pero no puede hacer abstracción de la naturaleza humana", no puede exigir una obediencia pasiva. El que los militares deben obedecer ciegamente es un lugar común an-

ve en la esfera de las relaciones jerárquicas militares el ejemplo más típico de exclusión de todo límite al deber de obediencia, y por ello la aplicabilidad plena de la norma del párrafo último del art. 51 del Código penal común, excluyendo la punibilidad de "quien sigue la orden ilegítima cuando la ley no le consiente ningún examen de la legitimidad de la orden" (*Tratt. di dir. pen. ita.*, 1933, II, núm. 389). La Corte de Casación (Sentencia de 13 de febrero de 1933) enseña, por el contrario, que en el ordenamiento militar no está consagrado el principio de la obediencia ciega; por donde la obediencia a las órdenes de los superiores, también en las relaciones entre los militares, encuentra un límite en la ley penal."

(54) CIARDI: *Istituzioni di Diritto penale militare*, vol. I, 1950, páginas 244 y sigs.

tigo. Mas ya la jurisprudencia sobre los Códigos militares de 1869 había rechazado esta obediencia ciega. Por esto el legislador excluye de exención el caso en que la orden sea manifiestamente criminal. Con el adverbio “manifiestamente” se significa que la criminalidad de la orden debe ser “no sólo evidente en el sentido objetivo, sino además para el sujeto agente”. El *error de hecho* excluye la responsabilidad del inferior porque entonces la orden de cometer un delito no es manifiestamente delictiva para el subordinado. Desde luego, la orden ha de ser referente al servicio o a la disciplina. Esto se deduce de los términos en que se castiga el delito de desobediencia (art. 173). Lo cual no quiere decir, en opinión de CIARDI, que el inferior tenga derecho a examinar si la orden es de este tipo. Es el Juez el que ha de hacerlo. Si lo hace el inferior actúa “en su riesgo y peligro”. Sin embargo, la desobediencia por error, conocimiento imperfecto o falso conocimiento de una situación de hecho, exculpa. No debe, no obstante, darse entrada, dice CIARDI, a través del sistema de principios expuesto, al derecho de examen sobre la legitimidad de la orden.

P O R T U G A L

El *Código de Justicia Militar portugués* de 26 de noviembre de 1925 no contiene en la parte general un precepto específico. El artículo 7 se remite al Código penal, en lo que no esté expresamente regulado en el de Justicia Militar, por lo que concierne a las disposiciones generales sobre la responsabilidad criminal. La insubordinación, art. 91, exige que la orden desobedecida esté dada en uso de atribuciones legítimas del superior.

R U S I A

El Código militar ruso anterior a la Revolución (55) eximía de responsabilidad al inferior que no fuera consciente de la punibilidad de la acción que se le ordenaba. En otro caso se beneficiaba de una atenuación de la pena.

(55) Véase KLIRANSKI: *Das Russische Militär-Strafrecht*, 1913, en la *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, núm. 40, Cód. pen. mil. ruso, artículo 89.

El vigente *Reglamento de 1940* (56) sobre la disciplina del Ejército rojo, en su art. 8 exige del militar una obediencia pasiva a las órdenes de sus jefes. En la literatura soviética se entiende, a pesar de ello, según DONNEDIEU DE VABRES, que la orden del superior no vincula al subordinado ni justifica su acto si no ha sido legalmente dada. En el Código de 1926 no hay precepto alguno general sobre el efecto de la orden superior. La desobediencia está condicionada a que la orden incumplida se refiera al servicio (párrafo 193, 2. a) del Código penal de 1926).

S U I Z A

1. En el *Código penal militar de 1851*, art. 30 (57), se regulaba la obediencia en términos tales que se consagraba la obediencia ciega (58). En el Código vigente de 13 de junio de 1927, en vigor desde el 13 de junio de 1941, se dispone, art. 18 (59), que será responsable el superior que ha dado la orden. Al inferior se le castiga sólo en el caso de que fuera consciente de que cooperaba a la comisión de un crimen o de un delito al ejecutar la orden. El Juez puede siempre atenuar la pena del inferior, conforme a su libre arbitrio o incluso absolverle.

2. Se ha puesto el Código suizo de modelo en cuanto a la tesis de la exculpación en el ámbito militar. Esto sólo es cierto en determinada medida. Pues la facultad de absolver al inferior, aunque haya cometido un delito, siendo consciente de él al cumplir

(56) Cfr. DONNEDIEU DE VABRES: *Traité*, 1947, pág. 241, nota.

(57) *Cód. pen. mil. suizo 1851*, art. 30: "An sich unerlaubte Handlungen sind straflos, wenn sie auf den bestimmten, auf ein militärisches Dienstverhältnis sich beziehenden Befehl eines militärisches Obern des Täters begangen worden sind. Der Obere, welcher den Befehl gegeben hat soll deselben verantworten".

(58) Véase HAFTER: *Lehrbuch*, I, 1946, pág. 183.

(59) *Cód. pen. mil. 1927*, art. 18: "Wird ein Verbrechen oder Vergehen auf dienstlichen Befehl begangen, so ist der Vorgesetzte oder der Höherer, der den Befehl erteilt hat, als Täter strafbar.—Auch der Untergebene ist strafbar, wenn er sich bewusst war, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt. Der Richter kann die Strafe nach freien Ermessen mildern (art. 47) oder von einer Bestrafung Umgang nehmen".

lo ordenado, aparta el derecho militar suizo del derecho común. Es una excusa absolutoria de libre apreciación del juez, que, como advierte LogoZ (60) permite tener en cuenta las peculiaridades que revisten la disciplina y la jerarquía militar, incluso cuando el inferior sea culpable.

Tal y como está redactado el art. 18, el inferior puede quedar exento de pena, aun no mediando error ni coacción. Los autores suizos se limitan a alabar la disposición sin dar su fundamento. Aunque se quiera ver en su último inciso una excusa absolutoria potestativa del Juez, lo cierto es que caben en ella, sin duda, casos en los que de otro modo habría que afirmar la culpabilidad. De este modo se viene a conceder efecto eximente al cumplimiento de mandatos antijurídicos obligatorios (61).

DERECHO ANGLOSAJÓN

1. En el derecho común *inglés* no se admiten los mandatos antijurídicos obligatorios. En el derecho militar la cuestión ha atravesado diferentes alternativas (62). Contra la tradición de que sólo obligan las órdenes legales, el capítulo XIV del *British Ma-*

(60) LogoZ: *Comm.*, pág. 128.

(61) Según COMTESSE: *Das schweizerische MSIG., Kommentar*, Zurich, 1946, págs. 56-59, la importancia teórica del problema no guarda relación con su interés práctico, que a su juicio es muy reducido. La orden debe estar en conexión real o aparente con el servicio; lo contrario de orden relativa al servicio es la relativa a asuntos privados: *tertium non datur*. Entiende que es posible un orden concerniente al servicio, aunque en el caso concreto falte la competencia en el superior. No hay ni obediencia incondicional ni un deber de examen por parte del inferior. Pero esto no prejuzga el que haya un *derecho* de examen. En el supuesto de que la orden no sea obligatoria, pero el inferior crea, erróneamente, que lo es, no debería aplicarse en buenos principios lo dispuesto en el art. 18 del Código penal suizo, aunque la *ratio legis* lleva a su aplicación en estos casos por analogía. Merece señalarse que destaca que puede darse el caso de que el inferior que obedece sea el *único* responsable: artillero que recibe orden de disparar sobre un objetivo y lo hace a pesar de percatarse de que ha sido ya ocupado por las tropas propias.

(62) Cfr. GLASSER: *RDPCrim.*, 1953, págs. 295 y sigs. (págs. 298 y siguientes, derecho americano); OPPENHEIM-LAUTERPACHT: *International Law. A Treatise*, vol. II, 7.^a ed., 1952, pág. 568, nota 1.

nual of Military Law, en 1914, preceptuaba que no se podían castigar (por el enemigo) las violaciones de las leyes de la guerra cometidas por miembros de las fuerzas armadas, siguiendo órdenes de sus gobiernos o de su comandante, y que sólo se podía hacer responsables a los oficiales o comandantes que hubiesen dado dichas órdenes. Esta disposición pasó sin modificación alguna al *Manual*, edición de 1936, con el núm. 443, y sólo ante una repetida crítica ha sido modificada. Actualmente reza de la siguiente manera: "El hecho de que se viole una ley de la guerra en cumplimiento de una orden de un Gobierno beligerante o de un jefe perteneciente a una potencia beligerante no priva al acto en cuestión de su carácter de crimen de guerra; en principio este hecho no permite al autor del acto escapar al castigo infligido por el beligerante víctima del mismo. Está fuera de duda que un Tribunal ante el que se invoque la excusa de la orden superior para justificar un crimen de guerra debe tener en cuenta el hecho de que todo miembro de las fuerzas armadas tiene el deber de obedecer las órdenes militares que no sean manifiestamente ilegales y que no se puede esperar que, en la situación creada por las exigencias de la disciplina de guerra, pase escrupulosamente el valor legal de la orden recibida. Sin embargo, esta cuestión está regida por el principio fundamental de que los miembros de las fuerzas armadas no están obligados a obedecer más que las órdenes legales y que no pueden, en consecuencia, ser declarados irresponsables si, obedeciendo a una orden, cometen actos que violan las reglas incontestadas de la guerra y ultrajan el sentimiento general de humanidad".

2. En el derecho militar *americano* se advierte una evolución semejante. El núm. 347 de las *United States Rules of Law Warfare* disponía: Los miembros de las fuerzas armadas no serán castigados por estas violaciones si han sido cometidas por orden o con la autorización de su Gobierno o de sus jefes. Los jefes que ordenan estos actos o bajo la autoridad de los cuales son cometidos por las tropas, pueden ser castigados por el beligerante en cuyas manos caigan". WINTHROP (63) comentando esta regla dijo: "En efecto, en derecho militar, el subalterno, obligado como está

(63) WINTHROP: *Military Law and Precedents*, 2.ª ed., vols. I y II, reimpresso en 1920, pág. 886. *Apud* GLASER: *RDPCrim.*, 1963, pág. 299.

a obedecer todas las órdenes que no son palpablemente (*palpably*) ilegales, puede, cuando tiene que responder en un proceso de un acto cometido en obediencia a la orden aparentemente legal, pero ilegal en realidad, alegar como excusa su deber de obedecer y tal defensa es aceptada, en general, como respuesta suficiente a la acusación”.

Del mismo modo que en el Derecho inglés, esta regla estuvo en vigor hasta el año 1944. Próxima la terminación de la guerra, en noviembre de 1944, Estados Unidos modifica el precepto. Se suprimió el núm. 347 y se adicionó al 345 una nueva cláusula: “Los individuos y las organizaciones que violen las leyes y costumbres de la guerra pueden ser castigados por ello. Sin embargo, el hecho de que los actos incriminados hayan sido cometidos por orden de un superior jerárquico o con la autorización del gobierno, puede ser tomado en consideración para determinar la culpabilidad, sea como excusa, sea como causa de atenuación de la pena. La persona que haya dado estas órdenes puede ser castigada”.

En el *Manual for Courts-Martial* de 1949 (64) se lee al tratar de la desobediencia a órdenes superiores: Una persona no puede ser condenada por este artículo (el 96) si la orden es ilegal; pero “una orden que requiera el cumplimiento de un acto o deber militares se presume legal y si es desobedecida será a riesgo del subordinado”. Añadiendo: “Acts involved in the disobedience of an illegal order might under some circumstances be charged as insubordination under Article 96”. La desobediencia a órdenes no referentes al servicio, en materia privada, no constituye delito.

3. Los artículos publicados en los números de febrero, mayo y noviembre de 1951 (65) en el *Journal Royal Service Institution* por diversos autores, unos ocupando altos cargos en el Ejército y en la Marina inglesa y algún conocido internacionalista, coinciden en criticar desfavorablemente las modificaciones introducidas en el año 1944, en el Derecho militar anglosajón. En tiempo de guerra es muy difícil saber si una orden es o no legal (Lord Cork Orrery), las dudas de los internacionalistas han de adquirir mayor proporción en los oficiales y soldados a quienes

(64) *Manual for Courts-Martial*, 1949, pág. 206.

(65) Véase en el apéndice bibliográfico, en la literatura de habla inglesa: WADE, ANONINO, CORK ORRERY, RUSSEL GRENFELL, SMITH.

se está continuamente repitiendo que deben prestar obediencia absoluta a los superiores (RUSSELL GRENFELL), las Convenciones de La Haya, por la cláusula *si omnes*, no son obligatorias si uno de los beligerantes no se ha adherido a ellas, con lo que, por lo menos para la última guerra, no puede hablarse de “*unchallenged rules warfare*”: si el combatiente vacila ante una orden que interpreta una regla internacional de distinto modo a como lo hace el enemigo es castigado por desobediencia y si la cumple también (H. A. SMITH).

No se contentaron los aliados con modificar a última hora sus normas sobre la obediencia debida en materia militar, sino que al exigir responsabilidades a los componentes del ejército enemigo vencido suprimieron en el Estatuto de Nuremberg la posibilidad, mantenida todavía en las modificaciones de 1944 para los ejércitos propios, de invocar las órdenes superiores como excusa para hechos de apariencia no notoriamente ilegal.

IV

En el Derecho español debe examinarse, en primer término, el alcance de la fórmula legal (a) para deducir después cuál es la naturaleza de los casos que en ella se comprenden (b) y extraer las oportunas consecuencias de *lege ferenda* (c).

a) En nuestro derecho el precepto fundamental sobre la obediencia está constituido por el *número 12 del art. 185 del Código de Justicia militar* vigente, de 17 de julio de 1945, según el cual está exento de responsabilidad criminal: “El que obra en virtud de obediencia debida. Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales, según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó la obediencia con malicia o sin ella”. Completan esta disposición los arts. 327 a 332 del mismo cuerpo legal (66), referentes a la desobediencia punible.

(66) *Código de Justicia Militar español*, 1945, *art. 327*: “El militar que al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos, o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave desobedeciere las órdenes de sus superiores relativas al servicio, incurrirá en la pena de muerte.—Si el hecho tuviere lugar en campaña sin encontrarse en las circunstancias expre-

1. El problema central para determinar cuándo en las relaciones de subordinación es debida la obediencia reside, lo mismo que en el derecho penal común, en saber si se debe obediencia a mandatos antijurídicos cuando éstos se refieren a la comisión de un delito o falta. Pues cuando el mandato del superior jerárquico es lícito en la forma y en el fondo, o siendo antijurídico no implica la realización de una infracción criminal, está fuera de toda duda que se debe la obediencia o cuando menos que estamos ante una cuestión que no afecta al tema que nos ocupa. A mi entender, en el Derecho español, puede proclamarse, sin excepción, que para que sea debida la obediencia en la esfera militar, el cumplimiento de la orden no ha de conducir a la comisión de un delito (en sentido amplio). Esto requiere, como es obvio, la pertinente demostración, que encontraremos, tanto en los antecedentes del Código, como en el propio tratado segundo de nuestra ley penal militar fundamental.

sadas en el párrafo anterior, será castigado con la pena de reclusión militar a muerte."

Art. 328: "Fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, el militar que desobedezca las órdenes de sus superiores relativas al servicio de armas, mariner o aeronáutico, incurrirá en la pena de seis años de prisión militar a veinte años de reclusión militar.—No tratándose de órdenes relativas al servicio de armas, mariner o aeronáutico, incurrirá en la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar."

Art. 329: "El que dejare de observar las órdenes que se le dan en los supuestos y circunstancias previstos en los dos artículos anteriores, sufrirá la pena inferior a la señalada en dichos artículos, según los casos."

Art. 330: "El Comandante u Oficial que en escuadra, buque, aeronave u otra unidad militar no cumpliera exactamente las órdenes o señales de su Almirante o Jefe o de cualquiera otro de sus superiores en punto a atacar o defenderse de fuerzas, buques o aeronaves enemigos hasta donde alcanzaren sus medios o posibilidades, incurrirá en la pena de doce años y un día de reclusión militar a muerte."

Art. 331: "El que contrariando las órdenes recibidas variase o mandare variar el rumbo de buque o aeronave dado por su Comandante sufrirá la pena: 1.º De reclusión militar si fuere en tiempo de guerra y se originaren perjuicios para el servicio encomendado. 2.º De prisión militar si fuere en tiempo de paz y se originaren perjuicios para el Estado."

Art. 332: "El Comandante de buque o aeronave que sin necesidad hiciere arribadas contrarias a sus instrucciones incurrirá en la pena de separación del servicio o prisión militar hasta tres años."

En el texto, más adelante (pág. 67), se encontrará una referencia a las faltas graves correspondientes (art. 437, núms. 1.º y 2.º).

2. Ya Sancho de LONDOÑO (67) (1589), al hablar de "la obediencia y respeto a los superiores", decía: Que cualquier oficial inferior obedezca y respete al superior "en todas las cosas tocantes a la orden y servicio de su Majestad", aunque no fueran sus propios Maestros de Campo, capitanes, alféreces o sargentos. Este pensamiento de que sólo se debe la obediencia en lo que se refiere al servicio se repite con insistencia en las *Reales Ordenanzas de 1768* (68): "en lo que precisamente fuere de mi Real Servicio", "en lo que fuere de mi servicio", "en lo que tocare a mi servicio", "en igual caso de mi servicio", "en lo que pertenezca a mi servicio", "algo concerniente a mi Real servicio", "en lo que sólo fuere de mi Real servicio". Esta repetida fórmula, que acompaña en las Ordenanzas siempre al delito que allí se llamaba de *inobediencia*, expresa de manera reiterativa y hasta, si se quiere, fatigosa, la misma idea de que no hay un deber de obediencia *ilimitado* en la milicia, de que la obediencia sólo se debe en materias del servicio.

Las Ordenanzas rigen nuestra vida militar en su parte penal hasta la tardía codificación de las leyes castrenses. Con el *Código penal del Ejército de 1884* (69) se recibe en el derecho castrense la fórmula del Código penal común (art. 7.º, núm. 12). Pero no se olvide que si en el Código penal común hay que admitir la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios es por la configuración en él del delito de desobediencia. En el Código de 1884 el delito de desobediencia se da, como en las Ordenanzas, sólo en el supuesto de que se trate de órdenes relativas al servicio (de armas o no: artículos 178 a 180). El *Código penal de la Marina de guerra* redacta por vez primera la eximente en los términos que luego han recibido consagración en el Código vigente. El *Código de Justicia militar de 1890*, separándose del criterio sustentado en los demás Códigos militares que han regido en España, se remitió al Código penal en su art. 172, en lo relativo a la apreciación de las eximen-

(67) SANCHO DE LONDOÑO: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y más antiguo estado*, Madrid, ed. 1943, pág. 75.

(68) *Ordenanzas*, de Carlos III, 1768, Tratado VIII, Tít. 10, Inobediencia (consta de doce artículos).

(69) Véase sobre la formación de este Código y, en general, sobre la evolución del Derecho penal militar, RODRÍGUEZ DE VESA: *Código de Justicia Militar*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seis*.

tes, pero siguió manteniendo en el delito de desobediencia el requisito de que fueran órdenes concernientes al servicio (70).

No es fácil manejar la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal militar por no estar publicada (71) íntegramente. La sentencia de 29 de octubre de 1931, que acostumbran a citar los comentaristas del Código de Justicia Militar, refleja, perfectamente el alcance de la subordinación en nuestro Ejército. Se trataba allí de unas cartas dirigidas por un oficial a su padre político, Teniente General del Ejército, atinentes a una cuestión particular sin relación con el servicio. Se dijo entonces por el Consejo Supremo de Guerra y Marina: "que ni los principios más rígidos en que descansa la disciplina militar, ni los buenos principios del Derecho y de la Justicia, permiten que disensiones familiares puedan derivar en un delito de naturaleza castrense, pues la *jerarquía* de los dos protagonistas *es un mero accidente* que no puede limitar ni modificar la capacidad jurídica del ciudadano en orden al derecho privado". La relación de subordinación en el Ejército no es una relación de subordinación *personal* sino *militar* y encuentra su límite natural en que la *obediencia sólo se puede erigir en relaciones de servicio*.

Firme este extremo, de que la obediencia sólo es exigible en relación con el servicio, resta por decidir si una orden en la que se infrinja una ley penal puede pertenecer a esta categoría de órdenes del servicio. El concepto de acto del servicio se encuentra en el art. 256, núm. 1.º del Código de Justicia militar, donde se dispone que "son actos del servicio todos los que tengan rela-

(70) *Código de Justicia Militar de 1890*, arts. 266 a 268. Comentando estos artículos, dice ALARCÓN: *Código de Justicia Militar* vigente, Reus, 1940, pág. 302: "Mucho se ha discutido si la obediencia ha de ser ciega o si debe dejarse cierta iniciativa al inferior para desobedecer en algún caso. La práctica corriente es que *si la orden se refiere al servicio*, y procede del superior, y se transmite por conducto reglamentario, obliga."

(71) Algunas sentencias se encuentran publicadas en el *Boletín de Justicia Militar*, hoy desaparecido. Después de 1939 se publicaron algunas también, incompletas, en el *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, hasta el año 1945. Recientemente el propio Consejo Supremo de Justicia Militar ha emprendido la tarea de editar unos fascículos en los que se extracta la jurisprudencia del mismo desde el año 1940, pero, como decimos, la falta de una Colección en que se publique íntegramente dificulta en grado sumo la valoración de esta jurisprudencia.

ción con los *deberes* que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire". A mi juicio, nunca puede considerarse como deber impuesto al militar por su permanencia en los Ejércitos el de obedecer la orden de comisión de un delito. Tanto más cuanto que en el Código castrense, a diferencia del común, no se prevé el caso de que la orden infrija una ley ni mucho menos, como sucede en el Código penal de 1944, preceptúa que si la infracción no es clara, manifiesta y terminante haya que obedecer tal orden. El concepto de orden del servicio, o relativa al servicio, se ha de determinar *objetivamente*, teniendo en cuenta los deberes que del conjunto de la ordenación jurídica del Ejército (leyes y reglamentos) se derivan para el militar. Y nunca podrá citarse un solo precepto en el que se diga que entre esos deberes figura obedecer cuando se ordena la comisión de un delito.

3. Por otra parte, el superior no tiene nunca *competencia* para ordenar la comisión de un delito. Esto se viene a confirmar directamente por el propio Código de Justicia Militar en numerosos preceptos. Por ejemplo: En el delito de traición castiga —con pena menor— a los individuos de tropa o marinería que no fueren jefes o promovedores del levantamiento en armas cuyo objeto sea desmembrar alguna parte del territorio nacional (art. 258, número 3.º); en el caso de que sea *seducida* alguna fuerza para obligar al que la manda a rendirse, capitular o retirarse, pena a los individuos de tropa y marinería también; lo mismo, en la rebelión militar (art. 287: los que ejerzan mandos aunque sean subalternos; 288: meros ejecutores), en la sedición (art. 298: sacar fuerzas), en los delitos contra el honor (art. 339, 4.º: adherirse a la capitulación por otro estipulada, contando con medios de defensa, *aunque lo haga por haber* recibido órdenes de su jefe ya capitulado). La desobediencia constitutiva de falta grave está construída también a base de "órdenes relativas al servicio" (artículo 437, núm. 1.º), de incumplimiento de "deberes militares" (artículo 437, núm. 2.º). Constituye *abuso de autoridad* el obligar al inferior a ejecutar "actos ajenos al servicio" (art. 453, núm. 3.º).

Algún autor ha puesto en duda, a mi parecer sin bastante fundamento, que el delito de desobediencia tenga que ser siempre y precisamente desobediencia en materias del servicio. El argumento aparente lo suministra el *art. 328* donde se contraponen las órdenes "relativas al servicio de armas, marinería o aeronáutico"

y las órdenes que no se relacionan con el servicio de armas, marino o aeronáutico. Parece, por lo tanto, que en el segundo miembro de la oposición que establecen los párrafos primero y segundo del mencionado artículo, caben órdenes que no se refieran al servicio, órdenes de cualquier clase, incluso en asuntos privados. Esta interpretación creemos que no puede mantenerse si se tiene en cuenta lo dispuesto en el *art. 327*. Se castiga en él la desobediencia a órdenes superiores "relativas al servicio" cuando el hecho ocurriere al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos, o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave, o en campaña. Sería absurdo entender que fuera de estas circunstancias, que son las que revisten mayor gravedad, se castiga la desobediencia a órdenes que no sean concernientes al servicio; que el legislador haya querido restringir el concepto de la desobediencia cuando se comete al frente del enemigo o en situaciones especialmente peligrosas para el ejército, cuando la disciplina ha de ser más rigurosa, y, en cambio, extienda el concepto de desobediencia en circunstancias normales. Para evitar esta consecuencia, que no responde a la *ratio legis*, hay que interpretar la frase "no tratándose de órdenes relativas al servicio de armas, marino o aeronáutico" en el sentido de "órdenes relativas *al servicio* que no sea de armas, marino o aeronáutico".

4. Puede haber y hay casos dudosos. Entre éstos tenemos aquellos que también lo son en el Derecho internacional. En parte están previstos estos casos en los arts. 279 y 280 del Código de Justicia militar, comprendidos en el capítulo de delitos de devastación y saqueo. El *art. 279* castiga al militar que "*sin motivo justificado o sin autorización competente, ejecute actos de manifiesta hostilidad contra una nación extranjera o viole tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo*". El *art. 280* pena al militar "que *sin orden expresa* de sus jefes, incendie o destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades, saquee a los habitantes de los pueblos o caseríos o cometa actos de violencia en las personas". El primer caso —*art. 279*— excede el ámbito de la obediencia y concierne más concretamente al cumplimiento de un deber. El segundo encuentra, como todos los casos dudosos, su correctivo en el *artículo 9.º del Título XVII, Tratado II de las Ordenanzas*, el cual como formando parte de las llamadas Ordenanzas generales para oficiales se enseña en nuestras

Academias militares e informa todas las relaciones de subordinación en el Ejército. El art. 9.º dice así: "Todo oficial en su puesto será responsable de la vigilancia de su Tropa en él, del exacto cumplimiento de las órdenes particulares, que tuviere, y de las generales que explica la Ordenanza, *como de tomar, en todos los accidentes y ocurrencias, que no le estén prevenidas, el partido correspondiente a su situación, caso y objeto, debiendo en los lances dudosos elegir el más digno de su espíritu y honor*".

Nunca puede ser el partido del honor seguir a un superior que ordena la comisión de un delito. En esto no hay ni puede haber duda alguna.

5. Hasta aquí suponemos que el inferior conoce en todas sus partes la ilegalidad de la orden consistente en la comisión de un delito o falta. Considero que, supuesto dicho conocimiento, no está obligado a obedecer. No hay en los Ejércitos una obediencia ciega. Cuando esta palabra se emplea por los comentaristas (72) del

(72) Ya D. ALEJANDRO DE BACARDI: *Nuevo Colón*, III, 3.ª ed., 1878, páginas 728 y siguientes, decía, a propósito de la obediencia, que es necesario recaiga sobre actos lícitos y permitidos. "Este principio, añadía, es aplicable al Ejército", sin perjuicio de agregar poco más adelante: "El militar debe estar persuadido de la necesidad de obedecer y hacerlo voluntaria y ciegamente; esto es, haciendo abstracción de sus propias convicciones, aun cuando éstas le demuestren la innecesidad o el absurdo de lo que se le manda".

Lo que sucede es que el tema de la obediencia se ha venido presentando entre nosotros como dotado de cierta fuerza mágica e innaccesible a la investigación. Puede decirse que en la literatura militar se rehuye abordar el problema de los mandatos antijurídicos obligatorios. Véase, por ejemplo, la autorizada opinión de ANTONIO VALLECILLO: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas militares*, pág. 161: "Como nada hay que en sí sea absoluto, no es tampoco absoluta la obligación de la *obediencia ciega*, por los casos que pueden ocurrir en que para fines criminales se quiera abusar de ella. Y aunque mucho se ha debatido esta cuestión que incidentalmente inicio, nadie hasta ahora ha podido esclarecerla, ni menos determinarla, por ser imperceptible a la humana inteligencia el límite, más ideal que efectivo, que esta *obediencia* que nos ocupa tiene señalado." El propio VALLECILLO: *Op. cit.*, no obstante reconoce, pág. 361, que: "quien dice *debida*, dice, a mi juicio, *no ciega*".

Adelantándose a su tiempo, encontramos, sin embargo, en el clásico comentarista del Código de Justicia Militar de 1890, Conejos D'Ocon (*Observaciones para la aplicación del C. J. M.*, Valencia, 1893, pág. 293), un antecedente del punto de vista que se sostiene en el texto para la obediencia en el

Código de Justicia Militar, implica que la orden ha de ser relativa al servicio, ha de ser aquellas que deben ser obedecidas conforme a lo que queda expuesto.

Pero no se puede prescindir de la hipótesis en que el inferior, sea por desconocer los presupuestos fácticos de la orden, sea por ignorar que está autorizado a desobedecerla, la cumple. Ni tampoco que las circunstancias pueden ser tales, especialmente en guerra, que el incumplimiento puede llevar consigo graves consecuencias, porque aparentemente justificarían al superior que reprimiese violentamente la desobediencia de una orden que no está facultado para dar. Tampoco en estos casos el inferior puede ser responsable si cumple la orden, pero no porque sea debida la obediencia, sino por el efecto exculpante del error (73) o la coacción.

6. Con ello no se ha dicho que la obediencia no se diferencie en nada en el aspecto militar del civil. La obediencia en las fuerzas armadas ha de ser pronta y sin réplica. No se admite la *remonstratio*. Como en el derecho común, los tópicos de que en los ejércitos la obediencia ha de ser ciega, pasiva, han de entenderse en este sentido. La prontitud y fidelidad en el cumplimiento de las órdenes relativas al servicio es esencial al funcionamiento de la milicia, es indispensable para la disciplina. Pero entiéndase siempre: en las órdenes relativas al servicio. Las órdenes que no son relativas al servicio no tienen nada que ver con la disciplina ni con el normal empleo del ejército, y la subordinación no sufre si se deja incumplida una orden de cometer un delito. El cambio, poco elegante, de las legislaciones inglesa y americana en plena fase decisoria de la última contienda demuestra que los ejércitos no pierden eficacia cuando se someten al derecho en sus decisiones los órganos que desempeñan los mandos superiores y subalternos. Dicho en otras palabras, un cambio legislativo que acentúe

Ejército: "Hasta que no ofrezca duda la criminalidad del superior, no puede culpárse en forma alguna al inferior que obedece; luego la obediencia constituye una participación directa en la culpa del superior obedecido."

(73) En este sentido, *sentencia 5 octubre 1955* del CSJM. (1956, 48): "sin que, dada su condición castrense, se le pasare por la imaginación la conveniencia o no de discriminar si el contenido o materia de la... orden se encontraba comprendido o, por el contrario, rebasaba el campo de atribuciones y facultades de su superior". Sin embargo, es difícil reconocer que el error tenga el "carácter justificativo" que le atribuye la misma sentencia.

que el superior sólo debe ser obedecido en materias lícitas penalmente no produce el derrumbamiento de las instituciones ni las pone en peligro.

7. No quiere decirse tampoco que el inferior tenga un derecho a *discutir* la orden que se le da. Sí, en cambio, a examinar en todo caso su legalidad. Debe obedecer sin discusión. No debe obedecer las órdenes ilegales. Ambas cosas son perfectamente compatibles. La actitud que puede tomar el inferior frente a una orden es: Obedecer o no. Si desobedece lo hace a su costa y riesgo, con los límites impuestos por la teoría del error en lo que le sea aplicable. Si obedece, podrá presumirse el error, pero en definitiva será el Consejo de Guerra que lo juzgue quien decidirá si la obediencia lo exime o no (art. 185, núm. 12). Ninguno de los inconvenientes que se aducen se ha presentado en la práctica de este sistema, que es el de nuestro Código.

8. Volviendo ahora a la fórmula legal del art. 185, resulta que caben en ella varios casos de dispar naturaleza. Por de pronto, todos aquellos en los que la orden es lícita en su forma y en su contenido, y obligado el obedecer. Son casos de obediencia debida genuina. Al lado de ellos se encuentran igualmente regulados por la eximente los casos de supuesta obediencia debida (obediencia debida impropia) que no producen la justificación sino una mera exculpación. Nos referimos a las hipótesis de error y coacción. A ellos se refiere la segunda parte de la fórmula legal, precisamente aquella que discrepa de la legislación ordinaria. Cierto es que se concede un arbitrio al juzgador para determinar si es de aplicación la eximente o no. Pero, arbitrio no quiere decir en modo alguno arbitrariedad y dado el estado de nuestra jurisprudencia sobre el error no podría haberse utilizado otra redacción, si no se quería comprometer el Código en una solución del tipo general sobre el error, tomando posición sobre el discutido error de derecho.

Las reglas conforme a las cuales debe ejercitarse el arbitrio judicial están apuntadas en la propia norma del Código: las circunstancias del caso y en particular si se prestó la obediencia *con malicia* (con conocimiento de que se trataba de un delito o falta) o sin ella. Estas reglas conducen a la interpretación que propugnamos, si no se quiere reconocer la más amplia arbitrariedad (lo cual no se ha pretendido por la ley).

Ocurre entonces que, dado el calificativo que emplea la ley para la obediencia, cuando no es debida y, sin embargo, se le conceden efectos exculpatorios estamos ante una obediencia debida "impropia".

b) Llegamos ahora a la cuestión de determinar la naturaleza de la eximente en nuestra legislación castrense. Para ello hay que tener en cuenta que, aunque de manera defectuosa, el Código de Justicia Militar de 1945 comprende, como queda dicho, tres diferentes supuestos en el núm. 12 del art. 185:

1) Obediencia debida genuina (mandato lícito), y obediencia debida impropia que a su vez se desdobra en 2) error exculpante sobre los hechos o sobre la obligación misma de obedecer y 3) coacción.

Cuando se trata de una obediencia debida genuina estamos ante una inequívoca causa de justificación. Por el contrario, cuando media error o coacción la conducta del inferior que cumple la orden (que para él no es obligatoria) es antijurídica, si bien puede ser exculpada.

La obediencia debida genuina puede degradarse convirtiéndose en una atenuante siempre y cuando se admita que el exceso en el cumplimiento de un mandato atenúa. En cambio, cuando se trata de una obediencia debida putativa (por error) o prestada por coacción (miedo), el que se aprecie como atenuante o existente estará en función de la vencibilidad del error o de la intensidad y justificación del miedo.

c) *De lege ferenda* no se puede por menos de considerar la fórmula legal del Código de Justicia militar como defectuosa, porque en materia tan entrañable a la vida de los ejércitos como es la obediencia no ha de haber ni para el que manda ni para el que obedece la menor duda en cuanto a la eficacia excluyente de la responsabilidad criminal de quien actúa en virtud de órdenes emanadas de un superior al que se encuentra subordinado. La fórmula actual dilata el conocimiento de si se debió prestar o no obediencia a una orden concreta hasta el momento de dictar la sentencia (en el cual el Consejo de Guerra hace uso del arbitrio que le concede el Código). Esto se opone a la esencia misma del principio de legalidad, repetidas veces proclamado en el propio Código de Justicia Militar, pues siendo la finalidad de dicho principio la seguridad jurídica en la esfera penal, el militar ha de

saber por el propio texto punitivo si una conducta —la que realiza cumpliendo la orden— constituye delito o no, sin necesidad de esperar a que se instruya un proceso penal y se haga uso del *arbitrio* judicial.

Pero desde otro punto de vista la fórmula legal no deja de ser un acierto intuitivo del legislador, dado el estado de la doctrina en el momento en que se promulgó el Código, porque no existiendo en él precepto alguno sobre el error y disponiéndose expresamente que para los delitos militares el miedo insuperable (que comprende determinados casos de la coacción) no exime nunca a los militares, la redacción del núm. 12 del art. 185 viene a permitir a los Tribunales castrenses corregir aquella laguna y excesivo rigor, dando justa solución a los casos en que no siendo obligada la obediencia a órdenes de los superiores (e incluso siendo obligada la desobediencia por tratarse de la comisión de un delito o falta), las circunstancias dan lugar a que el inferior ejecute la orden en la equivocada creencia de que está obligado a obedecerla o por temor a las funestas consecuencias que para él pueden derivarse de modo inmediato por el incumplimiento.

Convendría, sin embargo, a mi juicio, discriminar unos casos de otros, dejando en el núm. 12 del art. 185 a que nos estamos refiriendo tan sólo aquellos supuestos de obediencia debida propia, respecto a la cual no debe quedar ningún arbitrio al juzgador. La fórmula podría ser la siguiente:

“12. El que obra en virtud de obediencia debida. No es debida la obediencia cuando se trate de una orden cuyo cumplimiento lleve consigo la comisión de un delito o falta, ni en materias ajenas al servicio.”

Ciertamente que entonces quedarían fuera del núm. 12 las hipótesis de error o de coacción. En cuanto a las últimas, creo que podría darse una solución satisfactoria sin introducir nuevas modificaciones, teniendo en cuenta la amplitud con que está concebido en nuestro Código el estado de necesidad, comprensivo no sólo del conflicto de bienes jurídicos sino del conflicto de deberes. Si no existe peligro inminente para el inferior se le puede exigir que la orden criminal quede incumplida. El problema quedaría, por lo tanto reducido al tratamiento del error. Pero éste afecta no sólo a las relaciones de subordinación, sino que ha de ser regulado de manera general para todos los casos. El Código de Jus-

ticia Militar ha preferido seguir el camino de otros Códigos que abandonan a la doctrina y a la jurisprudencia la tarea de fijar los límites y efectos del error exculpante. Creo, no obstante, que el legislador no puede eludir el problema y que una regulación específica del error es de inapreciable valor en un cuerpo legal punitivo. Mas el desarrollo de este problema nos conduciría a rebasar el marco que se ha trazado a este estudio. Baste, pues, decir que no hay por qué establecer para la obediencia debida normas diferentes de las que han de aplicarse en los demás casos de error (*seu ignorantia*).

V

La precedente investigación demuestra que, contra lo que comúnmente se afirma, en el derecho militar español, no puede obligar el superior al inferior a cometer un delito valiéndose de una orden, a diferencia del derecho penal común, donde hay mandatos criminales obligatorios. En este sentido, pero sólo en éste, es menos rigurosa la obediencia en lo militar que en la esfera civil. Esta conclusión concierne sólo al derecho patrio. Fuera de España tiende a extenderse la opinión de que no hay por qué establecer diferencias entre lo civil y lo militar en cuanto a las órdenes superiores. Este reconocimiento es ya un gran paso en el camino de una más correcta comprensión de las verdaderas exigencias de la disciplina militar. La composición del ejército moderno, al que se incorporan grandes contingentes de especialistas y personal cualificado, no permite hoy sostener, sin menoscabo de la verdad, que el militar esté menos capacitado que el funcionario civil para percatarse de la legalidad de lo que de él se pide. Y nunca se puede olvidar que la Nación al poner las armas en manos del Ejército, confiriéndole la fuerza que ellas otorgan, puede y debe lícitamente esperar y exigir que esa fuerza esté siempre y en todo momento al lado del Derecho y de la Justicia.

BIBLIOGRAFIA

AMMON (Von): *Der bindende rechtmäßige Befehl* (El mandato antijurídico vinculante), 1926. ANÓNIMO: *Obedience to lawful commands*, en *Journal Royal Service Institution*, feb. 1951. ARDNT (Herbert): *Die strafrechtli-*

che Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des Wehrstrafgesetzes 1956, en *Goldammer's Archiv*, 1957.

BARTHELEMY (Joseph): *L'influence de l'Ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents*, en *Revue de Droit public*, 1914, págs. 491 y sigs. BATTENDERG (Ludwig): *Das auf Befehl begangene Verbrechen* (El delito cometido en virtud de órdenes superiores), *Strafr. Aph.*, 189. 1916. BAUER: *Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht u. die Verantwortlichkeit f. auf Befehl begangene Handlungen* (Los límites jurídicos del deber de obedecer y la responsabilidad por acciones cometidas por mandato), en *Annalen des deutschen Reichs*, 1902, Bd. 35, págs. 886 y sigs. BENEDICENTI: *Limiti giuridici del dovere di obbedienza dell'inferiore gerarchico*, en *Archivio giuridico*, 1932, pág. 23. BETTIOL: *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milán, 1934. BERGER (Jacob): *The legal nature of war crimes and the problem of superior comando*, en *The American Political Science Review*, volumen XXXVIII, núm. 6, dic. 1944, págs. 1203 y sigs. (nota en *REPolit*, volumen X (1945), págs. 475 y sigs.). BRAUER: *Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit* (La orden relativa al servicio de cometer un delito, como causa de impunidad), en *GerS.*, 1856 (B. S.), I. 381-398. BUCHMANN: *Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen?* (¿Está obligado el funcionario del Estado a cumplir órdenes antijurídicas de sus superiores relativas al servicio?), Breslau, Diss. 1909.

CALKER (van): *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht* (La responsabilidad jurídico penal por acciones cometidas en cumplimiento de órdenes superiores, especialmente según el Derecho penal militar). 1891. CAPALLOZZA: *L'obbedienza gerarchica come causa escludente dell'imputabilità* (nota a sentencia), en *Riv. italiana di diritto penale*, 1932, pág. 376. CAUVIER (Jules): *Du respect de la loi et de l'obéissance passive*, artículo en el *Correspondant*, de 25 enero 1907, después aparecido con el título: *Discipline militaire et obéissance passive*, París, 1907. CIARDI: *Obbedienza gerarchica militare*, en *Rivista penale*, 1931, 631. CLERC (Henry): *L'Obéissance militaire*, París, 1935. LORD CORK ORRERY: *Obedience to lawful command*, en *Journal Royal Service Institution*, mayo 1951. CORVEY: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Handeln auf Befehl* (La responsabilidad jurídico penal en el actuar en cumplimiento de un mandato), Göttinger Diss. (no impresa), 1922. COSTE-FLORET: *La répression des crimes de guerre et le fait justificatif tiré de l'ordre supérieur*, en *Recueil Dalloz*, 12 y 19 J., 1945.

DAMS: *Der militärische Ungehorsam* (La desobediencia militar), 1938. DANGELMAIER (Emil): *Die Bedeutung des militärischen Befehles für das Militär-Strafrecht* (La importancia de la orden militar para el Derecho penal militar), en *Abhandlungen*, 1893, págs. 76-83. DEIKE: *Der rechtsverbindliche Befehl als persönlicher Strafausschliessungsgrund f. der Gehorchenden* (El mandato jurídicamente vinculante como causa personal de exclusión de la pena para el que obedece), Göttinger Diss. (no impresa), 1922.

DOLAPTSCHIEFF (N.): *Sind rechtswidrige bindenden Befehls möglich?* (¿Son posibles mandatos antijurídicos vinculantes?), en *ZStW.*, 1938 (vol. 58), 238-251. DÖRFEL: *Die Gehorsamspflicht des Beamten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen* (El deber de obediencia del funcionario frente a mandatos antijurídicos relativos al servicio), Greifswalder Diss., 1913. DOMINICIS (M. A. de): *In tema di limiti all'obbedienza gerarchica*, en *Arch. Pen.*, septiembre-octubre 1954, pág. 324. DÖRKEN: *Befehl und Gehorsam* (Orden y obediencia), en *ZWehrR.*, III, 5 y sigs.

EERLE: *Der militärische Befehl als Schuldausschliessungsgrund im schweizerischen Militärstrafrecht* (La orden militar como causa de exclusión de la culpabilidad en el Der. penal mil. suizo), Diss., 1930. ERNST: *Das Handeln auf Befehl im MilStR.* (La obediencia debida en el Der. pen. mil. suizo), Diss., Zurich, 1923. EULAMBIO: *Der rechtswidrige Befehl und der Widerstand gegen die Staatsgewalt* (El mandato antijurídico y la resistencia contra el poder del Estado), Heidelberg, Diss., 1914.

GIEHLER: *Das Prüfungsrecht des Staatsbeamten gegenüber Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten* (El derecho de examen del funcionario del Estado frente al mandato de sus superiores relativo al servicio), Breslau, Diss., 1912. GIRGINOFF: *Der bindende Befehl im Strafrecht* (El mandato vinculante en el Derecho penal), Leipzig, Diss., 1904. GLASER: *L'ordre du supérieur en droit pénal international*, en *Rev. Droit pénal et Criminologie*, 1953, págs. 283 y sigs. GRENFIELD (Russel): *This question of superior orders*, en *Journal Royal Service Institution*, mayo 1951. GOMMERSBACH: *Die Gehorsamspflicht der deutschen Reichs und der preussischen Staatsbeamten*, Graifswalder, Diss., 1913. GOLDSCHMIDT (J.): *Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften* (Fundamento y naturaleza jurídica del deber que tiene el Estado de indemnizar a los detenidos y condenados inocentes), en *Fest. der Berliner juristischen Fakultät f. Gierke 1910*, vol. III, págs. 109 y sigs. GROSSLER: *Die Schranken der Gehorsamspflicht des Beamter nach deutschen Recht* (Los límites del deber de obediencia del funcionario según el Derecho alemán), Heidelberg, Diss., 1908.

HEILBORN: *Die Pflicht des preussischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle* (El deber de los funcionarios del Imperio y prusianos de cumplir mandatos antijurídicos relativos al servicio), en *Fest. Gierke*, 1911, 125 y sigs. HERZOG (J. B.): *Les principes juridiques de la répression des crimes de guerre*, en *RPS.*, 1946, 277-305. HOFMANN: *Der rechtswidrige, insbesondere der verbindliche rechtswidrige Befehl im schweizer. StR.* (El mandato antijurídico, especialmente el mandato antijurídico vinculante, en el Derecho penal suizo), Diss., 1938.

IVES DE LA BRIERE (P.): *Le droit de juste guerre*, París, 1938 (hay traducción española de L. Islas García, México, Ed. Jus., 1944).

JANSSEN (HANS G.): *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Soldaten für auf Befehl begangene Straftaten in rechtsvergleichender Betrachtung*

(Consideración jurídico comparada de la responsabilidad jurídico penal del soldado por el delito cometido en cumplimiento de órdenes recibidas), 1939.

JELLINEK (Walter): *Die fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen* (El acto erróneo del Estado y sus efectos), 1908.

KALLINA (Frhr. v.): *Notwehr gegenüber Amtshandlungen* (Legítima defensa frente a las acciones realizadas por los funcionarios públicos), 1898.

KEIWITZ: *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten in seiner Bedeutung für den Staatsbeamten und f. den Soldaten* (El mandato antijurídico del superior y su significación para los funcionarios públicos y los soldados),

Diss. de Breslau, 1916. KIRCHENHEIM: *Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsams rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten*, en *GerS.*, Bd. 30, 172.

KRÖLL: *Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht* (La significación del mandato según el Derecho penal militar), 1904.

LEWIN: *Die staats- und strafrechtliche Behandlung des rechtswidrigen Befehls* (El tratamiento jurídico político y penal del mandato antijurídico),

Diss. de Greifswal, 1913. LEWKOWICZ: *Die Verpflichtung des Staatsbeamten, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen* (La obligación del funcionario público de cumplir los mandatos antijurídicos relativos al servicio dados por sus superiores),

Diss. de Breslau, 1911. LISTE: *Die Gehorsamspflicht des Beamten* (El deber de obediencia del funcionario),

Diss. Heidelberg, 1909.

MAURO: *L'obbedienza gerarchica*, en *Rivista dir. pen. e soc. crim.*, VIII.

MAYER (Hellmuth): *Der bindende Befehl im Strafrecht* (El mandato vinculante en el Derecho penal), en *Frank-Festgabe*, 1930, I, 598 y sigs.

MAYER (M. E.): *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten* (El mandato antijurídico del superior), 1908, en el *Festgabe für Laband*.

MERSMANN: *Der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung*, en *Strafr. Abh.*, H. 96 (1909).

MERZBACHER: *Die Bedeutung des rechtswidrigen Befehls f. der Beamten und f. den Soldaten in strafrechtlicher Beziehung* (La importancia del mandato antijurídico para el funcionario y el soldado en el aspecto jurídico-penal),

Diss. Heidelberg, 1918. MESSINA (S.): *L'ordine insindacabile dell'autorità come causa di esclusione del reato*, Roma, 1942.

MONICA (La): *Sulla scriminante della obbedienza gerarchica*, en *Dizionario penale*, 1927, I.

NANZ: *Befehlsberechtigung und Gehorsamspflicht im schweizerischen MilStR.*, Diss., 1916.

NOSTITZ-WALLWITZ: *Das militärische Delikt des Ungehorsam* (El delito militar de desobediencia), Diss. de Leipzig, 1906.

PANNAIN (R.): *Postilla in tema di "obbedienza gerarchica"*, en *Arch. Pen.*, sept-oct. 1954, pág. 327.

PENKERT: *Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten gegen gesetzwidrige Befehle Vorgesetzter seiner aus ihrer Ausführung entstehende Haftung Dritten gegenüber*, Diss. de Greifswald, 1911.

PÜTZ: *Inwieweit bildet für den Staatsbeamten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht?* (¿Hasta qué punto cons-

tituye para el funcionario público la ilegalidad del mandato un límite del deber de obediencia en materias relativas al servicio?), Diss. de Leipzig, 1912.

RADULESCO: *De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale*, 1923. RAMM (HARRY): *Der rechtswidrige verbindliche Befehl* (El mandato anti-jurídico vinculante), en *ZStW.*, 1938 (vol. 58), 363 y sigs. RATHKE: *Täterschaft und Teilnahme bei auf Befehl begangenen Verbrechen* (Autoría y participación en el delito cometido en virtud de obediencia debida), Diss., 1931. RISSON: *Der rechtswidrige Befehl* (El mandato antijurídico), en *Steidles Festschrift*, 1910, 197 y sigs. ROTERMUND: *Die Grenzen der Gehorsamspflicht gegenüber einem Befehl in Dienstsachen* (Los límites del deber de obediencia frente al mandato en materia del servicio), en *Leipz. Zeitschrift* 20. Jahrg. (1926), 674 y sigs.

SCHAENSKE: *Die strafrechtliche Bedeutung des (militärischen) Befehls* (La trascendencia jurídica-penal del mandato (militar)), Diss. de Königsberg, no impresa, 1922. SACK (A. N.): *Punishment of War Criminals and the defense of superior order*, en *The Law Quarterly Review* (Goodhart), enero 1944. SIMMERLEIN (C.): *Der bindende rechtswidrige Befehl im Militärrecht Deutschlands, der Schweiz, Italiens und der Tschechoslowakei* (El mandato antijurídico vinculante en el Derecho militar de Alemania, Suiza, Italia y Checoslovaquia), Diss. de Erlangen, 1937. SMITH: *The defence of superior orders*, en *Journal Royal Service Institution*, noviembre 1951. SCHNEIDER: *Inwiefern bildet f. den Staatsbeamten und inwiefern f. den Soldaten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht? (¿Hasta qué punto constituye la ilegalidad del mandato un límite al deber de obediencia en materias del servicio para los funcionarios públicos, y hasta qué punto para los militares?)*, Diss. de Heidelberg, 1911. SCHWINGE: *Befehl und Gehorsam, Bemerkungen zur Neugestaltung des § 47 MStGB* (Mandato y obediencia. Observaciones sobre la nueva redacción del § 47 del Cód. pen. mil.), en *ZADR.*, 1938, 147 y sigs. EL MISMO: *Gehorsam und Verantwortung in Deutsche Rechtswissenschaft* (Obediencia y responsabilidad en la ciencia del Derecho alemán), 1939. SPIZUOCO (R.): *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale nel diritto penale*, 1950. STOEKER: *§ 47 MStG. in geschichtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtung* (El § 47 del Cód. pen. mil. desde el punto de vista histórico del derecho comparado y político-jurídico), Diss. Marburg, 1940. EL MISMO: *Die Vorgeschichte des § 47 MStGB.* (La prehistoria del § 47 del Cód. pen. mil.), en *ZWehr.*, III, 8 y sigs. SÜLFLOW: *Der Befehl im Strafrecht* (El mandato en el Derecho penal), Diss. Heidelberg, 1910.

THIELKE: *Gehorsam und Schuld des Staatsbeamten und des Soldaten bei gesetzwidrigen Befehl des Vorgesetzten* (Obediencia y culpabilidad del funcionario público y del militar en el caso de mandato ilegal del superior), Diss. Königsberg, 1911. THIESSEN: *Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls im Staats- und Militärdienst* (Las consecuencias jurídico-penales del mandato antijurídico en el servicio militar y en el servi-

cio del Estado), Diss. Königsberg, 1911. TSCHOFFEN (Ch.): *Rapport sur la défense du chef de l'ordre supérieur*, presentado a la Comisión internacional para la reconstrucción y el desenvolvimiento del Derecho penal, Cambridge, 1942.

VACCHELLI: *Il limite dell'obbedienza gerarchica e l'art. 51 del nuovo codice*, en *Riv. italiana di diritto penale*, 1932, pág. 153. VENDITTI (R.): *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, 1954.

WACHSMUTH: *Die zivilrechtliche Haftung des Staatsbeamten u. des Soldaten f. eine in Ausführung eines gesetzwidrigen Befehls gegeneinander einem Dritten begangene Pflichtverletzung nach preussischen und Reichsrecht*, Diss. Rostock, 1912. WADE (D. A. L.): *A survey of the trials of war criminals*, en *Journal Royal Service Institution*, feb. 1951. WEBER: *Die Schiffsgewalt des Kapitäns u. ihre geschichtlichen Grundlagen*, en Diss. Bonn, 1907. WEBER (Hellmuth von): *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl* (La responsabilidad jurídico-penal en la obediencia debida), 1948. WELKISCH: *Der rechtswidrige bindende Dienstbefehl in seiner Abhängigkeit von der jeweiligen Staatsauffassung* (El mandato antijurídico vinculante en materias del servicio considerado en su dependencia de la respectiva concepción política), Diss., 1934. WÜRTENBERGER: *Der Irrtum über die Völkerrechtsmässigkeit des höheren Befehls im Strafrecht* (El error sobre la conformidad con el Derecho internacional del mandato superior en el Derecho penal), en *Monatschf. f. D. R.*, 1948, núm. 8, págs. 271 y sigs. *History of the United Nation War Crimes Commission and the development of the laws of war*, London, His Majesty's Stationary Office, 1948.