



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho



# MEMORIA: LA OBEDIENCIA DEBIDA DE ÓRDENES ILÍCITAS EN EL DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL MILITAR CHILENO Y ESPAÑOL

Rocío Rivero Velarde  
Profesor Guía: Juan Francisco Rivera Castro

Valparaíso, Diciembre de 2016

## ÍNDICE

Tabla de Abreviaturas.....	3
Introducción.....	4
<i>Capítulo I</i>	
Teoría general del delito: culpabilidad.....	6
Delito.....	6
Culpabilidad.....	7
Imputabilidad.....	8
Dolo o culpa.....	10
Ausencia del elemento cognitivo del dolo.....	10
Error de tipo.....	10
Error de prohibición.....	11
Ausencia del elemento volitivo del dolo.....	12
La exigibilidad de otra conducta.....	12
<i>Capítulo II</i>	
La obediencia debida.....	14
Concepto.....	14
Juridicidad y antijuridicidad de las órdenes.....	14
Naturaleza jurídica de la obediencia debida.....	17
Sistemas de obediencia.....	20
Condiciones para que opere la causal.....	22
<i>Capítulo III</i>	
La eximente de obediencia debida en la legislación penal de Chile, España y en el Derecho Internacional.....	24
Código Penal chileno.....	24
Código Penal español.....	26
La Obediencia Debida en el derecho penal chileno.....	28
La Obediencia Debida en el derecho penal español.....	31
La Obediencia Debida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	36
<i>Capítulo IV</i>	
La obediencia debida en el derecho penal militar chileno y español.....	39
Código de Justicia Militar chileno.....	39
Código Penal Militar español.....	39
La Obediencia Debida en el derecho penal militar chileno.....	40
La Obediencia Debida en el derecho penal militar español.....	46

Conclusiones.....	49
Bibliografía.....	51

## TABLA DE ABREVIATURAS

Art.= Artículo  
Arts.= Artículos  
CA = Corte de Apelaciones  
CJM = Código de Justicia Militar Chileno  
CJME = Código de Justicia Militar Español  
CP = Código Penal Chileno  
CPE = Código Penal Español  
CPM = Código Penal Militar  
CPP = Código Procesal Penal  
CPR = Constitución Política de la República  
CS = Corte Suprema  
Nº = Número  
nº = Numeral  
SCA = Sentencia de la Corte de Apelaciones  
U.T.M. = Unidad Tributaria Mensual

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo de memoria analizaremos y compararemos la figura de la “obediencia debida”. Esta figura está presente en distintas áreas del derecho y, a la vez, en múltiples ordenamientos jurídicos. En esta investigación abordaremos nuestro objeto de estudio principalmente desde el derecho penal militar y específicamente realizaremos un análisis comparativo de su regulación en Chile y en España.

Alguna de las ramas del derecho en que está presente la obediencia debida u obediencia jerárquica es en la administrativa, en la judicial y en la rama militar. La obediencia debida en el área militar la analizaremos con detalle más adelante.

En Chile encontramos mencionada y regulada esta eximente en distintas disposiciones de derecho administrativo, así el art. 61 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, dispone dentro de las obligaciones de los funcionarios públicos el deber de obediencia; esto seguido del art. 62 de la misma ley, que consagra el deber de representación de una orden que el funcionario estimare ilegal ante el superior, y en caso de éste reiterarla, la norma dispone que el funcionario “deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden.”

Lo mismo se prevé en el ámbito judicial, donde el CP, en su art. 226 prescribe el delito de obediencia respecto de los funcionarios públicos de la administración de justicia y consagra la eximente por obediencia relativa. Establece el deber de obedecer al superior y la posibilidad de representar su cumplimiento, al igual que la norma del Estatuto Administrativo.

En el derecho penal chileno, si bien no se encuentra prescrita expresamente en el art. 10 CP, referido a las eximentes de responsabilidad criminal, podemos afirmar que la eximente de obediencia debida está presente en nuestro ordenamiento, a pesar de no estar prescrita en el art. 10 CP. Parte de la doctrina postula que encontramos la figura de la obediencia debida dentro de las eximentes de culpabilidad, debido a una falta del requisito de exigibilidad de este último elemento del delito. Otra parte, en cambio, considera la obediencia debida como una causal de justificación.

En el derecho penal español Francisco Javier Hernández Suárez-Llanos, postula que la obediencia debida no es una eximente autónoma, tal como se le considera en Chile, sino que se puede ir desmembrando ésta e incluir los distintos supuestos dentro de otras eximentes autónomas, tales como la eximente de cumplimiento de un deber, el error de prohibición, el miedo insuperable o la eximente de estado de necesidad, justificante o

exculpante según corresponda a la situación concreta, diferenciando si se considera la eximente como completa o como incompleta, siendo en el primer caso causal de justificación y en el segundo de exculpación.

Durante el desarrollo de este trabajo nos referiremos en el primer capítulo al elemento de la culpabilidad del delito, muy importante para ubicar correctamente nuestro objeto de estudio y esencial para entender los distintos tratos que le dan los ordenamientos jurídicos antes referidos. Una vez expuesta la culpabilidad en el contexto de la teoría del delito haremos una exposición sobre la eximente de obediencia debida, definiremos su concepto y su naturaleza jurídica, junto con exponer las condiciones para que opere la causal. En el tercer capítulo entraremos a tratar la eximente de obediencia debida desde una óptica dogmático penal; nos ubicaremos en el contexto de su regulación, comparándola entre estos dos grandes ordenamientos jurídicos, así como su regulación conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Finalmente, en el cuarto capítulo, analizaremos y compararemos la regulación que se da de la eximente de obediencia jerárquica en el derecho penal militar en Chile y España.

1. *Delito*

¿Qué es el delito? Junto a esta pregunta podemos encontrar variadas respuestas; una de ellas es la definición que entrega el propio CP en su art. primero: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Podríamos considerar ésta la definición jurídica chilena de delito. Sin embargo, ésta se restringe solo a su ordenamiento jurídico, es decir, solo rige en Chile. Es por ello que acudimos a otras definiciones extrajurídicas de delito, aceptadas universalmente. En este trabajo nos basaremos en la definición que ha ido construyendo a través del tiempo la Teoría General del Delito, gracias al aporte de diversos autores, y que hoy nos entrega: delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Esto mismo nos señala Novoa, “la definición conveniente al delito en la dogmática jurídica es: conducta típica, antijurídica y culpable (reprochable).”<sup>1</sup> Así también lo sostiene Mir Puig, “[s]e admite generalmente, prescindiendo de divergencias menores, que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible.”<sup>2</sup> Respecto a la exigencia o no de la punibilidad en el concepto de delito, no la consideraremos en este trabajo, por no ser su objeto.

De la definición de delito podemos abstraer los cuatro elementos esenciales de éste: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Conforme a su definición, estos elementos forman parte de la esencia del delito, por lo que a falta de uno de éstos, aquello no sería precisamente un delito. Bueno es tener en cuenta también que la concurrencia de estos elementos debe verificarse en el mismo orden secuencial en que se presentan en la definición, es decir, primero ver si es efectivamente una conducta; una vez verificado esto, analizar si es ésta típica o no; luego ver si es esta conducta típica antijurídica, es decir, contraria a derecho. Verificados estos tres elementos vemos si se da el cuarto elemento, la culpabilidad.

Santiago Mir Puig, quien, si bien acepta la definición doctrinal que se ha dado, los cuatro elementos del delito que se proponen, señala que los pilares fundamentales del concepto de delito son la antijuridicidad y la culpabilidad, mientras la conducta y la tipicidad son parte del concepto de antijuridicidad. De este modo ha señalado que “[d]os son los pilares básicos sobre los que se apoya el concepto de delito que recogemos: la antijuridicidad y la culpabilidad. Las notas de comportamiento humano y de tipicidad deben entenderse como requisitos de la antijuridicidad penal.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago de Chile, 1960), p. 218.

<sup>2</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general* (Barcelona, 2004), p. 145.

<sup>3</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general* (Barcelona, 1990), pp. 121-122.

Una vez verificada la existencia del delito debemos cerciorarnos de la punibilidad del sujeto. Si a estos dos objetos: el delito y la punibilidad, le agregamos una sentencia firme que así lo declare, podemos decir el sujeto concreto ha incurrido en responsabilidad criminal.

Sin embargo, en el análisis sobre la existencia de los elementos del delito, podríamos percatarnos de la falta de uno de los elementos esenciales. Es a esto a lo que se le denomina en derecho penal: eximente de responsabilidad criminal. En el ordenamiento jurídico chileno, las eximentes de responsabilidad criminal se encuentran principalmente consagradas en el art. 10 del CP; en el derecho penal español, a su vez, las eximentes de responsabilidad se encuentran previstas en los art. 19 y 20 del CPE

## 2. *Culpabilidad*

Sin entrar a tratar cada uno de los elementos del delito en particular, por no ser el objeto de este estudio, es necesario para adentrarnos en el tema de este trabajo, referirnos a la culpabilidad.

Definiremos la culpabilidad como “el juicio de reproche que el Estado le hace al autor”<sup>4</sup>.

En este cuarto elemento ya no analizamos el hecho mismo, como al analizar si hay acción y si ésta es típica y constitutiva de antijuridicidad, sino que aquí se analiza al sujeto mismo, a quien realiza una acción con estas cualidades. Tal como sostiene Mario Garrido Montt, “[I]a concurrencia de la tipicidad y de la antijuridicidad determina el carácter delictivo de un hecho, pero no permite sancionar al sujeto que aparece como su autor, a menos que pueda personalmente reprochársele ese comportamiento, y esto exige, no analizar el hecho, sino el sujeto en sus condiciones particulares. Culpabilidad es reproche del acto a su autor.”<sup>5</sup>

Resulta importante para hablar de la culpabilidad, además de dar una definición, el determinar su fundamento. En este trabajo, consideraremos que la culpabilidad tiene por fundamento la libertad del sujeto. Al referirnos a la libertad del sujeto hacemos referencia a aquella facultad que tienen las personas naturales, sujetos activos por regla general de los delitos, luego de conocer los distintos aspectos y consecuencias con la inteligencia, de elegir realizar o no una determinada conducta. De esto nos habla Mir Puig al referirse a los

---

<sup>4</sup> BURGOS PAVÓN, Fernando, *Derecho Penal. Norma penal, penas y responsabilidad penal* (Madrid, 2015), p. 166.

<sup>5</sup> GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile, 2005), II, p. 253.

distintos caminos por los que puede fundarse el principio de culpabilidad: “[e]l planteamiento tradicional se ha basado en la idea de libertad de voluntad, y ha considerado como presupuesto fundamental de la responsabilidad el ‘poder actuar de otro modo’<sup>6</sup>

Considerando precisamente el fundamento de libertad que conlleva la culpabilidad, es que podemos decir que para que ésta se presente es necesario que se den sus tres elementos, estos son: a) la imputabilidad del sujeto; b) el dolo o la culpa; c) la exigibilidad de una conducta distinta a la ejecutada. Estos tres elementos deben darse en el mismo orden secuencial señalado.

Con el motivo de comprender con mayor claridad la exposición sobre la obediencia debida en el ordenamiento jurídico chileno y español, estimamos necesario detenernos en cada uno de estos componentes de la culpabilidad.

#### a) Imputabilidad

Tanto el ordenamiento jurídico chileno como el español no contienen una definición legal de imputabilidad. Algunos autores españoles lo definen negativamente a partir de las exigencias de responsabilidad criminal del artículo 20.1 y 20.2 del CPE. Creemos necesario para una mejor comprensión exponer los respectivos preceptos.

Artículo 20 CPE: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”

Algún sector de la doctrina sostiene que “[l]a imputabilidad no se define en el CPE. Se estudia desde el punto de vista negativo de ausencia de causas de inimputabilidad. Se es

---

<sup>6</sup> Cfr. La exposición de Engisch, Die Lehre, pp.7 ss. Citado por Santiago Mir Puig, Cit. N. 3, p. 584.

imputable porque no concurre ninguna de estas causas, que están contenidas en el art. 20 del CPE.”<sup>7</sup> Lo mismo nos expresan Obregón y Gómez, al señalar que “[c]omo se ha indicado, el art. 20 CPE acoge un concepto de imputabilidad que incluye tanto la capacidad para comprender la ilicitud del hecho (la significación antijurídica de los propios actos) como la capacidad para dirigir la propia actuación conforme a esa comprensión.”<sup>8</sup>

Burgos propone una definición positiva de imputabilidad, indicando que es el “conjunto de requisitos psicobiológicos exigidos por la legislación penal que expresa que la persona tenía capacidad de valorar y de comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar a los términos requeridos por el Ordenamiento jurídico”.<sup>9</sup>

Por su parte, Muñoz Conde y García Arán entregan una interesante definición de lo que es la imputabilidad o “capacidad de culpabilidad”, diciendo que son “las facultades psíquicas y físicas [del autor] mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. (...) Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos.”<sup>10</sup>

A partir de las distintas definiciones analizadas, podemos concordar en definir la imputabilidad como la capacidad de conciencia, valoración y comprensión de un sujeto respecto de la ilicitud de sus propios actos, junto con la capacidad de poder determinar su actuar conforme a aquella captación consciente.

Tal como podemos inferir, la imputabilidad requiere un cierto grado de madurez y de lucidez mental, un cierto grado de normalidad psíquica. Y es debido a que por regla general las personas naturales posean una salud mental normal, que los códigos penales chileno y español presuponen la imputabilidad.

Si falta el elemento de imputabilidad, nos encontramos ante una causal de inimputabilidad, también llamadas *actiones liberae in causa*. Y es debido a que el ordenamiento jurídico se basa en la imputabilidad de los sujetos, que establece causales expresas por las que podemos decir que el sujeto es inimputable; son la excepción a la regla general. Estas son: minoría de edad, locura o demencia y trastorno mental transitorio.

---

<sup>7</sup> BURGOS PAVÓN, Fernando, cit. (n. 4), p. 167

<sup>8</sup> OBREGÓN GARCÍA, Antonio y GÓMEZ LÁNZ, Javier, *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito* (Madrid, 2015), p. 131.

<sup>9</sup> BURGOS PAVÓN, Fernando, cit. (n. 1), p. 168.

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General* (Valencia, 2000), p. 411.

No se condice con nuestro objetivo adentrarnos en detalles respecto de éstas, por lo que simplemente nos limitamos a nombrarlas, y a destacar que en Chile estas se encuadran en el art. 10 n° 1 y 2, mientras que en España se encuentran expresadas en los art. 19, 20.1, 20.2 y 20.3.

## b) Dolo o culpa<sup>11</sup>

Si bien los códigos penales chileno y español no contienen una definición de dolo, definiremos éste como la voluntad de ejecutar una conducta, sabiendo que los elementos del tipo se dan en el plano fáctico, y teniendo también conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. De esta definición podemos abstraer dos aspectos principales del dolo, primero uno cognitivo, tanto sobre los elementos del tipo en el plano fáctico, como de la ilicitud de la conducta, y otro volitivo, es decir, tener la voluntad de realizar aquella conducta típica y antijurídica.

Respecto a la culpa, la definiremos como “un actuar imprudente”. Esto se puede colegir principalmente del art. 10 del CPE, donde dice “son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes por ley”.

De la culpa como elemento de la culpabilidad, Politoff, Matus y Ramírez se refieren a ella como forma excepcional, menos grave, de culpabilidad, y nos entregan una definición al señalar que “actúa con culpa quien debiendo evitar un resultado previsible y evitable, no lo prevé, o previéndolo, no lo evita, pudiendo hacerlo”.<sup>12</sup>

### 1) Ausencia del elemento cognitivo del dolo

#### i. Error de tipo

Esta eximente de culpabilidad, se refiere a una falta de conocimiento o una equivocación por parte de quien comete la conducta típica y antijurídica respecto de alguno de los elementos objetivos del tipo en el plano de la realidad. Bien lo señala Garrido Montt, “[e]l error de tipo parte del principio de que el dolo requiere del conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo; si carece del conocimiento de uno o de todos

---

<sup>11</sup> Siguiendo la teoría causalista ubicamos el dolo y la culpa dentro del elemento de la culpabilidad, a diferencia de la teoría finalista que ubica estos elementos dentro de la tipicidad.

<sup>12</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago de Chile, 2008), p. 282.

esos elementos al realizar la acción objetivamente típica, se incurre en error y el dolo queda excluido.”<sup>13</sup>

En cuanto a los efectos del error de tipo hay una regla general, para la que debemos diferenciar entre error vencible o evitable y error invencible o inevitable.

Si el error es evitable, es decir, podría el sujeto haber previsto lo que iba a ocurrir en el plano de la realidad, pero no lo hizo por una falta de diligencia o cuidado debido, en ese caso el error elimina el dolo, pero deja subsistente la culpa, señalando Garrido Montt que “de consiguiente, el hecho constituirá un cuasidelito cuando la culpa es punible, y tendrá que responder el sujeto en tal calidad”<sup>14</sup>. En cambio, si el error era invencible o inevitable, el sujeto no pudo prever lo que sucedería, fue lo suficientemente diligente y aun así no pudo evitar el error de tipo, en ese caso el error elimina tanto el dolo como la culpa.<sup>15</sup>

Respecto a la valoración de la vencibilidad o invencibilidad del error, citamos a Quintero Olivares, quien nos señala “la valoración de la vencibilidad o invencibilidad del error deberá ajustarse a criterios atentos a las circunstancias concretas en las que se verificó la actuación del sujeto; es insuficiente pues el criterio abstracto *tout court* de la diligencia del hombre medio.”<sup>16</sup>

## ii. Error de prohibición

Este error hace referencia a una equivocación o ignorancia respecto a la ilicitud del acto ejecutado por el sujeto, tal como lo señala Garrido Montt, “[e]rror de prohibición es el que recae sobre la ilicitud de la actividad desarrollada, es ignorar que se obra en forma contraria a derecho, es no saber que se está contraviniendo el ordenamiento jurídico.”<sup>17</sup> Suele sostenerse que esta clase de error se puede presentar de tres maneras: como error sobre la existencia de la prohibición o error de prohibición directo, como error sobre la existencia de una causa de justificación y como error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.

---

<sup>13</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Cit. (n.5), p. 120.

<sup>14</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Cit. (n.5), p. 122.

<sup>15</sup> Sin embargo, a esta regla general de determinar la eliminación del dolo y/o la culpa según la vencibilidad o invencibilidad del error, caben tres excepciones: error sobre el nexo causal, error sobre el objeto material (*aberratio ictus*), y error sobre el sujeto pasivo (*error in personam*).

<sup>16</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (Navarra, 2005), p. 429

<sup>17</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Cit. (n.5), pp. 118-119.

## 2) Ausencia del elemento volitivo del dolo

El elemento volitivo del dolo consiste en la intención de realizar aquella conducta típica y antijurídica. Esto admite ciertas precisiones: implica tanto la voluntad de realizar la conducta típica, así como también obtener el objetivo que se propone con esta realización, además de todo lo que conlleva el plan predeterminado, es decir, los actos de preparación, aspectos circunstanciales, entre otros. Otra precisión es que este elemento del dolo no dice relación ni con la motivación que tiene quien actúa ni sus deseos ante la actuación. Muñoz Conde nos señala, “[e]l elemento volitivo supone la voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aún no está decidido a realizar el hecho (...), o sabe que no puede realizarse (...), no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.”<sup>18</sup>

### c) La exigibilidad de otra conducta

Llegamos aquí a un punto muy importante en el desarrollo de nuestra investigación, el tercer elemento de la culpabilidad: la exigibilidad de una conducta distinta de la ejecutada. Esto lo desarrollaremos ahora con mayor atención.

Enrique Cury ha definido este elemento al decir que “la exigibilidad es la posibilidad, determinada por el ordenamiento jurídico, de obrar en una forma distinta y mejor que aquella por la que el sujeto se decidió”<sup>19</sup>.

La exigibilidad, al igual como lo dijimos de la culpabilidad en general, también parte de la base del reconocimiento de la libertad de cada ser humano, es decir, por regla general cada conducta típica y antijurídica se considera ejecutada libremente. Esto admite excepciones, aquellos casos en los que a la persona no le ha sido moralmente posible la ejecución de una conducta distinta de la realizada. Ante esta situación podemos decir que ha habido una causal de inexigibilidad.

Estas causales de inexigibilidad en el caso específico de Chile y España, varían entre ellas, y es aquí donde damos comienzo al tema central de este trabajo de fin de grado: la obediencia debida de órdenes ilícitas como causal de inexigibilidad.

En el ordenamiento jurídico chileno se considera por lo general como causas de inexigibilidad de otra conducta: la fuerza moral irresistible (art. 10 N° 9 del CP); el miedo

---

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito* (Valencia, 2007), p. 71.

<sup>19</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile, 2011), p. 449.

insuperable (art. 10 N° 9 del CP); el encubrimiento de cónyuge, conviviente civil o ciertos parientes (art. 17 inciso final del CP); el estado de necesidad exculpante (art. 10 N° 11 del CP) y a la obediencia debida. Como podemos apreciar, todas, menos la obediencia debida, encuentran consagración expresa en el CP.

Por su parte, en el CPE, se reconocen como causal de inexigibilidad o de exculpación, tan solo el miedo insuperable (art. 20.6 del CP) y el estado de necesidad exculpante (art. 20.5, para el caso de ser el mal causado y el que se trata de evitar, de igual valor)

Por lo tanto, como podemos ver, en Chile se considera la obediencia debida como causal de inexigibilidad, mientras en España la obediencia jerárquica se desmiembra, dando cabida los distintos supuestos a otras distintas causales de irresponsabilidad; es decir, en España no se considera la obediencia debida de la misma manera que la mayoría de la doctrina en Chile, sino que los elementos de la obediencia jerárquica se separan, se individualizan para acomodarse dentro de otras causales de irresponsabilidad. Ya veremos que uno de esos “elementos” en que se desmiembra la obediencia jerárquica es, por ejemplo, la órdenes vinculantes y las órdenes no vinculantes.

## CAPÍTULO II. LA OBEDIENCIA DEBIDA

La institución de la obediencia debida se ha ido construyendo en base a aportes normativos, doctrinales y jurisprudenciales, también en el derecho internacional, como el Estatuto de Roma. Es producto de todos éstos que la obediencia jerárquica es hoy en día una institución definida y con una esencia propia, con independencia de la aceptación o negación que de ésta hagan los distintos ordenamientos en particular y en un momento determinado, así como la forma en que cada uno de ellos la regule, bajo qué circunstancias y requisitos.

### *1. Concepto*

Si buscamos un concepto de obediencia debida en la legislación o en la doctrina, tanto chilena como española, no encontraremos una sola definición. Las leyes no otorgan una definición. Sin embargo, los autores más influyentes en sus manuales y tratados de derecho penal entregan los elementos para poder construir un concepto de obediencia debida.

Luego de analizar detalladamente lo que autores como Mir Puig, Etcheberry, Cury, Politoff, Matus, Ramírez, Hernández Suárez-Llanos y Garrido Montt han escrito sobre la obediencia debida, así como la legislación internacional y, específica y meticulosamente, la legislación tanto penal común como penal militar chilena y española, hemos construido un concepto de obediencia jerárquica independiente de los que cada ordenamiento en particular y en un momento determinado pueda disponer. Así, podemos definir la obediencia debida como aquella institución de derecho penal eximente de la responsabilidad penal de un sujeto ante la comisión de una acción típica, por ser realizada ésta por un subordinado en virtud de una orden de un superior previa relación jurídica entre ellos y un deber de obediencia establecido por el ordenamiento jurídico.

Con este concepto hacemos es un adelanto del desarrollo de este trabajo, pues, tal como ya lo hemos dicho, se infiere de lo que las distintas legislaciones, doctrina y jurisprudencia han postulado o afirmado sobre el tema.

### *2. Juridicidad y antijuridicidad de las órdenes*

Cury, tratando el tema de la obediencia debida, ha dicho “prefiero hablar, en general, de un cumplimiento de órdenes antijurídicas, reservando la expresión obediencia debida sólo para aquellos casos en que se imparte una orden lícita, los cuales, como es

obvio, quedan al margen del derecho penal.”<sup>20</sup> Debemos aclarar que, si bien este autor hace esta distinción, cuando hablamos de la obediencia debida como institución de derecho penal, nos referimos a lo que Cury está llamando cumplimiento de órdenes antijurídicas. Es decir, diferenciamos la institución de “obediencia debida”, de la obediencia ideal de órdenes lícitas, la que, tal como dice el profesor, queda al margen del derecho penal. Por lo tanto, para el profesor la obediencia debida, tal como la tratamos en este trabajo, es respecto de órdenes antijurídicas.

Más adelante, al delimitar el concepto, Cury expone “sólo debe considerarse cubierto por la causa de inexigibilidad relativa al cumplimiento de órdenes ilícitas el subordinado que ejecuta el hecho a sabiendas de que es ilícito y antijurídico porque, habiéndoselo representado así y manifestado su disenso al superior que le impartió el mandato, éste ha insistido en él”.<sup>21</sup> Aquí, el autor parte de la base de la regulación de la obediencia debida conforme al derecho penal común chileno, el que propone como requisito para que se pueda alegar la obediencia debida que el subordinado represente al superior la orden antijurídica y éste insista. Sin embargo, nosotros nos hemos abstraído de esta particularidad del derecho chileno para formar un concepto trascendental.

Importante creemos es destacar que Cury no limita todos los supuestos en que se obedece una orden jerárquica ilícita a una causal de obediencia debida por inexigibilidad de otra conducta, sino que dándose los supuestos de error de tipo o de error de prohibición, o los de cumplimiento del deber, podría darse lugar a estas distintas eximentes. Es decir, no basta que exista la orden ilícita, sino que es menester que el subordinado haya obedecido en virtud del deber jurídico de obedecer, y no porque cree que la orden es lícita o porque por miedo insuperable se ve casi imposibilitado a desobedecer.

Politoff, Matus y Ramírez se refieren a la obediencia jerárquica a partir de las causas legales de inexigibilidad, es decir, a partir de la exculpabilidad. Consideran que la obediencia debida tiene como supuesto que un subordinado ejecuta una orden antijurídica, actuando tanto el que dio la orden como el subordinado, de manera igualmente ilícita, y por lo tanto, considerando que la única manera en que la obediencia se pueda considerar causal de justificación es en el caso de una orden lícita, así lo señalan expresamente, “sólo la orden lícita puede ser una causa de justificación para el que recibe la orden.”<sup>22</sup> Es decir, respecto a la juridicidad de la norma, para que un mandato permita alegar la eximente de obediencia debida, según Politoff, Matus y Ramírez, la orden jerárquica debe ser antijurídica.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 460.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 465.

<sup>22</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno* (Santiago de Chile, 2003), p. 353.

Por su parte, en España, Hernández Suárez-Llanos nos dice que la norma debe ser vinculante y aparentemente lícita. Debemos recalcar que solo los mandatos vinculantes producen el deber de obediencia; sin embargo, no por ser vinculantes van a eximir o modificar la responsabilidad. Esto bien lo expresa el autor al sostener que “[p]or otro lado, el deber de obediencia solo puede ser generado por la órdenes vinculantes, únicas capaces de justificar al ejecutor obediente. Sin embargo, que la orden vinculante genere objetivamente un deber de obediencia, no significa que lleve sin más a la justificación del subordinado que dispensa el art. 20.7. La propia estructura de la eximente de cumplimiento de un deber de este art. 20.7 requiere que junto al deber objetivo de obediencia, concurren otras condiciones que veremos más adelante, sin las cuales el subordinado no verá justificada su conducta”.<sup>23</sup>

Es relevante determinar qué es un mandato vinculante, para ello Hernández Suárez-Llanos sostiene que es “aquel que actualizan un deber impuesto por el derecho”<sup>24</sup>. Es decir, hay un deber enunciado expresamente en el ordenamiento jurídico, y en caso de no cumplirse hay una consecuencia jurídica, normalmente una sanción. Una orden de un superior a un inferior es un mandato vinculante si es respecto a una materia sobre la que el ordenamiento ha impuesto el deber al superior de dar órdenes al inferior, y ha establecido el ordenamiento una sanción ante la desobediencia del inferior. Sin querer entrar en detalles, negamos la existencia de mandatos vinculantes ilícitos.

¿Qué pasa respecto de los mandatos no vinculantes para Hernández Suárez-Llanos? Respecto a los mandatos no vinculantes, se debe diferenciar si el sujeto ha tenido conocimiento de la ilicitud de la orden o no.

En cuanto a la orden lícita, Hernández Suárez-Llano nos señala, citando a Quintero Olivares, “es la que manda algo no inicialmente desvalorado por el Derecho, la que manda algo inicialmente desvalorado por el Derecho pero atípico por concurrir una causa de atipicidad y la que manda algo típico pero no antijurídico por concurrir una causa de justificación.”<sup>25</sup> A partir de estas nociones de orden lícita podemos a la vez extraer un concepto de orden ilícita según Hernández. Órdenes ilícitas son las que mandan algo inicialmente desvalorado por el derecho, que es a la vez típico y antijurídico. De esta definición de orden ilícita diferimos, considerando que basta que sea contraria a derecho, lo que consideramos lo mismo que ser antijurídica.

---

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional* (Madrid, 2011), p. 87.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>25</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, p.487, cit. por <sup>25</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional* (Madrid, 2011), p. 103.

Consideramos que respecto de las órdenes lícitas, en caso de obedecer el inferior puede eximir su responsabilidad en virtud de la eximente de cumplimiento del deber, debido a que la orden es jurídica, es decir, se puede alegar una causal de justificación. Sin embargo, el superior al que hay deber de obedecer podría dar entre sus distintas órdenes, algunas de carácter ilícitas. Claramente, frente a estos preceptos es de toda lógica que el subordinado ante su cumplimiento no puede alegar que éste conforma cumplimiento de un deber. Y es la razón por la que el subordinado no recibiría pena aun habiendo realizado la conducta un tema muy discutido en derecho penal a nivel nacional e internacional.

### 3. *Naturaleza jurídica de la obediencia debida*

Al discutir la naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida encontramos distintas posturas, unas más predominantes que otras, pero todas parten de una base: es una eximente de responsabilidad penal.

El profesor Enrique Cury nos habla de cuatro puntos de vista más difundidos en esta materia: causal de justificación, falta de acción, teoría del error y causal de inexigibilidad. Para él la postura más imponente en los últimos tiempos es la obediencia debida como situación de inexigibilidad de otra conducta. “En los últimos tiempos tiende cada vez más a imponerse la opinión correcta, de conformidad con la cual la eventual impunidad de quien cumple una orden injusta obedece a que en tales hipótesis el inferior se halla en una situación de inexigibilidad.”<sup>26</sup> Cury opta por esta postura debido a los presupuestos que suelen establecerse para que se de la obediencia debida; en estos casos “no puede esperarse que se abstenga de cumplir la orden, porque las circunstancias lo presionan de tal manera que el ámbito de su facultad de autodeterminación se encuentra severamente reducido.”<sup>27</sup>

Politoff, Matus y Ramírez comparten la postura de Cury respecto a que la obediencia jerárquica tiene una naturaleza jurídica de causal legal de inexigibilidad. Para ellos “solo la orden lícita puede ser una causa de justificación para el que recibe la orden”.<sup>28</sup> Para estos, las órdenes lícitas tienen la naturaleza de causal de justificación, lo que nada tiene que ver con la obediencia debida, la que trata sobre las ordenes ilícitas. Para los autores, “[d]esde el punto de vista de la lógica, de la unidad del derecho y del carácter objetivo de la antijuridicidad, el que ejecuta una orden ilícita ‘actúa tan ilícitamente como el superior que dio la orden antijurídica’.<sup>29</sup> Luego, el cumplimiento de una orden antijurídica no sólo no

---

<sup>26</sup> CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 18), p. 463.

<sup>27</sup> CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 18), p. 464.

<sup>28</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 21), p. 353.

<sup>29</sup> MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, I, P. 384. Cit. por POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 21), p. 353.

puede estar cubierto por una causa de justificación, sino que no puede ser considerado vinculante. A las razones lógicas cabe añadir criterios materiales, que tienen que ver con el derecho de resistencia contra la violencia estatal cuando asume el carácter de hecho ilícito”.<sup>30</sup> Y luego continúa, citando a Baumann, “De allí se sigue que la orden antijurídica puede, únicamente (...), ‘tener el efecto de una causal de exculpación, en el caso que al que recibió la orden no hubiera podido exigírsele que actuara diversamente o que se resistiera contra la ejecución de la orden’<sup>31</sup>.”<sup>32</sup>

En concordancia con la postura de Politoff, Matus y Ramírez es la de Reinhart Maurach, quien señala “en el mandato se ha impuesto ya a convicción de que debe partirse de una distinción: el cumplimiento de un mandato oficial, dictado conforme a derecho, origina una causa de justificación a favor del subordinado; un mandato antijurídico no puede, en cambio, producir este efecto”<sup>33</sup>. En esta postura, Maurach considera que los mandatos oficiales, los que son vinculantes, solo pueden ser mandatos jurídicos.

Etcheberry coincide con la postura de Politoff, Matus y Ramírez en negar que las órdenes dadas por un superior ilícitas son causales de justificación, al señalar que “[e]n el primero caso [cumplimiento de un deber sustancial], siempre estaremos ante una causal de justificación. En el segundo [cumplimiento de deberes formales], solamente habrá causal de justificación si se trata del cumplimiento de una orden lícita: en tal caso el subordinado cumple un deber, y el superior ejercita legítimamente su autoridad o cargo. Pero si el superior da una orden ilícita, el acto no queda intrínsecamente justificado por tal circunstancia: no hay causal de justificación. Sin embargo, el inferior no recibe pena; la razón por la cual está exento de pena es uno de los temas más debatidos en la teoría del delito.”<sup>34</sup> Más adelante vuelve a referirse a la naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, y deja en claro lo indubitable de la negación de ésta como causal de justificación. Nos nombra otras posturas dadas por otros autores, como sería el considerar su naturaleza jurídica como causal de exculpabilidad por error, a lo que nos dice, “[a]lgunos han sugerido que por error: ante la insistencia del superior, el inferior cree que la orden es lícita. A veces, así puede ocurrir, y en tal caso hay una causal de inculpabilidad, pero en otros casos el inferior sabrá perfectamente que está ejecutando un delito.”<sup>35</sup> Si bien aquí no lo dice expresamente, pero se puede inferir de todo lo que respecto a la obediencia debida nos habla, en el caso de haber error, bien no habrá delito, pero no será por obediencia

---

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> BAUMANN, Jürgen, P. 350. Cit. por POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 21), p. 353.

<sup>32</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 21), p. 353.

<sup>33</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. (Barcelona, 1962), I, p. 417.

<sup>34</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*. (Santiago de Chile, 1998), p. 350.

<sup>35</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino* (Buenos Aires - 1963), I, pp. 274 y ss. Cit. por. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile, 1998), p. 352.

debida, sino por error de prohibición. Por último, más adelante dice: “Por todas estas razones [razones por las que rechaza la idea de que la orden ilícita en que el superior insiste impone un deber jurídico de cumplirla] creemos que la exención de pena por obediencia debida a órdenes ilícitas, es un caso más de no exigibilidad de otra conducta”.<sup>36</sup>

Etcheberry dice que a partir de Mayer, se admite en general que la obediencia debida no es causal de justificación. No podría ser que fuese causal de justificación, es decir, que obedecer aquel mandato fuese acorde a derecho, pero que a la vez aquella actitud conforme a derecho le conlleve responsabilidad al superior que la ordena, por el paradójico hecho de sí ser contrario a derecho para él. Hay algo ilógico ahí. En opinión del autor, “debe rechazarse la idea de que la orden ilícita en que el superior insiste impone un deber jurídico de cumplirla, y ello a pesar de las disposiciones que sancionan por delito de desobediencia en caso contrario”<sup>37</sup>.

El deber de obediencia es respecto de las órdenes lícitas, pero respecto de las ilícitas no hay deber de obediencia. Si no, se daría el paradójico e ilógico caso en que sería contrario a derecho tanto obedecer las órdenes ilícitas como desobedecer estas mismas. Por lo tanto, tiene que optarse porque la obediencia en caso de manifiesta ilicitud de la orden, y con la debida representación, si bien sigue siendo antijurídico, excluya de responsabilidad.

Sin embargo, si bien ante las órdenes ilícitas hay deber de obedecer en caso de representar la orden y el superior insistir, Etcheberry reconoce que hay casos en los que, por distintas razones, no se puede exigir a los inferiores que representen las órdenes recibidas y que consideren ilícitas, esto, por ejemplo, por inexigibilidad de otra conducta, es decir, no se le puede exigir que realice otra conducta que no sea obedecer, como sería exigirle que represente. En palabras del profesor, “[s]in embargo, la ley comprende que no puede exigir a los inferiores que insistan en desobedecer, a riesgo de ser sancionados hasta penalmente en caso de que resulten estar equivocados acerca de la ilicitud de la orden, y en consecuencia, los autoriza para ejecutar la orden, eximiéndolos de responsabilidad”.<sup>38</sup> Y es a partir de esto mismo que el mismo autor cimenta parte importante de nuestra teoría: la exención por obediencia jerárquica de órdenes ilícitas es una causal de exculpación por inexigibilidad de otra conducta.

Postura distinta es la de Mir Puig, quien considera la naturaleza jurídica de la obediencia jerárquica como causal de justificación. Sin embargo, esto tiene como precedente que las órdenes impartidas por el superior y que podrían conllevar a eximir la responsabilidad por obediencia debida, son órdenes aparentemente lícitas, excluyendo las

---

<sup>36</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, cit. (n. 32), p. 353.

<sup>37</sup> *Ibidem*

<sup>38</sup> *Ibidem*

órdenes manifiestamente ilícitas; esto a diferencia de los autores chilenos, quienes consideran que la obediencia que exime de responsabilidad puede ser también a la orden de un superior jerárquico manifiestamente lícita. Señala Mir Puig, “no hay duda de que la ley no sólo disculpa, sino que permite la lesión del bien jurídico cuando concurre obediencia debida, porque así se desprende de esta misma expresión legal (“obediencia debida”) y de que cuando concurre, el desobedecer constituye delito (art. 369 del CPE)<sup>39</sup>. Si la obediencia es debida, ha de ser permitida y no puede ser prohibida, antijurídica, máxime si la desobediencia se castiga. La obediencia debida habrá de justificar el hecho, y no sólo excluir la culpabilidad de su autor.”<sup>40</sup> Luego, se opone a lo que dicen Politoff, Matus y Ramírez respecto al criterio de lógica, de unidad del derecho y carácter objetivo de la antijuridicidad, de que el subordinado que ejecuta una orden ilícita actúa tan antijurídicamente como el superior que da la orden antijurídica; Mir Puig postula que una orden antijurídica, pero no manifiestamente antijurídica, puede ser justificada para quien la obedece, pero continúa siendo antijurídica para quien dio la orden, “[m]as que el cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica se halle justificada no significa que quede excluida la antijuridicidad de la orden, y la responsabilidad penal que por la misma merezca el superior.”<sup>41</sup> Más claramente lo dice después “[q]ue sea evidente la subsistencia de antijuridicidad en la orden del superior no constituye, pues, ningún obstáculo para admitir la justificación de la conducta del subordinado que la cumple en obediencia debida.”<sup>42</sup>

En una opinión diferente Mario Garrido Montt, quien postula que si una orden es antijurídica, lo es tanto para quien la da como para quien la obedece, y así lo mismo para cuando una orden es lícita. “El subordinado cumple con su obligación sólo cuando acata las órdenes lícitas, pero no así cuando realiza actos injustos, aunque lo haga obedeciendo órdenes de su superior; de no ser así, dicha orden podría quedar justificada por su cumplimiento, porque la antijuridicidad lo es para todos o para ninguno: si el hecho es lícito para el subordinado, también lo sería para el que ordenó su ejecución.”<sup>43</sup>

#### 4. *Sistemas de obediencia*

Para analizar la responsabilidad y la posible existencia de una eximente de responsabilidad por parte del inferior que obedece, es necesario determinar la intensidad del deber de obediencia que presenta el subordinado, en palabras de Etcheberry “si el

---

<sup>39</sup> Aquí Mir Puig cita el art. 369, del Código Penal de 1973. Actualmente el deber de obediencia, y delito de desobediencia, se encuentra consagrado en el art. 410 del vigente Código Penal.

<sup>40</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, cit. (n. 3), pp. 542-543.

<sup>41</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, cit. (n. 3), p. 543.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Cit. (n.5), p. 319.

subordinado puede o no entrar a examinar el cumplimiento de las condiciones precedentemente enunciadas para que la orden sea lícita y obligatoria.”<sup>44</sup>

Según Etcheberry, “[s]egún el sistema que se siga en las diversas legislaciones, se habla de obediencia absoluta, relativa y reflexiva.”<sup>45</sup> En la obediencia absoluta el inferior siempre debe obedecer al superior, sin examinar la licitud de la orden. En la obediencia relativa, el inferior debe examinar la licitud y obedecer solo las órdenes que considere lícitas. Obediencia reflexiva, es aquella en que el inferior también examina la licitud de la orden, y en caso de considerarla ilícita debe representarlo al superior que le dio la orden, y si éste insistiese, debe obedecer. En Chile tenemos el sistema de obediencia reflexiva, por lo que el inferior ante una orden ilícita debe representarlo al superior, y si éste insiste, debe obedecer, pero queda exento de toda responsabilidad, la que será enteramente del superior que dio la orden y que insistiese; en caso que el inferior consciente de la ilicitud de la orden no representase (sin haber error ni fuerza, claramente), comparte la responsabilidad penal con el superior jerárquico. Reconoce este sistema de obediencia tanto en el orden administrativo, judicial y militar.

Para Cury, hay distintas formas que puede adoptar el cumplimiento de órdenes antijurídicas, llama sistemas de obediencia. Cury las clasifica entre absoluta y relativa, y dentro de la absoluta, en ciega y reflexiva, tal como lo señala “[l]a literatura suele clasificar las formas que puede adoptar en la ley el cumplimiento de órdenes antijurídicas (‘obediencia debida’), distinguiendo entre obediencia relativa y absoluta y, dentro de esta última, entre ciega y reflexiva.”<sup>46</sup> Obediencia absoluta, el subordinado está obligado a cumplir tanto las órdenes lícitas como ilícitas. Obediencia relativa, el subordinado debe cumplir solo con los mandatos lícitos. La obediencia absoluta puede ser reflexiva, cuando ante el descubrimiento de una orden ilícita puede representar la ilegitimidad de la orden a su superior, y en caso de éste insistir, debe cumplirla. Y será obediencia absoluta ciega cuando siendo consciente de la ilicitud de la orden debe cumplirla igualmente, sin derecho a representar la orden ante el superior. Luego dice que en Chile la obediencia absoluta reflexiva solo se establece en el derecho militar. Sin embargo, nosotros no estamos totalmente de acuerdo con esto último, porque tal como hemos mencionado anteriormente, hay normas administrativas y judiciales, distintas de las de derecho militar, en las que se establece lo que Cury llamaría la obediencia absoluta reflexiva.

---

<sup>44</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, cit. (n. 32), p. 351.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 18), p. 460.

## 5. *Condiciones para que opere la causal*

Etcheberry sostiene que el primer requisito para que pueda invocarse la eximente de obediencia debida, es que el deber de obediencia sea un deber jurídico, “es decir, impuesto por la ley”<sup>47</sup>. Y a la vez, esta obligación de obediencia debe cumplir con otros requisitos:

- “1º Deber de existir una relación de subordinación jerárquica entre el que manda y el que obedece;
- 2º La orden debe referirse a las materias propias del servicio en el cual existe la relación jerárquica indicada;
- 3º El superior debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones;
- 4º La orden debe estar revestida de las formalidades legales que correspondan, si las hay.”<sup>48</sup>

Para Cury, los requisitos para que concurra la causal de inexigibilidad son:

- 1º Debe existir una orden.
- 2º La orden debe referirse a la realización de un hecho típico y antijurídico.
- 3º El inferior debe cumplir la orden a conciencia de su tipicidad y antijuridicidad.
- 4º El inferior no debe obrar coaccionado, sino tan sólo imperado por el mandato antijurídico.
- 5º El subordinado debe haber expresado al superior su desacuerdo con la orden que se le ha impartido.<sup>49</sup>

En muchos países el derecho internacional ejerce gran influencia en el derecho interno, tal como veremos en el capítulo siguiente, debido a normas de derecho interno que se remiten a tratados internacionales y que los hacen vinculantes para sí, o más bien, los hacen parte de sí. En la materia de este trabajo cobra importancia el Estatuto de Roma, el que en su art. 33 regula la obediencia debida, dentro de ciertos delitos específicos de su materia. El Estatuto de Roma, al regular la obediencia debida ha establecido sus propios requisitos, los cuales son:

- 1º haya una relación jerárquica entre subordinado y superior.
- 2º haya una orden ilícita emitida por un gobierno o un superior.
- 3º el subordinado estuviese obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por el gobierno o el superior jurídico de que se trate.
- 4º el subordinado no tiene conocimiento de la ilicitud de la orden.
- 5º la orden no es manifiestamente ilícita.

---

<sup>47</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, cit. (n. 32), p. 350.

<sup>48</sup> ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, cit. (n. 32), p. 351.

<sup>49</sup> CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 18), p. 466-467.

En cuanto a España, podemos ver que también establece sus propios requisitos a partir de los art. 410 y 411 del CPE sobre el delito de desobediencia. Estos presupuestos copulativos son:

- 1º haya una orden de un superior
- 2º haya una relación jurídica de subordinación entre el superior y el inferior.
- 3º la orden haya sido dictada dentro del ámbito de competencia del superior.
- 4º la orden haya sido dictada revestida de las formalidades legales.
- 5º el mandato no constituye infracción manifiesta, clara y terminante al ordenamiento jurídico.
- 6º representación
- 7º insistencia

De todo esto, podemos abstraer los requisitos de una obediencia debida independiente de un ordenamiento jurídico específico y determinado, e independientes de otros requisitos que los distintos ordenamientos pueden establecer de manera complementaria para que se pueda alegar la obediencia debida en ellos. Podemos establecer que estos requisitos son:

- 1º Relación jurídica entre superior y subordinado.
- 2º Orden del superior dentro de su competencia y con las formalidades que exige la ley, al menos aparentemente, en caso de ignorancia invencible.
- 3º Hay un deber legal de obediencia por parte del subordinado.
- 4º El subordinado no tiene conocimiento de la ilicitud.
- 5º La orden no es manifiestamente ilícita.

### CAPÍTULO III. LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE CHILE, ESPAÑA Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Antes de adentrarnos en la regulación vigente de la obediencia jerárquica en el derecho penal chileno y español, es necesario hablar primero de la principal fuente de la legislación penal vigente en ambos países: el código penal. Si bien Chile ha tenido tan solo un Código Penal y una misma regulación penal respecto a la obediencia debida, por lo que hacer esta introducción no tendría el carácter de necesario; en España sí ha habido una evolución normativa penal a lo largo de su historia, que han llevado a una evolución en lo que a la obediencia jerárquica se refiere.

#### 1. *Código penal chileno*

En Chile el código vigente es el de 1874, el único que ha habido desde que, luego de la independencia, se decidió codificar las normas penales en un único cuerpo legal.

Antes de la independencia de Chile y de los otros actuales países latinoamericanos, regían en las colonias españolas en América, principalmente en materia penal, la recopilación de las Leyes de Indias, de 1680. Estas normaban las relaciones penales en el territorio americano, tanto de los indígenas como de los españoles en las Indias, así como las relaciones entre ellos. Ante la insuficiencia de estas normas, regía en América, de manera supletoria, el derecho de Castilla.

Luego de la proclamación de la independencia de Chile, se mantuvieron estas normas vigentes en este país. Se prefirió dar prioridad a la codificación civil y de comercio, antes que a la penal. Sin embargo, las normas de fuente hispana se volvieron ya totalmente insuficientes para Chile, debido en gran parte a que eran incompatibles con sus necesidades. Esto llevó a que se fuesen modificando en ciertos aspectos, junto con la creación de otras normas ya de fuente nacional. Entre 1810 y 1874 se da en Chile un periodo intermedio, en el que los distintos gobiernos que van dirigiendo el país van creando distintas normas especiales sobre materias penales determinadas, que o bien derogaban las normas españolas, o bien la modificaban en ciertos aspectos para hacerlas adaptables a la realidad de la nación.<sup>50</sup>

Finalmente, la multitud de normas penales vigentes en el país hace insostenible una regulación de la materia, quedando al arbitrio de los tribunales y del poder político la regulación, y los distintos gobiernos independientes comienzan a manifestar su descontento. Iñesta Pastor sostiene “[p]ero, evidentemente, ese conjunto de disposiciones

---

<sup>50</sup> IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, en RCHD. 19 (2003-2004), p. 298.

que se fueron dictando para completar la legislación española o para llenar los vacíos más urgentes, no fueron suficientes. Empiezan a surgir las críticas no solo por la pervivencia de la legislación hispana, sino también centradas en la legislación de los nuevos gobiernos independientes”<sup>51</sup>. Esta situación de descontrol y falta de orden en la legislación penal queda claramente manifestada en el mensaje de 1873 que acompaña el proyecto del CP en comento para su aprobación. Decía el mensaje en su párrafo primero “[l]a necesidad de una reforma en nuestra legislación penal se hacía sentir de mucho tiempo atrás para poner en armonía el estado presente de nuestra sociedad, el desarrollo que ha alcanzado en todas las esferas de su actividad, con los preceptos que deben marcar sus límites y su campo de acción propia, fijando las reglas supremas de lo lícito y lo ilícito”<sup>52</sup>. Y sigue en el párrafo siguiente, “[l]a legislación española, apenas modificada por leyes patrias especiales, adolecía de gravísimos defectos que hacían inaceptable por más tiempo su subsistencia”<sup>53</sup>.

Ya desde la década de 1820 se intenta comenzar un trabajo de codificación del CP, pero no es sino hasta 1870 en que se nombra una Comisión de Códigos. Importante es decir en este momento, por motivo que ya mencionaremos más adelante, que entre quienes formaban la Comisión de Códigos se encontró, como secretario, don Robustiano Vera, quien desempeñó el cargo hasta julio de 1871. Esta Comisión de Códigos elaboró un CP tomando como modelo el CPE de 1848, pues entretanto, en España ya se habían dictado dos CPE, uno en 1848 y otro en 1870. La Comisión terminó la elaboración del proyecto el 22 de octubre de 1873, teniendo como redactor de éste a don Manuel Rengifo. El código fue finalmente aprobado por ley el 12 de noviembre de 1874. En su Título Final, “De la observancia de este código”, en su artículo final, expresa que este cuerpo legal comenzará a regir desde el 1 de marzo de 1875, “y en esa fecha quedarán derogadas las leyes y demás disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan”<sup>54</sup>.

Luego de esta contextualización respecto del CP de 1874, y volviendo a la obediencia debida, debemos decir que el proyecto original del Código no prescribía la eximente de la obediencia jerárquica como una eximente autónoma. El original de 1874 no contemplaba la eximente dentro de su art. 10. Sin embargo, el código original, tal como lo mantiene hasta hoy en día, prescribía en el art. 10 n° 10 la eximente de responsabilidad criminal de “[e]l que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”<sup>55</sup>. Si bien aquí no se menciona la obediencia debida, es precisamente el ya mencionado Robustiano Vera quien, en una versión del CP de 1874 comentada dice, refiriéndose a la eximente del art. 10 n° 10, que la obediencia es un deber, y que tiene como

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>52</sup> Mensaje del Código Penal chileno de 1874.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Artículo final del proyecto original del Código Penal de 1874.

<sup>55</sup> Código Penal chileno de 1874.

límite la legitimidad; luego continúa [t]odo lo que salga de esta línea de conducta, no lo autoriza la causal de excusa que nos ocupa y el que la olvida responde del mal que ejecuta”. Y continúa, [o]bediencia debida, es la que está fundada solo en las leyes: la que se debe solo a los superiores, la que no infringe ningún derecho, la que no pugna, en fin, con un deber directo”<sup>56</sup>. Podemos ver que comentó esto respecto a la justificación de la obediencia de órdenes lícitas, pero nada dice respecto de las órdenes ilícitas.

Ya analizaremos esto más adelante, pero es importante que tengamos en clara la idea que sobre cumplimiento de un deber y obediencia debida nos da quien estuvo presente en la redacción del código, quien tomó de primera fuente el espíritu de la legislación.

## 2. *Código penal español*

En el país ibérico rige actualmente el CPE de 1995. Sin embargo, es conveniente referirnos a los cuerpos legales penales vigentes con anterioridad.

La codificación penal en España tuvo inicio con el CPE de 1822. Este texto, si bien no tenía un artículo “de las eximentes”, en su artículo 21 disponía “[e]n ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar”<sup>57</sup>. Aquí, también podemos ver claramente una referencia a las órdenes lícitas, pero nada se dice respecto de las que podemos considerar órdenes ilícitas.

El CPE de 1848 ya incluye un capítulo “de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal”, formado exclusivamente por su art. 12. Y es precisamente ya en este cuerpo legal que se consagran como eximentes de responsabilidad criminal tanto el cumplimiento de un deber y la obediencia debida, autónoma y expresamente. El art. 12 en su n° 11 prescribe, “[e]l que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, y en su n° 12 dispone “[e]l que obra en virtud de obediencia debida”. Aquí podemos ver claramente que el legislador ha diferenciado la figura de la obediencia debida y la de cumplimiento de un deber. A diferencia de el código de 1822, con la expresión “obrar en virtud obediencia debida”, señala Hernández Suárez-Llanos que “la eximente cubre una extensión mayor de hechos susceptibles de exoneración que lo que revisten las órdenes que legalmente se esté obligado a obedecer y ejecutar abriéndose la discusión dogmática del fundamento de la eximente a las causas de exclusión

---

<sup>56</sup> Código Penal de la República de Chile, comentado por Robustiano Vera (Santiago – 1883). Extraído de [http://www.bcn.cl/catalogo/detalle\\_libro?bib=237597&n=1](http://www.bcn.cl/catalogo/detalle_libro?bib=237597&n=1) el 7 de septiembre de 2016.

<sup>57</sup> Código penal español de 1822.

de la culpabilidad”<sup>58</sup>. Y el hecho de obrar “en virtud de”, más que hacer referencia a actuar realmente movidos una orden legítima, sino actuar como consecuencia de una orden que el sujeto cree es una orden legítima, a lo que el autor español comenta “lo que interesaba a la antigua locución actuar en virtud de, no era tanto el actuar amparado por lo que se puede legítimamente mandar sino actuar motivado por lo que se puede legítimamente mandar”<sup>59</sup>. Respecto a esto, podríamos decir que la eximente autónoma de obediencia jerárquica escondía un presupuesto de error invencible para el caso de ser las órdenes no vinculantes.

Luego del CPE de 1848, han seguido los de 1870 y de 1928. El CPE de 1928 elimina la consagración de la obediencia jerárquica que tenían los otros códigos. Sin embargo, el código de 1932 consagró nuevamente la eximente de obediencia debida, consagración que mantuvieron los posteriores códigos, el de 1944 y 1973, consagración de la obediencia jerárquica como eximente autónoma.

El CPE de 1973 consagraba en su art. 8 n° 12 la eximente de obediencia debida.

Art. 8. “Están exentos de responsabilidad criminal:

12. El que obra en virtud de obediencia debida.”

Si bien, con posterioridad a 1973 se hicieron varias reformas al CPE, como la de 1983, que modificó distintos artículos, así como la de 1989 que vino a complementar el Código vigente, modificando los Títulos I a IV del Libro III, ninguna de ellas hizo modificación ni adición alguna respecto de la eximente de obediencia debida, la que quedó vigente tal cual como se consagró en 1973 en el CPE, hasta el de 1995.

En cuanto al CPE de 1995, el legislador, si bien mantiene la locución del cumplimiento de un deber en su articulado de exenciones a la responsabilidad criminal, extrae la consagración a la obediencia debida como eximente autónoma. No expresa en su mensaje, en la Exposición de Motivos, la razón de la supresión, sin embargo sabemos que ésta es, dentro de otros motivos, que los casos que se solían dar por obediencia debida tenían cabida, para el legislador, dentro de otras eximentes autónomas, tales como el error de prohibición, del estado de necesidad y del miedo insuperable, tal como lo expresa Galán Pérez, “[s]e suprime finalmente, la eximente de obediencia debida ya que la regla del error de prohibición, del estado de necesidad o del miedo insuperable proporcionan vías de exención suficientes para los supuestos que en la actualidad caen bajo su dominio”<sup>60</sup>, son

---

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, cit. (n. 22), p. 32.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>60</sup> GALÁN PÉREZ, Grupo Socialista, Senado (1995) p.4768 – Num.93, cit. por HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional* (Madrid, 2011), p. 35.

motivos de ciencia penal. Así también, Cury haciendo mención a la exclusión de la obediencia debida del CPE de 1995 nos dice “[I]a Comisión Redactora del CP resolvió excluirla, pues a juicio de sus integrantes ella no constituía ‘otra cosa que una repetición del inciso anterior’, relativo al cumplimiento de un deber, y porque ‘da a todo subordinado el derecho de examinar la legitimidad del mandato de su superior; principio cuyos resultados vendrían a ser la insubordinación basada hasta cierto punto en la ley’ (sesión 7ª). Los dos argumentos son deplorables.”<sup>61</sup>

### 3. *La Obediencia Debida en el derecho penal chileno*

En el derecho penal chileno está consagrada la figura de la obediencia debida en el código penal. Si bien no se encuentra prescrita en el art. 10 del CP, de las eximentes de responsabilidad criminal, como una eximente autónoma, sí se encuentra de en el art. 159, del Libro II, del Título III “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución”, específicamente en el párrafo IV “De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”, y en el art. 226 del Libro II, del Título V “De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, específicamente en el párrafo sobre el delito de prevaricación.

Art. 159 del CP: “Si en los casos de los arts. anteriores de este párrafo (agravios inferidos por funcionarios públicos), aquél a quien se atribuyere responsabilidad justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas en dichos artículos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden.”

Art. 226 del CP: “En las mismas penas incurrirán (suspensión de cargo o empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte U.T.M. o solo esta última) cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.

En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir.”

---

<sup>61</sup> CURY URZÚA, Enrique, cit. (n. 18), p. 461.

Cabe mencionar el art. 260 del CP que da una noción de empleado público, “[p]ara los efectos de este Título (Título V) y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado público todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”

Si bien no es una norma que rijan a todos los funcionarios público que la noción del art. 260 CP comprende, creo que es importante también mencionar para complementar, el art. 56 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, que dice “[e]n el caso a que se refiere la letra f) del art. anterior (deber de obedecer), si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones.”

Se puede considerar como elemento básico de la obediencia debida una relación jerárquica legal debido a un determinado oficio o cargo que otorga el ordenamiento jurídico al superior jerárquico, el que en virtud de éste puede imponer órdenes o deberes a sus subordinados en lo relativo a las facultades otorgadas a éste por el derecho, es decir, un mandato vinculante; Otro elemento básico que debemos considerar es un deber de obediencia por parte del subordinado al superior, todo en una relación bastante regulada por el ordenamiento jurídico. Un tercer elemento que debemos considerar como característico de la regulación de la obediencia debida en Chile es la representación por parte del subordinado hacia el superior. Y muy unido al tercer elemento encontramos el cuarto: la insistencia del superior respecto a que se cumpla la orden impuesta.

Requisitos de la obediencia debida:

#### 1º Relación jerárquica

A partir de las distintas disposiciones contenidas en el CP vemos que, esencial para que se pueda dar la exigencia de obediencia debida, es que haya con anterioridad una relación jerárquica entre quien da la orden y quien obedece. Esta relación jerárquica se da en virtud de un cargo jerárquico instituido por ley, por el que puede quien lo detenta dar órdenes e impartir mandatos vinculantes a quien la ley considera como su subordinado, el que tiene a la vez el deber de obedecer a su superior jerárquico en lo que de acuerdo a la ley le debe y

puede éste mandar.

## 2º Deber de obediencia

Íntimamente unido a la relación jerárquica está el deber de obediencia, el que también está determinado por la ley. En el caso de los funcionarios administrativos que se rigen por el Estatuto Administrativo, podemos encontrar este deber en el art. 55 “[s]erán obligaciones de cada funcionario: f) obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico.”

Este deber de obediencia es un mandato vinculante que hace la ley, disponiendo esta misma una consecuencia jurídica, consistente en un delito, ante su infracción, además de las distintas consecuencias disciplinarias que se pueden consagrar en otras fuentes normativas. El art. 252 del CP lo dispone claramente, al consagrar el delito de desobediencia:

Art. 252 del CP: “El empleado público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio, será penado con inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

En la misma pena incurrirá cuando habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que éstos hubieren desaprobado la suspensión.

En uno y otro caso, si el empleado no fuere retribuido, la pena será reclusión menor en cualquiera de sus grados o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

3º La orden sea ilegítima, o haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.

La orden debe ser ilícita, es decir, antijurídica, no acorde a derecho, o al menos debe haber motivos para dudar de su licitud

## 4º Representación

El subordinado debe informar al superior que ha suspendido la ejecución de una orden o que piensa no obedecerla por considerarla ilícita o posiblemente un error por parte del superior.

¿Qué pasa si el subordinado se encuentra imposibilitado para representar? Es difícil que se de esta situación en el orden administrativo y judicial, Sin Embargo, es muy probable que se de en el militar. En caso de imposibilidad del inferior para representar, creemos que igualmente se puede alegar obediencia debida como causal de inexigibilidad

de otra conducta, debido a que no pudo hacer otra cosa que obedecer. De más está decir que para juzgar se debe estar al caso concreto, porque podrían darse otras causales de exención de la responsabilidad penal.

#### 5° Insistencia

Frente a la representación de la orden por parte del inferior, si el superior desea que de todas maneras el inferior acate la orden debe reiterar ésta de manera clara, dándole a entender que a pesar de su representación ordena que se cumpla su mandato.

En cuanto a la existencia de la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal, Politoff, Matus y Ramírez, consideran que la obediencia debida como causal de exculpación no puede ser considerada en el ordenamiento civil, como sí lo considera Etcheberry, sino que debe limitarse a la justicia militar. Si bien no desconocen la regulación que la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, hace respecto a la obediencia de los funcionarios públicos en su art. 56, dicen que “tales disposiciones no pueden entenderse comprensivas de órdenes ilegales que impongan la ejecución de un delito penal”.<sup>62</sup> Con esto se refiere directamente al deber de orden impuesto por la ley para el caso de los funcionarios civiles y administrativos, estableciendo que para aquellos casos el deber de obediencia es solo respecto de órdenes lícitas, no cumpliéndose un ilícito penal al desobedecer órdenes ilícitas “que importen evidentemente la comisión de un delito”<sup>63</sup>, a pesar de ser representadas y luego insistidas por los superiores, y si obedece deberá responder personalmente, independientemente de la responsabilidad que corresponderá al superior que dio la orden. Para afirmar esto se basa en una sentencia de la CS del segundo semestre del año 1931. Esta sería una forma de interpretar las normas del Estatuto Administrativo y del CP antes mencionadas en las que se consagra la obediencia debida, estableciendo que solo se dará para casos en que las órdenes no importen claramente la comisión de un delito. En nuestra opinión, si bien esto podría tener cabida en una interpretación del art. 159 del CP, es totalmente imposible respecto del art. 226 del CP, el que prevé claramente para los casos de ordenes evidentemente contrarias a las leyes la posibilidad de representarlas y en caso del superior insistir, liberar de responsabilidad penal al subordinado, y no porque su conducta delictiva sea conforme a derecho, sino porque no se le ha podido exigir una conducta distinta. Por lo tanto, disentimos de esta afirmación que postulan Politoff, Matus y Ramírez, y creemos que sí existe la exculpación por obediencia debida en el ordenamiento civil.

#### 4. *La Obediencia Debida en el derecho penal español*

---

<sup>62</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 21), p. 357.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 358.

Esta eximente ha sido conocida en España más bien como obediencia jerárquica, y actualmente, a partir del CPE de 1995, no es reconocida como una eximente autónoma en su ordenamiento jurídico, tal como se consagraba en el CPE anterior, de 1973, en su art. 8 nº 12. Esto porque se ha creído que los supuestos de obediencia jerárquica están ya cubiertos por otras eximentes, como sería el cumplimiento del deber, el error de prohibición y el error de tipo. Sin embargo, nosotros consideramos que si bien la eximente de obediencia debida no está consagrada en el artículo dedicado exclusivamente a las eximentes, igualmente ésta existe en el ordenamiento jurídico español, a partir de la regulación del deber de obediencia en los arts. 410 y 411 del CP, tal como lo veremos más adelante.

Para ver en qué casos puede alegarse obediencia debida debemos considerar que nos encontramos frente a mandatos no vinculantes e ilícitos, y en estos casos hay que diferenciar si el subordinado ha tenido o no, conocimiento sobre la ilicitud de la orden.

#### 1º Ausencia de conocimiento de la ilicitud de la orden

En caso de no haber tenido conocimiento sobre la ilicitud de la orden, ello queda sometido a las reglas del error de prohibición, consagrado en el artículo 14.3 del CPE, que dispone, “[e]l error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal”. Respecto del error de prohibición creemos que en caso de darse, lo más probable es que se de el error de creer que, aun conociendo la tipificación de la conducta como delictiva, cree que existe una causa de justificación cuando en realidad no existe. Por ejemplo, el funcionario público que recibe una orden de su superior respecto a no fiscalizar determinada empresa; en este caso el funcionario cree que existe una norma que excluye el deber de fiscalizar aquella empresa, sin embargo, la realidad es que el superior jerárquico no quiere que se le fiscalice porque está utilizando esta para lavado de dinero y no quiere que lo descubran. Sin embargo, esto se dará si el error es invencible.

Si el error es vencible, la responsabilidad recaerá igualmente sobre el subordinado, debido a que debía saber, con una diligencia promedio que se le puede exigir, conocer la ilicitud de la orden.

#### 2º Conocimiento de la ilicitud de la orden

Existe el caso de sí haber tenido el sujeto conocimiento sobre la ilicitud de la orden. En estos casos, cabría plantear la posibilidad de que se de la eximente de estado de necesidad, art. 20.5 del CPE, o de miedo insuperable, art. 20.6 del mismo Código.

#### A) Miedo insuperable

El miedo insuperable está prescrito en el art. 20 del CPE, que consagra las eximentes de responsabilidad criminal, específicamente en el art. 20.6 “[e]l que obre impulsado por miedo insuperable”.

Para que haya miedo insuperable debe haber una perturbación de la voluntad.

Si bien, como dice Hernández Suárez-Llanos, “no hay unidad en doctrina ni jurisprudencia”<sup>64</sup> y, tal como nos sugiere, siguiendo a Higuera Guimerá, los presupuestos de la eximente de miedo insuperable son dos: que el mal que genera el miedo sea grave, es decir, sea serio y firme, y que el miedo sea insuperable subjetivamente, es decir, que el sujeto no se pueda sobreponer a él.<sup>65</sup>

#### B) Estado de necesidad coactivo

El estado de necesidad está consagrado como eximente de responsabilidad criminal en el art. 20.5 del CP, para el caso de quienes obedecen movidos para salvar un interés de igual o mayor valor que el amenazado por la orden ilegal. Para que concurra esta causal es el mismo artículo el que establece requisitos para ello.

El art. 20.5 dispone: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1º Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
- 2º Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.
- 3º Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

Hernández Suárez-Llanos considera como características de la situación de necesidad: peligro actual, grave, inminente y no se puede evitar por medios menos gravosos.

A raíz de lo anterior, consideramos necesario detenernos en un punto y decir cómo conciben la eximente de cumplimiento del deber los españoles. Y es aquí donde llegamos a

---

<sup>64</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, cit. (n. 22), p. 196.

<sup>65</sup> HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *La eximente del miedo insuperable en el Derecho penal español* (Barcelona, 1991), p. 17, cit. por HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional* (Madrid, 2011), p. 196.

la base de una de las grandes diferencias entre el ordenamiento jurídico chileno y español: la exigente de cumplimiento de un deber y la exigente de obediencia debida.

En España, la exigente de cumplimiento del deber está consagrada en el art. 20.7, como una exigente autónoma, tal como en Chile, que dispone que están exentos de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Esta exigente de cumplimiento del deber, en España cubre tanto el supuesto en que el ordenamiento jurídico ha impuesto una orden expresa, inmediata y específica a un sujeto determinado (tal como en el caso chileno), y en los casos en que quien detenta jerarquía en virtud del ordenamiento jurídico otorgue un mandato vinculante, es decir, como señala Hernández Suárez-Llanos, “que actualiza un deber impuesto por el derecho”<sup>66</sup>. Y es esto último lo que la diferencia de la exigente de cumplimiento del deber como se concibe en Chile, donde se limita a las órdenes expresamente dadas por la ley y no a las que da un superior jerárquico.

Para mostrar las soluciones sobre las relaciones de obediencia, la doctrina española la primera gran diferenciación que hace es entre mandato vinculante y mandato no vinculante. Mandato vinculante es, según Hernández Suárez-Llanos, “aquel que actualiza un deber impuesto por el Derecho”<sup>67</sup>, y para que un deber sea jurídico, es decir, impuesto por el derecho, el mismo autor expresa “no solo debe presuponer su enunciación expresa en el ordenamiento jurídico sino también debe estar valorado desde éste lo suficientemente como para prever alguna *salvaguardia jurídica*, normalmente en forma de sanción”<sup>68</sup>. En otras palabras, para que el mandato sea vinculante debe estar expresamente enunciado en el ordenamiento jurídico, y ante su infracción debe estar también expresada una sanción.

Para este CPE de 1995, estas órdenes vinculantes tienen consagrado su tratamiento en el recién mencionado art. 20.7, exigente justificante de cumplimiento de un deber.

Y luego, dice Hernández Suárez-Llanos, “las órdenes no vinculantes se reconducirán a través de las reglas generales del error de prohibición del punto 3 del art. 14 del vigente CPE, de la exigente de miedo insuperable del apartado 6º del art. 20 y de la exigente de estado de necesidad del apartado 5º del art. 20.”<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, cit. (n. 22), p. 43

<sup>67</sup> *Ibidem*

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 86.

Nosotros consideramos, a diferencia de Hernández Suárez-Llanos, Muñoz Conde y García Arán, que el CPE de 1995 sí considera la eximente de obediencia debida. Esta se puede inferir de la regulación del deber de obediencia, en el art. 410 y especialmente en el art. 411 del CPE.

Art. 410 del CPE: “1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.  
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.”

Art. 411 del CPE: La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.”

El art. 410.2 del CPE niega el deber de obediencia respecto de las órdenes que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante del ordenamiento jurídico. Sin embargo, mantiene el deber de obediencia respecto de las órdenes lícitas y las manifiestamente lícitas.

A su vez, el art. 411 del CPE hace referencia al delito que comete quien no obedece una orden una vez insistida por el superior luego de su representación. Descartamos de este delito las órdenes manifiestamente ilícitas, en virtud de lo dispuesto por el art. 410.2 del mismo Código. Sin embargo, se mantiene respecto de las ordenes lícitas y las ilícitas pero aparentemente lícitas. Respecto de las primeras, no hay mucho que decir, ya que se castiga si no se obedece una orden lícita una vez insistida, lo que es bastante lógico. Lo interesante es respecto de las órdenes ilícitas pero manifiestamente lícitas, donde el art. 411 del CPE dispone que se castiga a quien no obedece una orden ilícita pero aparentemente lícita una vez insistida ésta por el superior, luego de su representación. Y esto es lo que es y se llama “eximente de obediencia debida”. Es decir, del art. 410 y 411 del CPE en conjunto podemos inferir que el derecho penal español sí consagra la eximente de obediencia debida.

## 5. *La Obediencia Debida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*

Tal como señalamos en el capítulo anterior, en variados ordenamientos hay una influencia del derecho internacional en el derecho interno, y, es más, hay casos en que el derecho internacional es vinculante en el derecho interno de cada país, pasando a formar parte de éste. Tanto la Constitución chilena como la de España prescriben una vinculación de los tratados internacionales ratificados o celebrados por el país, en el ordenamiento jurídico.

Art. 5 inc.2 CPR Chile: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Por su parte, el art. 96.1 Constitución Española señala que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

Y es por eso que para poder conocer y analizar las disposiciones que sobre un tema detenta un ordenamiento jurídico es necesario hacerlo también de sus normas de derecho internacional, las que por disposición constitucional, en este caso, forman parte del ordenamiento jurídico mismo.

Con anterioridad a entrar a hablar sobre el tratado internacional específico de este capítulo, creemos que es bueno reconocer el rango que tienen los tratados internacionales conforme a las reglas Kelsenianas, tanto en Chile como en España.

En cuanto al rango que se les otorga en Chile, Miriam Henríquez sostiene que “[n]o existe en la Constitución Política de Chile una norma que establezca cuál es la jerarquía de los tratados en general y sobre derechos humanos en particular. Por lo tanto, debe determinarse tal rango por la vía de la interpretación del art. 5º inciso segundo de la Carta Fundamental. La mencionada tarea interpretativa le corresponde a todos los órganos del Estado, pero especialmente a los tribunales de justicia. La jurisprudencia nacional ha ido integrando al ordenamiento interno las normas y principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconociendo en este último tiempo jerarquía

supralegal e incluso constitucional a los tratados de derechos humanos.”<sup>70</sup>

En España la cosa es más clara y hay una disposición legal, en el art. 31 de la Ley Nº 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que establece expresamente el rango que se le otorga a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico: supralegal e infraconstitucional.

Art. 31 de la Ley Nº 25/2014: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.”

Habiendo aclarado el punto anterior, continuamos con el Tratado Internacional en cuestión, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este tratado fue firmado por España el año 1998, ratificado el 2000 y entrado en vigencia el 27 de mayo del año 2002. En Chile tardó más y fue ratificado recién el 6 de julio del año 2009, después de diez años de tramitación de la iniciativa en el Congreso.

Conforme a este Estatuto, la Corte tiene jurisdicción respecto de ciertos delitos, los consagrados en su art. 5:

Art. 5: “La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.”<sup>71</sup>

Y es en su art. 33 donde se regula la obediencia debida.

Art. 33. “1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

---

<sup>70</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM L., *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos*. Extraído de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002008000100004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004) el 26 de noviembre del 2016.

<sup>71</sup> EVANS, MALCOLM D., *International Law Documents*, (Oxford, 2013) 11<sup>th</sup> edition, pp. 475-476. El texto original estaba en inglés, pero ha sido traducido por la autora de este trabajo.

- b) No supiera que la orden era ilícita; y
  - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.”<sup>72</sup>

Conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, la regla general es que quien obedece una orden, ya sea del gobierno o de un superior, responde igualmente de su responsabilidad criminal. Sin embargo, establece un caso de excepción que se conforma con tres condiciones copulativas. Este caso de excepción es lo que podemos llamar “la obediencia debida conforme al Estatuto de Roma”.

El art. 33 nos da los requisitos que debe tener la obediencia debida, en caso de aceptarse su existencia, para conformarse como tal:

- 1° haya una relación jerárquica entre subordinado y superior.
- 2° haya una orden ilícita emitida por un gobierno o un superior.
- 3° el subordinado estuviese obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por el gobierno o el superior jurídico de que se trate.
- 4° el subordinado no tiene conocimiento de la ilicitud de la orden.
- 5° la orden no es manifiestamente ilícita.

Como podemos ver, el Estatuto de Roma, si bien no establece requisitos adicionales a los ya establecidos por los distintos ordenamientos, no contempla ciertos requisitos sí establecidos por ellos, como es la representación y la insistencia. A partir de esto podemos deducir que la obediencia debida como eximente abstracta, independiente de la regulación que cada ordenamiento en particular le de, es más sencilla que éstas. Se puede apreciar una mayor exigencia en la regulación de esta eximente en el derecho interno, lo que creemos se debe a una voluntad de limitar el uso de esta eximente para que no permita un abuso por parte de superiores e inferiores, específicamente en materia militar, todo esto cubierto de razones políticas e históricas que han vivido las distintas naciones y que conllevan a considerar esto, tal como sería el Gobierno Militar en Chile en 1973 y la Guerra Civil Española de 1936, así como al Segunda Guerra Mundial, a un nivel más global. En el siguiente capítulo nos adentraremos a la regulación específica que le da a la obediencia debida el derecho penal y derecho penal militar, chileno y español.

---

<sup>72</sup> Ibidem.

## CAPÍTULO IV. LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL MILITAR CHILENO Y ESPAÑOL

### 1. *Código de Justicia Militar chileno*

El cuerpo normativo sobre justicia militar vigente hoy en día en Chile es el CJM de 1926, el que ha sido objeto de importantes modificaciones desde que entró en vigencia hasta hoy.

Antes de que Chile fuese declarado República independiente en 1818 por el gobernador Bernardo O'Higgins, era colonia española, rigiendo aquí, por lo tanto, las leyes de España. Luego de la declaración de independencia, el país latinoamericano continuó en un principio rigiéndose por la Ordenanza de 1768 del rey Carlos III, hasta que el año 1839 dictó su propia normativa militar, la Ordenanza General del Ejército, derogando la legislación española, y que "trató de diversas materias: técnico-militares, administrativas militares, disciplinarias militares, penales militares y procesales militares."<sup>73</sup>

La Ordenanza General del Ejército fue norma vigente en Chile hasta el 1 de enero de 1926, fecha en que entró en vigencia el actual CJM.

"El CJM contiene disposiciones sobre orgánica, competencia, procedimiento y delitos militares, aplicándose a las tres ramas de las Fuerzas Armadas pero también a Carabineros de Chile".<sup>74</sup> Sin embargo, creo que es bueno destacar que si bien este Código contiene disposiciones sobre procedimiento, la justicia militar también se encuentra regulada en cuanto a procedimiento, por normas que se encuentran en el CPP, con ciertas modificaciones a éste que se hacen en el código castrense.

### 2. *Código Penal Militar español*

El vigente CPM es muy nuevo, entró en vigencia el 14 de octubre del 2015 mediante la Ley Orgánica N° 14/2015.

Antes de constituirse legalmente el Ejército de España, en 1821, desde que comenzaron a existir los ejércitos permanentes, estos se regían por distintas ordenanzas de los reyes. Sin embargo, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Constitutiva del Ejército se creó el Código Penal del Ejército, de 1884, y el Código Penal de la Marina de Guerra, de 1888.

---

<sup>73</sup> Ministerio de Defensa Nacional, extraído de <http://www.defensa.cl/temas-de-contenido/justicia-militar/> el 23 de noviembre del 2016.

<sup>74</sup> *Ibidem*

En 1890 se crea el CJME, el que “no establecía una regulación propia y específica de la obediencia eximente, ni de las demás eximentes, sino que únicamente hacía en su art. 172 un remisión a las previstas en el Código Penal Común”.<sup>75</sup> Esto fue criticado.

Con posterioridad entró en vigencia el CJME de 1945. Éste consagraba la eximente de obediencia debida como eximente de carácter general, en su art. 185, que decía: “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”.<sup>76</sup>

Posterior a este CJME entró en vigencia el CPM de 1986, el que consagraba en su art. 21: “Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el CP. No se estimará como eximente ni atenuantes el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”.<sup>77</sup>

Sin embargo, el 14 de octubre del 2015 entra en vigencia un nuevo CPM, el que elimina completamente la noción de eximente de obediencia debida, tal como se ha eliminado del CPE.

### *3. La Obediencia Debida en el derecho penal militar chileno*

La obediencia debida se encuentra consagrada en el CJM de manera clara en distintas disposiciones. En algunas consagrada como eximente de responsabilidad y en otras como atenuante, según se den ciertas circunstancias o no, lo que anteriormente llamamos eximente completa o incompleta. Sin embargo, nosotros consideramos como eximente de obediencia debida solo la “eximente completa”.

Para comenzar a hablar sobre la obediencia jerárquica en el CJM es bueno primero tener muy claros sus art. 334 y 335.

Art. 334 del CJM: “Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

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

---

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, cit. (n. 22), p. 223

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>77</sup> Código Penal Militar español de 1985.

Art. 335 del CJM: “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 aparezca 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 insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.”

De estas normas podemos desprender la regla general de que toda orden legítima relativa al servicio impartida por un superior debe ser obedecida por el inferior. Esta regla contiene cinco excepciones:

1º El subordinado sea consciente de que el superior no ha podido apreciar suficientemente la situación.

2º Los acontecimientos se hayan anticipado a la orden.

3º Aparezca que la orden se haya obtenido por engaño.

4º El subordinado considere razonablemente que ejecutando la orden puedan resultar graves y malas consecuencias que el superior no pudo prever.

5º La ejecución de la orden conlleve notoriamente a la comisión de un delito.

En caso de darse alguna de estas cinco excepciones no significa que no deban los subordinados obedecer, sino que antes de obedecer pueden hacer dos cosas: suspender el cumplimiento de la orden o modificarla, esto solo en los casos urgentes, y deben representar, es decir, dar inmediata cuenta al superior. Sin embargo, si el superior insiste, el subordinado está obligado a ejecutar la orden mandada, es decir, a obedecer.

El art. 336 del CJM establece distintas penas a los militares que dejaren de cumplir una orden que tienen el deber de cumplir o la modificaren por iniciativa propia.

Es necesario ahora hablar sobre los distintos elementos de la eximente de obediencia debida, que si bien ya hablamos de ellos en el derecho penal común, en la justicia militar requieren ciertas precisiones. Estos elementos centrales son: la existencia de una relación jerárquica, un deber de obediencia, que la orden sea legítima, representación y legitimidad.

1º Relación jerárquica.

El elemento esencial de jerarquía de las fuerzas armadas se encuentra primeramente en la CPR, en su capítulo XI “Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública”, y específicamente en su art. 101, inc. 3, donde dispone “(...) Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además,

profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.”

Luego, también se encuentra consagrada la jerarquía en la Ley N° 18.948, Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, donde se establece en su art. 2: “El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados.”

2° Deber de obediencia.

Si bien, en las mismas normas expuestas anteriormente se puede ver el carácter constitucional y legal de la obediencia en la Fuerzas Armadas, este deber está consagrado expresamente en el CJM en los arts. 334, 335, 336 y 337, normas mayoritariamente expuestas anteriormente.

El deber de obediencia es un deber, un mandato, que ha ordenado directa e inmediatamente la ley para los militares. Y como todo deber, su infracción tiene consecuencias también previstas en la ley.

3° Orden legítima.

Al hablar de la legitimidad de la norma hacemos referencia a que ésta cumple con los requisitos formales y competenciales con que debe impartirse una orden.

El superior debe dar la orden en la forma en que se debe dar, conforme a las formalidades legales previstas; en algunos casos será por escrito, en otros de manera oral, en algunos casos con la licencia de ciertas personas y en otros de manera unilateral, y así pueden ir variando los distintos requisitos de forma que la misma ley o alguna otra norma inferior, exige.

En cuanto a la competencia, esto significa que la orden debe ser relativa al servicio. Se debe respetar tanto la competencia del superior como la del inferior, y tanto la competencia funcional, objetiva y territorial.

Al hablar sobre el requisito de legitimidad de las órdenes es necesario hacer mención a la dualidad legitimidad/licitud de los mandatos, para luego preguntarnos si se permiten los mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro sistema. Con licitud nos referimos a la legalidad, a la juridicidad o antijuridicidad del mandato.

El CJM, en su art. 335 nos da la excepción de que la orden, en caso de tender notoriamente a la perpetración de un delito puede ser representada, y en caso de el superior

insistir, existe el deber de obedecerla. Esto nos permite afirmar que nuestro ordenamiento admite los mandatos antijurídicos obligatorios, es decir, que una norma legítima puede ser tanto lícita como ilícita. En caso de ser la orden legítima y lícita, no habría cabida a la eximente de obediencia debida por ser la norma jurídica. La eximente de obediencia debida actúa solo respecto de los mandatos legítimos ilícitos, ilegales, antijurídicos.

En cuanto al requisito de ser notoriamente ilícita, aquí debemos mencionar la ignorancia o error, es decir, ¿qué pasa si, aun siendo notorio que la orden conllevará a la comisión de un delito, el subordinado ignora ello? Aquí debemos diferenciar entre ignorancia o error vencible e ignorancia o error invencible. Si la ignorancia o el error era invencible, es decir, no había manera de que el subordinado, con la diligencia que se le exige, supiese que aquella orden era comitiva de delito, podría alegar ignorancia o error como una forma de eliminar el elemento de notoriedad del carácter delictivo de la norma. Pero si la ignorancia o error era vencible, es decir, el militar actuando diligentemente hubiese podido saber que la ejecución de aquella norma llevaría a la comisión de un delito, no podría alegar la ignorancia o el error para eliminar la notoriedad de la ilicitud.

En caso de alegarse la eximente de obediencia debida, debe ser probado en juicio todo esto, que la orden era ilícita o aparentemente ilícita y que la ignorancia o error eran invencibles.

#### 4º Representación

Respecto a la representación, tal como lo dijimos respecto de la eximente en el derecho penal común, no basta que simplemente se le comente al superior el motivo por el que se suspende la ejecución de la norma o se modifica ésta, lo que debe ser exclusivamente en los casos previstos expresamente en el art. 335 del CJM, no basta que se le mencione o se le haga presente. En la representación el subordinado debe comunicar al superior expresamente su desacuerdo con la orden.

Creemos importante hacer énfasis en que la representación de una orden debe ser probada en el juicio en que se alegue la eximente de obediencia debida, por lo que la representación debe constar en algún medio que sirva de prueba, con los medios de prueba que se permiten en materia procesal militar. Si bien el CJM no expresa el medio ni la forma en que debe darse esta representación, la jurisprudencia ha sido clara en exigir que ésta debe ser probada, y ha rechazado la eximente para casos en que no se ha logrado probar ésta. Esto lo vemos en el considerando 99 de la sentencia pronunciada por la CA de Santiago en el proceso por el caso de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez: “Que no consta en el proceso prueba alguna que los encausados hubieran manifestado su desacuerdo con las órdenes que le fueron dadas para la perpetración del delito, por lo que no puede

acogerse su alegación de que por su condición de militares estaban obligados a cumplir toda orden que les fuera impartida.”<sup>78</sup>

## 5º Insistencia

Por insistencia nos referimos a la reiteración de la orden por parte del superior, la que debe ser expresa y cumpliendo con los mismos requisitos de legitimidad con que deben contar las órdenes. Es importante también que quede constancia de esta insistencia, la que se tendrá que probar en juicio.

Si bien el art. 334 y 335 del CJM son las normas principales sobre el deber de obediencia y la eximente de obediencia debida, hay otras disposiciones del Código que nos pueden llevar a precisar el concepto de la eximente y los requisitos para que ésta se de.

a) Art. 214 del CJM: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del art. 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito.”

En este caso, en el inciso segundo el legislador nos da dos situaciones:

1º El inferior se hubiese excedido en la ejecución de la orden.

2º El inferior no hubiese representado la orden tendiente notoriamente a la comisión de un delito

En estos dos casos, el subordinado claramente no podrá ser eximido de su responsabilidad, en el primer caso por no haber realizado lo que se le ordenó. En el segundo caso, por no haber representado.

Ahora nos cabe la pregunta ¿y qué pasa en los otros casos de excepción que nos da el art. 335 del CJM por los que se debe representar? Ante esta pregunta, la solución la encontramos en el art. 211 del mismo, que nos habla de las reglas generales de las penalidades.

---

<sup>78</sup> SCA de Santiago, 5º Sala, de 5 de enero del 2004. Extraída de [http://www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp\\_docs-sand.html](http://www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_docs-sand.html), el 24 de noviembre del 2016

b) Art. 211 del CJM: “Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. Y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada.”

Este art. del CJM prescribe que para los otros casos del 335, es decir, en los casos en que el subordinado sea consciente de que el superior no ha podido apreciar suficientemente la situación, los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, aparezca que la orden se haya obtenido por engaño, o el subordinado considere razonablemente que ejecutando la orden puedan resultar graves y malas consecuencias que el superior no pudo prever, y el subordinado no haya representado tal cual lo ordena el mismo art. 335 del CJM, y hubiese ejecutado la orden igualmente, en estos casos no se puede eximir de su responsabilidad mediante la eximente de obediencia debida, pero sí puede optar a que se le califique una atenuante por ello, atenuante que bien podríamos llamar “atenuante de obediencia debida”, la que claramente tiene otros requisitos que la eximente de obediencia debida. Pero en fin, la nominación que le demos a la eximente no va al caso ni es el objetivo de este trabajo.

Decimos que el art. 211 del CJM se refiere a los casos de excepción del art. 355 del CJM, con la salvedad de la orden cuya ejecución conlleve notoriamente a la comisión de un delito, porque ya sabemos que si no es de los casos mencionados por el art. 335, el subordinado tiene el deber de ejecutar la orden y no tendrá responsabilidad en ello, sino que toda la responsabilidad recaerá en el superior que dio la orden, tal como lo prescribe el art. 334 del CJM.

En cuanto a las atenuantes y a la ignorancia, anteriormente comentada, nos gustaría también mencionar aquí el art. 207 del CJM.

c) Art. 207 del CJM: “Será circunstancia atenuante en los delitos con pena militar, el hecho de contar el procesado con un total inferior a dos meses de servicios en las Instituciones Armadas, cualquiera que sea la época en que ellos se hayan prestado. Sin embargo podrá eximirse de responsabilidad en tales casos si la ignorancia de los deberes militares fuere excusable, atendido su nivel de instrucción y demás circunstancias.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al procesado que fuere Oficial.”

El legislador establece aquí una eximente, general para los militares no Oficiales que lleven en las Instituciones Armadas un total inferior a dos meses de servicios. Esta atenuante no es solo para los casos de obediencia, sino que es general. Pero en caso de haberse cometido por este inferior no Oficial un delito, y dándose las circunstancias de la atenuante del art. 211 del CJM, nada obsta a que pueda considerársele esta segunda atenuante.

Y respecto de la ignorancia, aquí vemos claramente cómo el legislador expresa el concepto de la ignorancia invencible, donde se le disminuye la barrera de conocimientos y la exigencia de la diligencia al militar no Oficial que lleva en servicios menos de dos meses.

d) Otra disposición interesante en materia de obediencia debida nos la da el legislador en el art. 271 del CJM, a propósito de los delitos contra la seguridad interior del Estado, específicamente los delitos de rebelión o sublevación militar.

Art. 271 del CJM: “Quedan exentos de responsabilidad por los delitos contemplados en este Título, los cabos y soldados que actuaron bajo el mando de sus superiores directos.”

Aquí nuevamente se produce una diferencia entre los Oficiales y los no Oficiales. Esto nos permite recalcar el carácter de causal de exculpabilidad de la eximente por inexigibilidad de otra conducta. El legislador supone que el Oficial puede oponerse a su superior en caso de que éste le ordene sublevarse o formar parte de una rebelión, puede exigírsele que realice otra conducta, cual sea oponerse o representar. Sin embargo, se presume que el no Oficial, en este caso específico, podría no estar dentro de las condiciones del art. 335, y debe obedecer, por lo que a él sí se le exime de la culpa. Si bien no dice nada nuevo que lo prescrito en el art. 334, destacable es que haga diferencia entre Oficiales y no Oficiales, quienes por su situación de mayor subordinación, es menor exigible que realicen una conducta distinta.

Concluyendo este apartado, hemos podido ver que el Código de Justicia Militar chileno consagra expresamente la eximente de obediencia debida.

#### *4. La Obediencia Debida en el derecho penal militar español*

El CPM anterior, de 1985, contenía una disposición en la que hablaba sobre la obediencia debida, negándola en los caso de la orden “que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”. Y al negarla en estos casos, las estaría aceptando en otros, como sería en el caso de las órdenes aparentemente lícitas. Sin embargo, esto es discutible conforme a se acepte o no la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en el derecho penal militar español, de lo que hablaremos un poco más adelante.

Art. 21 CPM 1985: “Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el CPE. No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean

contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.”

Relacionándolo con el derecho penal común español, la remisión del CPM de 1985 a las eximentes del derecho penal común, permitía que los casos de órdenes legítimas lícitas fuesen eximidos en virtud de la eximente de cumplimiento del deber, por el modo en que concebía esta última, lo que ya se trató anteriormente. Mientras que las órdenes manifiestamente ilícitas no podían ser eximidas en virtud de obediencia debida, pero podían ser o no eximidas en virtud de la eximente de cumplimiento del deber según se acepten o no los mandatos antijurídicos obligatorios en el ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, el nuevo CPM quiso eliminar todo rastro de la obediencia debida, sin embargo, no lo logró, debido a que la consagra en virtud de la regulación del deber de obediencia y delito de desobediencia.

Art. 44 del CPM: “1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria.

Nos gustaría destacar el punto tercero. Aquí, a diferencia de la obediencia debida que obliga a representar los casos en que una orden conlleve notoriamente a la comisión de un delito, y ante la insistencia: obedecer, en este código se elimina expresamente el deber de obediencia en estos casos. Esto no obsta a que en ciertas situaciones se obedezca igualmente una orden manifiestamente ilegítima y se pueda eximir la responsabilidad por otras causales, tales como el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante, así como un error de tipo o prohibición.

Sin embargo ¿qué sucede con la obediencia a órdenes ilegítimas, pero aparentemente legítimas? Interpretando armónicamente el art. 44, podemos deducir que hay deber de

obedecer estas normas, pues la regla general es obedecer todas las normas dadas por el superior, salvo que éstas sean manifiestamente ilegales, supuesto en el que no se encuentran las normas aparentemente legítimas. Por lo tanto, podemos deducir que el nuevo CPM, si bien por razones de política legislativa el legislador decidió no incluir la expresión “obediencia debida” en el cuerpo normativo, igualmente la consagró en su art. 44.

Como hemos podido ver, la eximente de obediencia debida ha vuelto a vencer frente a la política legislativa que desea eliminar, infructuosamente, tan justa, necesaria y milenaria institución.

## CONCLUSIONES

Consecuencia de las distintas investigaciones realizadas en este trabajo, y producto de las comparaciones en relación a las regulaciones nacionales e internacionales de la institución de la obediencia debida, tanto en materia penal como penal militar, podemos concluir ciertas ideas, las que si bien fueron expuestas en cada capítulo, las presentamos de manera conjunta en esta última sección.

A partir de la abstracción de los elementos comunes que poseen distintas regulaciones penales y penales militares chilena y la española, y la internacional, en el Estatuto de Roma, hemos dado un concepto obediencia debida: aquella institución de derecho penal eximente de la responsabilidad penal de un sujeto ante la comisión de una acción típica, por ser realizada ésta por un subordinado en virtud de una orden de un superior previa relación jurídica entre ellos y un deber de obediencia establecido por el ordenamiento jurídico. Hemos constatado que es una institución con existencia y esencia propia independiente de cada ordenamiento jurídico en particular, e independiente del reconocimiento por parte de éste de su regulación, es decir, hay ordenamientos, así sucede por ejemplo en el caso de España, que niegan la regulación en materia penal de la eximente de obediencia debida, pero que hemos podido observar que efectivamente regulan la eximente en estudio, a pesar de querer negar esto llamándolo de otra manera.

Junto con otorgar un concepto de obediencia debida, hemos determinado su naturaleza jurídica y las causales para que opere la causal. Con posterioridad, hemos comparado aquel concepto e ideas abstraídas, con las mismas regulaciones, tanto penales como penales militares, de Chile y España, así como con la regulación de la obediencia debida otorgada por el Estatuto de Roma.

Producto de este método de abstracción y comparación podemos concluir algunas ideas.

1. La obediencia debida es una institución con esencia propia, independiente de la regulación que cada ordenamiento jurídico le de.
2. La obediencia debida es una causal de exculpación por inexigibilidad de otra conducta.
3. La obediencia debida tiene cuatro elementos:
  - 1° Relación jurídica previa entre un superior y su subordinado.
  - 2° Deber de obediencia del subordinado respecto de las órdenes del superior, en virtud de la relación jurídica preexistente, legalmente prescrito.
  - 3° Ser la orden ilícita.
  - 4° No tener conocimiento el subordinado respecto de la ilicitud de la orden, es decir, no ser ésta manifiestamente ilícita.
4. La obediencia debida puede ser regulada por los distintos ordenamientos jurídicos de distinta manera, pudiendo exigirse ciertas condiciones para que opere la causal, como sería la representación por parte del subordinado, seguida por la insistencia por parte del superior.

Estas ideas concluidas nos permiten poder estudiar y tratar a futuro la exigencia de obediencia debida de manera clara y objetiva, sin ser susceptible de cambios esenciales por parte de los ordenamientos.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Código Penal de la República de Chile, comentado por Robustiano Vera* (Santiago – 1883). Extraído de [http://www.bcn.cl/catalogo/detalle\\_libro?bib=237597&n=1](http://www.bcn.cl/catalogo/detalle_libro?bib=237597&n=1).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Código Penal chileno de 1874. Extraído de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Código penal español de 1822*. Extraído de <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/1822.htm>.
- BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Código Penal Militar español de 1985*. Extraído de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-25779>.
- BURGOS PAVÓN, Fernando, *Derecho Penal. Norma penal, penas y responsabilidad penal* (Madrid, 2015).
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile, 2011).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*. (Santiago de Chile, 1998).
- EVANS, MALCOLM D., *International Law Documents*, (Oxford, 2013) 11<sup>th</sup> edition.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile, 2005), II.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM L., *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos*. Extraído de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002008000100004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100004).
- HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier, *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español, comparado e internacional* (Madrid, 2011).
- IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, en RCHD. 19 (2003-2004).
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. (Barcelona, 1962), I.

- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, extraído de <http://www.defensa.cl/temas-de-contenido/justicia-militar/>.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general* (Barcelona, 1990).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general* (Barcelona, 2004).
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General* (Valencia, 2000).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito* (Valencia, 2007).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago de Chile, 1960).
- OBREGÓN GARCÍA, Antonio y GÓMEZ LÁNZ, Javier, *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito* (Madrid, 2015).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago de Chile, 2008).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal* (Navarra, 2005).
- SCA de Santiago, 5° Sala, de 5 de enero del 2004. Extraída de [http://www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp\\_docs-sand.html](http://www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_docs-sand.html).