

LA SUBORDINACION MILITAR EN DERECHO COMPARADO (*)

NECESIDAD DE UNA REGULACION UNIFORME DE LOS EFECTOS
JURIDICO-PENALES DE LA RELACION DE SUBORDINACION

por José María RODRIGUEZ DEVESA
Teniente Coronel Auditor

El tema de la subordinación militar, sea en el derecho interno o en el supuesto de relaciones dimanantes de una cooperación militar internacional, reclama siempre el examen de las cuestiones relativas a las consecuencias penales que puede acarrear al subordinado el cumplimiento de las órdenes dadas por el superior.

Aunque puede decirse que actualmente hay una cierta concordancia de opiniones en torno a los problemas penales derivados de la relación de subordinación, siguen existiendo fórmulas legislativas diferentes, tanto en el Derecho militar como en el Derecho común. Esta disparidad puede ser notablemente perturbadora, en especial en el cuadro de una cooperación militar de tipo internacional.

Esta comunicación trata de poner de manifiesto, una vez más, la complejidad que a los efectos penales tiene la relación de subordinación, la diversidad e insuficiencia de las fórmulas adoptadas en las leyes militares de los distintos países, las dificultades que se oponen a una regulación satisfactoria del problema y los principios, con arreglo a los cuales se podría, quizá, llegar a un acuerdo en materia tan debatida como ésta.

El propósito de este trabajo no es encender o reavivar de nuevo las polémicas sobre este aspecto tan importante de las relaciones de subordinación, sino llamar la atención sobre él y provocar

(*) Comunicación presentada al II Congreso Internacional de la Société International de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre. Florencia, 17 al 20 de mayo de 1961.

aquellos contactos y estudios de los que, razonablemente, puede esperarse que surja un acuerdo, en el sentido que aquí se propone o en otro que lleve a una regulación uniforme de las repercusiones jurídico-penales de la subordinación militar —al menos en los países de nuestro círculo de cultura—.

LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES DE SUBORDINACIÓN
DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO-PENAL

Los elementos “internos” de la relación de subordinación son: una *norma*, de la cual dimana la relación misma; un *superior* —órgano del Estado—, con potestad para mandar; una *orden*, y un *inferior*, obligado a obedecerla.

El elemento “externo” está constituido por el *ordenamiento jurídico-penal*. Es decir, en la relación de subordinación intervienen, desde el punto de vista jurídico-penal, no sólo *dos personas* del lado activo del delito, sino *dos normas* jurídicas. La dinámica de toda la situación gira sobre la *orden* del superior. La orden del superior es siempre una manifestación de voluntad de éste encaminada a que el inferior haga, no haga o deje de hacer una cosa. La orden presupone una decisión personal tomada por el que manda, dentro de un margen de discrecionalidad concedido por la ley. La discrecionalidad existe siempre, por lo menos en lo que se refiere a la oportunidad de dar la orden (por concurrir las circunstancias previstas por la ley para que la orden se dé). El margen de discrecionalidad concedido por la ley al superior puede ser muy restringido (mera apreciación de la existencia de una situación dada, elección de la persona que ha de desempeñar el servicio) o muy amplio (determinación de los objetivos militares sobre los que se ha de concentrar el fuego en un combate).

La complejidad estructural de la relación de subordinación pone de relieve que la conducta del inferior que cumple una orden no puede, sin más, equipararse a la del que actúa en cumplimiento de su deber. En este último caso opera sólo una norma y un sujeto activo. No se interfiere la orden. La voluntad de la ley no se concreta a través de la voluntad de otra persona. En el cumplimiento de un deber, la iniciativa de la acción pertenece al sujeto activo. En la relación de subordinación, la *iniciativa* de la acción del subordinado corresponde al superior que da la orden. En el cum-

plimiento de un deber puede plantearse el problema de la "colisión de deberes", impuestos por diferentes normas jurídicas, sobre cuya obligatoriedad no hay duda alguna. En la relación de subordinación puede producirse una situación *análoga*, cuando el deber de obedecer la orden está en contradicción con una norma jurídica; pero la *orden* misma, de la que dimana el conflicto, *no es una norma jurídica*, sino una decisión del superior: el conflicto presenta, por consiguiente, caracteres muy particulares que no pueden asimilarse enteramente a los que se producen en el "cumplimiento de un deber", y, por lo tanto, no pueden resolverse sin más con los criterios del estado de necesidad.

A esta complejidad "objetiva" de la relación de subordinación corresponde una mayor complicación de los *elementos subjetivos*. La *ignorancia* o el *error* del superior concurre, a veces, con el error o la ignorancia del inferior. La índole de las relaciones de que se trata obliga, además, a tomar en cuenta no sólo el saber o el no saber del superior o el inferior o de ambos, sino la simple *duda*.

Desde un punto de vista utilitario, la orden puede ser o no adecuada al fin que se persigue. El inferior puede percatarse o no de la inutilidad de la orden.

Desde un punto de vista jurídico-penal, la orden puede ser o no conforme con el ordenamiento jurídico (mandatos antijurídicos) y el superior puede estar amparado o no por una causa de exención de la responsabilidad criminal.

Aparte de los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del superior para hacer que la orden se cumpla, el superior se encuentra *de facto* en situación de poder coaccionar física o moralmente (verbigracia, desacreditándole) al inferior que incumple la orden. Todo el complejo de normas por las que se rigen los ejércitos tiende a convertir a éstos en una "fuerza", en un instrumento. La meta, consistente en "mecanizar" un conjunto de hombres, en convertirlos en un "arma" (verbigracia, Arma de Infantería, de Artillería, etc.), requiere inculcar en todos y cada uno de sus componentes la idea de que tienen que obedecer, de que la obediencia es primordial; y no puede ser de otra manera desde el punto de vista, básico, de la eficacia del ejército. El constante refuerzo de la idea de la obediencia, en la que descansa la disciplina indispensable en todo ejército, produce alteraciones psicológicas en la mentalidad militar comparada con la del hombre que está

fuera del ejército. Esta mentalidad militar ha de tenerse en cuenta también, y de un modo muy principal en las relaciones de subordinación.

Además, en la subordinación militar se añade una mayor complicación a causa de que los ejércitos tienen una organización fuertemente jerarquizada, de manera que el superior actúa muchas veces simultáneamente como subordinado al dar una orden en cumplimiento de órdenes recibidas. La relación de subordinación se eslabona, frecuentemente, en cadena a través de una pirámide, en la que, siendo cada superior inferior de otro, discurre la orden desde la cumbre de la jerarquía militar hasta el último eslabón de la cadena, representado por el ejecutor material.

La complejidad de las relaciones de subordinación tiene por consecuencia, que su contenido no sea unitario fácticamente, esto es, que dentro de ella se comprendan situaciones muy diversas.

LAS FÓRMULAS LEGISLATIVAS

Los códigos o leyes penales militares no siguen un sistema uniforme en la regulación de los efectos jurídicos penales derivados del cumplimiento de la orden de un superior. Todas las legislaciones pueden reducirse a dos grupos, el de aquellos países que no mencionan en sus leyes penales militares a la obediencia y el de los que consideran que excluye la responsabilidad criminal.

1. No mencionan la obediencia los códigos franceses (*Code de Justice Militaire* pour l'armée de terre: Loi 9 mars 1928; pour l'armée de mer: 13 janvier 1938), el de Portugal (*Código de Justiça Militar*, 26 noviembre 1925), el ruso (Código penal, de 22 de noviembre de 1926, trad. WILHELM GALLAS en *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, nr. 49). También hay que incluir aquí el *Code de Justice Militaire* de Marruecos (Dahir 10 nov. 1956), inspirado en el modelo francés.

2. La conceden efectos excluyentes de la responsabilidad criminal las leyes penales militares de Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Ecuador, Estados Unidos, Francia (Ordenanza de 28 de agosto de 1944), Inglaterra, Italia, Perú, Suiza... Dentro de este grupo, que representa la mayoría de los países, hay que hacer varias distinciones:

a) Admiten la obediencia a órdenes superiores, como eximen-

te sin reserva alguna los códigos de justicia militar de Argentina, Chile, Ecuador y Perú.

Código de Justicia Militar argentino de 1951, publicado como Anexo a la Ley núm. 14.029, art. 514: "Cuando se haya cometido el delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden."

El *Código de Justicia Militar* chileno en vigor desde el 1 de marzo de 1926, dispone en el art. 334: "Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de facultades legítimas, le fuere impartida por un superior. El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o los reglamentos no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio." En el art. 335 se permite al inferior suspender el cumplimiento de una orden en determinados casos, "y en casos urgentes modificarla, dando cuenta inmediata al superior", pero "si éste insistiese en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior", es decir, se admite la *remonstratio*.

El *Código penal militar* del Ecuador de 4 de abril de 1942 (hoy derogado y sustituido por el de 8 de octubre de 1941, que no hemos podido consultar) disponía en su art. 24: "No hay infracción militar cuando el acto está ordenado o autorizado por la ley o determinado por resolución de autoridad competente..."

Código de Justicia Militar del Perú, de 29 de mayo de 1950, artículo 124: "Está exento de responsabilidad criminal... 7.º El que procede en virtud de obediencia al superior."

b) La mayoría de las leyes militares que conceden efectos eximentes al cumplimiento de órdenes superiores hacen diversas reservas, que, en síntesis, pueden resumirse así:

a') A no ser que se trate de hechos de cierta gravedad, como por ejemplo, que haya una violación flagrante de las leyes y costumbres de guerra, de las leyes de la humanidad, o consignando pura y simplemente que se trate de un delito grave:

Bélgica, Ley de 20 de junio de 1947 sobre crímenes de guerra, artículo 3.º: "Dans les cas de poursuites intentées par application de l'article 2 de la présente loi, le fait que l'inculpé a agi confor-

mement aux prescriptions de lois ou réglemens ennemis et aux ordres d'un supérieur hiérarchique ne peut être considéré comme cause de justification au sens de l'article 70 du C. p., lorsque l'acte reproché constituait une violation flagrante des lois et coutumes de la guerre ou des lois de l'humanité. Il pourra éventuellement être considéré comme circonstance atténuante."

British Manual of Military Law, núm. 443: El principio fundamental es "que los miembros de las fuerzas armadas no están obligados a obedecer más que las órdenes legales y que no pueden, en consecuencia, ser declarados irresponsables si, obedeciendo una orden, cometen actos que violan las reglas incontestadas de la guerra y ultrajan el sentimiento general de humanidad".

Código penal yugoslavo de 2 de marzo de 1951 (traducción de MURDA en *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Berlín, 1952). Art. 362 (Responsabilidad por la acción punible cometida por orden de un superior): "Keiner Bestrafung unterliegt ein Untergebener, der eine strafbare Handlung auf Befehl eines Vorgesetzten begeht, wenn der Befehl sich auf eine Dienstpflicht bezieht, ausser wenn der selbe auf Begehung eines Kriegsverbrechens oder einer anderen schweren strafbaren Handlung gerichtet war, oder wenn der Untergebene gewusst hat, dass er durch die Befolgung eines derartigen Befehles eine strafbare Handlung begehe" ("No incurre en ninguna pena el inferior que comete una acción punible por orden de un superior si la orden se refiere a un deber del servicio, a no ser en el caso de que la orden estuviera dirigida a la comisión de un crimen de guerra u otra acción punible grave, o si el inferior era consciente de que cumpliéndola cometía una acción punible").

b') A no ser que la orden sea manifiestamente ilegal:

Codice penale militare di pace italiano, de 20 febrero 1941, artículo 40, párrafos tercero y cuarto: "Se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore o di altra Autorità competente, del reato risponde sempre chi a dato l'ordine. Nel caso preveduto dal comma precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato."

Código penal militar brasileño de 24 de enero de 1944, art. 28: "Se o crime é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem de superior hierárquico, em matéria de serviço, só é punível o autor da coação ou da ordem. 1. Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso,

ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior" ("Si el crimen es cometido bajo la coacción irresistible o en estricta obediencia a la orden de un superior jerárquico en materia de servicio, sólo es punible el autor de la coacción o de la orden. 1. Si la orden del superior tiene por objeto la realización de un acto manifiestamente criminoso o hay exceso en los actos o en la forma de la ejecución, también es punible el inferior.")

British Manual of Military Law, art. 443: Todo miembro de las fuerzas armadas tiene el deber de obedecer las órdenes militares que no sean *manifiestamente* ilegales.

c') A no ser que medie error sobre el carácter delictivo de la acción ordenada:

Wehrstrafgesetz alemana de 30 de marzo de 1957, § 5 (Cumplimiento de órdenes superiores): "(1) Begeht ein Untergebener eine mit Strafe bedrohte Handlung auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nun, wenn es sich um ein Verbrechen oder Vergehen handelt und er dies erkennt oder es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. (2) Ist die Schuld des Untergebenen mit Rücksicht auf die besondere Lage, in der er sich bei der Ausführung des Befehls befand, gering, so kann das Gericht die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs mildern, bei Vergehen auch von Strafe absehen." (Traducción RODRÍGUEZ DEVESA, *REDM.*, número 4: "(1) SI un inferior, cumpliendo órdenes recibidas, comete una acción sancionada con una pena, se le reputará culpable sólo cuando ésta constituya un crimen o un delito y lo supiera o fuera notorio en consideración a las circunstancias conocidas por él. (2) SI, habida cuenta de la especial situación en que el inferior se encontraba al ejecutar el mandato, era pequeña su culpabilidad, el Tribunal puede entonces atenuar la pena con arreglo a los preceptos que rigen para la tentativa o, incluso, no imponer pena alguna tratándose de delitos.") La regulación legal se completa con lo dispuesto en el § 22 (obligatoriedad del mandato: error): "(1) In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist, insbesondere wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde. Dies gilt auch, wenn der Untergebene irrig annimmt, der Befehl sei verbindlich. (2) Befolgt ein Untergebener einen Befehl nicht, weil er irrig annimmt, dass durch die Ausführung ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde, so ist er nach den §§ 19 bis 21 nicht strafbar, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist. (3) Nimmt ein Untergebener irrig an, dass ein Befehl aus anderen Gründen nicht verbindlich ist, und befolgt er ihn de

shalb nich, so kann die in den §§ 19 bis 21 angedrohte Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuches gemildert werden, wenn ihm der Irrtum nicht vorzuwerfen ist." (Traducción RODRIGUEZ DEVESA, REDM., núm. 4: "(1) En los casos previstos en los §§ 19 a 21, la conducta del inferior no será antijurídica si el mandato no era obligatorio, especialmente si no fué dado con fines relativos al servicio o si lesiona la dignidad humana, o cuando, cumpliéndolo, tendría por consecuencia la comisión de un crimen o de un delito. (2) Si el subordinado no cumple el mandato porque admite erróneamente que con su ejecución se cometería un crimen o un delito, entonces su conducta no será punible con arreglo a los §§ 19 a 21, si no puede reprochársele el error. (3) Si el inferior admite erróneamente que un mandato no es obligatorio por razones que no sean de las expresadas en el párrafo anterior, y por esta causa no lo ejecuta, la pena prevenida en los §§ 19 a 21 podrá atenuarse conforme a los preceptos sobre la punición de la tentativa siempre que el error no le sea reprochable.")

Ley penal militar noruega de 22 de mayo de 1902, § 24 (traducción de A. TEICHMANN, en *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, número 18): "Befehl eines Vorgesetzten in Dienstangelegenheiten befreit den Untergeben von Strafe, ausser wenn er den Befehl überschreitet oder eingesehen hat oder sichtlich einsehen musste, dass er durch Ausführung des Befehls zu einer rechtswidrigen Handlung mitwirke. In jede, Fall kann das Gericht die Strafe unter das für die Handlung festgesetzte Strafmass und in milderer Strafart ansetzen." ("La orden de un superior en asuntos del servicio libera de pena al inferior fuera de los casos en los que haya exceso o sabía o tenía que saber notoriamente que ejecutando el mandato cooperaba a una acción antijurídica. En todo caso, el Tribunal puede atenuar la pena.")

Ley penal militar suiza de 13 de junio de 1927 (ed. COMTESE, *Das Schweizerische Militärstrafgesetz*, Zürich, 1946), art. 18: "Wird ein Verbrechen oder Vergehen auf dienstlichen Befehl begangen, so ist der Vorgesetzte oder der Höhere, der den Befehl erteilt hat, als Täter strafbar. Auch der Untergebene ist strafbar wenn er sich bewusst war, dass er durch die Befolgung des Befehls an einem Verbrechen oder Vergehen mitwirkt. Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern (art. 47) oder von einer Bestrafung Umgang nehmen." ("Si por una orden relativa al servicio se comete un crimen o un delito, es responsable como autor el superior o autoridad que ha dado la orden. También es punible el subordinado cuando fuera consciente de que cumpliendo la orden cooperaba a la comisión de un crimen o de un delito. El Juez puede atenuar la pena a su arbitrio o dejar de imponerla.") Debe señalarse que

en el Derecho penal militar suizo hay una regulación del error (artículos 16 y 17) independiente del caso concreto de la relación de subordinación.

A este tipo de fórmulas puede adscribirse la que adopta el *Código de Justicia Militar* español de 17 de julio de 1945, art. 185, número 12: "Están exentos de responsabilidad criminal: ... Doce. 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 obediencia con malicia o sin ella." Hay que advertir, no obstante que la fórmula española permite a los Tribunales militares tomar en consideración casos en los que no hay error por parte del inferior.

3. Una exposición de las fórmulas legislativas no puede quedar completa sin llamar la atención sobre que la mayoría de los códigos exigen que la *orden* del superior sea *relativa al servicio*. Tal exigencia se desprende, a veces, indirectamente de la construcción legal del delito de *desobediencia militar*. En el estudio del alcance de las órdenes superiores para el inferior hay que tener en cuenta el delito de desobediencia que constituye el reverso de la obediencia: no hay obligación de obedecer cuando la desobediencia no constituye delito o falta (contravención) militar, o, dicho de otra manera, la obediencia no exime de responsabilidad cuando el inferior no contrae responsabilidad alguna por la desobediencia a la orden dada.

Exigen que la orden sea relativa al servicio: Código de Justicia Militar argentino, Código de Justicia Militar chileno, Ley penal militar noruega, Ley penal militar suiza, Código de Justicia Militar español, Código penal militar del Brasil, Código penal yugoslavo, etcétera.

4. La precedente exposición de las fórmulas que se presentan en el Derecho comparado no pretende ser exhaustiva. No se debe desconocer tampoco que el examen de la jurisprudencia y de la doctrina de los diferentes países aminoraría en muchos puntos las divergencias, como se verá seguidamente en alguno de los problemas que se han de tratar todavía. Tal pretensión es, de una parte, ajena al objeto de este trabajo, y de otra, en cuanto supone un correctivo de las fórmulas gramaticales, abona la necesidad de unificar éstas.

LA OBEDIENCIA CIEGA

MONTESQUIEU describe en términos insuperables la obediencia incondicional, ciega, pasiva: "Il n'y a point de tempérament, de modification, d'accommodements, de termes, d'équivalents, de pour-parlers, de remontrances, rien d'égal ou de meilleur à proposer. L'homme est une créature qui obéit à une créature qui veut."

La tesis de la obediencia absoluta, "ciega" no puede sostenerse hoy. El Estado moderno, en los países de nuestro círculo de cultura, está levantado sobre la primacía del Derecho y no sobre la primacía del poder personal. Incluso los textos legales que consagran aparentemente una relación de subordinación más absoluta, en los que la obediencia exime al inferior de toda responsabilidad criminal sin reserva alguna, la jurisprudencia o la doctrina han paliado los inconvenientes que se podían seguir de una interpretación literal, rechazando que se trate de una obediencia "ciega".

Por ejemplo, la sentencia de 13 de febrero de 1933 dictada por la Corte de Casación italiana. La negación de la obediencia ciega es constante en la literatura jurídico-penal militar italiana, desde PIERRO DI VICO, *Diritto penale militare*, 2.^a ed., Milán, 1917, págs. 132 y siguientes, hasta CIARDI, *Istituzioni di Diritto penale militare*, volumen I, 1950, págs. 244 y siguientes. Sentencia de la Corte Suprema argentina de 13 de noviembre de 1946; cfr. COLOMBO, *El Derecho penal militar y la disciplina*, Buenos Aires, 1953, págs. 142, 171 y siguientes. También se ha pronunciado inequívocamente la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar español, v. gr., en sentencia de 29 de marzo de 1957 ("la obediencia sólo es debida en cuanto legítima, no para delinquir a conciencia de la ilicitud de la actuación"); cfr. RODRÍGUEZ DEVEZA, *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 3, páginas 64 y siguientes.

En los ejércitos actuales, la relación de subordinación *se basa en la ley*, no en una relación personal de poder entre el superior y el inferior. Cuando tal poder personal existe, es porque lo concede la ley, y sólo en tanto en cuanto la ley lo confiere. Por ley entendemos aquí la ley nacional en la más amplia acepción, comprensiva de los reglamentos.

Una relación de subordinación no basada en la ley sería una

relación meramente privada, irrelevante para nuestro tema. Creo que puede afirmarse que hoy, a diferencia de algunos ejércitos de la antigüedad, la subordinación militar no se construye nunca como una relación meramente privada entre el superior e inferior.

LA ORDEN RELATIVA AL SERVICIO

Como antes queda dicho, la orden del superior es el eje de toda la dinámica de las relaciones de subordinación. El problema más agudo en las relaciones de subordinación es el de si la *orden de cometer un delito* es obligatoria para el inferior.

La contestación ha de ser negativa. La orden del superior ha de entenderse siempre como una concreción de la voluntad de la ley. Cuando la ley castiga una conducta determinada (un hecho) con una pena, ha de entenderse que no puede ser la voluntad de la ley el que esa conducta se realice (respectivamente, que ese hecho se produzca). Si las relaciones de subordinación militar no tienen otro fundamento que la ley y la ley no lo permite expresamente sin lugar a dudas, ha de considerarse que la orden de cometer un delito no es obligatoria para el inferior. No sólo esto, sino que el superior *no puede* dar órdenes de cometer delitos. La orden de cometer un delito queda al margen de la relación de subordinación y entra en el terreno de la relación "privada" entre el superior y el inferior.

Esta posición, a la que responden implícitamente todos los ordenamientos jurídico-penales militares consultados, se refuerza con dos clases de consideraciones:

a) El ejército no es una organización criminal. Una organización militar en la que se admitiera la obligatoriedad de órdenes criminales se convertiría automáticamente en una organización criminal. Ningún militar aceptará esta idea, que, expuesta con toda crudeza, no es más que la lógica consecuencia de admitir la premisa de que las órdenes criminales son obligatorias para el inferior. Tal premisa es inadmisibile.

b) La obligatoriedad de la orden de cometer un delito está en pugna con la idea del honor que, tradicionalmente, informa la constitución de los ejércitos. No puede estimarse conforme con la idea del honor el cometer un delito, ni, por consiguiente, el cum-

plir una orden de esta clase. La obligatoriedad de la orden de cometer un delito está en pugna con la idea del honor. Si se declarase expresamente, es de presumir que los cuadros de mando de los ejércitos se vaciarían inmediatamente de Jefes y Oficiales.

EL DERECHO DE EXAMEN

Si se admite lo que antecede, esto es, que la relación de subordinación militar está basada en la ley y que no hay obligación de cumplir una orden dirigida a la comisión de un delito, tiene que admitirse como consecuencia obligatoria ineludible la de que el inferior tiene un derecho inderogable a examinar la legalidad de la orden: un derecho de examen.

El ejército no está formado por un conjunto de irresponsables (como resultaría de la tesis de la obediencia "ciega"), sino por seres humanos dotados de inteligencia y voluntad. La guerra moderna ha puesto particularmente de relieve la precisión de contar con los factores humanos de inteligencia y voluntad para obtener el mayor rendimiento de la maquinaria bélica. Si, por consiguiente, el inferior es responsable de los actos que realice, como ser dotado de inteligencia y voluntad, no puede negársele el derecho de examinar la orden que se le da, y de no obedecerla si se trata de la comisión de un delito. Lo contrario supone tratar al inferior como si no fuera un ser humano, como mero instrumento en manos del superior; es tanto como desconocer su dignidad humana. Con un tratamiento de esa índole no se consigue, además, obtener de los componentes del ejército su máximo rendimiento, perjudicando así la potencia militar de la Nación.

El derecho de examen *no* significa: que el superior tenga que dar explicaciones al inferior siempre que da una orden, ni tampoco que el inferior pueda retrasar o diferir el cumplimiento de las órdenes. La obediencia militar debe ser inmediata y sin réplica. Pero sólo cuando la orden sea de las que tienen que ser obedecidas, no para las órdenes criminales (por ejemplo, para la entrega al enemigo de información prohibida, siendo consciente el inferior que el superior es un espía). La equivocación del inferior al enjuiciar la orden y decidir si es de aquellas órdenes que le obligan o no, se ha de poner a cargo del inferior. La disciplina es un bien jurídi-

co estatal, y el inferior es un ser responsable de sus actos: si obedece por ligereza una orden criminal, es tan responsable como si deja de obedecer, debiendo hacerlo, una orden de servicio. Sólo en circunstancias excepcionales podrá exculpar el error del inferior, lo mismo que sólo en casos contados puede disculparse el error en el servicio del superior.

La mera *remonstratio* es inadmisibile; de un lado, porque conduce a la suspensión de la orden —lo que en la subordinación militar es intolerable—, y de otro, porque lleva a la obediencia ciega, ya que con arreglo a la teoría de la *remonstratio*, si el superior reitera la orden suspendida por el inferior, la orden ha de cumplirse.

POSIBILIDAD DE UNA REGULACIÓN UNIFORME

La posibilidad de una regulación uniforme se deduce de la admisión de los siguientes postulados que vienen a sintetizar lo anteriormente expuesto:

1. La relación de subordinación militar se basa en la ley.
2. La orden contraria a la ley penal no es nunca obligatoria para el inferior.
3. No puede admitirse que la facultad de mando del superior obligue al inferior a prestarle una obediencia "ciega", en el sentido de obediencia absoluta e indiscriminada.

Tal regulación uniforme podría encontrar su expresión en la fórmula que sigue:

"Está exento de responsabilidad criminal el que actúa en virtud de obediencia debida."

PRECISIONES NECESARIAS

La complejidad de las situaciones fácticas, en conexión con las relaciones de subordinación militar, demanda una serie de precisiones de la mayor importancia para una correcta inteligencia de la fórmula que se propone:

- a) Una regulación uniforme de los efectos de la obediencia

a) un orden superior exigiría tomar en cuenta tan sólo las *referencias externas* ("objetivas") de la relación. Esta idea responde al pensamiento de la llamada "concepción objetiva de la antijuricidad". Las referencias subjetivas implicadas en la relación de subordinación serán aludidas más adelante.

b) La solución que se dé a los efectos de la obligatoriedad de la orden de cometer un delito (o, respectivamente, a la no obligatoriedad) *no puede generalizarse* para toda clase de conductas ilícitas (civiles, administrativas, etc.). Un acuerdo sobre la no obligatoriedad de los mandatos delictivos sería suficientemente satisfactorio dada la situación actual.

c) La concurrencia de una *causa de justificación en el superior* se entiende que justifica siempre la conducta del inferior que cumple la orden (concepción objetiva de la antijuricidad). El problema de los elementos subjetivos del injusto merece una consideración más detenida.

d) No puede afirmarse con criterios puramente externos, tal y como se propugna sub a), que el superior sea *siempre* responsable del acto delictivo ordenado. Una afirmación de esta índole está en pugna con el principio de que no hay pena sin culpabilidad.

e) La *colisión entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional* debe resolverse entre ejércitos aliados a favor de una primacía de los tratados que se concierten entre ellos, pero no de una supremacía absoluta del Derecho internacional sobre el Derecho interno, en tanto en cuanto las normas en cuestión no se hayan traducido en Derecho interno o en el tratado en virtud del cual se produzca la cooperación militar.

f) Los casos de *error*, tanto del superior como del inferior, deben ser objeto de una regulación distinta y general, en la que se establezca la eficacia de tal error, tanto si dimana de la propia relación de subordinación como de otra fuente cualquiera.

g) Los efectos de la *coacción* o del *estado de necesidad* producidos en el inferior por la relación de subordinación deben ser igualmente objeto de regulación general, y no contraída exclusivamente a los casos de cumplimiento de una orden superior.

h) La regulación detallada de los casos en los que el inferior está obligado a obedecer debe llevarse a los reglamentos y ordenanzas relativos al servicio, en la inteligencia de que debe

quedar en ellos terminantemente especificado que el inferior no tiene obligación de obedecer una orden que sabe comporta la realización de un delito.

CONCLUSIÓN

1.ª La relación de subordinación genera, en el aspecto penal, una serie compleja de situaciones, algunas de las cuales no son tan sólo exclusivas de esta relación.

2.ª Lo característico y peculiar de la relación de subordinación, penalmente considerada, son sus referencias externas u objetivas.

3.ª Hay razones poderosas para estimar que la orden de cometer un delito no es ni puede nunca ser obligatoria, entendiéndose por delito la conducta punible con todos los elementos que deben integrarla.

4.ª Si se eliminan las referencias subjetivas en el tratamiento de la llamada obediencia debida, parece que pueden encontrarse bases suficientes para llegar a los acuerdos necesarios para una regulación uniforme.

5.ª Tal regulación uniforme parece conveniente y realizable.

6.ª Los datos recogidos en esta comunicación deberían ser complementados y ampliados mediante una detallada encuesta, en la que se refleje la legislación, jurisprudencia y opinión de los tratadistas de un mayor número de países.

7.ª La complejidad de las cuestiones relativas a la legislación comparada obliga a formular aquí la reserva de que las apreciaciones antecedentes se han de entender sin perjuicio de opinión más fundada de los especialistas en Derecho penal militar de los países aludidos.