

## NECESIDAD DE CONFIGURACIÓN DE LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL, DIFERENTE AL EXIMIENTE ERROR.

NEED OF CONFIGURATION OF THE OBEDIENCE OWED LIKE EXEMPTING OF PENAL, DIFFERENT RESPONSIBILITY TO EXEMPTING MISTAKE.



MARCEL ANTONIO DÍAZ RAMÍREZ.<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** 1.- Introducción. 2.- Desarrollo. 3.- Desde el punto de vista de sus efectos jurídico-penales, puede ser de dos clases: esencial y accidental. 4.- Desde el punto de vista de la naturaleza del objeto afectado (el objeto sobre el que recae el error). 5.- Conclusiones. Fecha de recepción: 27 de julio de 2016. Fecha de Aceptación: 18 de Agosto de 2016.

---

**RESUMEN.** La obediencia debida y el error son causas eximentes de responsabilidad penal reconocidas en casi todos los ordenamientos penales, incluido el cubano, pues resultan circunstancias anteriores o concomitantes al acto delictivo, que excluye la responsabilidad penal por ese acto, a pesar de que concurren todas las condiciones necesarias para configurar el delito. Específicamente la mayoría de los ordenamientos contemporáneos las regula desde el punto de vista sustantivo de manera independiente a pesar de que comparten una misma naturaleza y fundamento legal. El autor del trabajo realiza una exhaustiva investigación de ambas circunstancias y arriba a consecuencias respecto a la necesidad de configuración normativa independiente.

**ABSTRACT** The right obedience and error are existing causes of legal responsibilities recognized in almost all legal ordering, including the Cuban one, because they are previous circumstances or concomitant to punishable events including the legal responsibilities, in spite of having all conditions necessary to set misdeed. The majority of the present-day orderings are regulated independently in spite of appearing the same nature and legal content. The author of the work makes an exhaustive research in both circumstances and arrives to consequences in respect to needs to of independent normative setting.

## 1.- INTRODUCCIÓN

La Historia nos enseña que el castigo penal de los delitos, es paralelo al nacimiento de la sociedad. La comisión de todo hecho delictivo trae aparejado para su autor una consecuencia muy importante: responder penalmente por el hecho cometido. En ello radica esencialmente la responsabilidad penal, es decir, en asumir las consecuencias que se deriven del actuar ilícito. No obstante, la sola comisión de un hecho delictivo no determina por sí misma, la exigencia de responsabilidad penal porque la concurrencia de determinadas circunstancias puede terminar excusando al comisor de asumir esas consecuencias. Así cuando un sujeto, con capacidad suficiente para comprender la ilicitud de sus actos y autodeterminarse (suficiente nivel de salud mental y cierta madurez de sus facultades intelectuales, afectivas y volitivas) comete un hecho socialmente peligroso y antijurídico previsto en la ley como delito, asume responsabilidad jurídica penal al contraer la obligación de sufrir las consecuencias legalmente instituidas (las sanciones o penas).

Los errores de apreciación que los sujetos pueden cometer ya sean al considerar que su conducta no configura algún delito prohibido por la ley, o al considerar incluso que su conducta está permitida, y también al suponer legítima alguna orden que reciba puede conllevar que sea eximido de que responda penalmente por el mismo.

En el presente trabajo se abordan temas sobre dos instituciones del derecho penal como causas de inculpabilidad, eximentes de responsabilidad penal, en donde el objetivo primordial es adentrarnos en la disimilitud de la eximente de error con la necesidad de configuración de la obediencia debida como eximente.

## **2.- DESARROLLO**

Por causa eximente de la responsabilidad penal según Marzio Luis Pérez Echemendía y José Luis Arzola Fernández se entiende como aquella circunstancia anterior o concomitante al acto delictivo, que excluye la responsabilidad penal por ese acto, a pesar de que concurren todas las condiciones necesarias para configurar el delito. Solo podrán ser estimadas cuando resulten debidamente comprobados los requisitos que, respecto a cada una de ellas, se exigen por la ley para su integración, por lo que no pueden fundarse en presunciones, deducciones, suposiciones, conjeturas o inferencias.

Existen varios criterios que se utilizan para clasificar las causas eximentes de la responsabilidad penal pero el más común es el que las divide en causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad. Nuestra norma sustantiva penal no acoge ningún criterio de clasificación en su parte general.

**2.1.- Las causas de justificación:** son aquellas circunstancias que, de concurrir en el caso concreto convierten en lícita la comisión de un acto penalmente prohibido por la ley (antijurídico). Son autorizaciones, permisiones que funcionan eliminando la antijuricidad del acto cometido. Su naturaleza, tanto como la de la de la antijuricidad que eliminan, es estrictamente normativa, lo cual excluye a las causas supra legales de justificación, que son las eximentes que se aprecian al margen de la ley, fuera de lo expresamente previstos en las legislaciones penales.

**2.2.- Las causas de inimputabilidad:** son aquellas circunstancias que eliminan la capacidad del individuo para ser sujeto de delito, o sea, eliminan su capacidad jurídico-penal de obrar, que excluyen la capacidad del sujeto para prever la ilicitud de sus acciones y para conducir su conducta de acuerdo con ese conocimiento.

Su causa generadora concurre al momento de la comisión del delito, estableciéndose una relación entre delito y causa de inimputabilidad que no es meramente temporal.

**2.3.- Las causas de inculpabilidad:** son aquellas que constituyen el reverso de la culpabilidad, y su definición dependerá de la concepción que se tenga de culpabilidad, ya sea psicológica, ya normativa. Según la concepción psicológica en la modalidad dialéctico-materialista, las causas de inculpabilidad son aquellas circunstancias que eliminan el nexo psicológico del sujeto (imputable) con respecto a un determinado hecho delictivo, excluyendo el dolo y la imprudencia. En cambio, para la concepción normativa de la culpabilidad, las causas de inculpabilidad son aquellas que impiden la formulación del juicio de reproche. Según el criterio más generalizado es aquella circunstancia que elimina la culpabilidad del sujeto aun cuando el acto sigue siendo ilícito.

Funcionan excluyendo la culpabilidad, pero el acto no deja de ser ilícito, suprimiendo el nexo psicológico potencial y general, mientras que las causas de inculpabilidad suprimen el nexo psicológico actual y concreto. Implica una relación del sujeto con determinados hechos específicos.

En cuanto a su naturaleza se reconoce que junto a las eximentes personales existen eximentes no personales o fácticas, que son transmisibles, comunicables a todos los que intervienen, como autores o partícipes, en el hecho. Las personales se refieren a la persona del autor, en tanto las fácticas se refieren al hecho delictuoso perpetrado.

Las causas de inimputabilidad y las de inculpabilidad son de índole personal, ya que radican en la persona a quien conciernen. La imputabilidad y la inimputabilidad son situaciones referidas al sujeto actuante, así como la culpabilidad y la inculpabilidad dependen de la actitud psíquica del sujeto en relación con el hecho, pudiendo estar ese nexo solamente referido a la persona que actúa.

Por su parte las causas de justificación son fácticas porque afectan al hecho, que de ilícito se convierte en lícito, no siendo esta una cuestión que radique en la persona del sujeto actuante, lo cual determina que la exención de responsabilidad se extienda a los que intervengan como autores o cómplices en el hecho justificado.

Las causas de justificación permiten u obligan a realizar el acto prohibido por la ley, confiriendo al sujeto el derecho a obrar, de modo que el perjudicado por el acto cometido dentro de los límites

previstos por la causa de justificación no puede rechazarla, ni se puede declarar civilmente responsable a quien ejecuta el hecho ilícito.

Las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad, por su carácter personal, autorizan la repulsa o rechazo del injustamente agredido en virtud de una acción amparada en esas causas, no sucediendo lo mismo en cuanto a la declaración de responsabilidad civil.

La eximente de error está regulada en el Artículo 23 de nuestro Código Penal. En él se dispone que “está exento de responsabilidad penal el que realiza el acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elemento constitutivos, o habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo habría convertido en lícito”.

Según el profesor Renén Quirós Pérez, el error consiste en la discordancia, en la falta de correspondencia entre la conciencia y su objeto, por cuanto el conocimiento de esa realidad objetiva, ese mundo exterior, resulta insuficiente, deficiente, equivocado, incongruente. En el error, un objeto del mundo exterior no se conoce como realmente es, sino de manera inexacta o falta.

Esta eximente se clasifica atendiendo a diferentes puntos de vista:

**3.- Desde el punto de vista de sus efectos jurídico-penales, puede ser de dos clases: esencial y accidental.**

a) **El error esencial** está enfocado conforme a dos criterios. Según uno, es el que recae sobre algunos de los elementos constitutivos de la figura delictiva, o sea el error de tipo. Según el otro criterio, es aquel que excluye la culpabilidad (el dolo y la imprudencia) o por lo menos que excluye el dolo, dejando subsistente la imprudencia. Esta característica ha dado origen a la distinción entre el error esencial vencible y el error esencial invencible.

**-El error es vencible** cuando el sujeto, mediante la aplicación de la debida diligencia, cautela y previsión, hubiera podido alcanzar el conocimiento que le ha faltado (hubiera podido evitar el error). Es aquel que sólo excluye el dolo, pudiendo, no obstante, dejar subsistente la responsabilidad penal a título de imprudencia, si el delito admite la imprudencia o excluir la responsabilidad penal si el delito por su formulación normativa no tolera la imprudencia.

**-El error es invencible** cuando ni siquiera mediante la aplicación de la mayor cautela, diligencia y previsión hubiera podido alcanzar el conocimiento que le ha faltado (le hubiera

sido imposible evitar el error). Es aquel que excluye el dolo y la imprudencia, o sea, la culpabilidad (y por ende, quedará excluida la responsabilidad penal).

**b) El error accidental** es aquel que recae sobre circunstancias que no forman parte de la figura básica y por ello, la culpabilidad del sujeto no resulta afectada, ni modificada la entidad del hecho delictivo. Dentro de él se han comprendido diversos tipos de errores, de los cuáles, los más abordados son el error in objeto, la aberratio ictus y el error en los medios empleados.

**-El error in objeto** no constituye una modalidad de desviación, sino de confusión respecto de la identidad o individualidad del objeto directo de la acción. Se suele distinguir, dentro de él, dos categorías: el error in personae (cuando el sujeto directo de la acción es un ser humano) y el error in re (cuando el objeto directo de la acción es una cosa o un animal).

En general, esta clase de errores es penalmente irrelevante (no excluye el dolo), por dos razones: primera, porque recae sobre circunstancias accidentales del hecho punible; y la segunda, porque la ley, de ordinario, determina este objeto de modo abstracto (general) y no individualizado.

No obstante, para que el error in objeto sea irrelevante se requiere la concurrencia de dos requisitos: de una parte, que la persona o el objeto sobre los cuales recae la acción, no hagan cambiar la valoración jurídica del hecho respecto al que se creía cometer; y, de otra, que los objetos directos de la acción tengan el carácter de intercambiables.

**-Aberratio ictus** son aquellos casos en los que la acción del sujeto no recae sobre el objeto o persona que se proponía, sino sobre otro objeto o persona equivalente en su significación jurídica, por desviación del curso causal del proceso de ejecución del hecho delictivo. Es irrelevante penalmente.

Si el sujeto prevé la posibilidad de lesionar o matar a la persona que está junto a la que quiere privar de la vida y, sin embargo, a pesar de esa previsión dispara y da muerte al acompañante de su adversario, se estará en un caso de dolo eventual y no de aberratio ictus.

**-El error en los medios** consiste en la equivocación en que incurre el sujeto respecto de la vía utilizada para alcanzar el resultado antijurídico querido, resultado que a pesar del error acerca del curso causal, en todo caso se produce.

**4.- Desde el punto de vista de la naturaleza del objeto afectado (el objeto sobre el que recae el error).**

a) **El error de tipo** es aquel sobre el que recae sobre algunas de las características esenciales de índole objetiva (descriptivas o normativas) de la figura delictiva. De esta naturaleza son por ejemplo, el error que versa sobre las características “cosa”, “persona”, “documento”, “funcionario”, “ajeno”, ect.

En el error de tipo el sujeto cree que su obrar está permitido debido a que no sabe lo que hace; su voluntad no está dirigida a la realización d la figura de delito.

Se basa en que el dolo presupone el conocimiento de todas las características de la figura objetiva y en el error de tipo falta ese conocimiento, excluyéndose todo tipo de culpabilidad (si el error es invencible) o sólo el dolo (si fuera vencible), subsistiendo la exigencia de responsabilidad penal a título de imprudencia, siempre que el delito tolere la imprudencia.

b) **El error de prohibición** es aquel que recae sobre la ilicitud de la conducta; o sea, el que afecta el conocimiento de la antijuricidad del hecho. Sin embargo, no todo error que impida la comprensión del carácter antijurídico es un error de prohibición.

La eximente de obediencia debida, por su parte, está regulada en el Artículo 25 de nuestro Código Penal. En él se dispone que “está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar [...] en virtud de obediencia debida”.

El artículo 25 apartado 2 de nuestro Código plantea que “Se entiende por obediencia debida la que viene impuesta por la ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su ejecución dentro de las facultades del que lo ha efectuado”. Ello impide que pueda ser alegada por quien no está obligado legalmente a obedecer.

La ley impositora del deber de obediencia resulta todo tipo de norma jurídica con determinada jerarquía normativa.

Se define obediencia como la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia o jurisdicción. Es acatamiento, sometimiento, sumisión. Cumplimiento de una ley, una orden u otro precepto imperativo, ya por la conciencia del deber, ya por la coacción moral que el castigo, ante la pasividad o rebeldía, origina.

Por obediencia debida se entiende también la que se rinde a un superior jerárquico y descarga de culpa cuando no se trata de un delito evidente. Es interesante contrastar los conceptos antes enunciados con el de obediencia ciega, que es la que cumple inflexiblemente la orden, sin examinar su licitud ni sus razones.

Un importante sector doctrinal opina que los supuestos de obediencia debida están exentos de responsabilidad criminal por tratarse de situaciones en que no es exigible otra conducta.

Como refiere Quirós Pérez la norma la exigente de obediencia debida, reviste la forma de un mandato de índole imperativo que no solo autoriza o permite, sino que impone la realización de la conducta y con ella la materialización del hecho delictuoso previsto en la figura delictiva. No obstante, como lo que se haya jurídicamente ordenado no puede estar jurídicamente prohibido, o sea, ha de estar necesariamente permitido, no constituye una insalvable incongruencia que se continúe empleando para aludir a las causas de justificación la denominación de normas permisivas.

Continúa planteando el profesor Quirós Pérez, en la obra aludida " La actuación de una persona en acatamiento de lo ordenado o autorizado por alguna norma jurídica no puede generar responsabilidad penal. Constituiría indudable contradicción que, de una parte, el ordenamiento legal impusiera el deber de actuar de cierto modo o autorizara una determinada conducta y, de otra, que ese propio ordenamiento legal declarara ilícito tal comportamiento ".

Claus Roxin en su obra Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito expone que " quienes desempeñan un cargo estatal tienen que emplear diversas formas de coacción para hacer cumplir los preceptos jurídicos. Dichas medidas coactivas encajan por regla general en tipos penales tales como las coacciones, detenciones, lesiones o el allanamiento de morada, y su licitud presupone una norma de intervención, que opera como causa de justificación ". " Los derechos de intervención estatal son sumamente numerosos y están dispersos por múltiples leyes

Implicando las intervenciones de los funcionarios en el ejercicio de su cargo un problema de naturaleza específicamente penal: hasta qué punto, los errores de los funcionarios en el ejercicio de su cargo dejan intacta la conformidad a Derecho de su intervención y privan de su derecho al afectad ".

#### **La estructura de esta exigente descansa en dos elementos:**

- La existencia de una relación entre un superior jerárquico que tiene entre sus facultades y atribuciones la de hacerse obedecer e imponer su voluntad; y un subordinado que está obligado a acatar y cumplir lo dispuesto por sus superiores. Incluye, a criterio del autor, coincidente con el del profesor Renén Quirós Pérez, cualquier relación jerárquica que



genere un deber de obediencia en cualquier esfera de la vida social (laboral, familiar), y no solo las relaciones jerárquico-administrativas (se establecen entre las autoridades que cumplan funciones públicas respecto a personas que le están subordinadas y que también cumplen ese tipo de funciones), ya que en la definición formulada sustantivamente en nuestro ordenamiento no las limita a aquellas, además de las múltiples e innegables ocasiones en las que los particulares que no desempeñan ninguna función administrativa se ven compelidos legalmente a obedecer órdenes de tipo judicial o administrativo. La relación jerárquica entre el superior y el subordinado debe ser además una relación de dependencia directa del segundo respecto al primero, no basta la sola diferencia de nivel jerárquico entre los implicados en ella para alegar la eximente, y puede ser permanente o eventual, obligatoria o voluntaria.

- La existencia de una orden impartida por su superior a su subordinado. Por orden se entiende toda manifestación de la voluntad de un superior jerárquico dirigida a su subordinado para que haga o se abstenga de hacer, mandato vinculante, que excluye la mera indicación, sugerencia, petición, que tiene varios requisitos y que funciona como causa exclusiva y constatable de la conducta del sujeto (la no constancia de su emisión hace imposible la apreciación de la exención). Esta orden debe reunir un grupo de requisitos formales, aunque la falta de los mismos solo afectaría la configuración de la eximente en el caso de que determinen la nulidad (no la anulabilidad) del mandato. Igualmente para que pueda configurarse y apreciarse la eximente, la orden en primer lugar debe ser lícita, pero esta ilicitud debe ser una ilicitud dudosa, es decir, debe inducir al subordinado a error invencible en la apreciación de la orden que le es dada porque la misma presenta tal apariencia de legalidad que lo confunde.

Entre los requisitos de la orden impartida por el superior jerárquico a su subordinado se encuentran:

- **Competencia para impartir la orden:** El superior jerárquico que emite la orden debe ser competente y no debe exceder los límites ordinarios o extraordinarios de sus facultades y atribuciones, debe dictarla dentro de la esfera de sus funciones, y referirse a las relaciones regulares y las obligaciones habituales entre el que manda y el que obedece, erigiéndose la obediencia como un deber legal o jurídico, lo que determina la imposibilidad de la apreciación de la exención cuando el acto ordenado se desvía de los fines sobre los cuales se asienta la relación

jerárquica o cuando el subordinado actúa por propia iniciativa, donde no hay orden a la que remitirse y por tanto, no hay subordinación ni obligación o deber jurídico.

**-Características formales de la orden:** En cuanto a las formalidades en la emisión de la orden se han seguido dos criterios opuestos, uno de los cuales exige, para la apreciación de la eximente, la observancia de todas las formalidades legales en el dictado de la orden, mientras que el otro criterio no lo estima necesario, en base a interpretación gramatical de la norma sustantiva cubana que la define. El autor de esta investigación coincide con el criterio del profesor Quirós Pérez y considera que, como principio general, debe exigirse en la emisión de la orden el cumplimiento de las formalidades legales, pero considerando las mismas de acuerdo a la repercusión jurídica que pueda tener el incumplimiento de tal formalidad en el caso concreto, correspondiendo desestimar la apreciación de la eximente de obediencia debida sólo en los casos en que los defectos determinen la nulidad del mandato, pudiendo apreciarse cuando los defectos en la emisión de la orden determinen solo su anulabilidad.

**- El deber de obedecer la orden:** Los límites del deber de obedecer la orden y las facultades del subordinado de inspeccionarla para comprobar su licitud están determinadas por el tipo de orden que se emita, desde ese punto de vista. La orden puede ser de **licitud manifiesta**, en cuyo caso se descarta el ámbito de aplicación de la eximente de obediencia debida, puesto que respecto a los hechos realizados en acatamiento de las regulaciones previstas en una disposición legal, la causa de exención aplicable sería la de obrar en cumplimiento de un deber. El ámbito de aplicación de la eximente de obediencia debida se limita a los supuestos en los que el contenido del mandato del superior es de índole **ilícita**, de manera **clara o dudosa**.

La orden de **ilicitud clara** es aquella que ninguna persona medianamente sensata, previsora y diligente puede estimar o confundir como lícita, porque resulta evidente, manifiesta, terminante, no induce a error. Puede y debe desobedecerse, no acatarse por el subordinado, y si lo es, queda excluida la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal, porque ante tales mandatos el subordinado no debe prestar obediencia, lo cual es reconocido por la práctica judicial cubana.

La orden de **ilicitud dudosa**, por el contrario, es aquella cuya ilicitud no es manifiesta y puede surgir la errónea creencia en el subordinado de que el mandato que su superior jerárquico le ha dado es legítimo y por lo tanto, de obligatorio cumplimiento.

Determinar previamente la ilicitud de la orden es en ocasiones tan difícil que justifica la facultad o posibilidad de **inspeccionar** la misma por parte del subordinado. Para tal determinación la fórmula más común ha sido aplicar la teoría del **error**, en particular las categorías de **error vencible o invencible**, en dependencia de la menor o mayor posibilidad de descubrir la ilicitud de la orden después de su inspección.

En el **error vencible** la dimensión de la ilegalidad de la orden es tal que el subordinado, con una mayor atención, hubiera podido descubrirla. Por tanto no puede eludirse su responsabilidad penal por el cumplimiento de la orden en atención de la aplicación de la obediencia debida.

En el **error invencible** la orden, esencialmente ilícita, aparenta de tal forma legalidad que al subordinado le resulta en extremo difícil, si no imposible, descubrir la misma, y por eso se admite la eximente en caso de cumplimiento del mandato.

No obstante no es sólo el examen objetivo de la naturaleza de la orden lo que debe determinar la ilicitud clara o dudosa de la misma, sino que deben tenerse en cuenta las condiciones subjetivas, personales, del subordinado o destinatario de la orden, o lo que es lo mismo, que este no la tenga por ilícita, en cuyo caso, si sería de aplicación la eximente, y en caso contrario, no.

Al subordinado puede resultarle en ocasiones tan difícil determinar previamente si un mandato u orden que le ha sido impartida es ilícita, que esa dificultad justifica que se le otorgue o reconozca la facultad o posibilidad de inspeccionar la misma. No obstante existen varios criterios al respecto:

- **Obediencia debida absoluta:** excluye absolutamente la posibilidad de que el subordinado examine críticamente el contenido de la orden recibida, debiendo cumplirla sin discusión o reservas, porque se presume mayor capacidad de la autoridad superior al interpretar o aplicar reglas jurídicas.
- **Obediencia debida relativa:** Si resulta evidente que la orden impartida por el superior es ilícita, se le atribuye al subordinado el derecho a inspeccionar la orden impartida, a discutirla y no cumplirla, pues de lo contrario, no lo ampara la eximente. Se le critica que la interpretación de las leyes corresponde a la autoridad superior, no la inferior, que en muchas ocasiones la legalidad depende de condiciones concretas que el subordinado ignora, y que motivaría constantes discusiones y un clima general de indisciplina, caos y desorden.
- **Obediencia debida mixta:** La posibilidad de examinar la orden como regla general, y si procede de un superior que la ha dictado dentro de la esfera de sus atribuciones y

con todos los requisitos legales, siempre que no tenga apariencia delictiva debe ser obedecida.

Tiene la regla dos excepciones: una **objetiva**, según la cual cuando lo que se ordena es la comisión de un delito no hay obligación de obedecer, la otra **subjetiva**, según la cual cuando el subordinado tiene facultades de apreciación de las que hace un uso indebido, apreciando la orden como materialmente legítima, debe obedecerla si no tiene conocimiento de la ilicitud.

- **Obediencia debida reflexiva:** El subordinado debe advertir al superior jerárquico la ilegalidad de la orden impartida, pero su reiteración por el superior genera la obligación de su cumplimiento, exonerándolo de responsabilidad penal.

En cuanto a su naturaleza jurídico penal la obediencia debida ha sido teóricamente considerada como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, y la práctica judicial cubana ha asumido ocasionalmente ambos criterios (sentencias pág. 374). La consideración de la obediencia debida como causa de justificación fue el criterio predominante hasta principios del siglo XX y se basa en la teoría de que, en una colisión de intereses debe primar el interés predominante, en virtud de la cual la obligatoriedad de la orden injusta constituye un mal de menor entidad con respecto al derecho del subordinado a examinar la legalidad de la orden y rehusar su cumplimiento, contra lo cual se ha argumentado que, de aceptarse, se arriba a un conclusión ilógica: el tener objetivamente por lícita la acción ejecutada por el subordinado impide responsabilizar por la misma al superior cuya orden impartida determinó la realización de la acción.

A partir de que el jurista alemán Max Ernst Mayer, en 1915, comenzó a considerar a la obediencia debida como causa de inculpabilidad, se han seguido tres direcciones para fundamentarla:

- **Fundamentada en la coacción:** la personalísima situación en que se hallan los que actúan tanto en la obediencia debida como en la coacción impide que se les pueda exigir que el motivo de sus actos sea el cumplimiento del deber jurídico y que actúen conforme a Derecho, así como como el reproche a su conducta.
- **Fundamentada en la exigibilidad (o inexigibilidad):** A quien obra en virtud de obediencia debida no se le puede exigir otra conducta distinta ya que el mismo Derecho le impone el cumplimiento del mandato de los superiores, lo cual termina impidiendo también la reprochabilidad de la conducta.

- **Fundamentada en el error:** es la que predomina. Quien obra en virtud de obediencia debida cree que lo ordenado es legítimo, y sobre todo, si la orden proviene de un superior, es impartida dentro de la esfera de sus atribuciones funcionales y llega hasta él de forma requerida, el error es invencible, eximiendo al subordinado de toda culpabilidad, tratándose de un error de prohibición, donde el subordinado considera la orden dada ajustada a Derecho, entrando en el tipo penal su ejecución.

La obediencia debida como eximente de responsabilidad penal se diferencia de las demás reunidas junto a ella en el artículo 25 del Código Penal en que, en el caso del cumplimiento del deber, la persona está obligada a comportarse como lo hace porque una norma jurídica se lo impone en razón de sus funciones o de su actividad laboral, constituyendo su actuación un hecho delictivo y en el ejercicio legítimo de un derecho, profesión, cargo u oficio, la persona está autorizada a comportarse como lo hace debido a la legitimidad de ese derecho, profesión, cargo u oficio, es decir, consentidos por la ley, discurriendo por cauces legales, amparado en títulos legitimadores, reenviando la legislación penal a órdenes normativos de otras ramas.

De lo anterior se deriva que la obediencia debida y el error como eximentes de responsabilidad penal comparten un mismo fundamento: el error invencible en el que incurre el sujeto que termina cometiendo la acción ilícita.

Cabe preguntarse entonces, sí el sujeto que inmerso en una relación jerárquica comete un delito porque le fue ordenado por su jefe inmediato superior, a quién la ley le impone obedecer y configura con su actuación la eximente de obediencia debida fundada en la apreciación errada de la licitud de la orden, ¿no puede considerarse también que incorpora con su actuar la eximente del error prevista en el artículo 23.1 de la ley sustantiva penal?

¿En tal sentido podría considerarse entonces que la obediencia debida no es más que la eximente del error cualificada? ¿O se trata de que entre ambas existe una relación de género y especie donde el error es la eximente genérica y la obediencia debida es una eximente de error especial? ¿Resulta la obediencia debida un clásico error de prohibición, donde el conocimiento de la antijuricidad del hecho (y de la orden recibida) se ve afectado?

Para responder lo anterior resulta imprescindible profundizar específicamente en el objeto sobre el cual el agente incurre en su error de apreciación. En el caso de la eximente del error, el error que influye en la realización por parte del agente del acto prohibido es relativo a uno de los elementos

constitutivos de ese mismo acto prohibido, o a la concurrencia de alguna circunstancia que de haber existido en realidad habría convertido ese acto en un acto lícito. Los elementos que determinan la ilicitud de ese acto se describen en el propio tipo penal, o sea, la propia ley sustantiva al describir la figura delictiva establece sus requisitos o elementos de configuración. En última instancia el error entonces se tiene al interpretar la norma.

El hecho de que también el error en que incurre el agente en el caso de esta eximente pueda referirse a la concurrencia de alguna circunstancia que de haber existido en realidad habría convertido ese acto en un acto lícito, puede provocar la siguiente interrogante, ¿si el agente comete el acto prohibido suponiendo equivocadamente la concurrencia de la circunstancia eximente de responsabilidad penal de obediencia debida, terminará quedando eximido penalmente por la concurrencia de la eximente del error?

Dos cuestiones se revelan como trascendentes para responder lo anterior, primeramente que si la equivocación que comete el agente al suponer la concurrencia de la obediencia debida, no se basa en un error invencible a la hora de apreciar la licitud de la orden, difícilmente podrá esgrimirse la eximente del error cuyo fundamento lo es también la invencibilidad del mismo.

La otra cuestión es que la suposición equivocada de la existencia de esa circunstancia se refiere a una que de haber existido en realidad convierte el hecho de ilícito en lícito, y esta formulación hace imposible apreciar dentro de estas circunstancias a la obediencia debida dada su naturaleza jurídico penal. La obediencia debida ha terminado siendo considerada una verdadera causa de inculpabilidad cuyo fundamento se ha ido trasladando según los autores desde la coacción, la exigibilidad y el error, que es el criterio que nosotros compartimos.

En cuanto a causa de inculpabilidad, la obediencia debida solo elimina el nexo psicológico del sujeto con respecto al hecho delictivo suprimiendo su culpabilidad, no afecta la ilicitud del acto porque no resulta una causa de justificación. Esto impide considerar a la obediencia debida dentro de las circunstancias que equivocadamente puedan suponerse su concurrencia para la configuración de la eximente del error.

En el caso de la eximente de la obediencia debida el objeto sobre el cual recae la apreciación equivocada del agente lo es la orden impartida por el superior jerárquico. Las dificultades en las que puede hallarse el agente o lo complejo que puede resultarle desentrañar la ilicitud de la misma, ha determinado no solo la desestimación de esta causa de inculpabilidad para los casos en que las órdenes sean lícitas, o que su licitud sea clara o manifiesta, dejándolo solo para los

casos en los que la ilicitud de la orden sea dudosa, sino también la posibilidad de someter a examen dicha orden por parte del subordinado. Esto la diferencia totalmente de la eximente del error en la que no se concibe esta facultad de examen.

Este trabajo investigativo nos ha permitido adentrarnos en el estudio de dos instituciones interesantes del ordenamiento penal pero solo constituye el inicio de un esfuerzo pues nuestro interés consiste en seguir investigando y profundizar en el estudio del tema. Por lo pronto, nuestras consideraciones iniciales, no acabadas ni mucho menos, son las siguientes:

La obediencia debida resulta a todas luces una eximente que guarda similitud con la eximente del error ya que comparte con la misma no solo su naturaleza sino además, su fundamento, y se identifica fundamentalmente con el error de prohibición según la clasificación del objeto que se hace de esta eximente. A pesar de lo anterior, su regulación independiente resulta un acierto básicamente porque los requisitos que se exigen para una y para otra son distintos así como también es diferente el contexto en el que pueden apreciarse.

## **5.- CONCLUSIONES**

A tenor de investigado y anteriormente expuesto arribamos a las siguientes conclusiones:

- 1- El error y la obediencia debida son causas eximentes de responsabilidad penal muy parecidas, pues comparten su naturaleza jurídica, en tanto, causas de inculpabilidad y también su fundamento, pues se basa en la invencibilidad del error en que incurre.
- 2- La obediencia debida puede ser clasificada como una especie cualificada de la eximente del error, pero difiere de aquel en algunos de sus requisitos, respecto a su estructura, al objeto sobre el que recae el error en que se incurre, que genera facultades distintas para el autor como es la facultad del examen de licitud de la orden.
- 3- Resulta un acierto entonces, la configuración independiente de ambas eximentes.