



EL DERECHO HUMANITARIO Y LA OBEDIENCIA DEBIDA

Grae. (SP) Paco Moncayo Gallegos ¹

Resumen

Las experiencias de horror vividas en las grandes guerras europeas y en las regiones de los Balcanes, Oriente Medio y África principalmente, así como frecuentes actos de represión violenta ejercidos por algunos agentes de seguridad, obligan a una vigilancia y desarrollo permanente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Un elemento fundamental, al momento de establecer responsabilidades, en el juzgamiento de delitos en estas materias, constituye la relación existente entre los que mandan y quienes están obligados a obedecer. Para que el Derecho sea aplicado a cabalidad y las instituciones de seguridad puedan cumplir sus misiones en el marco de la ley, estos temas deben ocupar un espacio preferente en sus sistemas de formación y perfeccionamiento.

Palabras clave: Dinámica-Amenaza-Riesgo, Diseño-Operacional, Modelo-operacional, COVID-19, Operaciones-Apoyo, Gestión-de-riesgos.

Abstract

The experiences of horror lived in the great European wars, as well as in the regions of the Balkans, the Middle East and Africa mainly, as well as frequent acts of violent repression exerted by some security agents, force a permanent vigilance and development of International Law of Human Rights and International Humanitarian Law. A fundamental element, when establishing responsibilities, in the prosecution of crimes in these matters, constitutes the existing relationship between those who command and those who are obliged to obey. For the Law to be fully applied and the security institutions to fulfill their missions within the framework of the Law, these issues must occupy a preferential space in their training and improvement systems.

Keywords : Human Rights, Humanitarian Law, Due Obedience, Liability Exemptions

¹ pmoncayog@gmail.com

INVESTIGADOR INDEPENDIENTE

Introducción

En la historia reciente, la humanidad ha observado la reiteración de conductas que parecían haberse superado luego de las traumáticas experiencias vividas, especialmente en Europa, con el surgimiento del fascismo y nacional socialismo que desembocaron en la genocida Segunda Guerra Mundial; sin embargo, eventos sangrientos como los sufridos especialmente en la región de los Balcanes, Oriente Medio y África, demuestran la necesidad de una vigilancia siempre alerta para proteger los derechos del ser humano en condiciones de paz, conflicto o guerra.

Del mismo modo, con regularidad se informa en los medios de comunicación social sobre demostraciones pacíficas, en algunos casos, y lamentablemente violentas en muchos otros, derivadas de una represión excesiva o de conductas consideradas ilegales, ejercidas por agentes públicos responsables de la protección de la ciudadanía; por estas razones, las instituciones de seguridad han colocado entre sus prioridades la formación, capacitación y perfeccionamiento de sus miembros, en temas relacionados con los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario. Es en este contexto que se publica el presente trabajo, cuyo objetivo es aportar al conocimiento, difusión y debate de tan importantes como vigentes temas.

El estudio se enfoca en dos cuestiones íntimamente relacionadas: la evolución en la conformación de esta rama del Derecho, los alcances de sus principales sistemas y los instrumentos jurídicos que los respaldan, por una parte; y, por otra, el debatido asunto sobre la existencia y alcance de la obediencia debida. Inicia con una rápida revisión de la naturaleza y particularidades del Derecho Internacional Público para, en ese marco de análisis, enfocarse en la conformación y ámbitos de aplicación del Derecho de la Guerra, con sus dos grandes expresiones: el Derecho a la Guerra y el Derecho en la Guerra que es el objeto fundamental de este trabajo.

Posteriormente, se realiza un análisis somero de los conflictos armados internacionales (CAI), de los conflictos armados no internacionales (CANI) y otras formas actuales de conflictividad, a los que deberá aplicarse, con determinadas especificidades, el Derecho Internacional Humanitario (DIH); en algunos casos, en complemento e interacción con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Con estos contenidos previos y fundamentales, se realiza luego el estudio de los tres principales sistemas existentes en la actualidad: el Sistema de La Haya, el Sistema de Ginebra y el Sistema de Nueva York, creados bajo el amparo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Una segunda parte del trabajo se refiere a un tema estrechamente vinculado a los anteriores: el de la obediencia debida; una breve aproximación histórica da paso al análisis de las connotaciones jurídicas, morales y éticas que deben regular el ejercicio de la autoridad, los fundamentos y límites de la obediencia, los requisitos

que debe cumplir una orden para ser obedecida, las personas obligadas a obedecer, y las causales para la imputabilidad o no, en el caso de obediencia a órdenes no jurídicas.

Las fuentes consultadas han sido bibliográficas, considerando parte de una amplia literatura dedicada al análisis de estos asuntos, especialmente de parte de autores contemporáneos, y documentales, sobre la base del estudio de una de las fuentes primigenias del Derecho Internacional como son los tratados y convenciones.

I. El derecho humanitario

1. El Derecho Internacional Público

Los tratadistas coinciden en definir el Derecho como un conjunto de principios, preceptos, normas y reglas a las que están sometidas las relaciones humanas y a cuya observancia pueden ser impelidas coercitivamente las personas. En sentido subjetivo, puede comprenderse como la facultad de hacer u omitir algo en relación con el bien común; mientras que, en su acepción objetiva, comprende las leyes que rigen la conducta humana.

Esta definición tiene plena validez en el Derecho Interno, que constituye el elemento fundamental en la solución de los conflictos. La existencia de una función legislativa, el monopolio de la violencia por parte del Estado, la capacidad de hacer cumplir coactivamente el mandato legal y los mecanismos creados para la solución pacífica de las diferencias aseguran, en este ámbito, un nivel aceptable de estabilidad. Lo señalado no sucede, del mismo modo, en las relaciones internacionales, puesto que en este sistema no existe un organismo legislativo con capacidad de promulgar leyes de cumplimiento obligatorio y con carácter general, ni jueces de jurisdicción obligatoria para los Estados (con la excepción que se estudiará más adelante); tampoco tiene capacidad coactiva, excepto en casos excepcionales, como la acción reglada del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Por las limitaciones antes expuestas, el Derecho Internacional Público se define como el sistema de normas obligatorias, nacidas del consentimiento expreso o tácito de los Estados, que determina los deberes y derechos de las personas internacionales y, conforme al pensamiento de Charles Rosseau (1996), cumple una triple función: “Determinar las competencias entre los Estados, establecer sus competencias negativas o deberes de abstención y reglamentar las competencias de las instituciones internacionales” (pág. 1). Grigori Tunkin (1979), desde otra perspectiva, precisa que se trata del “... conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados, en sus procesos conflictivos o cooperadores, cuya meta es salvaguardar la coexistencia pacífica y expresa la voluntad de las clases dirigentes” (pág. 65). Esta segunda definición es congruente con la realidad que vive un sistema internacional relativamente anárquico, en el que priman las relaciones de poder, morigeradas parcialmente por el derecho, la moral y la opinión pública internacional.

2. El Derecho de la Guerra

Para algunos autores, el derecho de la guerra es un contrasentido. El argentino Juan Bautista Alberdi consideraba que reconocer la existencia de un derecho a la guerra es igual que reconocer que pudiese existir un derecho al homicidio, al robo, al incendio o a la devastación, en la más grande escala posible: “Estos actos son crímenes por las leyes de todas las naciones del mundo. La guerra los sanciona y convierte en actos honestos y legítimos, viniendo a ser en realidad la guerra el derecho del crimen, contrasentido espantoso y sacrílego, que es un sarcasmo contra la civilización” (Alberdi, 1994, pág. 3). Sin embargo, no vacilaba en reconocer que “Toda guerra, como toda violencia sangrienta, es un crimen o un acto de justicia, según la causa moral que la origina.” (Ibidem). Considera que la única fuente de legitimidad de una guerra sería la defensa de la propia existencia, porque solo en defensa de la vida se puede quitar la vida. No obstante, quien debe establecer la agresión a la norma ha de ser el encargado de aplicar el derecho internacional, porque hacer valer el poder soberano de los Estados viola un principio fundamental que establece que nadie puede ser juez y parte, sin ser injusto.

Al ser el enfrentamiento armado un fenómeno recurrente a lo largo de la historia de la humanidad, su regulación ha sido preocupación de los pueblos víctimas de la violencia, generalmente ciega y sin control, de la guerra. Hugo Grocio, jurista y escritor holandés, autor de la obra ‘El derecho de guerra y de paz’, propuso reglas de comportamiento obligatorio de los contendientes, con la intención de humanizar los conflictos armados, al margen de si estos eran justos o no.

Resulta, pues, que hay alguna vida sin dolor, pero no puede haber dolor sin alguna vida; hay alguna paz sin guerra alguna, pero guerra no la puede haber sin alguna paz; no en cuanto es guerra, sino porque la guerra supone siempre hombres o naturalezas humanas que la mantienen, y ninguna naturaleza puede existir sin alguna especie de paz” (1925, Cap. XIII).

Según los tratadistas, el derecho de la guerra (*ius belli*) incluye dos tipos de normas: el derecho a la guerra (*ius ad bellum*), referido al derecho del Estado a recurrir a la guerra, y el derecho que regula el comportamiento de los contendientes en la conducción de la guerra (*ius in bello*), conocido comúnmente como “leyes y costumbres de la guerra”, a las que define Grigori Tunkin (1979) como: “La rama del derecho internacional que regula las relaciones entre los participantes en un conflicto bélico, incluido el uso de las fuerzas armadas y las relaciones de neutralidad con los Estados no participantes en el conflicto” (pág. 303).

3. El conflicto armado

Ya en el siglo XVII, la guerra se definió como un “enfrentamiento hostil llevado a cabo por naciones y estados soberanos, o entre grupos de la misma

nación o Estado, con la participación de las fuerzas armadas.” (GIBS, N. 1975:85). En la misma línea, la Real Academia Española de la Lengua proporciona la siguiente definición: “Lucha armada entre dos o más naciones, o entre bandos de una misma nación”, y el Diccionario Militar de Cabanellas, la siguiente: “...En sentido militar estricto, choque armado entre pueblos y bandos”. Sostiene su definición con la opinión de importantes tratadistas: Según Andrés Bello, la guerra es la reivindicación de los derechos por la fuerza”; para Renault, “es un conjunto de actos de violencia, por medio de los cuales cada beligerante intenta someter al otro a su voluntad”; Villamartín sostiene que es: “El choque material de las fuerzas destructoras de que disponen dos poderes sociales, que se hallan en la oposición de intereses” (Cabanellas, 1965, pág. 10).

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), existen dos tipos de conflictos armados: los internacionales que enfrentan a dos o más Estados, y los no internacionales en donde participan fuerzas gubernamentales contra grupos armados no gubernamentales, o solamente estos últimos. En el mismo orden de pensamiento, el DIH distingue entre conflictos armados internacionales (CAI) y no internacionales (CANI), conforme al artículo No. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y según el artículo 1 del Protocolo II, adicional a dichos convenios.

Queda pues claro que un Conflicto Armado Internacional es aquel en donde se enfrentan ‘Altas Partes Contratantes’, cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada para enfrentarse a otro Estado, al margen del nivel de intensidad de la confrontación (CAI). Entran también en esta clasificación, según el Protocolo I, adicional a los convenios de Ginebra, los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (CICR, 2012, págs. 1-2).

El conflicto armado no internacional (CANI), de acuerdo con el artículo 3, común de los Convenios de Ginebra, es aquel que sin ser internacional surge en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, en donde participan uno o más grupos armados no gubernamentales. “Según la situación, puede haber hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales o entre esos grupos únicamente (Ibidem, pág. 3).

Se debe hacer una distinción entre un CANI y otros tipos de violencia interna que no sobrepasan cierto umbral de enfrentamiento; sin embargo, a pesar de que el artículo 1.2 del Protocolo adicional II excluye los disturbios y las tensiones interiores de la definición de CANI, también debe aplicarse, en estos casos, lo dispuesto en el artículo 3 común, cuando las hostilidades alcancen cierto nivel de intensidad.

Conforme al artículo 1 del Protocolo adicional II, un CANI es el que “se desarrolla en el territorio de una Alta

Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (Ibidem. pág.4).

Por otra parte, la Oficina del Alto Comisionado explica que para la aplicación del DIH es indispensable “... una situación de conflicto armado para poder activar su aplicabilidad de manera concomitante con el derecho internacional de los derechos humanos” (ONU, 2011, pág. 35); pero es importante que los Estados adopten medidas de prevención, antes y después de que este se presente. Entre las más significativas se contemplan: capacitar a las Fuerzas Armadas y a la población civil en derecho internacional humanitario, incorporar a la legislación nacional las disposiciones pertinentes y procesar a quienes hayan cometido crímenes de guerra.

Como toda rama del Derecho, la que se analiza en el presente estudio se encuentra permanentemente en formación. Los cambios drásticos que ha experimentado la seguridad en el siglo XXI, obligan a que el Derecho Humanitario comience a considerar otros tipos de conflictos, para ampliar la protección a sus participantes y a la población civil. Dice Elizabeth Salmón (2012) al respecto:

(...) junto a la amenaza tradicional que provenía de otros Estados o de grupos armados más o menos organizados que pretendían, al interior de un Estado, hacerse con el poder, ahora coexiste y cobra importancia la capacidad desestabilizadora de agentes no estatales que bien se enfrentan entre ellos, o bien, ligados a veces a redes internacionales, se enfrentan al Gobierno de turno (pág. 154).

Y analiza, entre estos, los conflictos armados internos, internacionalizados. Los conflictos armados de tercera generación, los disturbios interiores y las tensiones internas.

En resumen, todas las definiciones y normas legales consideran la dualidad del enfrentamiento armado, tanto entre Estados, como entre grupos armados al interior de estos; sin dejar de lado conflictos que tienen ambas características. Además, como lo señala la citada autora, en el marco de un conflicto armado pueden encontrarse presentes otros actores como las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) e inclusive empresas militares o de seguridad privada, los cuales deben encontrarse sujetos a las normas del DIH (pág. 86).

4. El derecho en la guerra o Derecho Internacional Humanitario

Constituye el cuerpo normativo de mayor importancia para limitar el empleo de la violencia, en conflictos internacionales o internos; es el responsable de regular las restricciones que deben observarse en el desarrollo de las hostilidades para salvaguardar y proteger a las

personas que no intervienen en los combates (civiles no combatientes, y combatientes heridos, enfermos, náufragos o prisioneros de guerra).

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja:

La expresión Derecho Internacional Humanitario, aplicable a los conflictos armados, designa las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que están específicamente destinadas a regular los problemas humanitarios derivados de conflictos armados, internacionales o no; que restringen, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de su elección; o que protegen a las personas y bienes que resulten o puedan resultar afectados por el conflicto. Se abrevia mediante la expresión Derecho Internacional Humanitario o Derecho Humanitario (Silva, 1996, pág. 41).

Tradicionalmente, se ha considerado la existencia de dos sistemas en el campo del Derecho Humanitario: el de La Haya, que se refiere a la conducción de la guerra y a los medios y métodos permitidos para hacerla; y el de Ginebra, que se ocupa, en forma particular, de la condición de los prisioneros de guerra e internados civiles. Gracias a la importante evolución de esta rama del Derecho, al amparo de la Organización de Naciones Unidas, se ha incorporado, en la actualidad, un tercer sistema, conocido como de Nueva York.

4.1 El sistema de La Haya

El primer paso en su construcción data del año 1899, cuando se reunieron en Berlín veintinueve Estados en la “Primera Conferencia Internacional de la Paz”, que aprobó un Convenio sobre las leyes y costumbres de la guerra y un Reglamento sobre la guerra terrestre. Los principales temas que se abordan en estos documentos son: las personas que deben considerarse como combatientes, el tratamiento que se debe dar a los prisioneros de guerra, la adopción de medios y métodos de hacer la guerra y a la protección de la población civil y los bienes culturales. La finalidad del Reglamento estaba “inspirada por el deseo de aminorar los males de la guerra, en tanto que las necesidades militares lo permitan” (Kalshoven & Zegveld, 2003, pág. 25).

En 1907 se convocó a la “Segunda Conferencia de la Paz” en La Haya, que concluyó con acuerdos sobre la prohibición del bombardeo naval de ciudades que no estuvieran defendidas, y sobre la colocación de minas submarinas automáticas de contacto, para proteger a la navegación comercial.

Dos años después, en Londres, se aprobó la declaración relativa al Derecho de guerra naval”. La conflagración iniciada en 1914 impidió la reunión de la “Tercera Convención sobre la Paz” y una vez alcanzada la paz, se aprobó un tratado relativo al empleo de submarinos y gases asfixiantes, que nunca entró en vigor.

Para enfrentar un problema surgido por el empleo de los medios aéreos en operaciones bélicas, se publicó

en 1923 un documento no vinculante, con un conjunto de reglas que establecían límites estrictos para los bombardeos aéreos. Posteriormente, observando lo que sucedía en España, en el contexto de la Guerra Civil, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones declaró la ilegalidad de los bombardeos intencionales contra la población no comprometida en el conflicto armado.

Frescas todavía están las imágenes horripilantes de los soldados que morían en las trincheras, afectados por el empleo de armas químicas; en 1925 se convocó a una reunión en Ginebra, en la cual se aprobó el Protocolo sobre la prohibición del empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, como armas de guerra; entre 1932 y 1934, se desarrolló la “Conferencia sobre Desarme”, que terminó en un total fracaso.

Entre 50 y 60 millones de personas fallecieron como resultado de la Segunda Guerra Mundial y centenares de bienes culturales fueron destruidos por los bombardeos; con la esperanza de evitar nuevos eventos de esta naturaleza, en 1954, se convocó en La Haya a una conferencia intergubernamental en la que se acordó la “Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, con un Reglamento anexo y un Protocolo, a fin de prohibir la exportación de bienes culturales procedentes de territorios militarmente ocupados. Años después, en marzo de 1999 al término de la Guerra Fría, caracterizada especialmente por enfrentamientos internos, se sancionó el segundo Protocolo de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, en el que se incluye a los enfrentamientos internos, con la limitante de que las partes no estatales quedaron al margen de las limitaciones impuestas, y condicionado a que no se menoscabe la soberanía de los Estados y se respete la prioridad de su jurisdicción.

4.2 El sistema de Ginebra

Su inicio se registra en 1859 en las postrimerías de la batalla de Solferino¹. Henry F. Dunant, un hombre de negocios procedente de Ginebra, al observar la forma inhumana en la que se trataba a los heridos, reunió a un grupo de conciudadanos con los que conformó el Comité internacional de ayuda a los heridos, el cual asumió el propósito de promover la creación de sociedades nacionales de socorro y la aprobación de un tratado que facilitara su trabajo.

En 1864, por iniciativa del gobierno suizo, se celebró en Ginebra una conferencia que aprobó, el 22 de agosto del mismo año, el Convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos. Posteriormente, en 1899 se firmó un tratado ampliando la cobertura de la atención a los heridos, enfermos y náufragos en el mar, mismo que recibió algunos ajustes en 1907 y dio lugar a la aprobación de un Convenio mejorado en

1929; además de otro dedicado con exclusividad al trato debido a los prisioneros de guerra. Dos décadas después, el año 1949 fue trascendental para el perfeccionamiento de este sistema porque se aprobaron: el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra.

Con la memoria fresca sobre los horrores acaecidos en la Guerra Civil Española, el 12 de agosto de 1949 se incluyó el artículo 3, aplicable en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de las altas partes contratantes, mediante el cual se regula la protección para las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa, sin discriminaciones por “la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo”. Las prohibiciones se refieren a los atentados contra la vida y la integridad corporal (homicidio, mutilaciones, tratos crueles, tortura y suplicios), la toma de rehenes, los atentados contra la dignidad personal, y las condenas dictadas sin respetar el debido proceso.

En 1965, la “XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja”, celebrada en Viena, dispuso limitaciones, como principios básicos para todos los gobiernos y autoridades responsables de dirigir conflictos armados, en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo, prohibición de lanzar ataques contra la población civil, obligación de establecer en todo momento una distinción entre las personas que participan en las hostilidades y la población civil, a fin de que se respete a esta última lo más posible, y la aplicación de estos principios también a las armas nucleares y similares.

En 1974, se dio inicio a la “Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario”, aplicable en los conflictos armados, que marcó un importante hito en esta materia. La conferencia preparó el texto de dos tratados denominados Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 1949, que fueron aprobados el 8 de junio de 1977 y entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

Protocolo adicional I

Se aplica a los conflictos armados internacionales (CAI). Abarca también las guerras de liberación nacional en contra de la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y

¹ El 24 de junio de 1859, en el contexto de la unificación italiana, en la localidad de Solferino, Italia, se enfrentaron el Ejército austriaco y el de Napoleón III de Francia y el Reino de Cerdeña que resultó victorioso.

en la Declaración sobre los principios del derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Establece que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos y medios de hacer la guerra no es ilimitado; prohíbe el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra, que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios, o que hayan sido concebidos para causar (o que puedan hacerlo) daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

Además, prohíbe ordenar que no haya supervivientes, aterrorizar a la población civil y ataques ciegos indiscriminados; dispone la limitación de los objetivos militares a aquellos que contribuyan eficazmente a la acción militar o concedan una ventaja militar definida, la protección de la población civil y de bienes culturales y lugares de culto. En cuanto a la población civil, esta deberá respetar a los heridos, enfermos y náufragos, “aunque pertenezca a la parte adversa, y no ejercerá ningún acto de violencia contra ellos”.

Es importante destacar que el artículo 36 de este Protocolo permite la aplicación de sus normas a los cambios acelerados que presentan los medios actuales de hacer la guerra, cuando dispone: “Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante”.

Protocolo adicional II

Contempla todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I. Se aclara que no se puede invocar alguna disposición del mismo “...con objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden, defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos”; del mismo modo que no puede utilizarse como “justificación para intervenir, directa o indirectamente, sea cual fuere la razón, en el conflicto armado o en los asuntos internos o externos de la Alta Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar ese conflicto”. Los mandatos de este Protocolo se refieren al trato humano que se debe a quienes no participen o hayan dejado de participar en el conflicto y la garantía de respeto a las personas, su honor, sus convicciones y prácticas religiosas. Se prohíbe ordenar que no haya supervivientes, atentar contra la salud y la integridad física y mental de las personas; tratos crueles como la tortura, las mutilaciones y toda pena corporal; los castigos colectivos, la toma de rehenes, y los actos de terrorismo; los atentados contra la dignidad personal, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; el pillaje, y las amenazas de realizar estos actos. Un

tratamiento especial se considera para los niños que deberán recibir “los cuidados y la ayuda que necesiten” en particular los menores de quince años, cuando hayan participado directamente en las hostilidades y hayan sido capturados. Dispone además, que en los procedimientos judiciales se respete el debido proceso, aplicado por tribunales imparciales y “que nadie pueda ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual”.

Especial atención se pone en la protección a la población civil contra los peligros procedentes de operaciones militares y se prohíben acciones bélicas destinadas a aterrorizarla, hacerla padecer hambre y privarle de los bienes indispensables para la supervivencia.

No se atacará a presas, diques y centrales nucleares de energía eléctrica cuando puedan causar pérdidas importantes en la población civil, no se cometerán actos de hostilidad dirigidos contra bienes culturales o espirituales que constituyan patrimonio de los pueblos, ni se los utilizará en apoyo del esfuerzo militar; está prohibido ordenar el desplazamiento de la población civil, a menos que medien razones militares y, en todo caso, que se lo haga con todas las medidas de seguridad. Las sociedades de socorro podrán ofrecer sus servicios para protección de las víctimas del conflicto armado.

4.3 El Sistema de Nueva York

Después de que la humanidad experimentó el horror de dos guerras mundiales fue posible la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en cuya carta fundacional se hizo constar principios fundamentales como la renuncia al empleo de la guerra para la solución de conflictos entre Estados y la búsqueda de formas de solución pacífica de controversias; se creó, además, un sistema de prevención, liderado por el Consejo de Seguridad.

La Carta de las Naciones Unidas es el más importante instrumento jurídico para la preservación de la paz y seguridad. En ella se establecen principios y normas que aportan a lograr los objetivos de su creación. El artículo 11.1 permite a la Asamblea General desarrollar “...los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos, y podrá también hacer recomendaciones respecto de tales principios a los Miembros o al Consejo de Seguridad o a este y a aquellos”. No es necesario aclarar que, en muchos casos, lastimosamente varios de esos compromisos asumidos por los Estados han quedado en letra muerta.

Un paso trascendente, cuando se aprobó la Carta, fue la creación de la Corte Internacional de Justicia, de cuyo Estatuto hay que destacar el artículo 94 que señala:

Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte [...]. Si una de las partes en un litigio dejare

de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, y este podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas, con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas ha participado muy activamente en el desarrollo del Derecho Humanitario. En mayo de 1968, la “Conferencia Internacional de Derechos Humanos”, adoptó por unanimidad la Proclamación de Teherán y 29 resoluciones, entre estas una sobre los derechos humanos en los conflictos armados. Posteriormente, el 19 de diciembre de 1968 la Asamblea General aprobó, por 115 votos a favor, una abstención y ningún voto en contra, la resolución XXIII que trata de los derechos humanos en los conflictos armados.

Ese mismo año se aprobó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Este es un asunto de extraordinaria importancia para disuadir a los posibles perpetradores de crímenes horrendos o para llevarlos ante la justicia, si se atreven a cometerlos.

Los Estados acordaron, según el Artículo I, que “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, los crímenes de guerra y los de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”; conforme al Artículo II, se imputa a las autoridades estatales y particulares que participen “... como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”; los artículos III y IV obligan a las partes a adoptar las medidas legislativas, o de otra índole, que fueran necesarias para la supresión de la prescripción de la acción penal o de la pena, y a dar las facilidades necesarias para la extradición.

Un paso trascendental en esta materia constituyó la aprobación del Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional (CPI), realizada en Italia el 17 de julio de 1998 durante la “Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional”. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002, luego de la ratificación de 60 países y, de esa manera, vio la luz el primer tribunal internacional de carácter permanente, encargado de juzgar a personas responsables de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia de la Corte se aplica a personas que cometan esta clase de crímenes por sí solos o por medio de terceras personas; a quienes ordenen, propongan o induzcan a su comisión; a los cómplices y colaboradores o quienes hayan contribuido a la comisión o tentativa de comisión del crimen.

El Estatuto se aplicará por igual, sin distinción del cargo oficial que “...en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá motivo para reducir la pena”. Los jefes militares serán penalmente responsables, en caso de no haber ejercido un control apropiado sobre sus fuerzas, cuando hubiese sabido o debido saber del cometimiento o intención de cometer estos crímenes y no hubiesen actuado para prevenirlos o reprimirlos; el superior será penalmente responsable por los crímenes cometidos por los subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en circunstancias similares y si no hubiese puesto el “...asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

En relación con la materia motivo de esta investigación, es muy importante el Artículo 31 que se refiere a las siguientes circunstancias eximentes de responsabilidad penal: enfermedad o deficiencia mental, estado de intoxicación, defensa propia, de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, “...siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar”. El error de hecho o de derecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen y no se considerará eximente de responsabilidad penal el cumplimiento de una orden a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita, dejando subrayada la ilicitud de todas las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad.

Lastimosamente, este gran paso dado en el campo del Derecho Internacional ha quedado disminuido porque la Corte tiene limitaciones que no puede superar a la hora de expedir dictámenes, en particular porque su jurisdicción se aplica únicamente a los países firmantes del Estatuto de Roma o a los nacionales de estos, y existe un conjunto de países que no aceptan la figura de este tribunal, entre los que destacan Estados Unidos, China, India, Pakistán, Turquía, Israel o Rusia. Estados que, por la misma naturaleza de potencias actuales o emergentes, se encuentran generalmente involucrados en conflictos en los que estos crímenes pueden producirse.

II. La obediencia debida

1. Antecedentes

Con relación al deber de obediencia, pueden encontrarse las primeras regulaciones en el derecho romano, según cuyas normas en el régimen militar el incumplimiento de las órdenes era sancionado severamente y, en determinados casos, hasta con la pena de muerte. Se distinguía la diferencia entre crímenes atroces y leves; en el primer caso se rechazaba la eximente de la obediencia.

Con posterioridad, en la Edad Media se llegó a establecer, de manera minuciosa, una especificación de cuáles deberían considerarse hechos atroces. En tales casos, no podía eximirse de culpa al esclavo que había cometido el delito por orden de su amo (Sancinetti, 1987, pág. 265). En la legislación española, según el Fuero Juzgo, se distinguió con claridad el caso de quien mata por orden de su señor, al que se condenaba con doscientos azotes; mientras que el amo era sancionado con la decapitación. Respecto a la obediencia militar, San Agustín, en su obra *Ciudad de Dios*, defiende que el que mata obedeciendo al que manda, queda justificado². En el siglo XIX, en el Código Penal español constaba la figura de la obediencia debida para los hijos, siervos y vasallos mayores de 25 años, así como para los frailes y monjes, excepto en el caso que deshonrasen, matasen o hiriesen a otra persona.

La confrontación entre autoridad y legalidad terminó con el surgimiento del Estado de derecho, en el que la obediencia quedó sometida a la norma legal que declaraba punibles los delitos cometidos por mandato superior, en casos de ilegitimidad manifiesta. Después de la Primera Guerra Mundial, en el artículo 227 del Tratado de Versalles, se autorizó a los Aliados a realizar juicios por crímenes de guerra contra el Káiser Guillermo II y otros responsables; 45 alemanes fueron enjuiciados y algunos de ellos declarados culpables. En estos juicios se consideró la obediencia debida como eximente de responsabilidad cuando el subalterno no conocía la ilegalidad de la orden. Pero, como era muy difícil establecerlo, posteriormente se condicionó a que "...no fuera manifiestamente ilegal" (Hernández, 2011, pág. 56).

Terminada la Segunda Guerra Mundial, en 1945 se creó el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que debía juzgar las responsabilidades penales de los criminales de guerra, cuyos actos no tuvieran una localización geográfica precisa.

En el artículo 8 del Estatuto de este Tribunal consta: "El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no eximirá al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere". En la Carta para el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, la norma fue más flexible, toda vez que permitía aplicar el eximente por obediencia, tomando en consideración todas las circunstancias que se dieran, en el caso concreto. De esta manera, si el subordinado desconocía y, conforme a las circunstancias concurrentes, no debía haber sabido que la orden era ilegal, podía ser eximido de culpa.

² "... no mata quien presta su ministerio obedeciendo al que manda, así como la espada es instrumento del que la usa; por consiguiente, no violan este precepto, "no matarás", los que por orden de Dios declararon guerras o representando la potestad pública y obrando según el imperio de la justicia castigaron a los facinerosos y perversos quitándoles la vida" (Cap.XXI)

Al respecto, es importante destacar el criterio expresado ante el Tribunal de Nuremberg por Sir Hartley Shawcross, en representación del Reino Unido, el 4 de diciembre de 1945:

La lealtad política, la obediencia militar son cosas excelentes, pero no exigen ni justifican la perpetración de actos manifiestamente injustificables. Llega un momento en que el ser humano debe negarse a obedecer a su jefe, si también debe obedecer a su conciencia. Ni siquiera el soldado raso que hace parte de las filas del ejército de su país está obligado a obedecer órdenes ilegales (Carranza, 2009, pág. 18).

La regla, según Carranza, puede enunciarse en los siguientes términos: "El hecho de haber actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo exime de responsabilidad (al agente) si ha tenido la posibilidad moral de opción". (Ibidem, pág. 17).

La Comisión de Derecho Internacional, cumpliendo con el mandato de la Asamblea General de las Naciones Unidas formuló en 1950 los "Principios de Nuremberg", entre los que cabe destacar el Principio IV: "El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior no lo exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, siempre que de hecho haya tenido la posibilidad de elección moral. Sin embargo, esta circunstancia puede ser tomada en consideración para atenuar la pena si la justicia así lo requiere".

Para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves, cometidas entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, las Naciones Unidas aprobaron el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el que se mantienen normas como la de responsabilidad personal, al margen de la categoría del acusado que "...no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena".

Considera también que crímenes cometidos por los subordinados no liberan al superior de responsabilidad penal "...si sabía o tenía razones para saber" sobre el hecho y "...no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores". En sentido contrario, el subordinado acusado del presunto cometimiento de un crimen no queda exonerado de su responsabilidad penal, pero "...puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia". Además, según criterio del juez Juan Antonio Casese, expresado en la Corte de Apelación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia: "(...) un soldado no está obligado a desobedecer las órdenes cuando su ilegalidad no es obvia —a menos que aun no siéndolo, el subordinado tuviera conocimiento de la ilegalidad de la orden— de tal forma que si una orden no es manifiestamente criminal, el soldado deberá ejecutarla y podrá argumentar su

defensa mediante el instituto jurídico de la obediencia eximente” (Hernández, 2012, pág. 63).

Aún aclara mejor este asunto, la sentencia dictada el 29 de noviembre de 1996, en el caso Drazen Erdemovic, cuando establece: “... Tales eximentes deben ser apreciadas no solo desde la certeza de la existencia de la orden del superior, —cuya concurrencia debe ser probada— sino también y especialmente en las circunstancias de cómo fue dada y cómo fue recibida...” (Ibídem, pág. 64).

Opina Marcelo Sancinetti (1987), por su parte, que el subalterno que no tenga error alguno y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, siempre que: a) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior, como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, b) el delito cometido al cumplir la orden no implicara, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera, para el derecho vigente, la desobediencia misma.

En el caso de una colisión de deberes (delinquir por comisión, o delinquir por desobediencia), deben considerarse las mismas reglas de ponderación de bienes jurídicos que rigen en cualquier estado de necesidad (pag.268). Sobre la misma materia, en el XIV Congreso de Derecho de la Guerra, celebrado en Atenas en 1997, se recomendó que: “Las reglamentaciones disciplinarias deberían establecer un procedimiento mediante el cual los subordinados puedan ejercer, sin perjuicio para ellos mismos y sin que signifique una falta de disciplina, su derecho y su deber de no obedecer órdenes cuya ejecución implicaría ostensiblemente la perpetración de un crimen de guerra” (Verhaegen, 2002, pág. 11-22).

2. Conceptos relacionados

Obediencia funcional

El estudio realizado sobre los antecedentes históricos y jurídicos de la figura de la obediencia debida, permite establecer la existencia de un conflicto aún no resuelto entre legalidad y autoridad, tomando en cuenta que participan en esta relación consideraciones morales y éticas, junto al derecho que regula el funcionamiento de todo Estado, que requiere para su normal desarrollo de un aparato político- administrativo, gestionado por autoridades públicas, dotadas de competencias legales, cuyo ejercicio es indispensable para el logro de los objetivos nacionales.

Estas razones conducen a considerar que las disposiciones que de ellas emanan son lícitas y de obligatorio cumplimiento por parte de los subordinados, porque en caso contrario, “...hay que deducir que el mandato ilícito dictado por una autoridad, caso que supone el ejercicio indebido del poder público, es semejante a un acto de usurpación de poder y, en consecuencia, tampoco debe ser obedecido, por ser nulo” (Du Pui, 2002, pág. 242).

Los tratadistas sobre la materia ayudan a esclarecer el tema cuando proponen la existencia de varios tipos de obediencia:

Reflexiva: cuando el subordinado, ante la duda sobre la legalidad de la orden, cuenta con la alternativa de plantear el problema al superior, aunque deba cumplirla ante su insistencia.

Absoluta: cuando el subordinado está obligado a cumplir las órdenes sin opción de reflexionar sobre su licitud, en la que caben dos variantes: a) Ciega, cuando no existe alternativa al deber de cumplir la orden y b) Relativa, cuando el subordinado solamente puede cumplir órdenes lícitas (Cavada, 2019, pág. 3).

Obediencia debida

Se considera, en derecho administrativo, como la obediencia que se debe al superior jerárquico y que, en ciertas circunstancias, exime de responsabilidad en el cometimiento de hechos ilícitos y delitos. Rivero (2016), citado por Cavada, afirma: “Se trata de aquella institución de derecho penal eximente de la responsabilidad penal de un sujeto ante la comisión de una acción típica, por ser realizada esta 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” (Ibidem, pág. 2).

Requisitos de una orden para ser obedecida

La mayoría de autores coinciden en que, en el ordenamiento jurídico contemporáneo, la orden debe cumplir los siguientes requisitos:

- Que exista la relación de dependencia jerárquica entre el que da la orden y el que la cumple;
- Que la orden sea relativa al servicio;
- Que el superior jerárquico obre dentro de la esfera de sus competencias, y
- Que exista la posibilidad del análisis de su legalidad por parte de los subordinados.

Autoridad legal

Se la considera como la función o posición de mando de la que está investida una persona, conforme mandato de la ley. En el campo militar se encuentra claramente definida la prelación:

- Superioridad por cargo o función;
- Superioridad jerárquica conforme al grado, y
- Superioridad por antigüedad entre militares del mismo grado.

En términos generales: “...resultará superior aquella autoridad que se encuentre facultada para dictar mandatos que generan el deber de obediencia” (Carranza, 2009, pág. 20).

Persona obligada a obedecer

En el sector público todas las personas deben cumplir las disposiciones legales emanadas de las autoridades legítimas; en el campo militar, la intensidad de obediencia tiene mayor vigor, en virtud

de las condiciones especiales en que se desarrollan las actividades castrenses. Al respecto, comenta Du Pui (2002):

En este caso, el destinatario del mandato está obligado a cumplir con la orden de la autoridad competente, porque ésta actúa en ejercicio de un poder que la faculta a dictar mandatos obligatorios y no porque exista una relación jerárquica especial entre ellos (pág. 242).

El que obedece una orden antijurídica solamente puede verse eximido de culpa si:

- a. Conoce el contenido delictivo del mandato, pero argumenta miedo insuperable o estado de necesidad, aplicando la figura de la “no exigibilidad de otra conducta”;
- b. Actúa en la creencia de que no se encuentra ante un mandato delictivo y puede comprobarse que cometió un error.

Relaciones entre el que manda y el obligado a obedecer

Para determinar el ámbito de aplicación de la eximente, hay que tener en cuenta, así mismo, el tipo de relación que existe entre quien dicta la orden y el que debe obedecerla.

“La índole especial del vínculo existente entre superiores y subordinados en el ámbito militar, explica por qué los códigos penales militares tipifican la desobediencia como un delito, mientras que en la administración pública civil es generalmente considerada como infracción de orden disciplinario” (Du Pui, 2002, pág. 250). Del mismo modo, por la naturaleza de las misiones militares, se presupone una estricta obediencia que asegure el funcionamiento del sistema y la indispensable disciplina, lo que no implica aceptar como válida la posibilidad de obediencia debida frente a orden ilegal; pero, en circunstancias en las que las fuerzas militares deban emplearse en misiones de combate o similares, es evidente que se limita la posibilidad de análisis del mandato recibido.

Así, para que sea considerada como eximente, el subalterno debe haber procedido “...en cumplimiento estricto de órdenes emanadas de su superior inmediato, órdenes que el acusado ha podido razonablemente considerar encuadradas dentro de la más absoluta legalidad...” (Carranza, 2009, pág. 23).

Es evidente que toda posibilidad de una obediencia ciega debe quedar excluida en la práctica común, pero es indispensable una excepción reglada, en circunstancias excepcionales, en el ámbito militar cuando se trate de una orden de operaciones de combate, en un contexto de conflicto armado o cuando es imposible que los subordinados puedan suspender su cumplimiento ante duda de su juridicidad.

Hecho punible

Para considerarse punible, la acción imputada debe superar ciertos criterios, cada uno de los cuales puede ser una causal de impunidad: comprobar que se trata de una

acción en principio prohibida (tipicidad); determinar si es efectivamente antijurídica (antijuridicidad); establecer si no concurre una causa de inculpabilidad (si el autor es un inimputable o si actuó por error inevitable de prohibición); y, si han concurrido causas excepcionales de impunidad (Sancinetti, 1987, pág. 263).

3. Causas formas en que pueden considerarse los eximentes

Conforme a lo analizado con anterioridad, no puede existir la infracción criminal, al menos que estén presentes los siguientes elementos: la acción, la antijuridicidad-tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Si por cualquier circunstancia se eliminase alguno de estos elementos, el sujeto queda exonerado de responsabilidad criminal. Desde el punto de vista de quien emite la orden, se considera que será responsable como autor mediato si hizo del ejecutor un instrumento y tuvo el dominio del hecho, o será considerado instigador si el ejecutor comete el delito intencionalmente. El subordinado en cambio actuará bajo la influencia de error de tipo y, por tanto, sin dolo, si no sabe que su superior actúa motivado por interés ilícito; en caso de haberlo sabido, pero haber actuado bajo amenaza de un daño mayor, tampoco será responsable por haber actuado bajo coacción. Las causas de justificación eliminan o excluyen el juicio de antijuridicidad de la conducta que se encuentra tipificada.

Causal de ausencia de acción

En este caso, el subordinado no ejecutaría una acción al cumplir la orden, sino que solo sería un instrumento en manos del superior, lo cual se considera inaceptable porque sería sostener que quien obedece carece de voluntad propia y, por tal razón, deja de ser un actor en el acto ilícito (Cavada, 2019, pág. 5).

Causal de error

La doctrina, actualmente dominante, considera que el imperativo legal de obedecer sólo rige cuando la orden es absolutamente legítima; por tal razón “...una orden ilegítima sólo podría excusar por error inevitable o por coacción, pero nunca justificar” (Sancinetti, 1987, pág. 265). La jurisprudencia refuerza estos criterios. Sentencia de 22 de abril de 1983, Artículo 185, 12. Obediencia debida. Naturaleza: causa de exclusión de la culpabilidad:

(...) se la califica como una causa de exclusión de la culpabilidad, imbricada además con la inexigibilidad de otra conducta, toda vez que, el que obedece no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo, sin que, además el Derecho pueda incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta(...) (Ruiz, 1983, pág. 446).

En efecto, cuando el subordinado ejecuta la orden bajo la creencia que obra lícitamente (presunción de legalidad), es suficiente que, en apariencia, no infrinjan abierta o manifiestamente la ley, porque no es posible que el subordinado pueda en toda circunstancia discutir la validez legal de cada orden, sin poner en riesgo el principio de jerarquía, un bien indispensable para el funcionamiento de las instituciones públicas. En el ámbito militar, el razonamiento se refuerza porque la ley impone a los miembros de las instituciones de seguridad y defensa el deber de una obediencia pronta y estricta.

Carranza (2009) considera que existen dos tipos de error: el de tipo y el de prohibición; en el primero el subalterno ignora la naturaleza de la acción; en el segundo, este conoce su realidad, pero no cree que sea contraria al orden jurídico. De ese modo, el error de tipo elimina la tipicidad dolosa, mientras que el de prohibición puede eliminar la culpabilidad.

Por su parte, Sancinetti (1987) opina que, aún en casos en que el subalterno esté consciente de la ilegitimidad de la orden, debería quedar justificado si: 1) la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por él o cualquier observador imparcial y razonable posterior, como manifiesta y evidentemente ilícita; y si además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implicase a su vez una lesión jurídica de mayor gravedad que la desobediencia misma. En este caso, al tratarse de una colisión de deberes (delinquir por comisión, o delinquir por desobediencia), tienen que entrar en consideración las mismas reglas de ponderación de bienes jurídicos que rigen en cualquier estado de necesidad (págs. 267-268).

Causal de inexigibilidad

Se considera la inexigibilidad de una conducta diferente al cumplimiento de la orden ilícita, cuando el que obedece pertenece a un sistema de instrucción y servicio rígido y severo, que reduce las posibilidades de autodeterminación y se encuentra habituado al cumplimiento de órdenes superiores sin opción de discusión (Cury, 1992, pág. 92). En el caso de que el subordinado hubiese conocido de la ilicitud de la orden y la hubiera cumplido por temor a graves sanciones disciplinarias u otras retaliaciones que le hubiesen significado un sacrificio extremo, se puede asumir que cualquier individuo, en tal situación excepcional, habría actuado de la misma manera.

La sentencia del 22 de abril de 1983 ayuda para una mejor comprensión del tema: Artículo 185,70, Estado de necesidad, requisitos: El estado de necesidad implica (...)una situación de conflicto, actual o inminente y total, entre dos bienes en el que la salvación de uno exige el sacrificio del otro... a) peligro para el bien jurídico, el cual requiere un juicio valorativo 'ex ante', pues el acontecimiento temido, de ordinario, gracias a la intervención del agente, habrá de ser evitado; b) dicho peligro ha de ser real (...) siempre que se adquiera la convicción de que

el agente, siquiera sea erróneamente, se creía amenazado por un mal que él reputaba real; c) el mal temido debe ser actual o, al menos, inminente, d) el mal al que el peligro se refiere tiene que ser un perjuicio para un bien jurídico merecedor de un juicio valorativo, debiendo, el mencionado perjuicio, merecer el calificativo de grave; e) el conflicto ha de ser absoluto; f) la situación de necesidad debe ser instantánea y no permanente, afirmación que es muy discutible; g) desde el punto de vista subjetivo, el agente, ha de actuar impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno...". (Ruiz, 1983, págs. 445-446).

Requisitos para la admisibilidad

Conforme a varios autores, para la admisibilidad de los eximentes:

- a. Debe existir una relación de especial subordinación, o jerárquica establecida por una norma jurídica, del que obedece al que manda.
- b. Es necesario que se trate de la emisión de una orden que cumpla con las formalidades legales correspondientes.
- c. El mandato debe referirse a relaciones regladas, habituales entre el que manda y el que obedece, en el marco de sus respectivas competencias.
- d. El contenido delictivo de la orden no debe ser manifiesto.
- e. El subordinado debe desconocer la antijuridicidad de la orden por su ilicitud no manifiesta y creer que actúa conforme a derecho.
- f. La conducta del subordinado corresponderá a la finalidad de dar cumplimiento a la orden debida.

Conclusiones

El Derecho Internacional Público no ha logrado superar sus tradicionales deficiencias; por el contrario, en la actualidad se lo observa aún más debilitado.

Mientras el mundo se ha integrado por los extraordinarios avances científicos y tecnológicos de las últimas décadas en lo que se ha calificado metafóricamente como una aldea global, la humanidad entera enfrenta amenazas que ponen en riesgo su propia supervivencia; cuando más necesaria es una gobernanza global, las relaciones de poder y las disputas por la primacía han logrado imponerse a las normas convenidas para la defensa de la paz y la cooperación internacionales.

El siglo XXI ha llegado cargado de amenazas cada vez más destructivas, difíciles de controlar, con capacidades de mutación insólitas que, en muchos casos, logran paralizar las facultades de respuesta de los Estados; los riesgos naturales, especialmente los de origen climático, se presentan como nunca antes destructivos; las instituciones sobre las que se sostiene la democracia liberal flaquean y, por mucho esfuerzo que realicen reducidos sectores visionarios, el Derecho Internacional Público, si no se encuentra estancado, al

menos avanza muy lentamente; y lo que es peor, en muchas ocasiones las convenciones quedan en letra muerta. En este contexto, se observa a instituciones defensoras de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario que proponen cautos avances para adecuar la normativa a las realidades del actual contexto, sin ser atendidas.

Si bien algunas normas del Derecho Internacional Humanitario están enfocadas a enfrentar los problemas tal como se presentaron a mediados del siglo pasado, cabe en cambio destacar el paso trascendente que implicó la aprobación del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional, responsable de eliminar o al menos disminuir, de forma significativa, la impunidad de responsables de crímenes atroces, logro que, como se analizó, perdió la fuerza requerida cuando países de gran poder no aceptaron la figura de este tribunal. Queda pues un gran trabajo por delante para lograr que el Derecho Humanitario y los Derechos Humanos sean reconocidos, respetados y observados por todos los Estados, gobiernos e instituciones, a fin de enfrentar, de manera adecuada, los retos del nuevo y cambiante contexto.

Un tema de especial interés para las instituciones responsables de la seguridad y defensa de los Estados, y en particular para cada uno de sus miembros, es el de la obediencia a las órdenes en escenarios de alta complejidad, volatilidad e incertidumbre. Como se ha podido observar a lo largo del presente trabajo, el conflicto entre legalidad y autoridad no ha sido todavía suficientemente resuelto. Si bien las normas pueden ser claras, su aplicación no presenta esa misma característica. Es evidente que sólo una orden lícita, dictada por autoridad competente, debe ser obedecida; pero lo difícil, especialmente en el campo militar y policial (peor todavía en casos de enfrentamiento bélico), es esperar del que obedece una calificación oportuna de esa licitud. De ahí destaca la importancia de desarrollar con claridad la legislación e instruir a jueces y fiscales sobre el tema de la obediencia debida y los eximentes de culpabilidad.

No puede, sin embargo, desestimarse la imperiosa necesidad de que, por mucho que las órdenes militares requieran que la obediencia sea inmediata y basada en la confianza entre superiores y subalternos, estos no están obligados a obedecer ciega y automáticamente los mandatos de sus superiores, especialmente en casos evidentes de crímenes de lesa humanidad o, en general, violatorios de los derechos humanos.

Finalmente, una conclusión que por obvias razones no debe dejar de presentarse: los gobiernos, las autoridades del sector público y, en particular, las responsables de la Defensa y Seguridad interior, tienen como responsabilidad fundamental la de incluir en todos los niveles de los sistemas educativos el estudio de estos temas que son tan importantes para la seguridad de quienes mandan, así como también de quienes tienen el deber de obedecer.

Referencias

- Alberdi, J. B. (1994). *El crimen de la guerra*. A-Z.
- Cabanellas, G. (1961). *Diccionario Militar (Vol. III)*. Buenos Aires: Omeba.
- Carranza, L. (2009). La obediencia debida como eximente penal. *Revista N° 26*. https://xperta.legis.co/visor/temprenal_ab74ebf8-deed-4bb6-9d1e-23109d388b73
- Cavada, J. P. (2019). *Obediencia debida de órdenes ilícitas. Aspectos generales en el derecho nacional, internacional y extranjero*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (14 de 12 de 2008). *ICRC*. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
- Cury, E. (1996). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Du Puit, J. (2001). La obediencia jerárquica en el derecho penal militar peruano. *La Reforma del Derecho Penal Militar-Anuario de Derecho penal*, 242.
- Gibs, N. (1975). *Marxismo y democracia política*. Madrid: Riodurero.
- Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la Guerra y de la Paz (Vol. I)*. Madrid: Reus.
- Hernández, F. (2011). Una aproximación a la eximente por obediencia jerárquica desde el Derecho Internacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(6), 45-78.
- Kalshoven, F., & Zegveld, L. (2003). *Restricciones en la conducción de la guerra*. Buenos Aires: S.N.
- Organización de Naciones Unidas. (2011). *Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos durante los Conflictos Armados*. Nueva York: Oficina del Alto Comisionado.
- Rosseau, C. (1966). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel.
- Ruiz, L. (1983). Jurisprudencia penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 443.
- Salmón, E. (2016). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- Sancinetti, M. (1987). Obediencia debida y Constitución Nacional. *Doctrina Penal*, 10(39).
- Silva, H. (1996). *Derecho internacional humanitario*. Caracas: Fondo Editorial.
- Tunkin, G. (1979). *Curso de Derecho Internacional*. Moscú: Progreso.
- Verhaegen, J. (2002). S.T. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 11-12.