



Centro de Información Jurídica en Línea



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: OBEDIENCIA DEBIDA

RESUMEN: En este informe se hace referencia a los elementos integrantes de la figura de la obediencia debida. Se establecen los presupuestos para su materialización así como su tratamiento normativo en un ordenamiento de mucha influencia en el nuestro como lo es el ordenamiento jurídico argentino. Finalmente se señala su regulación en Costa Rica así como su tratamiento jurisprudencial.

SUMARIO:

1. DENOMINACIÓN
2. CLASES DE OBEDIENCIA
3. NATURALEZA JURÍDICA
 - a. Causal De Justificación
 - b. Causal De Ausencia De Acción
 - c. Causal De Error
 - d. Causal De Inexgibilidad
4. REQUISITOS
5. CRÍTICAS
6. EXCLUSIONES
7. LEY DE OBEDIENCIA DEBIDA EN ARGENTINA
 - a. SITUACIÓN ACTUAL
8. CODIGO PENAL
9. JURISPRUDENCIA
 - a. Requisitos para que opere como causa de exculpación
 - b. Aplicación exclusiva a funcionarios públicos
 - c. Inexistencia en caso de ejecutar orden manifiestamente ilegal emanada del superior



Centro de Información Jurídica en Línea



DESARROLLO:

1. DENOMINACIÓN

“En derecho penal, la obediencia debida (también llamada obediencia jerárquica, cumplimiento de mandatos antijurídicos o cumplimiento de órdenes antijurídicas) es una situación que exime de responsabilidad penal por delitos llevados a cabo en el cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico; el subordinado, autor material de los hechos, se beneficia de esta eximente, dejando subsistente la sanción penal del superior.

Habitualmente se relaciona con la actividad castrense, debido a la subordinación que los miembros de una jerarquía militar deben rendir a sus superiores en las acciones que competen al servicio prestado. No obstante, puede presentarse en otras actividades de derecho público, como la administración.

Para referirse a esta eximente, la mayor parte de la doctrina penal utiliza la expresión de obediencia debida; no obstante, varios autores critican esta denominación, argumentando que ella implicaría que el ordenamiento jurídico puede establecer un "deber de acatamiento absoluto" aún en caso de órdenes que suponen realizar hechos delictivos. De acuerdo a los mismos, esta situación resultaría ilógica y contradictoria, pues es un principio universalmente aceptado del derecho que lo que está ordenado no puede estar al mismo tiempo prohibido y viceversa. Por ello, estos autores prefieren designar a esta eximente como cumplimiento de mandatos antijurídicos.¹

2. CLASES DE OBEDIENCIA

“De acuerdo a la forma en que la obediencia debida se presente en la ley, puede clasificarse en:

Obediencia absoluta:

En virtud de ésta, el subordinado está obligado a cumplir las órdenes lícitas e ilícitas (antijurídicas) que le ha impartido su superior jerárquico. Se subclasifica en

Obediencia reflexiva:

Aquella en que el subordinado posee la facultad de suspender la ejecución de la orden y representar su ilicitud al superior jerárquico, pero en caso que él insista en su realización, debe cumplirla sin más.

Obediencia ciega:

Aquella en que el subordinado carece de la facultad de suspender y



Centro de Información Jurídica en Línea



representar la orden.

Obediencia relativa:

En virtud de ésta, el subordinado está obligado a cumplir sólo las órdenes lícitas que le ha impartido su superior jerárquico. Debido a que la obediencia absoluta ciega no se encuentra contemplada en prácticamente ninguna legislación del mundo y la obediencia relativa supone casos que quedan al margen del derecho penal (porque son órdenes lícitas), la obediencia debida (como eximente) es una situación que se plantea frente a casos de obediencia absoluta reflexiva.”²

3. NATURALEZA JURÍDICA

“La naturaleza jurídica de la obediencia debida es uno de los temas más debatidos por la doctrina. Sin embargo, por lo general, el efecto es similar: se sanciona penalmente al superior que dio la orden y se exime al subordinado. Dentro de las posiciones defendidas se encuentran las siguientes:

a. Causal De Justificación

La obediencia debida sería una causal de justificación y que, por tanto, excluiría la antijuridicidad de las conductas realizada bajo ella. Esta ha sido históricamente la posición tradicional, aunque actualmente se encuentra abandonada por los autores, salvo por unos pocos (J. M. Rodríguez Devesa y J. J. Queralt). En algunos casos se le trata como una especificidad del cumplimiento del deber (justificante) y en otros se intenta delimitarla de ésta último.

Expresamente se le contempla como causal de justificación en el Código Penal de Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador e Italia.

Esta posición ha sido abandonada, entre otras razones:

Porque no es capaz de explicar por qué se excluye el castigo del subordinado manteniendo la del superior que dio la orden, o sea, por qué se afirma que (la misma acción) está prohibida para uno y permitida (justificada) para el otro;

Porque esta opción priva a la víctima de emplear legítima defensa en contra del acto del subordinado, puesto que ésta es aplicable sólo frente a conductas prohibidas, y

Porque provocaría la impunidad de los colaboradores (cómplices y encubridores), ya que no existe participación criminal en caso de actos justificados.³

b. Causal De Ausencia De Acción



Centro de Información Jurídica en Línea



“La obediencia debida sería una causal de ausencia de acción, ya que el subordinado no ejecutaría una acción al ejecutar la orden, sino que sólo sería un instrumento del superior. Por esta razón este último podría ser sancionado como autor (mediato) y la víctima podría defenderse legítimamente del ataque. Es una posición poco difundida, que aparentemente supera las objeciones de la anterior.

Sin embargo, no ha sido apoyada por la mayoría de los autores, al ser considerada irreal. Pues no tendría sustento postular que el subordinado se encuentra sometido al superior como un mero instrumento de su voluntad, ya que, si bien la voluntad del subordinado podría generarse de modo defectuoso, no carece de ella y, por tanto, si estaría actuando.⁴

c. Causal De Error

“La obediencia debida se trataría de un supuesto de error (y tratada en la teoría del error), pues el subordinado ejecutaría la orden bajo la creencia que obra lícitamente (conforme a derecho). Por ello esta posición ha elaborado una teoría de la apariencia, que señala que las órdenes impartidas al subordinado estarían, en parte, amparadas por una presunción de legitimidad (o legalidad), por lo que éste no requeriría conocer que ellas son lícitas, bastando con que en apariencia no infrinjan abierta o manifiestamente la ley. Es una posición que goza de importante prestigio en Iberoamérica.

Se le reconocería en este sentido en el Código de Justicia Militar del Perú y en el Código Penal Militar y la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España.

Se ha criticado esta posición porque estrecharía los márgenes de la invencibilidad del error y, principalmente, porque los casos problemáticos de obediencia debida no son aquellos en que el subordinado se equivoca sobre la antijuridicidad de lo ordenado, sino que son aquellos en que cumple la orden a conciencia de su ilicitud.⁵

d. Causal De Inexigibilidad

“La obediencia debida sería una causal de inexigibilidad de otra conducta (o exculpación), pues el cumplimiento de la orden ilícita por parte del subordinado obedecería a circunstancias especiales que reducirían las habituales posibilidades de autodeterminación (motivarse en forma normal), producto de la tendencia a acatar las órdenes que reciben de sus superiores casi sin discusión, incluso cuando exceden sus facultades (producto de una instrucción y un régimen disciplinario rígido y severo). Por ello el derecho



Centro de Información Jurídica en Línea



aceptaría razonablemente que, cuando el subordinado recibe una orden de ejecutar un hecho constitutivo de delito y la cumple, no sería cabal expresión de su voluntad. Sin embargo, y por lo general, sólo lo eximiría de responsabilidad si lo ha hecho ante la insistencia de su superior (o sea, tras una previa disidencia o representación de su ilicitud). Ésta es la posición que cuenta actualmente con más adeptos.

Se le reconocería en este sentido en el Código de Justicia Militar de Chile.

Una variante de esta posición sostiene que la obediencia debida no es, per se, una causal de exculpación, sino que debe encuadrarse en las (otras) causales: miedo insuperable (estado de perturbación emocional insuperable ante la amenaza de un mal) o estado de necesidad exculpante (sacrificio de un bien jurídico de igual entidad que el salvado).⁶

4. REQUISITOS

“Determinar los requisitos de la obediencia debida es una tarea compleja, pues varios de ellos dependen de la naturaleza que se le atribuya a ésta. De todas maneras, de modo general, pueden señalarse los siguientes:

Relación de subordinación entre el que manda y el que obedece: Ésta debe estar establecida por una norma jurídica de derecho público, como la Administración pública o las Fuerzas Armadas, excluyéndose el sector privado (por ejemplo, las empresas privadas).

Orden formal:

El mandato debe provenir de un superior, es decir, emanar de la relación jerárquica, y cumplir las formalidades habituales.

Orden con contenido delictivo:

El mandato debe referirse a la realización de una conducta típica y antijurídica (si es conforme a derecho se configura un caso de cumplimiento de un deber).

Subordinado no coaccionado:

El subordinado debe cumplir imperado por la orden, no coaccionado por el superior (en cuyo caso se configura una situación eximente por coacción).”⁷

5. CRÍTICAS

“La existencia de una causal genérica de obediencia debida ha sido seriamente criticada, porque tendería a la implantación de un sistema de sujeción ciega a las órdenes de los superiores. En otras palabras, invitaría a los subordinados a obedecer sin mayores



Centro de Información Jurídica en Línea



reparos (sin considerar las consecuencias penales de sus conductas). Por ello se ha aconsejado que sólo se establezca para casos específicos y delimitados.

Sin embargo, un gran número de autores aboga por su eliminación como eximente, puesto que el origen de este instituto se sitúa en la época en que el principio de autoridad constituía la base de convivencia en la sociedad y en la actualidad, tras la instauración del Estado de Derecho, rige el principio de juridicidad (o imperio de la ley), que implica que ante conflictos entre autoridad y legalidad siempre ha de primar la legalidad. Además, agregan que sus supuestos de hecho podrían resolverse adecuadamente mediante la teoría del error y las causales de no exigibilidad de otra conducta (miedo insuperable y estado de necesidad exculpante)."⁸

6. EXCLUSIONES

Fundamentalmente hasta la Segunda Guerra Mundial, la obediencia debida se reconoció como eximente sin mayores reparos. De hecho, se aplicó durante el juzgamiento de hechos producidos durante la Primera Guerra Mundial.

Sin embargo, al afrontar el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, los aliados se percataron del peligro que estos actos quedarán en la impunidad (al diluirse la responsabilidad dentro de la jerarquía nazi). Por ello, con el fin de impedir tal resultado, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (que creó el Tribunal de Nuremberg) se estableció que: "El hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de la pena si el Tribunal lo estima justo".

A partir de ese importante precedente, en el derecho internacional no se reconoce a la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal. Así, por ejemplo, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU (artículo 5º), de 9 de diciembre de 1975, el Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU (artículo 5º), de 17 de diciembre de 1979, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Pena Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 2.3, "No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura"), de 10 de diciembre de 1984 y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (artículo 4º, "El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no exime de la responsabilidad penal



Centro de Información Jurídica en Línea



correspondiente"), de 9 de diciembre de 1985.

Los sistemas nacionales también han hecho eco de esta tendencia. Por ejemplo, los códigos penales de Alemania y Suiza no consideran como eximente la obediencia debida, y los de Austria, Checoslovaquia, Noruega, Dinamarca y Rusia sólo la consideran una circunstancia atenuante.”⁹

7. LEY DE OBEDIENCIA DEBIDA EN ARGENTINA

“La Ley de Obediencia Debida N° 23.521 fue una disposición legal dictada en Argentina el 4 de Junio de 1987, durante el gobierno de Raúl Alfonsín, que estableció una presunción de iure (o sea, que no admite prueba en contrario) que los hechos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas, durante la guerra sucia y el Proceso de reorganización nacional, no eran punibles por haber actuado en virtud de obediencia debida.

Esta norma se dictó para intentar contener el descontento de la oficialidad del Ejército Argentino, eximiendo a los militares por debajo del grado de coronel, de la responsabilidad en los delitos cometidos bajo mandato castrense. De ese modo, tuvo lugar el desprocesamiento de la mayoría de los implicados en el terror de Estado.

Algunos de los beneficiados por la norma fueron el ex-capitán de fragata Alfredo Ignacio Astiz y el general (R) Antonio Domingo Bussi, contra los cuales existían numerosas pruebas de la comisión de delitos de lesa humanidad.

Junto con la complementaria Ley de Punto Final, la Ley de Obediencia Debida fue derogada en agosto del 2003; aunque la derogación no tuvo efectos retroactivos.

a. SITUACIÓN ACTUAL

En junio de 2004, un fallo de la juez cordobesa Cristina Garzón de Lascano declaró ambas normas insanablemente nulas, dando así lugar al encausamiento de los acusados de delitos aún no prescritos, lo que comprende todos los crímenes de lesa humanidad. El ex-general Luciano Benjamín Menéndez, que se supone el principal responsable de la represión en la provincia, se encuentra detenido por los cargos de secuestro, tortura, homicidio y desaparición de varias personas.

En base a ello, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados examina la posibilidad de declarar también nulos los indultos por



Centro de Información Jurídica en Línea



los que el ex-presidente Carlos Saúl Menem dejó en libertad a varios de los máximos responsables de las violaciones a los derechos humanos durante el Proceso.”¹⁰

8. CODIGO PENAL¹¹

Obediencia debida.

ARTÍCULO 36.- No es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que la orden dimanare de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley;
- b) Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden; y
- c) Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.

9. JURISPRUDENCIA

a. Requisitos para que opere como causa de exculpación

“RECURSO DE CASACION POR EL FONDO: Se alega falta de aplicación de los artículos 36 y 31 del Código Penal. Considera el impugnante que la orden emanó de autoridad competente, que el gerente es jerárquicamente inferior a la Asamblea de socios y que la orden no era evidentemente ilegal. Señala también que la segunda prevención no se le hizo personalmente al imputado para que la prevención quedara totalmente clara y no hubiera dudas sobre las obligaciones de la Empresa a raíz del conflicto colectivo. Se rechaza el recurso por el fondo. El artículo 36 del Código Penal, que contempla la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad, requiere la concurrencia de tres requisitos: a) que la orden dimanare de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley, b) que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expide la orden y c) que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. Debe respetar el recurrente el cuadro fáctico de la sentencia, al plantear su recurso por el fondo. En la sentencia no se tuvo por acreditado que en labores de administración de la sociedad, como es el caso del despido de un trabajador, el gerente estuviera vinculado por una decisión de la Asamblea, es decir, que en esta materia fuera su superior jerárquico. Argumentó el Juzgador que, de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio, quien tiene a su cargo la administración de la Sociedad de Responsabilidad Limitada es el



Centro de Información Jurídica en Línea



Gerente, no la asamblea de socios (artículo 89). Los actos de gestión, como un despido, competen al Gerente. Por otro lado, de haberse dado el acuerdo, no se cumplió con las formalidades establecidas en el artículo 96 del Código de Comercio, relativo a la consignación del acuerdo en el libro de actas, y la firma de los asistentes. El acuerdo, amén de no provenir del Superior jerárquico del gerente en materia de administración de la empresa, no reunía las formalidades exigidas por la ley. El tercer requisito tampoco se da en la especie. Al imputado le fue prevenido personalmente que no podía despedir trabajador alguno sin previa autorización del Juez de trabajo, y posteriormente, en el lugar que él señaló para atender notificaciones, le fue notificada resolución en que se le indicaban las consecuencias del incumplimiento de tal prevención. Sabedor el imputado de estas circunstancias, despide a un trabajador. Si tal despido fue orden de la Asamblea de socios, es evidentemente ilegal, por lo que el imputado no estaba obligado a acatarla. Según Bacigalupo en su obra Lineamientos de la Teoría del Delito, "En un estado de derecho el deber de obediencia a las órdenes de los superiores está condicionada a que la orden sea de acuerdo a Derecho. En tales casos su cumplimiento será obligatorio si no colisiona con un deber de mayor jerarquía (por ejemplo si no colisiona con el deber de cumplir con la Constitución), dado que, como vimos, rigen aquí las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. Los principios del estado de derecho excluyen de manera absoluta el cumplimiento de órdenes antijurídicas y, ni qué decirlo, de órdenes constitutivas de hechos delictivos (por ejemplo torturar, matar, privar ilegalmente de la libertad, etc)". El deber jurídico de obediencia al superior no es absoluto. La obediencia deja de ser debida u obligatoria cuando la orden impartida sea abiertamente antijurídica, como lo es en el caso que nos ocupa. Por no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 36 del Código Penal, no es de recibo el alegato del impugnante en el sentido de que el imputado actuó conforme a la obediencia debida." ¹²

" XIII. PRIMER MOTIVO POR LA FORMA: Falta de fundamentación . En este apartado, con sustento en los artículos 142, 143, 363, 369 y 443 del Código Procesal Penal; 39 de la Constitución Política, se argumenta que el fallo incurrió en falta de fundamentación, lo que imposibilitó a la defensa para conocer las razones que mediaron para dictar la condenatoria, ello con base en lo siguiente: a) No existe una prueba que acredite que todos los imputados hayan sustraído dinero de Aviación Civil, siendo que el tribunal no indica ni analiza cuál es esa " abundante y contundente prueba " que menciona; b) No se explica por qué los jueces estimaron que el testigo Ronald Chacón Badilla " fue coherente y objetivo, y demostró su conocimiento de los hechos ", ni se indica qué fue lo



Centro de Información Jurídica en Línea



esencial de su dicho a efectos de acreditar la culpabilidad de todos y cada uno de los imputados; c) Igual sucede con lo declarado por Luis Ramón Monge Ballesteros, pues no se explica por qué es una prueba de cargo importante, siendo que lo que menos prueba es “ lo que asevera el tribunal ”; d) El tribunal debió externar qué pruebas tiene de que Mauricio Rojas Argüello atravesó ese conflicto de conciencia que desembocó en un vencimiento de la tentación, en qué consistió su notoria dificultad para declarar, y por qué se consideró veraz; e) En lo que a los testigos Douglas Carvajal y José Miguel Zamora, no se expuso “ ... en qué consistió esa esenciliada de su espontaneidad y puntualidad ...”, ni por qué merecieron credibilidad; f) En relación a las deposiciones de “ Rojas y Monge ”, el tribunal no explica cuáles contradicciones alegadas por la defensa no son relevantes, ni en cuáles circunstancias relevantes sí resultaron coincidentes. Tampoco cuál de todas las versiones que dio Mauricio Rojas fue corroborada por Álvaro Carvajal Porras; g) Se debió “ exteriorizar ” cuáles objeciones de la defensa en contra del informe de la Contraloría General de la República (Nº 30696), no fueron de recibo, y por qué. Además, cuál fue la importancia de dicho informe; h) Se pasa de la fundamentación de un medio probatorio a otro, sin ningún orden lógico; ni se explica por qué las declaraciones de “ Monge y Carvajal ” comprueban la participación de Nelson Rodríguez Gonzalo, ni se desarrolla el dominio funcional del hecho que se le imputa a José Olmazo Serrano; i) Se critica que los jueces hayan razonado que el número del teléfono celular de Gregorio Cabalceta Castillo constituya “ una firma más ”; j) Es grave que en el fallo se tenga como “ razonablemente probable ” que éste haya recibido los cheques de manos de “ Rodríguez Gonzalo o Gould ”; k) El recurrente se pregunta cómo podía el encartado Arguedas Medina procurarse impunidad con la contratación que hizo Douglas Carvajal de dos portones; l) No se acredita el plan entre los encartados Olmazo Serrano y Rodríguez Gonzalo, pues es sólo una suposición sin respaldo; ll) No se acredita que Arguedas Medina haya iniciado el trámite administrativo de las contrataciones ficticias; m) No se explica cómo, si en la primera reunión se le entregaron los cheques a “ Rojas ”, al día siguiente le fueron mostrados; n) No hay prueba del apoderamiento conjunto del dinero; ñ) No se explica cómo Douglas Carvajal (imputado en otras causas, por lo que es un testigo sospechoso) pudo darle sustento al apoderamiento del dinero, si al declarar dijo que no le constaba nada; o) No es cierto que Arguedas Medina haya admitido que conocía que se trataba de una “ mampara ”, pues eran contrataciones ficticias, y para eso está la grabación del debate; p) No se explica a partir de qué pruebas se llegó a la conclusión de que los coimputados Arguedas Medina y Cabalceta Castillo conocía y querían el delito de peculado



Centro de Información Jurídica en Línea



que estaban cometiendo Olmazo Serrano y Rodríguez Gonzalo; q) La causal de exculpación que alegó la defensa, se refería a la relación jerárquica de Arguedas Medina con respecto a Nelson Rodríguez Gonzalo, no a Nelson Gould; r) Al fundamentar la pena, no se desarrolla ni demuestra esa colaboración de Arguedas Medina y Cabalceta Castillo, sólo se enuncia. Ninguno de los reparos lleva razón, por lo que debe ordenarse su rechazo. En primer término, es necesario hacer notar que el presente reclamo, lo mismo que los demás motivos que conforman este recurso, en su mayoría adolece de graves inconsistencias, pues se sustenta en una serie de afirmaciones que en realidad no se derivan del contenido de la sentencia sino de la apreciación subjetiva del impugnante (puntos a, c, l, ll, n, r); se plantean reclamos sustentados en una visión incompleta y parcializada del fallo (puntos i, o); se omite concretar en cada caso cuál es el vicio que presenta el fallo, cuál sería su esencialidad, y cuál el agravio que de ahí se deriva para los intereses del coimputado Arguedas Medina (primera parte del punto h, y los puntos k, o); se cuestionan aspectos del fallo que, incluso, ni siquiera tendrían relación con aquel (puntos i, j, y última parte del punto h); y, curiosamente, el abogado defensor reinvierte su obligación como impugnante de demostrar la esencialidad del vicio y la existencia del agravio que denuncia, pues reprocha que en el fallo no se explica qué importancia tendrían algunos extremos que se mencionan (punto b, e, g, ñ). No obstante lo anterior, del estudio del pronunciamiento condenatorio de mérito, se deriva lo siguiente: a lo largo de todo el fallo, conforme se indicó en los considerandos que anteceden, se explica con meridiana claridad que, a partir de la prueba documental y testimonial que se evacuó en juicio, se llegó a establecer con toda certeza la compleja acción ilícita de sustracción de fondos públicos que, junto con Nelson Gould Marchini (sobreséido por fallecimiento), llevaron a cabo los aquí encartados, en la que cada uno de ellos asumió un rol determinado, pero todos confabulados con miras a un fin común, siendo claro que el hecho de que quien al final de cuentas se presentó al banco a hacer efectos cheques emitidos para responder por unos trabajos ficticios, lo haya sido Gregorio Cabalceta Castillo, y que aunado a ello no se haya podido establecer con precisión cuál fue el destino de ese dinero (lo único que llegó a determinarse con certeza fue que, en efecto, ese monto salió de las arcas del Estado, generándose así un perjuicio) de ningún modo permitiría concluir que los demás acusados no tuviesen responsabilidad penal en el hecho, pues resulta claro que, como se explicó, cada uno de ellos cumplió una función determinada dentro de la compleja relación de conductas que posibilitaron el desfalco (Arguedas Medina, como responsable del Departamento de Proveeduría, inició todo el trámite correspondiente para darle



Centro de Información Jurídica en Línea



visos de legitimidad a las contrataciones ficticias), con lo cual (sobre todo los coimputados Rodríguez Gonzalo y Olmazo Serrano) asumieron un evidente codominio funcional del hecho, de las cuales el cambio en efectivo de los cheques no fue más que la última fase del iter criminis, donde se perfeccionó la consumación material del delito. Asimismo, y ateniéndose a la fundamentación intelectual de la decisión, se advierte que varios elementos que se cuestionan carecen por completo de esencialidad con miras a la estructuración del juicio de reproche, por lo que dicho aspecto del reclamo no tendría mayor interés. En este sentido se aprecia que las declaraciones de los testigos Ronald Chacón Badilla, José Miguel Zamora, y Douglas Carvajal Bejarano (salvo en su referencia a que Gregorio Cabalceta Castillo a veces cambiaba cheques de Aviación Civil); el propio dicho del coimputado Arguedas Medina; el informe de la Contraloría General de la República N° 30696, así como todo lo relativo a esa oscura contratación de los dos portones por parte de Douglas Carvajal Bejarano a pedido de Jorge Arguedas Medina, no revistieron ningún carácter esencial o decisivo dentro de la fundamentación del juicio de culpabilidad, a tal punto que aún suprimiéndolos hipotéticamente, ello en nada menoscabaría la decisión ni le restaría cargo alguno a los imputados, incluido Jorge Arguedas Medina. Tal y como se explica en la sentencia, y se retoma en los anteriores considerandos de esta resolución, la efectiva participación de los aquí imputados se hizo derivar de modo determinante, a partir de las deposiciones aportadas en juicio por Mauricio Rojas Argüello, Álvaro Carvajal Porras, Luis Ramón Monge Ballestero, así como de la prueba documental recopilada durante la investigación, y en menor medida por el relato de Mayid Torres (quien hizo alusión al procedimiento de trabajo y los controles internos de la institución), de Douglas Carvajal Bejarano (quien refirió haber visto en alguna oportunidad a Gregorio Cabalceta Castillo cambiando cheques de Aviación Civil), y de algunos aspectos del dicho de los propios imputados Rodríguez Gonzalo y Olmazo Serrano. Por otro lado, en vista de que los temas que se tocan en los puntos f), i), y m), fueron también planteados en los recursos que anteceden, el aquí impugnante deberá remitirse a lo que ahí se expuso. Por último, aún asumiendo que los juzgadores partieron de una premisa falsa al razonar que la causal de exculpación que adujo la defensa del coimputado Arguedas Medina, se refería a la relación de éste con Nelson Rodríguez Gonzalo, y no con Nelson Gould Marchini, ello en nada afectaría el pronunciamiento condenatorio, pues todos los argumentos que en éste se exponen para descartar esa "obediencia debida" que se alegó, igual se aplicarían con respecto al Director General de Aviación Civil. En cuanto a este punto, la sentencia indica lo siguiente: "... No se alegó y menos se demostró, según argumentó la Defensa de



Centro de Información Jurídica en Línea



Arguedas Medina, que este imputado se encontrara en alguna situación en la que el abstenerse de realizar el comportamiento típico que se le atribuye, hubiera sido un acto heroico, o ello le hubiera significado el sacrificar un valor o un derecho de extrema importancia para su persona. En efecto, a excepción de la Defensa técnica de los imputados Rodríguez, Olmazo y Cabalceta, que ninguna alegación hizo al respecto, el Defensor de Arguedas Medina argumentó que a éste le asiste la causa de exculpación de la obediencia debida del artículo 36 del Código Penal, habida cuenta que Gould Marchini, para esa época asesor del Consejo Técnico de Aviación Civil, fue quien le ordenó dar curso a esas órdenes de compra no obstante para ello incurriere en flagrante violación del procedimiento administrativo establecido para ello, y que, tomando en consideración la verdad histórica de que Gould Marchini tenía mucho poder por el apoyo incondicional que le concedían Rodríguez y Francisco Nicolás Alvaro, era evidente que estaba obligado a obedecerlo. Es evidente que se descarta en el caso particular la concurrencia de esta causal de exculpación, toda vez que, tal y como lo dispone el numeral 36 del Código Penal, para que ella opere es necesario la concurrencia de los presupuestos de hechos previstos en sus incisos a), b) y c). El primero de ellos es precisamente la exigencia de que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla, pero además que esté revestida de las formas exigidas por la ley. En ese sentido la jurisprudencia de La Sala de Casación Penal es reiterativa que el numeral 36 del Código Penal que regula la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad, requiere la concurrencia de tres requisitos, siendo el primero y tercero de ellos, precisamente, que la orden dimanase de autoridad competente y que esté revestida de las formas exigidas por la ley, así como que esa orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. Asimismo el profesor Enrique Bacigalupo en su obra "Lineamientos de La Teoría del Delito" explica que "En un estado de derecho el deber de obediencia a las órdenes de los superiores está condicionada a que la orden sea de acuerdo a Derecho. En tales casos su cumplimiento será obligatorio si no colisiona con un deber de mayor jerarquía (por ejemplo si no colisiona con el deber de cumplir con La Constitución) dado que, como vimos rigen aquí las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. Los principios del estado de derecho excluyen de manera absoluta el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y, ni qué decirlo, de órdenes constitutivas de hechos ilícitos (por ejemplo, agrega el tribunal, prestar colaboración para la sustracción ilícita de dineros públicos)". Por ello, ha dicho nuestra Sala de Casación Penal, el deber jurídico de obediencia al superior no es absoluto, la obediencia deja de ser debida u obligatoria cuando la orden impartida sea abiertamente



Centro de Información Jurídica en Línea



antijurídica, como innegablemente lo es en el caso que nos ocupa. Estas directrices jurisprudenciales y doctrinales hacen concluir al tribunal que no concurre en la especie los requisitos establecidos en el numeral 36 examinado, por lo que no es de recibo la pretensión del Licenciado Corazzari en ese sentido. En efecto, aún admitiéndose que Arguedas Medina percibiera a Gould Marchini como su superior jerárquico en esa institución (lo que se desacreditó precisamente con su declaración indagatoria cuando advirtió que percibía a Gould como peligroso por las influencias que tenía, es decir, por el poder real que ejercía al amparo del apoyo incondicional de Rodríguez Gonzalo y de Francisco Nicolás), es lo cierto que ninguna dificultad le presentaba a este imputado (ni a cualquier ciudadano medio carente de cualquier experiencia laboral en la administración pública) que la supuesta orden que le impartía Gould Marchini era manifiestamente ilegal, lesiva para los dineros de Aviación Civil, por lo que éste no tenía ningún deber legal de acatarla, más por el contrario, estaba obligado no sólo a desobedecerlo sino incluso hasta denunciarlo tanto a él como al hecho ilícito propuesto. Pero además queda claro a lo largo de la sentencia que Arguedas Medina actuó voluntariamente en la realización del delito que en calidad de cómplice se le reprocha, ello por cuanto, lejos de actuar por presiones externas, libre y voluntariamente entró en colusión con los demás imputados para su realización ..." (cfr. folio 203, línea 16 en adelante). Como se advierte, aún si partiéramos de que esa directriz que recibió el imputado Jorge Arguedas Medina, en el sentido de que debía darle trámite a unas órdenes de compra que correspondían a una negociación ficticia, hubiera provenido, no de Nelson Gould sino de Nelson Rodríguez Gonzalo, necesariamente debería concluirse que tampoco se darían los requisitos sustanciales para que hubiera operado la causal de exculpación que se adujo, pues no podría perderse de vista que, sin importar el alto cargo administrativo que ejercía Rodríguez Gonzalo, esa orden era manifiestamente ilegal, de donde en cuanto a ella no podría alegarse una obediencia debida. En este sentido, ha dicho la jurisprudencia de esta Sala lo siguiente: "... no es cierto que en la especie se aplique la justificante de la "obediencia debida", tristemente célebre y pretexto de impunidad por antonomasia para los peores atropellos realizados a lo largo de la historia, prevista en Costa Rica en el artículo 36 del Código Penal, ya que ese mismo numeral establece que la orden debe revestir las formalidades de ley y no tener carácter de evidente infracción punible (incisos a y b), lo cual, según se explicó arriba, era palmario en los hechos perseguidos ...", Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 65999, de las 9:50 hrs. del 28 de mayo de 1999. En el mismo sentido véase el voto N° 24185 de las 10:25 hrs. del 06/12/1985.



Centro de Información Jurídica en Línea



Así las cosas, se declara sin lugar el reclamo. " 13

b. Aplicación exclusiva a funcionarios públicos

"En el único motivo del recurso alega la defensa del imputado falta de fundamentación, ya que la declaración de M.C., que indicó que el imputado obedecía órdenes del propietario F.R., fue dividida por el juzgador en perjuicio del imputado (Arts. 106 y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales). El motivo se declara sin lugar. El aspecto que se resalta por el impugnante es que el imputado obedecía órdenes dadas por el propietario del negocio F.R.. Ese aspecto, sin embargo, sí fue analizado por el juzgador, al rechazar una posible "obediencia debida" de parte del imputado, debido a que se le avisó que si no devolvía el bien sería acusado de la comisión de un delito y citando el Art. 36 inciso c) del Código Penal, que hace mención a que la orden no debe reunir el carácter de una evidente infracción punible (f. 50 fte líneas 10-14). Debe hacerse la advertencia de que la figura de la "obediencia debida" como causa de justificación o de exculpación (según se le considere), no se refiere propiamente a los trabajadores que laboran en una empresa privada, sino es más bien una figura relacionada con el Derecho Administrativo y con los funcionarios públicos (Arts. 107-110 de la Ley General de Administración Pública). Por ello los particulares no pueden invocar que cometieron el hecho ilícito obedeciendo órdenes de su patrón (Art. 36 del Código Penal). En este sentido deben entenderse los términos "autoridad competente" (inciso a) del Art. 36 del Código Penal) y "jerárquicamente subordinado" (inciso b) del Art. 36 del Código Penal). Lo anterior sin perjuicio de que con respecto a los trabajadores particulares pueda operar alguna otra causa de exculpación, por ejemplo la coacción o amenaza (Art. 38 del Código Penal) o el mismo error de prohibición (Art. 35 del Código Penal). Sin embargo, no ha estado en discusión en este asunto la existencia de una coacción o amenaza y en lo relativo al error de prohibición, en la sentencia se excluye, al mencionarse el conocimiento del imputado, con base en la prevención hecha, de que si no devolvía el bien sería acusado como autor de un delito. Por lo anterior procede declarar sin lugar el recurso." 14

c. Inexistencia en caso de ejecutar orden manifiestamente ilegal emanada del superior

"I [...] En todo caso, cabe aclarar que el argumento esgrimido en relación con la obediencia debida, no concuerda exclusivamente con la relación jerárquica y la existencia de una orden emanada de un superior, sino es necesario ponderar la naturaleza de la conducta



Centro de Información Jurídica en Línea



realizada, que debe ajustarse a derecho. En el presente asunto, conforme al marco fáctico fijado en sentencia, se tuvo por demostrado que: "... La muerte del ofendido se produjo cuando los encartados, fuertemente armados con fusiles de asalto M16 rodearon la humilde vivienda donde habitaba el ofendido en compañía de su padre, abriendo fuego contra la misma en un alarde de irrespeto absoluto a la vida de sus moradores...". (folios 185 y 186), de manera que en este caso no se acreditaron en el fallo todos los extremos necesarios para admitir la obediencia debida, como causa de exculpación. Desde esta perspectiva, aún teniendo por acreditado en forma hipotética e incluyendo en ese sentido en el fallo, que el sentenciado acatando órdenes emanadas de un superior, procedió a disparar contra la vivienda en que se encontraba el ofendido Vargas Ortiz en compañía de su padre, resulta evidente que la citada orden implicaba en forma evidente una infracción punible y en ese sentido, no puede admitirse que se tratara de una orden de acatamiento obligatorio, al no resultar cierto que tratándose de comportamientos delictivos, por el simple hecho de que se lo señalara su superior, estuviera obligado a llevarlos a cabo; como ya lo ha puesto en evidencia esta Sala, dicha argumentación fue la excusa mediante la cual - sustentándose en el cumplimiento de órdenes y amparándose en un concepto jurídicamente erróneo de la "obediencia debida" - alegando impunidad, se verificaron: "... los peores atropellos realizados a lo largo de la historia ..." (Sala Tercera, N° 000659-99, de 9:50 horas del 28 de mayo de 1999). Recapitulando, aún partiendo de que la orden de disparar la recibieran los sentenciados, tampoco se darían los requisitos sustanciales para que operara a su favor la causal de exculpación aducida, pues no podría perderse de vista que independientemente del nexo de subordinación que tenían los justiciables respecto a su superior inmediato, esa orden era manifiestamente ilegal, por lo que no podría alegarse obediencia debida, con lo que se excluye el argumento de fondo, que se pretende hacer valer en esta sede. II.- Con respecto al procedimiento de revisión interpuesto por Juan Bautista Vega Ugalde, se observa que fue admitido para estudio de fondo el extremo en el que reprocha que se le condenó por los mismos hechos y prueba, mientras que en idénticas circunstancias se absolvió a Julio Cesar Lara Barboza. Ciertamente, en cuanto a dicho aspecto también procedía denegar el trámite de la acción revisoria, por constituir una forma indirecta de señalar, que las dos resoluciones pronunciadas en relación con el hecho ilícito investigado, resultaban inconciliables entre sí, aspecto que oportunamente ponderó esta Sala. Ahora bien, no obstante lo expuesto y con la finalidad de dilucidar en definitiva la inconformidad del gestionante, cabe aclarar que respecto a la absolutoria ordenada a favor de Luna Barboza, como ya indicara esta



Centro de Información Jurídica en Línea



Sala, no se aprecia la existencia de inconciliabilidad alguna con el fallo objeto de la revisión dictada por el Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón y por ello, no incide sobre lo resuelto respecto de los encartados a quienes se condenó por los hechos investigados. La circunstancia de que Luna Barboza resultara absuelto en el juicio seguido en su contra y que se tuviera por cierto que disparó en cumplimiento de órdenes externadas por su jefe inmediato, no implica - como parece interpretarlo el gestionante - que esta Sala deba aplicar la causa de exculpación de obediencia debida en favor de los restantes encartados, a quienes se sancionó mediante sentencia que - en todo caso - se estima dictada conforme a derecho. Obsérvese, que contrario a lo alegado, ni Juan Bautista Vega Ugalde, ni los demás sentenciados, obedecían debidamente una orden lícita, pues en efecto, el a-quo tuvo por demostrado que la actuación de todos los justiciables fue irregular y contraria a derecho, por lo que no se puede extraer beneficio alguno de una actuación dolosa e ilegítima. En relación con lo anterior: "... la jurisprudencia de La Sala de Casación Penal es reiterativa que el numeral 36 del Código Penal que regula la obediencia debida como causa de exclusión de la culpabilidad, requiere la concurrencia de tres requisitos, siendo el primero y tercero de ellos, precisamente, que la orden dimanase de autoridad competente y que esté revestida de las formas exigidas por la ley, así como que esa orden no revista el carácter de una evidente infracción punible. Asimismo el profesor Enrique Bacigalupo en su obra "Lineamientos de La Teoría del Delito" explica que "En un estado de derecho el deber de obediencia a las órdenes de los superiores está condicionada a que la orden sea de acuerdo a Derecho. En tales casos su cumplimiento será obligatorio si no colisiona con un deber de mayor jerarquía (por ejemplo si no colisiona con el deber de cumplir con La Constitución) dado que, como vimos rigen aquí las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. Los principios del estado de derecho excluyen de manera absoluta el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y, ni qué decirlo, de órdenes constitutivas de hechos ilícitos (por ejemplo, agrega el tribunal, prestar colaboración para la sustracción ilícita de dineros públicos)". Por ello, ha dicho nuestra Sala de Casación Penal, el deber jurídico de obediencia al superior no es absoluto, la obediencia deja de ser debida u obligatoria cuando la orden impartida sea abiertamente antijurídica, como innegablemente lo es en el caso que nos ocupa...". (Sala Tercera, número 2003-00776, de 11:25 horas del 9 de setiembre de 2003). Conforme la prueba recibida, justipreciada y acreditada por el a-quo en sentencia, los hechos resultan típicos de la figura de homicidio simple por la que se condenó a los justiciables. Cabe destacar a mayor abundamiento, que la decisión



Centro de Información Jurídica en Línea



absolutoria dictada por el Tribunal de la Zona Sur, con sede en el cantón de Corredores, no se fundamenta en la citada causa exculpatoria, sino más bien, se indica en sustento de esa conclusión, que: "... no se ha demostrado mediante prueba testimonial o documental que él hubiese disparado su arma...". (confrontar folio 351, expediente número 96-000020-541-PE, seguido contra Julio Cesar Luna Barboza). Con todo, aunque la revisión no corresponde a la citada sentencia, ciertamente reviste importancia aclarar, que fue en la disposición del Tribunal de la Zona Sur, en la que se observaron evidentes vicios de fundamentación, que en definitiva favorecieron a Luna Barboza. En efecto, los integrantes del Tribunal consideraron acreditado, que: "... el imputado Luna Barboza, cumpliendo ordenes de su jefe inmediato, disparó su arma que portaba contra la casa del hoy occiso, utilizando para ello sus armas calibre 5,56 milímetros, que a causa de los disparos de varios de sus compañeros, el aquí ofendido Luis Felipe Vargas Ortiz, resultó herido, siendo que momentos más tarde falleció en el lugar de los hechos...". (confrontar folio 344). Para arribar a esa conclusión, el Tribunal se limitó a indicar la prueba documental, omitiendo cualquier análisis en el fallo acerca de su contenido – que sólo quedó en su mente - así como a transcribir la prueba testimonial recabada en la audiencia - respecto de la que se hace un análisis escueto - lo que les permitió concluir en forma contradictoria respecto a los hechos antes referidos que se tuvo por acreditados, que en cuanto a Luna Barboza: "... no se ha demostrado mediante prueba testimonial o documental que él hubiera disparado su arma...". (folio 351). A ello debe agregarse a mayor abundamiento, que conforme la prueba pericial practicada en el proceso, todas las armas que portaban los sentenciados –entre los que se encontraba Luna Barboza - presentaron residuos de pólvora deflagrada, tanto en sus recámaras, como en el ánima (ver dictamen criminalístico, folio 81), de manera que habían sido disparadas con anterioridad. Así las cosas, si algún defecto se constata, es en la sentencia absolutoria y no en la condenatoria, sin que en relación con la primera proceda realizar corrección alguna, por tratarse de una sentencia firme con autoridad de cosa juzgada y no recurrida por el Ministerio Público en el momento procesal oportuno, por lo que su incuria favoreció en forma irregular, a uno de los justiciables. Como consecuencia y por las razones que anteceden, lo pertinente es declarar sin lugar la revisión planteada." ¹⁵

FUENTES CITADAS:

¹ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

² Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

³ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

⁴ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

⁵ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

⁶ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

⁷ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

⁸ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal Nº 53. 1991 (en PDF).

⁹ Enciclopedia Wikipedia. Obediencia Debida. [en línea] 8 sep 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Obediencia_debida

Zúñiga Rodríguez, Laura. La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, en Nuevo Foro Penal N° 53. 1991 (en PDF).

¹⁰ Enciclopedia Wikipedia. Ley de Obediencia debida. [en línea] 31 de octubre de 2006. Consultado el 5 de noviembre de 2006 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_de_Obediencia_Debida

¹¹ Ley N° 4573. Costa Rica, 4 de mayo de 1970.

¹² TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACION PENAL. Resolución N° 490-F-96 de las quince horas veinte minutos del veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y seis.

¹³ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N° 2003-00776 de las once horas veinticinco minutos del nueve de setiembre de dos mil tres.

¹⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACION PENAL. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Resolución N° 597-F-97 de las quince horas, diez minutos del veinticuatro Julio de mil novecientos noventa y siete.

¹⁵ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2003-00888 de las diez horas con cinco minutos del tres de octubre del año dos mil tres.