

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXIMENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA

Juan Diego Ugaz Heudebert¹

1. Introducción

Tuve el honor de conocer a Felipe Villavicencio en el año 2004 cuando ambos coincidimos en el mismo estudio de abogados, él como un jurista y abogado destacado y yo como un novel practicante. Recuerdo que, pese a sus innumerables ocupaciones, siempre contaba con una gran disposición para enseñar, sobre todo a los que recién empezábamos en el camino del Derecho. Su influencia sobre nosotros fue muy valiosa, y en mi caso contribuyó para decidir dedicarme exclusivamente a la rama penal y para preparar la tesis que me permitió graduarme como abogado.

Felipe estuvo presente en otra etapa importante de mi formación académica, puesto que en el año 2009 fue nombrado jurado en la sustentación de mi tesis, la cual versaba sobre el análisis de la eximente de obediencia debida en el Derecho penal. Como parte de mi preparación fue imprescindible tomar especial atención a los pensamientos de Felipe sobre el particular, puesto que en su Manual de Derecho Penal trataba el tema de la obediencia jerárquica (Villavicencio, 2006, págs. 644 - 646).

Específicamente, en el mencionado manual hace referencia a las discrepancias que existen respecto a la naturaleza jurídica de esta eximente. Como ya lo podía anticipar, este tema fue materia de debate en la sustentación de mi tesis, generándose una retroalimentación muy enriquecedora en el que Felipe explicó claramente la problemática existente en cuanto a la ubicación sistemática de la obediencia debida.

Los comentarios de Felipe me sirvieron mucho para replantearme algunas ideas esbozadas en mi tesis y, así, poder mejorar la calidad de esta. Recuerdo especialmente haber tenido fructíferas conversaciones con Felipe relacionadas a la teoría de la tipicidad conglobante, que fue desarrollada brillantemente por su maestro Eugenio Zaffaroni. Gracias a estas charlas pude utilizar esa teoría para demostrar que el cumplimiento de una orden legal, en su forma y contenido, debe ser siempre considerado como una conducta atípica que no puede generar consecuencias penales sin importar que con su cumplimiento se afecten los bienes jurídicos de terceros (por ejemplo, el policía que procede a incautar un bien mueble en cumplimiento de una orden judicial válida) (Ugaz, 2011, págs. 38 - 29).

El presente artículo ha sido inspirado en mi experiencia académica y personal con Felipe, motivo por el cual haré un breve repaso sobre la naturaleza jurídica de la obediencia debida, tema sobre el que tuvimos la oportunidad de discutir.

1 Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. La Obediencia Debida Como Causa de Inculpabilidad

Como ya adelantamos, Villavicencio reconoce en su Manual de Derecho Penal la existencia de discrepancias sobre la naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, regulada en el inciso 9 del artículo 20° del Código Penal ([CP], 1991). Puntalmente, menciona que existen autores que la consideran una causa de justificación, mientras que otros creen que se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta. De hecho, Villavicencio finalmente se decanta por esta última posición al considerarla más aceptable (2006, pág. 644).

La no exigibilidad de otra conducta elimina la responsabilidad penal en los casos en que el agente actúa guiado por una motivación no deseada. Se considera que en estos casos el sujeto se encuentra ante una circunstancia en la cual el Derecho no le puede exigir que actúe de otra manera. De hecho, generalmente se utiliza como criterio de comparación la actuación del hombre promedio, que seguramente habría reaccionado de la misma forma en determinadas circunstancias (Mir Puig, 2002, pág. 598).

Por ejemplo, un hombre secuestrado es amenazado de muerte con pistola por uno de sus captores, quien le dice que lo matará si es que no mata a su compañero de encierro con un cuchillo que le entrega en ese momento. En un caso como este, se podría considerar que el hombre promedio habría accedido a matar a su compañero de encierro a cambio de evitar su propia muerte, motivo por el cual el Derecho no podría exigirle que actúe de otra manera.

Es importante tener en cuenta que para Villavicencio la no exigibilidad del subordinado se deriva del sistema de subordinación y disciplina al que se encuentra sometido el agente. Sin embargo, cree que habrá responsabilidad penal del subordinado cuando cumpla con una orden que sea manifiestamente ilícita o cuando conozca la ilicitud de la orden (Villavicencio, 2006, pág. 646).

Al igual que Villavicencio, considero que en las instituciones jerarquizadas (como, por ejemplo, el fuero militar), el inferior jerárquico se encuentra en una situación de subordinación que no le permite revisar minuciosamente la orden recibida por el superior. De hecho, por el solo hecho de cuestionarla, el subordinado puede ser sancionado. Vemos así que no será sencillo para el subordinado conocer la ilicitud de la orden, salvo en los casos en que sea manifiestamente ilícita.

No obstante, la discusión no es pacífica con respecto a si un subordinado que cumple con una orden manifiestamente ilícita deberá siempre responder penalmente por su cumplimiento. Tal problemática se presenta cuando el subordinado se encuentra ante una situación motivacional anormal que lo obliga a cumplir con una orden que sabe que es manifiestamente ilegal. Por ejemplo, un superior le pide a su subordinado que ejecute extrajudicialmente a un prisionero, bajo amenaza de que si no lo hace lo matará. Finalmente, el subordinado cumple la orden para no perder su propia vida.

Este ejemplo nos lleva a un supuesto clásico de no exigibilidad de otra conducta por miedo insuperable en el cual el sujeto pasivo es coaccionado bajo la amenaza de un mal, situación que lo lleva a actuar en contra de su voluntad (Mir Puig,

2002, pág. 602). Para algunos autores, en este tipo de supuestos el subordinado no debería responder penalmente tomando como referencia cómo habría actuado el funcionario medio en una circunstancia similar (Zuñiga, 1992, pág. 212).

Asimismo, existen autores que creen que en este tipo de casos el subordinado no deberá responder penalmente, no en aplicación de la eximente de obediencia debida, sino más bien por haber actuado bajo coacción. Esto se debe a que el subordinado no actúa motivado por la relación de subordinación, sino que por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (Fontán, 1980, pág. 348; Reynoso, 2003, pág. 174; Righi, 2003, pág. 160; Rodríguez & Serrano, 1993, pág. 549).

Contraria a las posturas citadas precedentemente, existe jurisprudencia según la cual en casos extremos como el del ejemplo previamente señalado, el subordinado deberá responder penalmente pese a la coacción sufrida debido a que de los soldados se espera una mayor capacidad de resistencia ante las amenazas, más aún si ellos están preparados para morir en el combate (Ragues i Vallés, 2001, pág. 116).

Sobre el particular, concuerdo con Villavicencio en que una orden manifiestamente ilícita no puede vincular a un subordinado. Sin embargo, considero que en casos como el esbozado, el subordinado sí podrá ser eximido de responsabilidad penal, mas no por la causal de obediencia debida; puesto que el inferior jerárquico no actúa motivado por la relación jerárquica que lo une con su superior. En dicho punto habrá que tomar en cuenta que el sujeto actuó coaccionado por el miedo de sufrir un mal grave, situación que genera que no se le pueda exigir que actúe de otra manera. Entonces, se podrá excluir la responsabilidad penal del subordinado, pero por haber actuado bajo coacción, y no por obediencia debida (Ugaz, 2011, pág. 121).

3. Obediencia Debida Como Causa de Atipicidad por Cumplimiento de un Deber

Felipe Villavicencio menciona que hay supuestos en los que el inferior jerárquico actúa en cumplimiento de una orden legal en su forma y contenido, por lo que se podría entender como una actuación justificada por el inciso 8 del artículo 20° del Código Penal, el cual señala que será exento de responsabilidad el que actúa en cumplimiento de un deber (Código Penal, 1991), entendido como una causa de justificación. Sin embargo, refiere que algunos autores consideran que en este tipo de supuestos no nos encontraríamos ante una causa de justificación, sino que ante una de atipicidad (Villavicencio, 2006, pág. 646).

Como bien refiere Villavicencio, existe división en la dogmática sobre cómo interpretar los casos en los que un superior jerárquico cumple una orden legal que afecta a su vez los derechos de un tercero. El ejemplo clásico es el del policía que cumple con una orden judicial de arresto contra una persona que verá restringido su derecho a la libertad. Resulta evidente que el cumplimiento de una orden de esta naturaleza no debería acarrear consecuencias penales. La duda surge con

respecto a si debemos considerar esta conducta como justificada por cumplimiento de un deber o como una conducta atípica.

Considero el cumplimiento de una orden legal en su forma y contenido como una causa de atipicidad, y no de justificación. Ello se sustenta en que una causa de justificación sirve para, como su mismo rótulo lo anuncia, justificar un comportamiento que es considerado antijurídico. Ahora bien, para que una conducta sea considerada como tal tiene que ser contraria a las normas que regulan los comportamientos permitidos en nuestra sociedad.

No podemos olvidar que nuestra legislación permite que se puedan llevar a cabo actividades que son consideradas riesgosas que pueden afectar a terceros (por ejemplo, manejar un vehículo motorizado). No obstante, este tipo de conductas son toleradas porque sin ellas perderíamos eficiencia como sociedad. Por ejemplo, el avión es un vehículo de transporte cuyo funcionamiento entraña un riesgo. Sin embargo, una sociedad sin aviones sería probablemente menos eficiente en el transporte de personas o carga, por ello se tolera aquel riesgo, con lo cual pilotar un avión es una conducta riesgosa atípica (Jakobs, 2001, pág. 30). Pues bien, la detención de una persona por parte de un policía que cumple una orden legal de arresto puede ser considerada como una conducta riesgosa en la medida de que su realización implica la restricción al derecho a la libertad de otra persona. Sin embargo, es una conducta riesgosa tolerada.

En ese sentido, y como bien refiere el profesor Meini, una orden lícita en su forma y contenido constituye un comportamiento jurídico que no genera consecuencias penales para quien la emite y, por tanto, tampoco para el que la cumple sin extralimitarse. En esa misma línea, refiere que este tipo de conductas deben ser consideradas como supuestos de ausencia de tipicidad al tratarse de conductas que no superan el riesgo permitido (Meini, 2009, pág. 112).

Sin embargo, la jurisprudencia nacional no es del todo clara cuando analiza la naturaleza jurídica del cumplimiento de un deber. Así, por ejemplo, la Casación N° 1131-2018 Puno, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia el 4 de diciembre del año 2019, señala lo siguiente:

Esta causal se fundamenta en que cuando la ley ordena un acto, ella crea un deber. Si el autor se limita a cumplir con este deber, y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código Penal, su acto no puede serle reprochado. Su acto es lícito, sería ilógico que el orden jurídico impusiere a una persona la obligación de actuar y hacerla al mismo tiempo penalmente responsable de su comportamiento. De este modo, una conducta lesiva a un bien jurídico penal estaría justificada siempre que el agente haya actuado en cumplimiento de los deberes que emanan de la función que cumple en la sociedad. (Corte Suprema de Justicia. Sala Permanente, 4 de diciembre de 2019)

En la citada sentencia se parte por reconocer que el cumplimiento de una orden lícita no puede tener consecuencias penales por más que su cumplimiento implique la realización de una conducta que podría ser subsumida en un tipo

penal. Por ejemplo, la privación de libertad contra la voluntad de una persona, en cumplimiento de una orden legal de arresto emitida por un juez en ejercicio de sus atribuciones. Dicha conducta, en principio, se podría subsumir en el tipo penal de secuestro, toda vez que se está privando de libertad a una persona en contra de su voluntad. Esto se debe a que, como se señaló, el cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido es una conducta atípica.

El problema surge cuando en la misma Casación se señala también que la conducta del sujeto en un caso como el mencionado se encontraría justificada. Esto significa que la conducta sería típica pero no antijurídica porque estaría justificada. Creemos que el legislador considera que la conducta será típica pero justificada porque si bien la conducta se realiza en cumplimiento de una orden legal finalmente se puede subsumir en un tipo penal, motivo por el cual será típica, pero justificada.

La referida problemática se puede solucionar solventemente mediante la aplicación de la teoría de la tipicidad conglobante de Zaffaroni (1981, pág. 229). El conflicto que surge entre el cumplimiento de una orden legal y la afectación del bien jurídico de un tercero como consecuencia de su cumplimiento se podrá resolver de la siguiente manera: el tipo legal constituido por la norma prohibitiva de no restringir la libertad de las personas será conglobado con el resto de las normas para verificar si es que es antinormativa y vulnera algún bien jurídico. Al existir una norma prohibitiva que impide al subordinado incumplir con la orden de restricción de la libertad, su comportamiento no será antinormativo ni vulnerará bienes jurídicos; será, entonces, atípico. Ello se debe a que no es posible que dos normas valoren de modo contradictorio un mismo hecho (una ordena la detención de una persona y la otra impide la restricción de su libertad) (Ugaz, 2011, págs. 30 - 31).

4. Obediencia Debida Como Error de Prohibición en Casos de Corrupción

Ahora bien, cuando se trata el tema de la obediencia debida normalmente se le relaciona con el cumplimiento de órdenes en el ámbito castrense. Sin embargo, y como bien lo señala Felipe, la obediencia debida podrá ser también invocada en el ámbito del derecho público, y no solo en el militar (Villavicencio, 2006, pág. 646). La aplicación de la obediencia debida en relaciones jerarquizadas del sector público es un tema que ha tomado bastante relevancia en los últimos años en el Perú. Específicamente, en no pocos casos ha sido invocada esta eximente por funcionarios del sector público que son acusados de cometer delitos de corrupción.

Lamentablemente, la corrupción en el Perú es un problema bastante serio que lejos de tener solución parece empeorar cada día. De hecho, de acuerdo con la encuesta nacional sobre corrupción realizada por Proética en el año 2019, para el 61% de los peruanos la corrupción es uno de los tres principales problemas que tiene el país (PROÉTICA, 2019). Esta percepción de la ciudadanía tiene correlación al observar las pérdidas económicas que ha generado la corrupción en nuestro país. Por mencionar algunas cifras, el monto comprometido con la corrupción en el Perú ascendía a 10 mil millones de soles durante el año 2013. Hacia el 2016,

el cual el Perú perdió 12 600 millones de soles como consecuencia de la corrupción (equivalente al 10% del presupuesto general de la república durante ese año). Se calcula que el Perú pierde actualmente el 4% de su PBI por corrupción (aproximadamente 9 mil millones de Dólares) (Ugaz Sánchez, 2020, págs. 52 - 53).

No podemos olvidar tampoco la participación de altos funcionarios de distintos gobiernos en actos de corrupción vinculados por el caso *Lava Jato*. Ello trajo severas consecuencias políticas para los involucrados, pero sobre todo consecuencias penales, toda vez que la empresa Odebrecht reconoció haber pagado millones de dólares en sobornos a diferentes funcionarios públicos peruanos entre los años 2001 y 2016. Actualmente existen numerosos procesos penales por delitos de corrupción iniciados contra las personas y empresas vinculadas en estos actos de corrupción.

El problema de la corrupción en el Perú es tan crítico que ha sido imprescindible crear un subsistema anticorrupción en el cual participan Fiscales, Jueces y Procuradores que han sido nombrados para conocer únicamente casos de corrupción. La iniciativa de un sistema especializado, en el que diversos funcionarios coloquen todos sus esfuerzos en investigar y reprimir conductas vinculadas a la corrupción, se generó luego de los actos de corrupción descubiertos durante la dictadura de Alberto Fujimori, y lamentablemente tales comportamientos no han cesado en la actualidad.

Es en este contexto que muchos de los imputados por estos delitos han estructurado sus defensas argumentando que son funcionarios públicos de instituciones estatales jerarquizadas, motivo por el cual deben cumplir con las órdenes de sus superiores. Incluso se alega en muchos casos el desconocimiento de la ilicitud de la orden, señalando que en todo caso se habría actuado bajo error. Pues bien, dicha situación ha generado pronunciamientos judiciales que han llegado hasta la Corte Suprema de Justicia, la cual se ha pronunciado sobre las circunstancias en las que puede proceder la aplicación de la eximente de obediencia debida. Como ejemplo reciente se encuentra el pronunciamiento emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad N° 2575-2017/Ancash, de fecha 9 de mayo del 2018.

En tal causa, los funcionarios del Consejo Transitorio de Administración Regional de Ancash fueron condenados por el delito de peculado doloso. Según los hechos materia de pronunciamiento, estos funcionarios habrían participado en la adquisición directa de planchas de calamina por parte de su institución a fin de enfrentar las consecuencias del fenómeno del niño. Pese a que la institución cumplió con el pago de las calaminas, estas no ingresaron en su totalidad al almacén de la institución. Aparentemente, dichos funcionarios se coludieron con el dueño de la ferretería a la que se le adjudicó la compra de las calaminas para que no sean entregadas en su totalidad a la institución y que, en su lugar, se les entregue de manera personal otros materiales de construcción que nunca ingresaron a la entidad, por lo que se presume que fueron indebidamente apropiados por estos funcionarios. El tesorero de la institución, imputado en la causa, invocó la eximente de obediencia debida puesto que habría actuado en cumplimiento de una

orden verbal emitida por su superior. Este argumento fue rechazado por la Corte Suprema pues, a su criterio, la orden impartida fue manifiestamente ilegal (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, 9 de mayo de 2018). Este argumento también es compartido por Felipe Villavicencio, quien señala que no se podrá eximir de responsabilidad penal al subordinado que cumpla una orden manifiestamente ilícita (2006, pág. 646).

Personalmente, concuerdo con lo antes señalado toda vez que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° de la Constitución Política, el Perú es un Estado democrático de Derecho (31 de diciembre de 1993). En esa línea, en un Estado que ha adoptado el referido modelo, resulta incoherente considerar como vinculante al subordinado una orden manifiestamente ilícita que vaya en contra de principios fundamentales como la libertad, igualdad jurídica y aseguramiento de la legalidad (Ugaz, 2011, págs. 30 - 31). Por ejemplo, en un Estado democrático es impensable siquiera sostener que una orden del presidente de la República que solicite al Ministro de Justicia sobornar a los jueces que tienen a cargo una causa penal iniciada contra un familiar suyo, sea vinculante.

Lo dicho ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el expediente N.º 2446-2003-AA/TC Puno, de fecha 30 de septiembre de 2005. Resulta particularmente interesante la señalado en el fundamento jurídico N° 10 de la sentencia, en el cual se señala lo siguiente:

Por ello, los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la Constitución, supone, ante todo, reconocer que, bajo los principios de supremacía constitucional y de Estado social y democrático de derecho, quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45° de la Constitución).

Este es el motivo por el cual no cabe aceptar la existencia de deberes que resulten manifiestamente contrarios a los derechos fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos perseguidos por el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tanto quien exige el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la acata, quebrantan el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción directa a la relevancia del bien jurídico mellado a consecuencia de la ejecución del acto. (Tribunal Constitucional, 30 de septiembre de 2005)

Conforme a lo antes señalado queda claro que la orden de cometer un acto de corrupción jamás podrá vincular al subordinado, pues se trata de un acto ilícito que va en contra de los fundamentos y ejes esenciales de un Estado democrático como el peruano.

El funcionario imputado por un delito de corrupción que busque la aplicación de la eximente de obediencia debida deberá acreditar que no conocía la ilicitud de la orden, lo cual no será sencillo de comprobar puesto que se supone que se trata de una orden manifiestamente ilícita. Sin embargo, considero que en caso el funcionario público pueda demostrar que desconocía la ilicitud de la orden sí

podría llegar a ser eximido de responsabilidad penal pero no por la eximente de obediencia debida, sino que por haber actuado bajo error.

Este error podrá ser de tipo en caso el subordinado considere que está realizando una conducta atípica. Por ejemplo, y volviendo al caso Consejo Transitorio de Administración Regional de Ancash (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, 9 de mayo de 2018), imaginemos que el tesorero recibió una orden de su superior según la cual debía autorizar el pago a la ferretería por la compra de las calaminas porque ya habían ingresado todas las calaminas al almacén de la institución, adjuntando incluso a la orden un documento (falso) según el cual constaba que todos los materiales se encontraban en su totalidad en la entidad, lo cual nunca sucedió en la realidad. Guiado por este error, el tesorero autorizó el pago sin saber que las calaminas no ingresaron totalmente a la institución y que, además, su jefe se había coludido con el dueño de la ferretería para que le entreguen a título personal otros bienes con un valor equivalente al de las calaminas que nunca fueron entregadas a la institución.

En la hipotética circunstancia descrita, sí podría ser válido que el tesorero alegue que actuó bajo error tipo. Hay que recordar que este tipo de error se presenta cuando el sujeto considera que está realizando una conducta de riesgo permitido pero que en realidad ha cometido un acto ilícito motivado por una situación de error o ignorancia (Bacigalupo, 1988, pág. 144; Herrera, 1991, pág. 92; Salazar, 2003, pág. 35). En el caso en mención, el tesorero podría alegar que autorizó el pago porque la orden de hacerla fue una aparente orden legal en su forma y contenido, y que no tuvo cómo tener conocimiento del trasfondo ilícito de la orden, más aún si se le adjuntó un documento que acreditaba que las calaminas ingresaron en su totalidad al almacén de la institución.

Por otro lado, el error podrá ser de prohibición cuando el subordinado tenga conocimiento de que su comportamiento se puede subsumir en un tipo penal, pero tiene una valoración errada con respecto a la antijuridicidad de su actuación. Este problema generado con respecto al conocimiento de la antijuridicidad del hecho se debe trasladar al ámbito de la culpabilidad, puesto que la conducta realizada es típica y antijurídica (Gurruchaga, 1991, pág. 39; Luzón, 1999, pág. 462; Muñoz, 1991, pág. 138).

Ahora bien, en el caso de las relaciones de subordinación en las instituciones jerarquizadas, la discrecionalidad del subordinado para poder revisar la licitud de la orden es bastante reducida. Esto se debe a la propia naturaleza de estas relaciones de jerarquía, toda vez que podría resultar ineficiente que los subordinados siempre cuestionen las órdenes de sus superiores.

Sin embargo, esto no significa que un subordinado deba cumplir todo tipo de órdenes, así sean manifiestamente ilícitas. Ello porque si bien el inferior jerárquico tiene un nivel de discrecionalidad limitado, esto no significa que se le deba exigir que cumpla con cualquier tipo de órdenes (incluso las manifiestamente ilícitas), ya que como se ha venido explicando, este tipo de órdenes no pueden ser vinculantes en un Estado democrático de Derecho como el peruano (Meini, 2009, pág. 112).

Dicho ello, considero que el subordinado podrá alegar error de prohibición cuando cumpla con una orden que no es manifiestamente ilícita bajo la creencia de que su actuación antijurídica está justificada. Ahora bien, es importante tener en cuenta que no podrá alegarse error de prohibición cuando el propio rol del subordinado le exija conocer que no estaba actuando bajo una causa de justificación (Ugaz, 2011, pág. 120).

Como ejemplo de error de prohibición en relaciones de subordinación tenemos el caso de un escuadrón militar que recibe la orden de su comandante de atacar al recibir disparos de un supuesto grupo armado enemigo. El escuadrón logra responder con eficiencia el fuego enemigo abatiendo a todos los contrincantes. Luego de verificar la zona para confirmar que no hay más enemigos en pie, descubren que en realidad se trataba de un comando militar amigo que, por confusión, les disparó pensando también que se trataban de enemigos.

Resulta evidente que en una circunstancia como la descrita, los subordinados creen estar actuando de manera justificada porque están dando cumplimiento a una orden que no es manifiestamente ilícita, pues resulta razonable responder los disparos que se creen enemigos en un contexto de conflicto armado.

5. ¿Obediencia Debida?

De acuerdo con lo señalado por el artículo 20° inciso 9 del Código Penal, quedará exento de responsabilidad penal el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de funciones (1991). Tal como se ha venido señalando en el presente texto, para que una orden pueda ser vinculante para el subordinado, esta debe ser lícita. Como ya se dijo también, el cumplimiento de una orden lícita constituirá una conducta atípica por no superar el riesgo permitido. Tenemos así que la razón de ser del inciso 9 del artículo 20° del Código Penal es regular una conducta atípica, mas no una causa de exclusión de la responsabilidad. Por otro lado, las órdenes manifiestamente ilícitas no podrán vincular en un Estado de Derecho, por lo que su cumplimiento generará responsabilidad en el subordinado. Sin embargo, habrá casos en los que el subordinado que cumple una orden ilícita será excusado por haber actuado por error, miedo insuperable o incluso estado de necesidad. En todos estos casos ya existen causas de exclusión de responsabilidad que se encuentran también reguladas en el artículo 20° del Código Penal (Ugaz, 2011, pág. 143).

Luego de transcurridos más de 10 años de la sustentación de mi tesis, llego a la misma conclusión que tuve que defender ante Felipe y el resto de los jurados: La eximente de obediencia debida debe ser derogada.

6. Conclusiones

1. Un subordinado que cumple una orden manifiestamente ilícita por coacción será eximido de responsabilidad penal bajo el supuesto de no exigibilidad de otra conducta.
2. El cumplimiento de una orden lícita en su forma y contenido es una conducta atípica.

3. Las órdenes manifiestamente ilícitas no vinculan al subordinado.
4. Se podrá eximir al subordinado que cumpla una orden ilícita por error de tipo o prohibición.
5. Se debe derogar la eximente de obediencia debida puesto que el artículo 20° inciso 9 del Código Penal regula una causa de atipicidad y no exclusión de la responsabilidad.

REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1988). *Tipo y error*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993). [Constitución]. (Perú).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (9 de mayo de 2018). *Recurso de Nulidad N° 2575-2017/Ancash*.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Permanente. (4 de diciembre de 2019). *Casación N° 1131-2018 Puno*.
- Fontán, C. (1980). *Tratado de Derecho Penal, Parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gurruchaga, H. D. (1991). *El error en el delito*. Buenos Aires: DIN editora.
- Herrera, L. E. (1991). *El error en materia penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jakobs, G. (2001). El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En G. Jakobs, & M. Cancio Meliá, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Luzón, D. M. (1999). *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Madrid: Editorial Universitas.
- Meini, I. (2009). La obediencia debida en Derecho penal ¿órdenes ilícitas vinculantes? En *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*. Lima: ARA Editores.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: PPU.
- Muñoz, F. (1991). *El error en Derecho penal*. Valencia: Tirant le Blanch.
- PROÉTICA. (2019). PROÉTICA. Obtenido de Cuáles de los siguientes son los tres principales problemas del país en la actualidad?: <http://dashboard.proetica.org.pe/Webdash1.aspx>
- Ragues i Vallés, R. (2001). ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. *Revista de Derecho penal y Criminología*(7).
- Reynoso, R. (2003). *Teoría general del delito*. México D. F.: Porrúa.
- Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Rodríguez, J. M., & Serrano, A. (1993). *Derecho penal español. Parte general, 16 edición revisada y puesta al día*. Madrid: Dykinson.
- Salazar, M. (2003). *Injusto penal y error. Hacia una nueva concepción del delito*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Tribunal Constitucional. (30 de septiembre de 2005). *Expediente N.º 2446-2003-AA/TC Puno*.
- Ugaz Sánchez, J. C. (2020). *La gran corrupción. El abuso sistemático del poder en perjuicio del bien común y su impacto en los derechos fundamentales de los más vulnerables*. Lima: Planeta, Lima.

- Ugaz, J. D. (2011). *La eximente de obediencia debida en el Derecho penal*. Lima: ARA Editores. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/1381/UGAZ_HEUDEBERT_JUAN_DIEGO_EXIMENTE_OBEDIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Vol. III). Buenos Aires: Ediar.
- Zuñiga, L. (1992). La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales. *Derecho PUCP*(46). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index/php/derechopucp/article/view/6181/6212>