

## LA LEY DE OBEDIENCIA DEBIDA

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

### 1. HUBO SOLDADOS ARGENTINOS QUE COMETIERON DELITOS PORQUE NO SE DIERON CUENTA QUE SUS VÍCTIMAS ERAN SERES HUMANOS

El considerando de la ley\* expresa esto claramente. Se trataría de un error de tipo, un *Tatbestandsirrtum*. Este error de tipo sería invencible, porque no da lugar tampoco a tipicidad culposa. El error sería atribuible a una guerra. Una guerra sería, pues, una circunstancia suficiente para

\* Ley 23.521, de obediencia debida.

Art. 1° - Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

Art. 2° - La presunción establecida en el artículo anterior no será aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles.

Art. 3° - La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera

fundar la invencibilidad de un error que impida a los soldados reconocer las características de humanidad de sus enemigos que son de su misma nacionalidad, idioma, clase social, etcétera. Con mayor razón sería invencible el error si los enemigos fuesen extranjeros y hablasen otro idioma. En definitiva, a nadie se podría condenar por crímenes de guerra, porque se estaría violando el principio de culpabilidad. Los Convenios de Ginebra serían violatorios del principio de culpabilidad. El derecho humanitario carecería de cualquier sentido.

## 2. LOS SOLDADOS ARGENTINOS NO REALIZAN ACCIONES

Si un juez quiere secuestrar a su enemigo y libra una orden de detención formalmente impecable, el policía que la ejecuta actúa antijurídicamente considerando que actúa antijurídicamente todo el que interviene en el proceso causal del resultado antijurídico (teoría del injusto objetivo). La víctima del secuestro podría defenderse legítimamente contra el policía y matarlo. Sin embargo, el policía estaría cumpliendo con su deber. Si no queremos renunciar a la teoría del injusto objetivo, la única solución sería afirmar

---

sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite dictará, respecto del personal comprendido en el art. 1º, primer párrafo, la providencia a que se refiere el art. 252 bis del Código de Justicia Militar o dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere.

El silencio del tribunal durante el plazo indicado, o en el previsto en el segundo párrafo del art. 1º producirá los efectos contemplados en el párrafo precedente, con el alcance de cosa juzgada.

Si en la causa no se hubiere acreditado el grado o función que posea a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaración indagatoria, el plazo transcurrirá desde la presentación del certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite.

Art. 4º - Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1º de la misma, no podrá disponerse la citación a prestar declaración indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1º, primer párrafo, de la presente ley.

Art. 5º - Respecto de las decisiones sobre la aplicación de esta ley, procederá recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que podrá interponerse dentro de los cinco días de su notificación. Si la decisión fuere tácita, el plazo transcurrirá desde que ésta se tuviere por pronunciada conforme con lo dispuesto en esta ley.

Art. 6º - No será aplicable el art. 11 de la ley 23.049 al personal comprendido en el art. 1º de la presente ley.

Art. 7º - De forma.

que el policía no realiza ninguna conducta y, de este modo, la víctima del secuestro sólo podría actuar legítimamente dentro de los límites del estado de necesidad justificante. Así lo sostiene un sector de la doctrina argentina: el que actúa en obediencia debida no realiza conducta, es decir, es lo mismo que una cosa, un animal, una persona usada como masa mecánica o un epiléptico durante una crisis. Si no realizó ninguna acción humana se impone cerrar inmediatamente la causa a su respecto. Esto es lo que hace la ley justamente, con lo que demuestra su afiliación a la obediencia mecánica y a la tesis de la ausencia de acto. Si la obediencia jerárquica debida constituye una ausencia de acto, falta el acto mismo al que se puede valorar negativa (delito) o positivamente (acto heroico). Sería necesario cancelar todos los premios, medallas y ascensos por actos de servicio meritorios o heroicos, incluso *post mortem*, porque no son actos.

**3. EN FUNCIÓN DE LA OBEEDIENCIA DEBIDA NO ES PUNIBLE EL HECHO PENAL DE UN MILITAR QUE NO COMETIÓ NINGÚN HECHO PENAL**

Un soldado argentino no quiere que se cierre la causa a su respecto, porque afirma que no cometió ningún hecho y que su procesamiento es resultado de la prisa con que se resolvió en virtud de un término perentorio establecido por la "ley de punto final". Su pretensión carecería de sentido, porque la presunción de que lo ampara la obediencia debida es *iuris et de iure*, y si la eximente de obediencia debida no puede discutirse, también será *iuris et de iure* la presunción de que hubo un hecho penal, pues las eximentes corresponden a hechos penales y no a "no hechos penales". Además, no tendría mucho sentido, por tratarse de una cuestión abstracta, pues de cualquier manera no habría realizado acto alguno. Nadie podría afirmar que se afecta su estima o su reputación porque su cuerpo, como masa física, haya sido causa de un resultado, si queda claro que no hubo ninguna voluntad de su parte.

**4. LOS MUERTOS NO ESTÁN MUERTOS**

La triste metodología de la desaparición forzada de personas ha hecho que miles de muertos no puedan ser considerados muertos y, por ende, los autores de esas muertes no

pueden ser condenados por homicidio. Si este hecho penoso lo sumamos a los análisis anteriores, resultaría que hubo militares que mataron personas porque no sabían que eran personas, pero quizá se pudiera pensar que realmente no lo eran, porque pese a que los mataron no están muertos, pero en definitiva, tampoco los mataron ellos, sino que sus comandantes en jefe les llevaron su cuerpo a hacerlo, impulsándoles su mano con una fuerza a la que no podían oponer ninguna resistencia muscular, e incluso hubo casos en que esa fuerza se ejerció para no matar a ninguna persona irrecognocible como tal y que luego no está muerta, y por sí misma exime de responsabilidad por lo que nunca pasó.

#### 5. ILUSIONES Y ALUCINACIONES

Si un hombre se sienta frente a un psiquiatra y le dice que las Fuerzas Armadas están integradas por máquinas o que los soldados están sometidos a fuerza física irresistible, que hay muertos que no están muertos, que los soldados en la guerra no pueden saber que los enemigos son seres humanos y que a él le ampara la obediencia debida cuando no obedeció a nadie porque no hizo nada, no cabe duda que el psiquiatra dispondrá la inmediata internación de ese hombre. A partir de ese momento el diálogo será difícil, y el médico tratará de imaginar las vivencias del mundo subjetivo psicótico de su paciente, comprenderá e interpretará sus ilusiones y alucinaciones, sus trastornos de percepción de la realidad.

#### 6. ¿EL DERECHO SIRVE PARA ALUCINAR O PARA TRATAR DE REGULAR LA CO-EXISTENCIA?

No hemos escrito lo anterior con placer, y aunque pueda percibirse cierta ironía, ella no hace más que ocultar la profunda amargura que esta ley nos produce, superada la estupefacción del primer momento. Dejamos de lado cualquier consideración política al respecto: no nos interesa aquí saber si era necesario o conveniente suspender los juicios a que se refiere la ley. Esa es materia políticamente opinable y no es nuestra intención entrar en esa polémica. No lo hacemos porque consideramos que la ley presenta un gravísimo problema jurídico, de tal magnitud que supera en mucho la mera cuestión de saber si conviene o no seguir esos proce-

sos: la ley compromete el concepto mismo del derecho y su función.

Si hay homicidios, hay muertos; si los homicidas son militares, se tratará de militares que realizaron conductas de matar; si un militar no realizó ninguna conducta de matar debe ser absuelto por no haber homicidio alguno que imputarle; si por las razones políticas que fuere no conviene que se juzguen esos hechos, el Congreso tiene a su disposición la posibilidad de amnistiarlos. Esto está claro y lo entiende cualquiera. La discusión será política, pero en lo jurídico no puede decirse mucho: hay delitos, pero se decide no desvalorar esos hechos como delitos. En principio, el legislador, que le coloca a un hecho su disvalor jurídico-penal, puede retirárselo. Pero lo que el legislador no puede hacer es inventar lo que valora o disvalora. Cuando el legislador inventa la realidad, ya nadie puede entenderse con el derecho, como no sea al nivel del psiquiatra con el paciente psicótico. Un legislador alucinado no permite la coexistencia, porque no permite el diálogo. Ninguna posibilidad hay de comunicación de un "yo" con un "tú" cuando no sabe uno lo que nombra el otro. Es como una partida de ajedrez en la que cada jugador, en cada jugada, mueve las piezas como quiere, y hace que las torres se crucen como alfiles, que los peones salten como caballos o que los alfiles corran como torres. En semejante partida, el ganador será quien primero mueva las piezas, porque puede hacer que una pieza cualquiera se coma de golpe todas las de su contrincante (¿por qué tendría que atenerse a la regla de comer una pieza por jugada?).

Un legislador semejante nos hace recordar aquello de que "el parlamento británico lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer". Si lo puede todo, puede inventar la realidad, hacer que lo que fue no haya sido y que lo que no fue haya sido. Así, Hitler o Stalin pueden ser campeones de los derechos humanos y Gandhi un sanguinario, todo en un discurso jurídico coherente en cuanto a su completividad lógica interna, pero en el que las palabras designan cosas distintas de las que señala su contenido semántico. Si el legislador fuese omnipotente hasta ese grado y la función del saber jurídico fuese la de limitarse a producir un discurso que pone orden logrando únicamente la completividad interna del propio discurso, el saber jurídico tendría por función la de ordenar alucinaciones de modo no contradictorio y sería en definitiva una mera técnica para el cumplimiento de esa función.

## 7. LAS COSAS POR SU NOMBRE

Lo anteriormente dicho no es una reducción al absurdo para esgrimirse como coyuntural argumento político, sino que es la expresión del absurdo que representa esta ley, la forma de entender el derecho que presupone y la teoría del conocimiento de que parte, al menos para quienes creemos que la función del derecho es tratar de introducir un orden racional (o lo menos irracional posible) que posibilite (u otorgue la mayor posibilidad disponible) para la co-existencia entre seres capaces de autodeterminarse y de motivarse conforme a sentido, es decir, entre personas. No es broma lo que nos muestra esta ley: presupone el mismo concepto de derecho que provocó la total indefensión de los juristas alemanes frente a la legislación nazi.

Justamente para reparar esa carencia, en la temprana posguerra surgió un importante movimiento, poco homogéneo y nunca bien comprendido, que apelaba a la "naturaleza de las cosas" (*Natur der Sache*). Gustav Radbruch y Hans Welzel —dos de sus más notables expositores— extrajeron consecuencias diferentes, pero ambos se movieron en las fronteras de lo que Engisch llamó "un derecho natural en sentido negativo", que no dice cómo debe ser el derecho, pero sí qué no es derecho.

Radbruch había contribuido como pocos a sustentar un concepto neo-kantiano del derecho, análogo al que presupone esta ley. Sin embargo, al fin de la guerra dio su espectacular "giro" (la *Kehre*), que llamó la atención del mundo jurídico. Ya Radbruch no podía sostener que Herodes producía derecho, porque había tenido la vivencia de Herodes. Su página *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945) es algo más que una reacción especulativa: es un manotazo que limpia la mesa de trabajo de papeles viejos. Las leyes colonialistas en África, la segregación racial en Norteamérica o las purgas stalinistas estaban lejos de Radbruch, en una época en que las distancias contaban en el mundo mucho más que hoy. Pero cuando en la tierra de Goethe y de Kant apareció Herodes hablando su misma lengua, Radbruch no pudo menos que reaccionar y buscar un punto de apoyo para un derecho que se había nutrido de ficciones. La vida no le dio tiempo para desarrollar sus nuevas ideas. Parte del sacudón productor de la *Kehre* había sido la muerte de su

hijo y de su íntimo amigo en el frente ruso en 1942. Pocas figuras son tan trágicas y ejemplares en el campo del pensamiento jurídico, como la del viejo Radbruch y su Kehre.

Por su parte, Welzel, siguió un camino relativamente paralelo con sus "estructuras lógico-reales" (*Sachlogischen Strukturen*), también claramente derivadas de la *Natur der Sache*, llevando la cuestión al derecho penal, aunque limitadamente, puesto que no pasó de la teoría del delito. La discusión en el campo de la teoría del delito fue tan espectacular, que prácticamente se olvidó por completo su fundamento, limitándose a perfeccionar categorías dogmáticas del delito con un formidable y refinado arsenal técnico. Fue inútil que Welzel insistiera hasta su último trabajo en la cuestión de las "estructuras lógico-reales" y en la función del derecho, porque ya nadie volvió a reparar en la *Natur der Sache*. El propio Welzel se quedó a medio camino puesto que, al limitarse a la innovación de la teoría del delito y no llevar sus "estructuras lógico-reales" a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, introdujo un corte transversal en el derecho penal, que le ahorró la ciclópica tarea de reformular todo su concepto. El concepto *welzeliano* del derecho penal, de las penas y de las "medidas" es tan neo-kantiano como el de sus contradictores en las estrepitosas batallas que tuvieron lugar en la teoría del delito.

## 8. ¿QUÉ PASÓ EN AMÉRICA LATINA?

En nuestra tierra reproducimos el debate europeo central acerca de la teoría del delito, pero nos quedamos con el neo-kantismo. Unos pocos advertimos el peligro, pero nadie nos escuchó. El saber jurídico, preocupado por la completitud lógica interna de su propio discurso se resistió a la "contaminación" de todo dato de realidad. El derecho no sólo disvalora, sino que también inventa o modifica a su gusto "eso" que disvalora. Así llegamos a la psicosis jurídica, a la imposibilidad de todo diálogo por manejo arbitrario del lenguaje, a la confusión de todos los niveles, al borde de la inutilización del derecho como instrumento de co-existencia. La ley de "obediencia debida" es el punto culminante de la degradación del derecho. Siempre fuimos seguidores fieles del pensamiento europeo, y ya no teníamos nada que copiar en el correcto sentido, porque los europeos estaban circulando por otros senderos.

### 9. ¿QUÉ PASÓ EN EUROPA?

Herodes murió en el Bunker y el Plan Marshall dio sus frutos. La Convención de Roma, el Mercado Común, el Parlamento Europeo, la caída de los "coroneles griegos", la democratización de España y Portugal y el paso de las generaciones dieron a los europeos la seguridad de que Herodes no puede renacer. Perdió sentido recordar la *Natur der Sache* de la temprana posguerra, y también murieron sus mentores (Radbruch en 1949, Welzel en 1977). Para unos, se opera una politización general del tema que abarca y consume toda la discusión, por lo cual lo jurídico queda tan radicalmente deslegitimado que sigue funcionando igual y sin inmutarse. Para otros, cualquier referencia a la *Natur der Sache* es demodé, porque resulta no científica, siendo "científico" únicamente el refugio en una técnica que deja fuera de su ámbito la necesidad y el sentido del derecho penal, que lo presupone sin ocuparse de ello, que toma de las discusiones de los años sesenta únicamente los aspectos más formales y peligrosos (una insistencia en la "etización"). Así se llega a una sociología y a un análisis crítico ideológico del sistema penal, sumamente importante, pero que no afecta al derecho penal. Por otro lado se llega a una tecnología altamente compleja, cada día más etizada y menos garantizadora de derechos humanos, que se cierra en sí misma. Cualquier referencia a la *Natur der Sache* es reaccionaria, a-científica o demodé.

Es verdad que la *Natur der Sache* puede instrumentarse de modo altamente reaccionario; es innegable la necesidad del análisis sociológico y de la crítica ideológica al sistema penal: no puede ignorarse tampoco que la aplicación racional del derecho penal requiere una técnica de considerable complejidad. Pero también es verdad que la *Natur der Sache* sin las "cosas" del dato sociológico y crítico-ideológico, sería la *Natur* de cualquier "cosa"; que la sociología del sistema penal y su crítica ideológica que no intente influir sobre la teoría jurídica, será una interesante teorización ofrecida a los políticos y que tomarán en cuenta cuando tengan ganas de hacerlo; y que una teoría jurídica que no respete los datos de realidad será un interminable juego de malentendidos, porque nadie sabrá qué nombra el otro, y que por inventar lo que no existe y darle al valor jurídico la mágica función de crear su objeto, puede elaborar un discurso jurídico coherente y respetuoso de derechos humanos para ex-

plicar una ley que al operar en la realidad a través de todo el sistema penal resulte violando todos los derechos humanos.

Como el paso posterior a Welzel implicaba una reformulación total del derecho penal, altamente cuestionadora de su sentido y alcance, fue mejor dejar de lado las "estructuras lógico-reales". No podemos olvidar que la tecnocracia crea sus discursos en forma que le permita deslegitimar cualquier tentativa de crítica perturbadora. Paralelamente, la convicción de que Herodes murió definitivamente en el Bunker, les muestra como imposible una hipótesis como la señalada o una ley como la de "obediencia debida". Sin embargo, creemos que olvidan que Herodes es como el Ave Fénix, puede renacer de sus cenizas y nunca se sabe cuándo. Quizás a esta actitud europea convenga responder con aquellos versos del Martín Fierro, que resumen la sabiduría del campo: "Y naides se muestre altivo / Aunque en el estribo esté, / Que suele quedarse a pie / El gaucho más alvertido".

#### 10. ¿QUÉ PUEDE ENSEÑABLE A EUROPA LA LEY DE "OBEDIENCIA DEBIDA"?

La opinión pública europea siguió con interés poco frecuente los procesos a los más altos jefes del régimen argentino de 1976. La doble nacionalidad de buena parte de la población argentina, la tradición académica argentina reproductora de ideologías europeas, la actitud de un considerable sector de la clase media argentina (que pretende distinguirse como "europea" frente al resto de Latinoamérica), junto a otros factores que no es del caso analizar, produjo lo que puede llamarse un "efecto de doble espejo": los europeos también se vieron un poco reflejados en la Argentina y "entre europeos" resultaban decididamente intolerables los abominables métodos instrumentados por el régimen de 1976. Europa no sólo se está olvidando de la *Natur der Sache*, sino también del prólogo de Sartre al libro de Fanon.

Ahora, en este "juego del doble espejo", la ley de "obediencia debida" le devuelve a Europa una imagen trágica que no se compatibiliza con "lo europeo". Ante ello, puede optarse por desprestigiar la imagen, destruyendo el "doble espejo", y considerarla propia de subdesarrollados, o bien, por extraer alguna enseñanza y reflexionar sobre la eventual conveniencia de retomar un camino que se abandonó ante una falsa seguridad en la muerte definitiva de Herodes.

## 11. ¿QUÉ NOS ENSEÑA A LOS LATINOAMERICANOS?

Para nosotros, Herodes no está muerto, sino que deambula, más o menos maltrecho a veces, por todo el continente, y siempre encuentra dónde reinar, incluso gozando del don de la ubicuidad. El disparate jurídico, el escándalo a la razón que es la ley de "obediencia debida", debe servir para que archivemos definitivamente una metodología jurídica que nos lleva a la psicosis jurídica y que invita a Herodes a volver y que es capaz de consagrar como "derecho" sus antojos homicidas. Basta de inventar "cosas", respetemos el mundo, recobremos nuestro lenguaje, comencemos el diálogo que impone la co-existencia, demos dignidad al derecho, rescatémoslo de la cloaca a que lo ha arrojado esta metodología. Empecemos por advertirle al legislador que hay muchas cosas que no puede hacer, como por ejemplo convertir a las vacas en elefantes, a los militares en cosas, a los muertos en vivos, y muchas más. Puede, sin duda, decir qué es jurídicamente bueno y malo, pero no inventar ni modificar el ser de lo que adjetiva. Para no poner el derecho al nivel cloacal de servidor de Herodes, tenemos por delante una inmensa tarea teórica en el campo del derecho penal (para no mencionar más que un área del saber jurídico): perfeccionar las "estructuras lógico-reales", tomar la cuestión donde la dejó Welzel y aplicarlas a las consecuencias jurídicas del delito y, dado que toda teoría de la pena es una teoría del derecho penal, construir por este camino una nueva teoría del derecho penal. Puede parecer un programa demasiado ambicioso y sin duda lo es, especialmente si pensamos que se traza desde una posición marginal del poder central. Sin embargo, como es indispensable para nuestra supervivencia, la necesidad y la pulsión de la conservación pueden darnos fuerza para desarrollarlo.