

apriorístico. Como destacados tratadistas, entre los que el autor se ha inspirado, se citan a Hans Kelsen y a Axel Hägerström.

Dividen el libro 17 capítulos con un total de 383 páginas. En el primero de aquéllos se abordan los problemas fundamentales de la "Jurisprudencia", terminología, tradición, índole del Derecho, con un análisis preliminar del concepto "Derecho válido", ramas del Derecho en su metodología didáctica, sustentándose la tesis de que, en vez "jurisprudencia", deberá decirse "problemas jurisprudenciales".

En el capítulo 2.º se examinan el contenido y validez del sistema legal, la comprobación de preceptos legislativos atinentes a normas de conducta y de competencia. Examen de los conceptos Derecho, Fuerza, Validez, Moral y "otros fenómenos normativos". Del idealismo y realismo en la Jurisprudencia, del realismo de la conducta y del psicológico y síntesis de ambos.

Entre las fuentes del Derecho se consideran la legislación, el precedente, la costumbre, la "Tradicón de cultura", la relación entre las diversas fuentes del "Derecho válido".

A propósito de la "Interpretación", o método judicial, se formulan sendas doctrina y teoría, las bases semánticas, concibiendo los problemas de interpretación como solubles sintética, lógica y semánticamente. Tras una disertación sobre interpretación en su aspecto "orgánico", se abordan los factores pragmáticos de aquella y de la técnica de la argumentación.

El capítulo 5.º, se dedica a la terminología del lenguaje legal; el 6.º al concepto de los derechos; el siguiente a los Derechos personales y reales; el 8.º a la división fundamental del Derecho, manteniéndose el criterio tradicional de derecho sustantivo y procesal.

El capítulo 9.º se dedica a los "hechos actuales", terminología y distinciones. Siguen a ello los caracteres de la Historia del Derecho Natural, con análisis filosóficos-crítico del mismo. El capítulo 12 se consagra a la idea de Justicia; en el 13.º se abordan las doctrinas utilitarias y la "quimera del bienestar social". Los cuatro capítulos finales se ocupan de la Ciencia legal y la política.

J. S. O.

STRATENWERTH, Günter: "Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns". Mohr, Tübingen, 1958; 224 págs.

El presente libro sobre un tema tan traído y llevado —sobre todo en los últimos tiempos— como es el de la responsabilidad por la obediencia, constituye una monografía de gran altura. Las distintas partes en que el trabajo se divide están tan lógicamente encadenadas, que su lectura requiere un auténtico esfuerzo mental, ya que el desarrollo casi silogístico de la materia hace que haya que tener continuamente presente lo anterior si no queremos perder el sentido. El libro, con el que su autor se ha "habilitado" para el profesorado, constituye un ejemplo de seriedad científica que hace que esperemos mucho de este, en cierto modo, discípulo de Welzel.

Este problema de la responsabilidad y de la obediencia, que al relacionarlos hace surgir el problema de la responsabilidad por la obediencia debida, no tiene para el autor solamente un valor teórico, sino altamente práctico, ya que como dice en el prólogo, en ninguna época como en la actual se han cometido tantos delitos por obediencia. Las bases del trabajo no tienen más remedio que ser muy amplias, ya que para encontrar una solución a los difíciles casos que pueden presentarse hay que saltar por encima del marco de la dogmática jurídica e internarse en el campo de la pura investigación axiológica, además de tener en cuenta otras parcelas jurídicas extrañas al Derecho penal y fundamentalmente la ética social. El problema toca en realidad los fundamentos de la ciencia jurídica, ya que en él se ponen de manifiesto las relaciones entre el Derecho y el poder del Estado así como las relaciones del individuo con la totalidad. Un tratamiento completo de la materia es lo que el autor se propone hacer.

Trata el autor en primer lugar de la localización del tema dentro de la dogmática juridicopenal. Analiza las opiniones que consideran a la obediencia debida como causa de justificación y las que la consideran como causa de inculpabilidad, concepción que para el autor es la dominante. Esto nos lleva a tener que considerar el problema de la colisión de deberes, pero el que una colisión de deberes pueda llevar a una justificación de la conducta por obediencia debida, hace que tengamos que determinar el *rango*, la relación de preferencia en que esos deberes se encuentran, lo que nos pone frente a la realidad de que en el fondo se trata de una cuestión axiológica. Solamente cuando independicemos la fuerza vinculante de la orden de su *intrinidad*, es cuando realmente podemos hablar de la existencia de una colisión de deberes. El deber de obediencia descansa sobre unas relaciones que están por fuera del marco dentro del cual se da la orden. El deber de obediencia se fundamenta en la autoridad del superior y tiene sus límites en la ilegitimidad de lo mandado, pero el fundamento no es la legitimidad de la orden concreta.

En el capítulo II se estudian los presupuestos formales que ha de tener la orden para que sea vinculante. Estos requisitos se sintetizan en tres: 1) competencia del superior para dar la orden; 2) competencia del inferior para ejecutarla y 3) que se guarden las formas descritas para la orden. Estos requisitos formales fueron objeto de limitación en los países totalitarios, donde lo más importante era que el superior apareciese frente al inferior como legitimado para dar la orden. También estos requisitos formales sufren una limitación en la vida militar, donde lo fundamental es una relación de dependencia y una orden. La función que los requisitos formales cumplen, es la de servir de limitación al ejercicio de la autoridad. La ausencia total de los requisitos formales conduce a la nulidad de la orden, mientras que el cumplimiento parcial de ellos sólo da lugar a la impugnabilidad de la misma.

Después de las dos guerras mundiales ha sido discutido ampliamente el límite del deber de obediencia del soldado. Los resultados de estas discusiones han sido de lo más interesante. Anteriormente a la segunda guerra mundial la doctrina no había formulado ninguna regla para resolver el problema. Decisivo y del mayor interés ha sido la posición de los tribunales que han entendido en procesos contra criminales de guerra. Aquí hay que distinguir entre el Tribunal de Nürenberg y otros tribunales extranjeros: El tribunal de Nürenberg se ha mani-

festado expresamente sobre la significación de la orden antijurídica considerando el artículo 8 del Estatuto de Tribunales Militares (Estatuto de Londres) de 8 de agosto de 1945 y el artículo 2, II, núm. 4 b de la ley número 10 del Consejo de Control de 20 de diciembre de 1945. Es cuanto a la fuerza vinculante de la orden, el Tribunal de Nürenberg se manifestó en el sentido de que para que la orden fuese vinculante, no sólo se exigía la competencia del superior y el que la orden se refiriese a cosas del servicio, sino también que había de ser conforme a Derecho. De aquí se deduce que la orden antijurídica solamente por ser orden no exime de pena. El Tribunal expresaba su convencimiento de aplicar en este caso el Derecho internacional vigente.

A pesar de esta afirmación apodíctica, el Tribunal de Nürenberg no ha representado el principio de la responsabilidad al inferior, sino que ha reconocido incluso la posibilidad de una exención de pena en el caso de cumplimiento de una orden antijurídica. A esta solución, contraria al Estatuto de Londres y a la ley 10 del Consejo de Control, llega el Tribunal por dos caminos: bien porque la orden antijurídica colocaba al inferior en un estado de necesidad o porque se encontraba en un error exculpante sobre la antijuricidad de su conducta. De aquí que sea decisivo determinar en qué circunstancias debía conocer el inferior la antijuricidad de la orden, o lo que es lo mismo, en qué medida este desconocimiento era una causa de exculpación. En relación con esto, el Tribunal de Nürenberg se manifestó en el sentido de que el inferior debía confiar dentro de determinados límites en la juricidad de la orden de su superior. De este presupuesto se sigue que el castigo del subordinado solamente tendrá lugar cuando conociera realmente la antijuricidad de la orden y cuando esta antijuricidad fuese manifiesta. Este resultado concuerda sustancialmente con la mayoría de los principios aceptados por otros Estados.

Los Tribunales alemanes de la postguerra han aceptado, igualmente, el criterio de una responsabilidad limitada del subordinado. Para justificar casos en los que se ha absuelto al inferior, se ha apelado a que la ley 10 del Consejo de Control al atribuirle a la orden antijurídica un efecto atenuante, lo que ha hecho es no reconocerle a la orden antijurídica como tal un efecto excusante, pero esto no se opone a que si se dan, se apliquen los preceptos generales sobre el estado de necesidad o sobre el error. Cuando no procedía aplicar esta ley 10 del Consejo de Control, los Tribunales alemanes han aplicado la legislación vigente al tiempo de la ejecución: para los funcionarios el § 7, II, 2 del Estatuto alemán de funcionarios y para los militares el § 47, núm. 2 del Código penal militar. Solamente el Tribunal de Friburgo ha aplicado en forma restrictiva este § 47, diciendo que la buena fe del subordinado era indiferente cuando la antijuricidad de la orden era manifiesta.

Partiendo del principio de que la orden antijurídica no obliga al subordinado, no puede hablarse de una colisión de deberes. Aun el principio de la obediencia absoluta rompe cuando se trata de delitos de alguna gravedad. Aquí resulta imprescindible una conexión axiológica.

El punto de partida que establece que la antijuricidad de la orden ha de ser conocida, cognoscible o manifiesta—el más aceptado por la doctrina, ha llegado a ser considerado como un capítulo de la teoría sobre el error. Dentro de esta dirección se afirma que al subordinado le está permitido confiar en la juricidad de la orden y, que en caso de duda, tiene que obedecer y aquí es donde reside pre-

cisamente una especialidad: el que realiza una conducta típica y cuenta con la posibilidad de que su actuar pueda ser antijurídico, actúa culpablemente según la opinión común y a pesar de ello, a causa de la orden, puede quedar exento de responsabilidad.

La obligatoriedad de la orden antijurídica es solamente un caso especial de la vigencia de un acto de soberanía viciado. Si se quiere aclarar más a fondo el problema de los fundamentos originarios del deber de obediencia, hay que preguntarse por los fundamentos sobre los que descansa la presunción de juricidad.

El fundamento de la presunción de la juricidad de la orden se puede hacer recaer sobre el imperativo de la seguridad jurídica o sobre una jerarquía de valores. En el fondo, estas teorías descansan sobre el concepto de autoridad. Lo que el funcionario o el soldado ponen en tela de juicio al no ejecutar la orden, no es en último término la seguridad jurídica, sino la autoridad del superior. Recientemente se ha criticado esta postura diciendo que es una reminiscencia de concepciones autoritarias. Esta objeción podría tener fuerza si se aceptase el concepto de autoridad en *si mismo* considerado, pero pierde gran parte de su eficacia cuando la autoridad a que hemos hecho referencia es una autoridad referida a órganos del Estado constituidos y controlados de una forma determinada (la propia dentro de un Estado de Derecho). Las relaciones entre autoridad, presunción de juricidad, y la correspondiente delimitación del deber de obediencia, sólo se comprenden con claridad cuando se analizan los elementos constitutivos del concepto de autoridad. Esto lleva a que tenga que ser investigada la legitimidad del poder del Estado y dentro de qué límites son posibles y necesarias las decisiones de carácter autoritario.

Después de un estudio sobre la legitimación del poder del Estado y de los principios materiales del orden jurídico pasa a tratar del Estado material de Derecho y de la autoridad estatal, considerando que la garantía de la vida humana responsable es la misión material del Estado.

Esta conclusión de que el hombre es persona responsable, es fundamental para todo lo que sigue. Nadie estará obligado a una obediencia ciega porque nadie puede escapar a su propia responsabilidad. Examina a continuación los límites de la obediencia en distintos grupos sociales: en el funcionario, en el soldado y en el marino, pasando al estudio de la colisión de deberes.

Como principio fundamental, válido para todo el ámbito de la actividad soberana del Estado, sienta que los actos antijurídicos del Estado son vinculantes dentro de los límites de la presunción de juricidad. La colisión de deberes no podría surgir si la obligatoriedad de la ley se hiciese depender de su juricidad efectiva. La presunción de juricidad solamente puede tender un puente sobre la antijuricidad, pero no puede eliminarla.

La dogmática jurídica no es suficiente para resolver el problema del enjuiciamiento juridicopenal del actuar en virtud de una orden superior. Primero hay que resolver el problema puramente axiológico de en qué relación de preferencia se encuentran, en el caso dado, los deberes en colisión: el deber de obediencia y el deber jurídico general de omitir un acto delictivo. Aquí fracasan las consideraciones dogmáticas. La dogmática puede sacar las consecuencias una vez que ha sido fijada esta relación entre los deberes, pero ella misma no puede fijarla.

En lo referente a las consecuencias juridicopenales, trata en primer lugar de los casos en que la obediencia debida puede actuar como causa de justificación. Esto sólo es posible cuando el deber de obediencia es superior al deber de omitir una acción delictiva. Respecto a si la obediencia debida puede actuar como causa de inculpabilidad, casi no puede formularse una regla general. Lo más que puede afirmarse es que un error de Derecho, generalmente, puede excusar en casos de dudosa juricidad. La inculpabilidad en todos los demás casos depende de las circunstancias respectivas. Por otra parte, la orden antijurídica crea el problema de la legítima defensa y de la resistencia al poder del Estado.

J. M. N.

REVISTA DE REVISTAS

