

LOS LÍMITES DE LA OBEDIENCIA

Jacobo Barja de Quiroga López
Magistrado del Tribunal Supremo

Resumen

La obediencia siempre ha sido uno de los pilares sobre los que se soporta una organización jerarquizada; por ello, y con mayor razón, en el Ejército. Sin embargo, tal obediencia no es ciega, sino que tiene límites. Aquí se examinan dichos límites partiendo de que no es posible ampararse, cualquiera que sean las circunstancias, en que se ha recibido una orden.

Palabras clave: Obediencia. El delito de desobediencia. El cumplimiento del deber. El error.

Abstract

Obedience has always been one of the main pillars on which a hierarchical organisation is based, hence it is even more important in the Army. However such obedience is not absolute and has some limits. Here we are analyzing these limits assuming that it is not possible to protect oneself under the umbrella of having received an order whatever the circumstances are.

Keywords: Obedience. The crime of disobedience. The fulfilment of duty. The error.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Historia. 2.1. El derecho romano y las Partidas. 2.2. La Constitución de 1812 y diversas leyes militares. 2.3. Los códigos penales españoles. 2.4. Ámbito internacional. 2.4.1 Después de la Segunda Guerra Mundial. 2.4.2 El Estatuto de la Corte Penal Internacional. 3. La legalidad actual. 3.1. Introducción. 3.2. La exigente de obediencia debida. 3.3. El delito de desobediencia. 3.3.1 Código Penal. 3.3.2 Código Penal Militar de 2015. 4. El delito de desobediencia en el ámbito militar. 5. La obligación de desobedecer. 6. La obligación de obedecer. 7. La naturaleza de los límites de la obediencia. 8. El cumplimiento del deber. 9. El error. 9.1. Nuestra posición. 9.2. Otra solución.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la desobediencia a las órdenes no es ni ha sido una cuestión nada pacífica; más aún cuando se traslada al ámbito militar. Aquí, en este ámbito, se piensa en la jerarquía y la disciplina como elementos nucleares de todo Ejército; así como que la no obediencia ciega afectaría a tales elementos, de manera que su ausencia mermaría al Ejército su capacidad de combate. La jerarquía y la disciplina —se dice— implican que exista el deber de obediencia; de aquí que se defiendan la obediencia ciega y la obediencia debida. Al respecto basta con referirnos a Pacheco¹, que, refiriéndose a la exigente de obediencia debida, señala:

«Y sobre todo, en el orden militar es mas indispensable que en ninguna otra esfera ese carácter obediente y pasivo de los subordinados. La milicia no vive sino por la severidad de la disciplina; y aun la suposición de la desobediencia abstracta es en ella de malísimo efecto. En sus leyes no se puede admitir ni aun la posibilidad de que el inferior se exima de ejecutar las órdenes superiores; porque no puede admitirse que el superior ordene lo que no esté en sus facultades. En la milicia el que manda más, sabe más y lleva siempre razón. Habrá excepciones, pero no pueden decirse o preverse en las leyes. De otro modo no habría ejército».

Pero, a nuestro juicio, este planteamiento no es correcto.

La cuestión de la obediencia debida pone de manifiesto (nada más acercarse a ella) la existencia de una importante tensión dialéctica entre el

¹ PACHECO. *El Código Penal concordado y comentado* I. 2.º ed. 1856, pág. 177.

deber de obedecer y sus límites, o lo que viene a ser lo mismo, los límites de la posibilidad de desobedecer.

2. HISTORIA

2.1. EL DERECHO ROMANO Y LAS PARTIDAS

Ya en el derecho romano se mantenía que: *servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere, aut furtum alicui facere servum inssisset*² («el esclavo que da oídos a lo que dice su señor no está exento de pena cuando el señor le ordena matar a un hombre o que cometa un hurto»). Y, en la misma línea, se afirma: *ad, ea, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus, obtemperaverint*³ («por aquello que no tiene la atrocidad de un delito o de un crimen, los esclavos son perdonados cuando hubieran obedecido a sus dueños, o a los que se encuentran en el lugar de estos, como a los tutores o a los curadores»).

Así pues, el deber de obediencia no llegaba a amparar la comisión de un delito.

Aunque también leemos en el *Digesto*⁴: *qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet* («el que por mandato judicial hace alguna cosa, no lo hace con dolo malo porque tiene necesidad de obedecer»). Y, añade⁵: *is damnum dat, qui iubet dare; eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit* («causa el daño quien manda causarlo; y no tiene ninguna culpa el que tiene necesidad de obedecer»). En ese sentido se afirma: *non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit*⁶ («no puede carecer de dolo quien no obedeció al imperio del magistrado»); lo cual a la inversa implica que carece de dolo el que actúa bajo la obediencia del magistrado. Y, por último, en la ley Aquilia se determina: *liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit* («si un hombre libre causó con su mano un

² *Digesto*. Lib. LXLIV, tít. VII, ley 20 (Alfenus).

³ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 157 (Ulpiano).

⁴ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 167 (Paulo).

⁵ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 169 (Paulo).

⁶ *Digesto*. Lib. L, tít. XVII, regla 199 (Iavolenus).

daño por mandato de otro, hay la acción de la ley Aquilia contra quien lo mandó, si tenía derecho a mandarlo; pero, si no lo tenía, se debe hacer contra el que hizo el daño»⁷.

También en la 7.^a Partida⁸ después de disponer que el hijo, vasallo o siervo que estuviese bajo el poder de su señor, que actuase haciendo daño en las cosas «non sería tenuto de fazer emienda del daño que assi fuesse fecho. Mas aquel lo deue pechar por cuyo mandado lo fizo». No obstante, seguidamente añade: «pero si alguno destes deshonrrasse, o firriesse, o matasse a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estouiesse, non se podría escusar de la pena: porque non es tenuto de obedecer su mandado en tales cosas como estas, e si lo obedesciere, e matare, o fiziere algunos de los yerros sobredichos, deue ende auer pena también como el otro que lo mando fazer»⁹.

Se sigue, pues, la idea romana: hay que obedecer, y el que actúa no es responsable, salvo que lo mandado sea un *atrocitatem facinoris*, en cuyo caso no se deben obedecer tales órdenes.

Dejando al año 1265 (fecha de conclusión de las Siete Partidas¹⁰) y por ir rápido en el tiempo, solo nos detendremos seguidamente en algunos pequeños hitos.

2.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y DIVERSAS LEYES MILITARES

La Constitución de 1812, en su curioso art. 173, expone el juramento que el rey (no se olvide que se trataba de Fernando VII) ha de realizar en su advenimiento al trono: prestará juramento ante las Cortes con la fórmula que allí se expresa. En ella se realiza un juramento sobre los fundamentos más importantes del Estado constitucional y termina diciendo: «Si en lo que he jurado o parte de ello, lo contrario hiciere, no debo ser obedecido; antes aquello en que contraviniere, sea nulo y de ningún valor».

Aquí encontramos una clara imposición del deber de desobedecer al rey si este ordena algo contrario a la Constitución, al respeto a la libertad política y a la personal de los individuos.

La historia nos muestra que fue precisamente él, Fernando VII, quien no se atuvo a su juramento, pues su verdadera naturaleza era ser un mo-

⁷ *Digesto*. Lib. IX, tít. II, 37 (Iavolenus).

⁸ Partida 7.^a, título XV, ley V.

⁹ Esta ley V continúa resolviendo supuestos de obediencia en los que no se debe obedecer.

¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Tratado de derecho penal*. 2010, pág. 206.

narca absoluto. Como es sabido, el siglo XIX se inicia con la lucha entre liberales constitucionalistas, defensores de una Constitución en la que se limitara el poder del rey y se dejaran claros los derechos de los ciudadanos, y, por otra parte, los absolutistas, partidarios del rey absoluto, sin trabas, sin Constitución y sin sujeción a ley alguna.

Por medio del Decreto de 1814, Fernando VII declaró nula la Constitución de 1812.

Pero los liberales recurren a la fuerza militar y existirán diversas conspiraciones, y de entre ellas debemos mencionar la del entonces coronel Antonio Quiroga, que, con Rafael del Riego, López Baños y Felipe del Arco Agüero, en 1820 se levantó en Cádiz, lo cual posteriormente daría lugar a que Fernando VII tuviera que volver a aceptar la Constitución de 1812. Esta situación duró hasta 1823, año en que el duque de Angulema, primo del rey Fernando VII, al mando de los llamados Cien Mil Hijos de San Luis, reestableciera a Fernando VII en el trono absolutista.

Pues bien, en ese periodo de 1820 a 1823 (Trienio Liberal), se dictaron algunas leyes interesantes¹¹. Así, la Ley de 9 de junio de 1821, constitutiva del Ejército.

En su art. 7 se define el *delito de traición* en los siguientes términos:

«Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando esta se emplea en los casos siguientes:

- 1.º Para ofender la persona sagrada del Rey.
- 2.º Para impedir la libre elección de Diputados de Córtes.
- 3.º Para impedir la celebración de las Córtes en las épocas y casos que previene la Constitución.
- 4.º Para suspender ó disolver las Córtes ó la Diputación permanente de las mismas.
- 5.º Para embarazar de cualquier manera las sesiones ó deliberaciones de las Córtes ó de su Diputación permanente».

Y, seguidamente, el artículo siguiente establece que «ningún militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior, bajo las penas que las leyes prefijaren».

Es evidente que lo que se pretendía era defender la legalidad constitucional y establecer el deber de desobediencia para el militar ante la orden del superior que pretendiera hacer uso de fuerza armada contra dicha lega-

¹¹ Entre otras, la Ley Orgánica de la Armada de 27 de diciembre de 1821. En ella no se trata esta cuestión, pues es puramente organizativa de la Armada.

lidad. Es aquí donde encontramos la redacción más clara y directa sobre la obligación de desobedecer en ciertos casos una orden.

Precisamente en el Dictamen de la Comisión de Organización de Fuerza Armada, que se emitió previamente a dicha ley constitutiva del Ejército (este dictamen fue presentado en sesión extraordinaria en la noche del 24 de octubre de 1820), se dice lo siguiente:

«Supuesta por la Constitución la existencia del ejército permanente, y confiada exclusivamente al Rey la distribución de la fuerza armada, y la provision de todos los empleos militares, se trata de constituir la milicia del modo mas propio para la defensa exterior del estado, y la conservación del orden interior. Pero este orden interior es necesariamente el orden constitucional; de otro modo el objeto de la fuerza armada no seria proteger, sino oprimir; y por eso se ha desenvuelto este principio en el artículo 6.º del proyecto, para fijar del modo mas terminante los únicos casos en que la ley autoriza y prescribe como un deber la desobediencia del militar á sus gefes. Porque si bien es cierto que la base fundamental de la disciplina consiste en obedecer sin deliberar, también es indudable que si la subordinación del militar se confunde en ciertos casos con la ciega abnegación del cenobita, no tendria garantía ninguna la libertad política de la nación. Esta escepcion, por decirlo asi, es común a todas las clases de la fuerza armada, y ha sido preciso presentarla en los términos menos equívocos, antes de descender á determinar las bases sobre que deben constituirse las tropas de continuo servicio, para que correspondan dignamente al objeto de su instituto, que es por el artículo 356 de la Constitución, la defensa exterior del estado, y la conservación del órden interior».

Posteriormente, hubo otras leyes constitutivas del Ejército, como la de 29 de noviembre de 1878 (reinando Alfonso XII) y la ley de 19 de julio de 1889 (reinando Alfonso XIII y como reina regente María Cristina), en las que nada se dice sobre la cuestión que estamos tratando. Si bien podemos referirnos a la Real Orden de 1 de septiembre de 1883, y a la circular de la misma fecha, dictadas con ocasión de los sucesos ocurridos en el Ejército en Badajoz, en Santo Domingo de la Calzada y en la Seo de Urgel, en donde se dice: «El que manda desde que se pone á la cabeza de su tropa, ha de celar la obediencia en todo». Seguidamente, la Real Orden continúa dictando órdenes sobre cómo deben comportarse los militares ante una sublevación, pues «su honor le exige que se oponga a él [al movimiento

insurreccional] hasta perder la vida»; y si no lo hiciere serán juzgados por un consejo de guerra.

Como es sabido, la justicia militar puede ser resumida de la siguiente manera: de una organización procedente de la Edad Media, se reorganiza con la Constitución de 1812, luego las leyes constitutivas del Ejército, más tarde los dos códigos de justicia militar (el de 1890 y el de 1945) hasta que bastante después de la Constitución de 1978 se dicta el Código Penal Militar de 1985 y de este al Código Penal de 2015. Paralelamente, existen muy diversas normas sobre el fuero militar.

De aquí hemos de ir al Código de Justicia Militar de 1890¹², que se dictó siendo M.^a Cristina la reina regente (en nombre de su hijo el rey Alfonso XIII) y el presidente del Consejo de Ministros don Antonio Cánovas del Castillo. En este Código, al tratar el delito de desobediencia (arts. 266 al 268), no recoge disposición alguna relativa a la posibilidad de desobedecer. Señala el art. 267 que «el militar que desobedezca las órdenes de sus superiores relativas al servicio, será castigado con la pena de prisión militar correccional a prisión militar mayor». Si la desobediencia fuera estando frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, la pena será la de muerte.

El Código de Justicia Militar de 1945, en su art. 185, al enumerar las eximentes, en su apartado n.º 12 considera eximente el que obra en virtud de obediencia debida. Ahora bien, seguidamente añade: «Esta eximente la tomarán o no en cuenta los tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella».

Y, en cuanto al delito de desobediencia, aparece recogido en los arts. 327 al 332, con bastante similitud al Código de Justicia Militar anterior; no hay referencia específica a la posibilidad de desobedecer.

En la modificación que sufrió este Código mediante ley de 1949, la indicada eximente se mantuvo con la misma redacción.

Ya en la democracia se dictó el Código Penal Militar de 1985. En su art. 21 se remite a las eximentes previstas en el Código Penal, pero añade que «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

¹² Se trata de una ley de organización, procesal, penal y disciplinaria en el sentido de que mediante sus preceptos se organiza la jurisdicción castrense, se establece el sistema procesal y se determinan los delitos, las penas y su ejecución, así como las infracciones y sanciones disciplinarias.

Específicamente, al establecer el delito de desobediencia en el art. 102, no contiene ninguna disposición concreta en relación con la posibilidad de desobedecer ciertas órdenes.

Paralelamente, tanto en las Reales Ordenanzas como en la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, se nota que existe una cierta contemporización entre el deber de obedecer y la necesidad de introducir un límite a la obediencia.

Las normas que establecen este límite no son, a mi juicio, todo lo contundentes que debieran serlo. Aunque lo son suficientemente para extraer de ellas interpretativamente que no existen mandatos antijurídicos obligatorios.

No obstante, es preciso concretar este extremo.

El actual Código Penal Militar de 2015, en el art. 44 apartado 3.º, dispone:

«No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados».

Parece, pues, que excluye el mandato que infrinja cualquier disposición general que no tenga rango de ley. Pero esto es solo una apariencia. Es preciso analizar la cuestión con más detenimiento.

2.3. LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES

Veamos a continuación sucintamente cómo aparece regulada esta cuestión en los distintos códigos penales que hemos tenido a lo largo de la historia.

El Código Penal de 1822 (arts. 483-491), dictado durante el denominado Trienio Liberal, estaba muy preocupado por la defensa de la Constitución, por lo que considera que existe el delito de desobediencia, salvo que se trate de desobedecer a una orden contraria a la Constitución.

Además, en su art. 21 establece:

«En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por

alguna violencia material á que no haya podido resistir, ó por alguna orden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar. Compréndese en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar».

Con el cambio ideológico, se introduce en el Código de 1848 (arts. 277 a 279) la eximente de obediencia debida (art. 8 n.º 12) y se castiga la desobediencia a las órdenes de sus superiores y también al que «habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que aquellos hubieren desaprobado la suspensión».

Así pues, aparece aquí la *remonstratio*.

Lo mismo se mantiene sin cambios en el Código de 1850.

Posteriormente, se producirá la denominada Revolución Gloriosa de 1868, que dio lugar a la Constitución de 1869, en cuyo art. 30 párrafo segundo se declara que «el mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional. En lo demás, solo eximirá a los agentes que no ejerzan autoridad». Este sistema será el que aparezca reflejado en el Código Penal de 1870.

En efecto, el Código de 1870 también mantiene la eximente de obediencia debida (art. 8 n.º 12), pero, al establecer el delito de desobediencia (arts. 380-383), ya considera que no lo comete el funcionario que desobedece un «mandato administrativo» que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional y tampoco los funcionarios públicos constituidos en autoridad cuando el mandato «de igual clase» infrinja manifiesta, clara y terminantemente «cualquier otra ley».

Mantiene la *remonstratio*. De manera que el delito aparece una vez suspendido el cumplimiento de la orden, si se desobedece después de que el superior hubiera desaprobado la suspensión.

La misma redacción vamos a encontrar en los códigos de 1928 y de 1932.

En el Código de 1944 ya no hay Constitución y, consiguientemente, desaparece la no obligación del cumplimiento de una orden o mandato contrarios a la Constitución; también desaparece la concreción de que el mandato debía ser «administrativo» y, simplemente, se refiere al no cumplimiento de un «mandato».

El Código de 1944 mantiene la eximente de obediencia debida (art. 8 n.º 12) y, específicamente, en relación con el delito de desobediencia (arts.

369 a 372), señala que no incurrirán en responsabilidad criminal «los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley». E igualmente tampoco «los funcionarios públicos constituidos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general».

Repárese que desde el Código de 1870 el sistema diferencia entre:

a) El funcionario público puede/debe desobedecer cualquier mandato administrativo que infrinja la Constitución.

b) La autoridad puede/debe desobedecer cualquier mandato administrativo que infrinja cualquier otra ley .

Así pues, en el Código de 1870 se refiere la desobediencia de la autoridad a mandatos administrativos que infrinjan cualquier ley. Seguramente se pensaba en el error y la capacidad de la persona para comprender. Cualquiera, todo funcionario, puede darse cuenta de cuándo la orden va contra la Constitución. Si es contra la ley, a quien se le exige que lo sepa es a la autoridad.

Y es en el Código de 1944 cuando se refiere a la desobediencia a cualquier otra disposición general.

De manera que la evolución histórica nos muestra que mientras los liberales defendían la no existencia de delito de desobediencia ante mandatos contrarios a la Constitución, lo que tenían en mente y querían impedir eran pronunciamientos militares contra la Constitución y la forma de Estado que ella establecía. Por esta razón, aparecerá posteriormente en la Constitución de 1869 la idea de la no obediencia debida en las órdenes contrarias a la Constitución.

Evidentemente, la idea era que ningún militar o autoridad pudiera considerarse obligado a obedecer mandatos contra la Constitución, por la única razón de que procedieran de un superior jerárquico.

La ideología absolutista y, más tarde, las formas dictatoriales mantendrán un sistema que coexiste con la exigente de obediencia debida. No vamos a entrar a exponer cómo se desarrolló en la práctica esta coexistencia, pues debemos llegar al sistema actual. No obstante, apuntaremos que es fácil comprender que con ese sistema es más sencillo imponer la obediencia ciega: «usted cumpla lo que se le ordena, sin pensar, pues ninguna responsabilidad le va a arrastrar por actuar así».

En efecto, Álvarez García¹³ hace especial hincapié en que mientras el Código Penal de 1870 se refería a «mandato administrativo», lo que se mantuvo en los códigos de 1928 y 1932; sin embargo, la calificación de «administrativo» fue eliminada en el Código Penal de 1944. Explica que la razón de este cambio se debió al «deseo que embargaba al régimen fascista de ejercer un control absoluto de todas las decisiones que se tomaran en el “nuevo Estado”, ya fueran administrativas o judiciales; y tal perspectiva exigía, desde luego, arrumbar todo centro de poder independiente y, por lo tanto, no sometido a control. Esa visión [...] imponía la no diferenciación entre las resoluciones administrativas y judiciales a los efectos del control político sobre la legalidad de las mismas». Y, para una mejor comprensión, añade Álvarez García, que «era necesario que los funcionarios ideológicamente fieles por cómplices en la rebelión de 1936 corrigieran las “debilidades” o “equivocadas orientaciones” por parte de los jueces en el dictado de sus resoluciones, a través de un efectivo control sobre las mismas».

Precisamente por ello, Álvarez García, con toda razón, considera llamativo que «hoy en día perviva ese santuario fascista en el Código Penal español». A nuestro juicio, no debe existir ninguna duda respecto a que es preciso replantearse todo el tema de la obediencia/desobediencia en el marco de un Estado democrático de derecho.

2.4. ÁMBITO INTERNACIONAL

2.4.1. Después de la Segunda Guerra Mundial

Para terminar esta visión histórica, solamente diremos que después de la Segunda Guerra Mundial se elaboró el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 1945, en cuyo art. 8 se determina que «el hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el tribunal estima que la justicia así lo exige».

Precisamente, después de la victoria de los aliados se presentó con toda gravedad la cuestión de la obediencia debida. Al respecto, Rad-

¹³ ÁLVAREZ GARCÍA. «Prólogo». ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.). *Derecho penal español. Parte especial (II)*. 2011, pp. 32-33.

bruch elaboró la conocida como *fórmula Radbruch*, que fue empleada entonces y volvió a ser utilizada en 1989 en relación con los soldados de la RDA que habían disparado sobre los que intentaban saltar el muro de Berlín¹⁴.

2.4.2. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue aprobado en Roma el 17 de julio de 1998¹⁵. En relación con España, fue concedida la autorización para su ratificación mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, y por ello fue ratificado por España por medio de instrumento de ratificación que lleva fecha de 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE de 27 de mayo de 2002. En su art. 33 se refiere a la cuestión que estamos tratando en los siguientes términos:

«Artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un Gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que:

- a) estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
- b) no supiera que la orden era ilícita, y
- c) la orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas».

¹⁴ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Introducción a la teoría del Estado*. 2014, pp. 40-41; BACIGALUPO. «Veinte años de la caída del Muro de Berlín. Recuerdos de un penalista». *Revista Tiempo de Paz*, 95/2009, pp. 41 y ss.; STEDH, Stretetz, Kessler and Krenz contra Alemania, de 22 de marzo de 2001, en cuanto a la vigencia del principio *nullum crimen sine lege* en relación con las personas que participaron en la muerte de personas que intentaron escapar de Alemania del Este (RDA) hacia Alemania del Oeste (RFA).

¹⁵ Al respecto, *vid.* PIGNATELLI Y MECA (Ed.). *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios*. 2003.

3. LA LEGALIDAD ACTUAL

3.1. INTRODUCCIÓN

La eximente de obediencia debida se ha venido interpretando como una exención de responsabilidad criminal aplicable en aquellos casos en los que se ha cometido un delito porque así lo ha ordenado un superior jerárquico. Tal sistema antepone la autoridad (el mandato de la autoridad) a la ley, por lo que, aunque el mandato sea antijurídico, debe ser obedecido.

Evidentemente, esta forma de ver las cosas no puede ser admitida en un Estado de derecho. En este no hay nadie por encima de la ley, de manera que ningún mandato contrario a la ley debe ser obedecido, y quien lo haga no puede pretender ser exonerado de responsabilidad por tal razón. El sistema de la obediencia debida no cabe en un Estado de derecho; por esta razón desapareció la citada eximente en el Código Penal de 1995.

No debe confundirse la obediencia debida con la obediencia jerárquica. Cuando la orden está dada por el superior dentro de sus atribuciones y se ordena a quien debe obedecerla, existe entre ambos una relación de obediencia jerárquica; y cuando lo que se ordena es conforme a la ley o, en general, al ordenamiento jurídico, no se plantea ningún problema, pues no se comete delito alguno. Los mandatos jurídicos plantean otro tipo de cuestiones en los que ahora no vamos a entrar.

Lo que examinamos es la cuestión de la obediencia debida como fundamento de exención de responsabilidad por obrar cumpliendo una orden ilícita del superior. Esto es, la problemática de los mandatos antijurídicos obligatorios.

Para ello, volvamos a los códigos actuales: el Penal y el Penal Militar.

3.2. LA EXIMIENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA

Como *eximente*, la obediencia debida no existe en el Código Penal. Y el Código Penal Militar en esta materia no contiene ni eximentes, ni agravantes, ni atenuantes, si bien existe una remisión sorprendente en el artículo 19 del Código Penal Militar. No obstante, ha de recurrirse al art. 1.2 del Código Penal Militar que introduce el Código Penal como supletorio en todo lo no previsto expresamente. Desde este punto de vista, las eximentes, atenuantes y agravantes del Código Penal serán aplicables a los

delitos del Código Penal Militar. Por consiguiente, no existe la eximente de obediencia debida en el ámbito militar.

Además, es preciso indicar lo que dice el art. 616 bis del Código Penal: «Lo dispuesto en el artículo 20.7.º de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título». Disposición que, aunque nuestro Código no incorpore ya la eximente de obediencia debida, pretende reafirmar que no es aplicable el cumplimiento del deber. Tal norma es ciertamente superflua, pues el cumplimiento del deber y la obediencia debida no son conceptos intercambiables.

En efecto, no hay duda de que tal eximente tiene claros sus límites frente a la de obediencia debida, por lo que no es admisible desbordar tales límites para abarcar con el cumplimiento del deber lo que antes era terreno de la obediencia debida. El cumplimiento del deber nunca abarca situaciones ajenas al deber, y en un Estado democrático de derecho no hay posibilidad de admitir deberes de carácter ilícito. El cumplimiento de un deber solo se plantea cuando se presenta frente a otro deber y, entonces, aparece una situación de necesidad; siempre ha de tratarse de deberes jurídicos (no morales)¹⁶.

3.3. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA

En cuanto al delito de desobediencia, debemos exponer la regulación tanto del Código Penal como del Código Penal Militar.

3.3.1. Código Penal

Lo encontramos en los arts. 410 y 411.

«Artículo 410

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.*, pág. 662.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general.

Artículo 411

La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

3.3.2. Código Penal Militar de 2015

Lo encontramos en el art. 44:

«1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria».

4. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN EL ÁMBITO MILITAR

El art. 44 del Código Penal Militar contiene cuatro apartados: los apartados 1.º y 2.º configuran el delito de desobediencia en relación con órdenes relativas: a) al servicio, b) al servicio de armas, y c) en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas.

En otras palabras, establece el delito de desobediencia en relación con la obediencia jerárquica como tipo básico y luego añade dos tipos agravados.

El *tipo básico*, referido a la obediencia jerárquica, se determina por los siguientes elementos:

- c) Órdenes legítimas (mejor hubiera sido decir *legales*).
- a) Procedentes de un superior.
- b) Relativas al servicio.

En relación con el segundo elemento (procedentes de un superior), el término superior tiene una interpretación auténtica en el propio art. 44, concretamente en su apartado 4º, donde señala: «A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria»; que deberá ser interpretada teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 5 del mismo Código.

Evidentemente, todos estos elementos precisan de interpretación: ¿qué es una orden legítima?¹⁷, ¿cuáles son relativas al servicio?, ¿quién es superior, partiendo del propio concepto aportado por el art. 44?

También tienen una interpretación auténtica los términos *actos de servicio* en el art. 6 del Código Penal Militar.

Y, naturalmente, el concepto de *orden* aparece desarrollado en el art. 8 del Código.

¹⁷ El concepto de *legítima* trata de adjetivar el sustantivo *orden*, pero a nuestro juicio desborda el concepto y es difícil conocer qué es lo que quiere decirse. Una orden legal o lícita es un concepto aprehensible, pero la legitimidad de una orden es algo difícil de entender. Solo es legítima aquella orden que procede de quien tiene competencia para darla, pero eso poco ayuda en el contexto, dado que es una obviedad que no aporta dato alguno en relación con lo que es la *ratio* del precepto, que es referirse a los mandatos antijurídicos. Hoy en día, en muchas ocasiones, se usa el término *legitimidad* como sinónimo de *legalidad*; si eso es lo que se quiso decir y esa es la interpretación que debe darse, bien podía haber sido utilizado el término *legal*. En otras palabras, una orden legítima es una orden legal, esto es, una orden que cumple todos los requisitos para ser conforme con los requisitos de legalidad.

No obstante, también la legitimidad se define como aquella orden que (además de legal) es justa. Si es así, entramos en el terreno pantanoso de los valores.

En cuanto a los *tipos agravados*, en ellos únicamente se modifica este último elemento, y permanecen los otros dos. De manera que los tipos agravados se forman con los elementos del tipo básico y el elemento *servicio de armas*, o bien, cuando la desobediencia tenga lugar «en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas» (art. 44.2 del Código Penal Militar).

En relación con otros términos utilizados en los tipos agravados diremos: en cuanto al concepto de *actos de servicio de armas*, tiene una interpretación auténtica en el art. 6 del Código Penal Militar; *conflicto armado* no tiene interpretación auténtica; para el *estado de sitio* ha de acudirse a la ley que desarrolló el precepto constitucional¹⁸; el concepto de *enemigo* está desarrollado en el art. 7.1 del Código, y los términos *rebeldes* o *sediciosos* requieren una explicación suplementaria.

En el Código Penal Militar existe el delito de sedición, pero no el de rebelión, que solo lo prevé en caso de conflicto armado internacional en el art. 9.2.b) y, para ello, aunque lo considera delito militar, se remite a la tipificación del Código Penal común. Sobre *circunstancias críticas* hay una interpretación auténtica en el art. 7.3 del Código Penal Militar.

Además, es preciso tener en cuenta que estos tipos penales de desobediencia se presentan en concurso con la desobediencia al cumplimiento de las *prescripciones* contenidas «en los bandos que dicten las autoridades militares en situación de conflicto armado o estado de sitio» (art. 30 del CPM). En principio debe resolverse considerando que el art. 30 es ley especial.

Debemos referirnos ahora brevemente a los problemas que plantean los términos *rebeldes* o *sediciosos*¹⁹.

La sedición militar (art. 38) está configurada como un delito de desobediencia cuando concertadamente se desobedezca por cuatro o más militares (o bien, si no llegaren a este número que constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación) las órdenes legítimas que recibieren. No hay referencia a fines, como sí la hay en el art. 544 del Código Penal común.

¹⁸ Art. 55 de la Constitución y Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estado de Alarma, Excepción y Sitio.

¹⁹ Sobre los delitos de rebelión y de sedición nos remitimos a lo que decimos en *Código Penal comentado* (Dir. Conde-Pumpido Ferreira), II, 3ª ed., 2012, págs. 1689 y ss. y 1818 y ss.

a) Código Penal

Rebelión

«Artículo 472

Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.

2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al rey o a la reina, al regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier asamblea legislativa de una comunidad autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.

5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

6.º Sustituir por otro el Gobierno de la nación o el Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno».

La rebelión puede ser con armas o sin ellas, pues el art. 473 del Código Penal considera una agravante el hecho de que se hayan esgrimido armas.

Sedición

«Artículo 544

Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

b) Código Penal Militar

La rebelión como tal delito no aparece. Esta situación es absurda, pues no hay delito más estrictamente militar que el de rebelión cometido por

militares. Nuestra historia nos muestra muy variadas formas de pronunciamientos y alzamientos militares que son, sin duda, delitos de rebelión²⁰.

La rebelión en caso de conflicto armado internacional: el art. 9.2.b) del Código Penal Militar lo considera delito militar y se remite a la tipificación del Código Penal.

Sedición: se recoge en el art. 38. No hay referencia a fines y, en realidad, considera la sedición cuando hay una desobediencia.

Para que haya sedición habrán de obrar concertadamente, deberán ser en número de cuatro o más o, si no llegaran a este número, que constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, cuando se niegan a obedecer las órdenes, no cumplieren las órdenes, incumplieren los deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior.

Ahora bien, debemos preguntarnos qué ocurre con una rebelión militar que no sea durante un conflicto armado internacional. Son posibles dos soluciones:

a) Se aplica el Código Penal por la jurisdicción ordinaria.

b) Se aplica el Código Penal Militar, considerando una sedición, por la jurisdicción castrense.

Ahora bien, en este caso, si fuera más grave la rebelión en el Código Penal, en aplicación del art. 1.3 del Código Penal Militar, se aplicaría el Código Penal por la jurisdicción militar.

No obstante, siendo así, debemos preguntarnos qué sucede con las penas accesorias del art. 15 del Código Penal Militar. A mi juicio, deben ser impuestas: la razón es que se ha cometido un delito militar y uno civil, por lo que se resuelve el concurso mediante la aplicación de la ley más grave, aunque enjuiciado por la jurisdicción castrense. Luego deben añadirse las accesorias previstas en el art. 15 para los militares que sean condenados.

Y ¿qué ocurre con la sedición militar? En principio parece que no hay correlación con el delito de sedición del Código Penal: en este la clave son los fines pretendidos, y en el del Código Penal Militar es la desobediencia. Ahora bien, es posible (y muy probable) desobedecer para obtener determinados fines. No obstante, aunque encontremos la correlación entre los tipos penales, sin embargo, determinar qué regulación es más grave no es fácil. Es sencillo si nos fijamos únicamente en la pena máxima, pero no es así si nos fijamos en cuál es la pena mínima que puede imponerse. En el

²⁰ La excusa de que la jurisdicción castrense no dio la talla en el caso del 23F y que, por ello, ese delito debe ser del ámbito de la denominada jurisdicción ordinaria no es convincente. Además, entonces el recurso se interpuso ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo y si ahora se introdujera el delito en el Código Penal Militar y lo enjuiciara la jurisdicción militar, tendría recurso ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

supuesto de *dirigentes*, el marco penal en el Código Penal Militar es de dos a quince años, mientras que en el Código Penal es de ocho a diez años, y, además, si tales dirigentes fueren *autoridad*, de diez a quince años, y a los *meros ejecutores*, de uno a diez años en el Código Penal Militar y de cuatro a ocho en el Código Penal.

5. LA OBLIGACIÓN DE DESOBEDECER

Esta cuestión nos conduce directamente a la relativa a los mandatos antijurídicos obligatorios, cuya evolución histórica ya hemos visto.

La situación en el Código Penal común²¹ es la siguiente:

a) La negativa abierta: es delito, en principio, del art. 410.1.

b) No hay responsabilidad por el incumplimiento: cuando el mandato «constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general».

Así pues, cuando se habla de mandato antijurídico, este abarca tanto los mandatos contra ley como contra cualquier disposición general.

c) La *remonstratio*.

Es posible la *remonstratio*, esto es, hacer presente, mostrar las dificultades o consecuencias que el cumplimiento de lo mandado va a producir.

Ha de tratarse de órdenes que no constituyan mandatos antijurídicos, pues, si así fueran, entonces no por el hecho de efectuar la *remonstratio* desaparece, para el que recibe la orden, la obligación de no obedecer.

Se trata de un supuesto de mandato correcto con la legalidad ante el cual el que debe obedecer no realiza una negativa abierta a su cumplimiento, sino que le demuestra a su superior las dificultades o las consecuencias, y si el superior desaprueba la suspensión de la ejecución de la orden, entonces el inferior debe cumplirla y, si no lo hiciere, entonces incurrirá en delito de desobediencia; este tipo constituye un tipo agravado respecto al básico de desobediencia. No es fácil comprender por qué se configura como un tipo agravado.

¿Qué ocurre cuando el que debe obedecer hace la *remonstratio* exponiendo al superior que, a su juicio, la orden es contraria al ordenamiento jurídico, el superior le explica que no es así y entonces aquel obedece la orden, la cual era ilegal? Nos encontraremos ante un problema de error.

²¹ Con más detalle: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.* «Parte especial», III, 1992, pp. 277 y ss.

Por supuesto, también puede existir un problema de error, aunque no haya *remonstratio*. Pues el obediente puede obedecer porque crea equivocadamente que la orden es correcta con arreglo al ordenamiento jurídico.

Se plantea aquí el problema del error²²; a esta cuestión nos referiremos más adelante.

Y ¿qué ámbito tiene el adverbio *manifestamente* que utilizan tanto el Código Penal como el Código Penal Militar?

El contenido que debe darse al adverbio *manifestamente*, a mi juicio, es nulo. En otras palabras, tenerlo por no puesto. No añade nada, y los que pretenden darle un contenido no pueden llegar a resultados satisfactorios de cara a la *ratio legis*.

En efecto, la norma donde se excluye la responsabilidad criminal (art. 410 del Código Penal y art. 44.3 del Código Penal Militar), en caso de mandato antijurídico, no pretende —como piensan los defensores de dotar de contenido al citado adverbio— reforzar la autoridad y el deber de obediencia. En otras palabras, consideran que al poner el acento en el adverbio lo que hacen es restringir los supuestos de desobediencia; es un argumento de corte autoritario.

Desde este punto de vista, se piensa que solo están excluidos del cumplimiento aquellas órdenes que sean *manifestamente* contrarias a la ley, de manera que las que no lo sean deben ser cumplidas. Por esa vía llegan, a su juicio, al cumplimiento ciego en todo lo que no sea *manifestamente* contra la ley. Pero, como todo pensamiento autoritario, olvidan o no les importa la persona que ejecuta la orden; esta persona será responsable penalmente de lo que haya realizado al cumplir la orden ilegal.

Sin embargo, la cuestión no va por ahí. El ámbito de la citada norma es establecer los casos de exclusión de responsabilidad. La cuestión de la desobediencia se encuentra en la primera frase tanto del art. 410 del Código Penal Militar como en la del art. 44.1 del Código Penal Militar. En otras palabras, el adverbio solamente tiene como ámbito de actuación la irresponsabilidad del cumplidor o incumplidor de la orden.

Así pues, si la orden es *manifestamente* ilegal y el destinatario no la cumple, no habrá delito. Pero cuando la orden no es *manifestamente* ilegal (pero realmente lo es), caben dos opciones: a) el destinatario la cumple, en cuyo caso habrá cometido algo ilegal y no podrá ampararse en la exención por cuando la orden no era *manifestamente* ilegal, o b) el destinatario no

²² Al respecto, véase extensamente: PÉREZ DEL VALLE. «Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el derecho penal militar». *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 68, 1996, pp. 37 y ss.

la cumple, en cuyo caso no habrá cometido algo ilegal, pero será reo de desobediencia por incumplir la orden que no era *manifiestamente* ilegal.

El resultado al que se llega es totalmente absurdo: una persona resulta responsable por desobedecer una orden cuyo cumplimiento constituye la realización de un acto delictivo. Evidentemente, llegamos a los mandatos antijurídicos obligatorios y a las teorías autoritarias.

Como esa no es la *ratio legis*, sino todo lo contrario (erradicar los mandatos antijurídicos obligatorios), es evidente que al adverbio *manifiestamente* no debe dársele contenido alguno. Ni siquiera en el ámbito del error.

A nuestro juicio²³, como no pueden existir mandatos antijurídicos obligatorios, resulta que una orden antijurídica (manifiesta o no) nunca puede ser de obligatoria obediencia, por lo que, en consecuencia, no cabe que su desobediencia pueda ser considerada típica.

6. LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER

De muy diversas maneras puede establecerse la obligación de obedecer. Podemos hacer la siguiente clasificación.

a) Obediencia ciega: siempre que exista una relación jerárquica, existirá la obligación de obedecer, se trate de una orden legal o ilegal, contraria al ordenamiento jurídico o no; en correlación con esto, únicamente el superior es responsable de lo que suponga el cumplimiento de la orden y el ejecutor queda radicalmente exento porque actuó con obediencia debida.

b) Obediencia legal: siempre que exista una relación jerárquica, deben obedecerse únicamente aquellas órdenes que sean de acuerdo al ordenamiento jurídico. Las que lo contravengan no deben ser obedecidas, y, si se ejecutan, el ejecutor es responsable por lo realizado sin que pueda oponer la obediencia debida.

c) Obediencia en función de la gravedad de la consecuencia: es una teoría mixta. Se parte, como en los otros supuestos, de la existencia de una relación jerárquica. Conforme con esta teoría, habría obligación de desobedecer en relación con todos los mandatos que supongan una contradicción grave con el ordenamiento jurídico, pero habría obligación de obedecer ante un mandato antijurídico que supusiera una infracción menor del ordenamiento jurídico.

²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.* Parte especial, III, pp. 288 y ss.

La cuestión sobre el carácter grave o de menor entidad puede elaborarse en función de que lo mandado contradiga lo dispuesto en la Constitución o en una ley, que daría lugar a que se considerara grave. O que contradiga una disposición de otro orden, en cuyo caso sería considerado de carácter menor²⁴.

La base de esta teoría se encuentra, por una parte, en que, en la colisión de deberes (deber de obedecer y deber de no infringir el ordenamiento jurídico), es preferente el cumplimiento del deber de no infringir el ordenamiento jurídico cuando tal infracción es de carácter grave —con el ámbito que le hemos dado—. Pero, cuando la transgresión del ordenamiento jurídico es de carácter menor —con el ámbito que le hemos dado—, sería prevalente el deber de obedecer. Por otra parte, se fundamenta esta distinción en que el que obedece puede y debe ser capaz de comprender que lo que se le manda es contrario al ordenamiento jurídico cuando lo ordenado lo transgrede de forma grave —con el ámbito que le hemos dado—, pero eso no ocurre cuando la transgresión es de carácter menor —con el ámbito que le hemos dado—.

Además, a esta teoría se añade en ocasiones que ha de tenerse en cuenta la posición del que recibe la orden, pues hay una mayor exigencia de examen de la orden cuanta mayor importancia en el orden jerárquico tiene el que ha de cumplir la orden.

Ahora debemos preguntarnos cuál es el sistema que sigue nuestro Código Penal.

La respuesta es clara: sigue la teoría de la obediencia legal. Debe desobedecerse todo mandato antijurídico; es indiferente que contradiga la Constitución, la ley o cualquier otra disposición general, aunque no tenga el carácter de ley formal.

¿Y el Código Militar?

A primera vista, parece que el Código Penal Militar sigue el sistema de obediencia en función de la gravedad de la consecuencia.

Parece que se alinea con esa teoría, pues el Código Penal Militar, al regular el delito de desobediencia en el art. 44, admite que no hay delito cuando se desobedece una orden que suponga la ejecución de actos que *manifiestamente* constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción «manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del derecho internacional de los conflictos armados».

²⁴ Al respecto, véase JAKOBS. *Strafrecht*. Pp.16-11 y ss.

Se trata de un precepto absolutamente perfecto en su confusión. Luego volveremos sobre él.

Pero lo cierto es que se refiere a una norma con rango de ley, de ahí que parezca que excluye cualquier otra disposición de carácter general que no tenga el rango de ley.

Por otra parte, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), en su art. 48, establecen que «si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión». Es decir, sigue la línea del Código Penal Militar (o este sigue a aquellas, pues son anteriores en el tiempo).

Además, la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en su art. 7.9, considera falta grave «dar órdenes que sean contrarias al ordenamiento jurídico». Aquí ya no aparece distinción alguna entre contrarias a lo dispuesto en una ley o en otro tipo de disposiciones. El ordenamiento jurídico abarca todo tipo de normas.

No es posible admitir que el ordenamiento establezca el deber de no ordenar nada contra el ordenamiento jurídico y que paralelamente obligue a cumplir algo que va contra el ordenamiento jurídico.

Por ello, la única manera de interpretar este grupo normativo sobre la obediencia y sus límites es considerando que, cuando se refiere a una norma con rango de ley, ha de entenderse en el sentido de contrario al ordenamiento jurídico.

También es preciso reparar en el ámbito disciplinario de la Guardia Civil, concretamente en el art. 7, apartado 15, de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, donde se considera falta muy grave «la desobediencia grave o la indisciplina frente a las órdenes o instrucciones de su superior, salvo que estas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico». En otras palabras, en relación con la Guardia Civil, el sistema se alinea claramente con la teoría de la obediencia legal.

Así pues, en el ámbito de la Guardia Civil, en relación con los delitos del Código Penal Militar, no puede interpretarse conforme a la teoría de la obediencia en función de la gravedad de la consecuencia, pues, si cabe desobedecer sin que constituya infracción disciplinaria en caso de que la orden infrinja el ordenamiento jurídico, no cabe pensar que, en ese caso, pueda ser delito.

El ordenamiento jurídico no puede desorientar a los ciudadanos y declarar o establecer obligaciones contrapuestas con respuestas diferentes.

La consecuencia es que, en el ámbito de la Guardia Civil, rige la teoría de la obediencia legal. La interpretación de lo establecido para la Guardia Civil, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, conduce a que pueda afirmarse que también en este ámbito, esto es, en las Fuerzas Armadas, rige el sistema de la obediencia legal.

En otras palabras, debemos concluir, por consiguiente, que la teoría de la obediencia legal rige para el Código Penal, para la Guardia Civil y para el Ejército. Desde luego, otra solución es absolutamente absurda.

Hemos llegado a esta conclusión mediante la interpretación de los textos legales correspondientes. A propósito, hemos dejado a un lado la Constitución, que lógicamente debió ser tenida en cuenta en primer lugar. Pero lo hemos hecho porque, de no haber llegado a tal resultado, la consecuencia sería la inconstitucionalidad del precepto. Era preciso examinar si existía alguna interpretación posible que estuviera de acuerdo con la Constitución.

En efecto, el art. 103.1 de la Constitución señala que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

Aquí nos encontramos el bien jurídico protegido por el delito de desobediencia, que es el principio de jerarquía ejercido de una determinada manera y en los casos precisos para que la Administración Pública pueda servir a los intereses generales²⁵; pero también supone la constitucionalización del principio de jerarquía. Ahora bien, tal constitucionalización se enmarca en el sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por consiguiente, queda claro que, fuera de ese marco, el principio de jerarquía no puede funcionar, lo cual es coherente con los principios de un Estado de derecho y con la erradicación de la teoría autoritaria.

Y, por *ley y derecho* ha de entenderse equivalente al bloque de legalidad, de manera que, como señala Álvarez García²⁶, la vinculación no es solo con «las disposiciones de carácter general de cualquier rango y fuente competencial de que proceden, sino también a los principios generales del derecho extraíbles de nuestro ordenamiento positivo, a la costumbre, al precedente administrativo, etc.». Y, en esa línea también forma parte del

²⁵ Al respecto: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.* III, pág. 278; ÁLVAREZ GARCÍA. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. 1987, pp. 220-223.

²⁶ ÁLVAREZ GARCÍA. *Ibidem*, pág. 250.

derecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional.

De manera que únicamente interpretando el delito de desobediencia del art. 44 del Código Penal Militar y los límites del deber de obediencia en el indicado sentido cabe afirmar su constitucionalidad.

En el sentido indicado, la STS 5.^a (pleno), n.º 32/2018, de 22 de marzo, afirma que «en nuestro Estado de derecho no cabe la aplicación del principio de jerarquía, base del deber de obediencia (jerárquica), cuando en virtud del mismo se sobrepasan los límites marcados por la ley y el derecho». Y añade:

«La referencia a la ley contenida en el art. 44.3 del Código Penal Militar no puede entenderse en el sentido de ley formal, pues el principio de jerarquía constitucionalmente admisible es únicamente aquel que se somete no sólo a la ley, sino también al derecho. En definitiva, no caben en nuestro ordenamiento jurídico —y esto afecta, desde luego, entre otros y a lo que aquí interesa, a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil— mandatos antijurídicos obligatorios, entendiéndolo por ello cualquier mandato que vaya contra la ley o el derecho.

De manera que, por las razones expuestas, cabe afirmar que el sistema establecido en relación con los límites de la obediencia tanto en las Fuerzas Armadas como en la Guardia Civil es el que podemos denominar de *obediencia legal*, incluyendo en este término toda orden o mandato que sea conforme al ordenamiento jurídico».

7. LA NATURALEZA DE LOS LÍMITES DE LA OBEDIENCIA

El art. 44.3 del Código Penal Militar contiene una redacción poco afortunada.

Por una parte, el deber de desobedecer la orden antijurídica no aparece declarado de forma directa. En vez de imponer el deber de desobedecer, parece querer establecer un supuesto de causa de justificación cuando se desobedece porque la orden es antijurídica. Luego nos ocuparemos de la naturaleza jurídica de la *autorización* que contiene el art. 44.3, aunque ya adelantamos que, a nuestro juicio, no es una causa de exclusión de la culpabilidad²⁷, ni únicamente una causa de justificación, al considerar que una

²⁷ Defiende esta posición, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA. *Op. cit.*, VI, pp. 800 y 805 y ss.

autorización como la recogida en el Código pertenecería al ámbito de las causas de justificación, sino que constituye una causa de exclusión de la tipicidad²⁸, junto con causas de exclusión de la antijuridicidad. En efecto, hay supuestos de exclusión de la tipicidad y supuestos de exclusión de la antijuridicidad. Esto lo veremos al tratar el error.

Por otra parte, la acumulación de autorizaciones que contiene la norma es claramente redundante y, por tanto, superflua. En efecto, una vez que ya dice que la orden entrañe la ejecución de actos que constituyan delito, o una infracción de una norma con rango de ley, todo lo demás carece de relevancia. Por dos veces utiliza los términos *manifiestamente* y *manifiesta*, respecto de lo que nos remitimos a lo que ya dijimos con anterioridad.

Y la referencia al derecho internacional de los conflictos armados es difícil de entender. Cabe pensar que se refiere a los delitos contenidos en los arts. 609 y ss. del Código Penal, en cuyo caso es redundante, pues ya ha dicho antes que constituya delito; ahora bien, también cabe pensar que se refiere a todo lo establecido dentro del ámbito internacional en relación con los conflictos armados, incluyendo lo determinado en los tratados internacionales, aunque no hayan sido tipificados como delitos, lo cual también resulta redundante, pues el tipo del art. 614 ya configura como delito el actuar contra los tratados con ocasión de conflicto armado²⁹. Así pues, quedaría la cuestión de si el precepto abarca la costumbre internacional en caso de conflicto armado que no haya sido incorporada a algún tratado internacional o incluso a actos contra lo dispuesto en tratados internacionales en los que España no sea parte.

8. EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER

Ya dijimos que no es admisible ni correcto considerar que, como ha sido derogada la eximente de obediencia debida, sus supuestos deben ser reconducidos al ámbito de la eximente del cumplimiento del deber. Y no es posible pues no tiene nada que ver una eximente con la otra, ni por su fundamento ni por su ámbito.

²⁸ Así, LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA. *Op. cit.*, pág. 289; VIVES ANTÓN. «Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida». *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982, pág. 144; ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 251 y 290; ORTS *et al.* *Derecho penal. Parte especial*. 1988, pág. 446; PIGNATELLI Y MECA. *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios* LEÓN VILLALBA, F.; JUANES PECES; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (Dir.). 2017, pág. 523.

²⁹ Sobre esta cuestión, en profundidad: PIGNATELLI Y MECA. *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*. 2003, pp. 193 y ss., 596 y ss. y 703 y ss.

Sin perjuicio de las dificultades para encontrar los principios justificantes³⁰, podemos decir con carácter general que las causas de justificación se fundamentan bien en la ausencia de interés, o bien en la existencia de un interés preponderante. La obediencia debida se fundamentaba en que, en la colisión de intereses, era preponderante el mantenimiento de la jerarquía por encima del cumplimiento de la ley; por el contrario, en la eximente del cumplimiento de un deber, el interés preponderante es el cumplimiento de aquel deber que es conforme a la ley.

Tampoco los ámbitos coinciden: el cumplimiento del deber exige —para que sea eximente— que se trate de un deber jurídico legalmente establecido, esto es, un deber que sea conforme a la ley, que no infringe la ley. Mientras que en la obediencia debida su ámbito de actuación, esto es, donde despliega su eficacia, es precisamente cuando el mandato de obrar es contrario a la ley.

Así pues, es preciso insistir en que en lo que estamos exponiendo nada tiene que ver la eximente de la responsabilidad criminal contenida en el art. 20.7.º del Código Penal, aplicable al ámbito militar en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º.2 del actual Código Penal Militar.

Como hemos indicado, no tiene nada que ver, pues los ámbitos de actuación de la antigua eximente de responsabilidad criminal de obediencia debida y el de la eximente del cumplimiento de un deber son diferentes. Esta última, esto es, el cumplimiento del deber, se refiere a deberes legales, mientras que la obediencia debida parte de que se cumple un mandato antijurídico. Como es fácil de entender, la cuestión que se plantea es qué ocurre cuando se cumple una orden antijurídica, y no cuando se cumple un deber legal. Por ello, en modo alguno puede razonarse al examinar esta cuestión acudiendo a la eximente contenida en el art. 20.7.º del Código Penal.

9. EL ERROR

9.1 NUESTRA POSICIÓN

Evidentemente, la cuestión depende en gran medida de cómo se conceptúe el deber: si es un elemento del tipo o si, por el contrario, pertenece a la antijuridicidad del hecho. Por ello, las soluciones variarán en función de

³⁰ Véase al respecto: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Op. cit.*, pp. 639 y ss.

la posición teórica que se mantenga: si el deber es un elemento típico o si lo típico es el no cumplimiento del deber y, junto a ello, existe la posibilidad de que el no cumplimiento (por razón de ciertas circunstancias) constituya una justificación del hecho. En otras palabras, podemos partir de que el cumplimiento del deber solo *existe* en tanto sea conforme al ordenamiento jurídico; o partir de que el incumplimiento del deber ya configura una conducta típica y posteriormente se examinará si concurre alguna causa que justifique la desobediencia.

Así pues, es preciso determinar el lugar en el que consideramos que debe ser examinado el *deber*, pues, si estimamos que constituye un elemento del tipo, entonces un error sobre la existencia del deber excluye el dolo. Por el contrario, si conceptuamos el deber como un elemento de la antijuridicidad, el error incide sobre la conciencia de la antijuridicidad. Las consecuencias en el ámbito del error son claras: en la primera concepción se aplicará el art. 14.1 del Código Penal, y en la segunda se aplicará el art. 14.3 del Código Penal.

En los delitos de infracción de deber, un error sobre el deber da lugar a un error de tipo, y no de prohibición. En efecto, en los tipos penales en los que este consiste en la infracción del deber se plantea si el error sobre dicho deber es de tipo o de prohibición (esto es, sobre la ilicitud). A nuestro juicio, el deber forma parte del tipo y el error es un error de tipo (a pesar de la mala redacción del art. 14.1 del Código Penal, que parece referirse únicamente a un *hecho* y, por consiguiente, excluye los elementos normativos del tipo)³¹. Por ello, incluso un error que recae no sobre la existencia del deber de obedecer, sino sobre la existencia de una causa que conducía a la desobediencia, como también afecta a la propia existencia del deber, será un error de tipo (art. 14.1 del Código Penal).

Además, en aquellos supuestos en los que se considera que la orden es ilícita puede haber una colisión de deberes: entre el deber de obedecer y el deber de no transgredir el ordenamiento jurídico. Este planteamiento puede conducir a un supuesto de error.

Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, el deber es un elemento del tipo y, en consecuencia, un error sobre el deber es un error de tipo, esto es, en los supuestos vencibles queda excluido el dolo. En otras palabras, cuando la persona desconoce que está incumpliendo un deber quedará excluido el dolo.

³¹ Véase, al respecto, por todos: BACIGALUPO. «Cuestiones de error (artículo 14 CP) en los delitos económicos y especialmente en el delito fiscal». *Diario La Ley*, n.º 9051, 29 de septiembre de 2017.

Asimismo, cuando el error recae sobre las circunstancias (de hecho o jurídicas) que hacen que la orden sea antijurídica, a nuestro juicio, entonces el error sobre ellas dará lugar a un error de tipo; pero si se considera que tales circunstancias constituyen una causa de justificación, se trataría de un error de prohibición, que no excluye el dolo y conduce a una pena atenuada. Ya dijimos que esta última solución no es la que defendemos.

Veamos a continuación cómo, a nuestro juicio, deben resolverse los diferentes supuestos.

Debe tenerse presente que, en los supuestos de obediencia indebida, suponiendo que lo ordenado suponga la comisión de un delito, se produce un delito porque al cumplir la orden recibida se ejecuta lo ordenado.

En los supuestos de desobediencia indebida hay un delito, que es el de desobediencia.

Podemos distinguir los siguientes supuestos:

1) Ante una orden ilegal.

a) Cuando el que tiene que obedecer no la obedece. En este caso no hay delito.

b) Cuando el que tiene que obedecer la obedece y cumple lo mandado:

— Bien porque cree que la orden es correcta.

— Bien porque cree que debe obedecer sin entrar a examinarla.

En ambos casos, cuando ha realizado algo ilegal (la orden lo era), si lo hace porque ha incurrido en los errores indicados, nos encontraremos ante un supuesto de error de tipo respecto del delito ejecutado.

2) Ante una orden legal.

a) Cuando el que tiene que obedecer la obedece y cumple lo ordenado: en este caso no hay delito.

b) Cuando el que tiene que obedecer la desobedece y no cumple lo mandado:

— Bien porque crea que la orden es ilegal.

— Bien porque no quiere cumplirla.

En el primer caso, se trata de un supuesto de un error de tipo respecto del delito de desobediencia.

En el segundo caso, no hay ningún supuesto de error y existe un delito de desobediencia.

9.2 OTRA SOLUCIÓN

a) Cuando el que debe obedecer no considera que debe cumplir la orden, bien por no considerar que es una orden, o bien por estimar que ha

sido dada por quien no es competente para darla (estando equivocado en ambos casos, pues se trata de una orden o el que la da es competente para darla).

Se trata de un error de tipo, pues afecta a elementos del tipo. En este sentido, Álvarez García³².

b) Cuando el obediente cree erróneamente que debe obedecer la orden (porque la cree conforme a derecho sin serlo): en este caso, se considera que se trata de un error de prohibición, pues desconoce la antijuridicidad de su obrar.

Entonces, respecto al delito cometido al obedecer la orden, debe examinarse la cuestión de la vencibilidad del error, de manera que:

- 1) Si es invencible: se excluye toda responsabilidad criminal para el obediente. Pero el que dio la orden sería autor mediato con instrumento no culpable.
- 2) Si es vencible: no se excluye el dolo en el obediente y se le castigaría por el delito doloso, aunque atenuando la pena. En este sentido, Álvarez García³³ considera que el sujeto yerra sobre una causa de justificación, esto es, obra creyendo que se encuentra amparado por una causa de justificación, por lo que el error es de prohibición. Y el que dio la orden sería autor mediato del delito.

Frente a la acción del que actúa, esto es, del que lleva a cabo la orden cometiendo un delito, cabe legítima defensa y estado de necesidad defensivo. Evidentemente, a otra solución se llega si se acepta la obediencia debida como causa de justificación, pues en tal caso frente al actuar del obediente no cabría oponer la legítima defensa.

c) Cuando el desobediente cree erróneamente que debe desobedecer la orden (porque la cree contraria a derecho sin serlo): en este caso, también se trataría de un error de prohibición. No obstante, Álvarez García³⁴ lo considera un error de tipo. Al respecto, debe repararse en la dificultad que, en ocasiones, entraña separar este supuesto del que hemos recogido bajo el apartado a). En efecto, según hemos indicado, si la persona se equivoca sobre la existencia de la orden, sería un error de tipo, pero si el error recae sobre el carácter contrario a derecho de la orden, sería de prohibición. Pero ¿qué ocurre cuando cree erróneamente que la orden no es de acuerdo a derecho porque ha sido dada por quien no puede darla? En este caso, la orden sería, a juicio del que la recibe, contraria a derecho, pero como afecta a la

³² ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 288 y ss.

³³ ÁLVAREZ GARCÍA, *Op. cit.*, pág. 291.

³⁴ *Loc. cit.*

esencia de la existencia de la orden, sería un supuesto del apartado antes señalado como a) y, por consiguiente, daría lugar a un error de tipo. En ese sentido, Álvarez García.

Ahora bien, debe repararse que el delito que se ha cometido es el de desobediencia.

Al respecto, también debería examinarse la cuestión de la vencibilidad del error, de manera que:

1. Si es invencible: se excluye toda responsabilidad criminal.
2. Si es vencible: se excluye el dolo y, en su caso, habría un delito imprudente.

d) Cuando el obediente sabe que la orden es contraria a derecho, pero cree que debe cumplirla por venir de un superior.

Álvarez García³⁵ lo resuelve como un error sobre una causa de justificación y, por consiguiente, como un error de prohibición.

³⁵ ÁLVAREZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 291-292.