

# CONSIDERACION GENERAL DE LA OBEDIENCIA DEBIDA COMO EXIMENTE (\*)

por Enrique PORRES JUAN - SENABRE

Capitán Auditor

*SUMARIO: I. Consideraciones generales.—II. Breve noticia histórica. III. Concepto de la obediencia debida.—IV. Clases de obediencia.—V. Autonomía del concepto: 1.º ¿Puede persistir? 2.º Diferencia de otros conceptos. 3.º Su compatibilidad con otras circunstancias. VI. Naturaleza Jurídica.—VII. Requisitos: a) El superior. Sus atribuciones. b) El inferior. Su conducta. El cumplimiento de la orden. c) La orden. Su contenido y forma.—VIII. Límites de la responsabilidad en el Superior y en el inferior.—IX. La obediencia debida en las distintas esferas: a) Derecho Penal común. b) Derecho Militar extranjero y español. c) Derecho Internacional.*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La existencia organizada de una comunidad, exige su sumisión a una serie de normas y directrices que le impongan su propia estructura. Sólo así cabe hablar de sociedad, y sólo a través de esa sumisión pueden los diferentes miembros que la integran desenvolver adecuadamente sus distintas actividades. Ya los antiguos atribuyen a Salomón, la observación de que “donde no hay gobernador, se disipará el pueblo”, y este principio se ha conservado a lo largo del tiempo en todo tipo de sociedades.

Pero una ley, en su redacción general no podría abarcar todos los cambiantes supuestos; de ahí que se dote a ciertos indivi-

---

(\*) Comunicación presentada a las I Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra. Universidad de Valladolid. 4-6 mayo 1961.

duos dentro de la sociedad, de poder y facultad normadora, de tal modo que aquella sumisión se deba no sólo a la ley, sino también a lo preceptuado por éstos en virtud del respeto a la propia ley. Y así resultan unos individuos vinculados a otros por razón de obediencia, deber de obediencia que tiene incluso una base religiosa. Ya San Pablo, decía (1) que “qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit”. Y el Papa León XIII, decía igualmente (2): “Si los súbditos están convencidos de que la autoridad viene de Dios, advertirán que es justo y necesario obedecer a los que gobiernan”.

Pero de aquella facultad normativa tan sólo se goza para el mejor cumplimiento de la ley. Por eso ponía Lauraguais (3) en boca de la nación aquella frase de que “seréis rey con estas condiciones, y si las cumplís os seré fiel, pero sino me convertiré en vuestro juez”.

El deber de obediencia aparece, por tanto, claro, cuando las órdenes se acomodan a los preceptos legales. Pero la cuestión surge al poner límites a esa obediencia. ¿En qué casos será preferible el cumplimiento de una orden injusta, que la total desobediencia? ¿Es responsable el inferior, por el cumplimiento de órdenes injustas que le dé un superior? ¿En qué casos es legítima la desobediencia?

El problema es en realidad de límites, al entrar en colisión la orden dada y la ley; y dentro de su gran complejidad, tan sólo pretendemos abordar en el presente trabajo las repercusiones penales que encierre para el inferior el deber de obediencia ante órdenes ilegales.

En el Derecho moderno, puede decirse que el estudio de la obediencia debida ha ido de la mano con el intento de personalizar y ponderar todo lo posible la responsabilidad del delincuente, sobre todo en las esferas donde tiene mayor relevancia ese deber de obediencia, como ocurre en el seno del Ejército.

---

(1) “Epístola” Ad Romanos XIII-1-5.

(2) “De Inmortale Dei” § 59.

(3) “Manifiesto a los Normandos.”

## II. BREVE NOTICIA HISTÓRICA

Ya en el tiempo de Moisés, parece atisbarse la idea de una responsabilidad personal. En el "Números" (XXXV. 51) se insiste en que cada cual responde por su propio delito, sin que los padres respondan por los cometidos por sus hijos. A pesar de todo, la organización familiar debió pesar indudablemente en la responsabilidad, y la Historia Sagrada recoge igualmente numerosos casos de obediencia debida, del que el caso máximo es quizá la aceptación por Abraham de la orden de sacrificio de Isaac.

En el antiguo Egipto, el Tribunal Superior de Justicia, se integraba por treinta sacerdotes de Tebas, Heliópolis y Menfis (capitales de las tres divisiones de Egipto), siendo interesante destacar cómo al entrar en el ejercicio de sus cargos, juraban no obedecer al rey cuando ordenase una injusticia (4).

En Roma, el espíritu de obediencia estaba de tal modo inculcado en el Ejército que el Jefe gozaba de una autoridad omnipotente. Sólo posteriormente, cuando comienza a apuntar la decadencia del Imperio, necesitan los emperadores para mantener su puesto y autoridad, adular y aumentar las concesiones en pagas y tierra a la soldadesca, resquebrajándose la disciplina (5).

El principio de obediencia plasmaba en el aforismo: "Qui iussi iudicis aliquid facit non videtur dolo malo facere, quia parere necesse habet". Incluso en la esfera familiar, el ilimitado poder que gozaba el "pater familias" hacía que el principio de obediencia tuviera plena aplicación, siendo sólo responsable el superior: "in damnum dat qui iubet dare eius vero nulla culpa est qui parere necesse est".

Pero cuando la orden encerraba "atrocitatem facinoris", alcanzaba la responsabilidad al ejecutor. Así en la Crucifixión de Cristo, los soldados que cumplieron de buena fe la orden de ejecución, hubieran podido quedar acogidos en el concepto de la disciplina, de no tener ese carácter de atrocidad, que parecen demostrar las palabras del Centurión: "Verdaderamente este hombre

(4) CÉSAR CANTÚ: *Historia Universal*, I-240.

(5) "Cod Teod", 1, 7 De veteranis.

era justo" (6). Tan sólo podía exculpar si la apariencia de atrocidad fuera "subsecuens" a la comisión del delito. Pero ya plantea el problema de la relevancia de la *duda* ante la ilegalidad de la orden.

La exención de responsabilidad abarcaba también a los siervos. Se decía: "Servus non in omnibus rebus sine poena domini dicto audiens esse solet... si dominus hominem occidere servum iussisset" (7), y "ad et fuae non habent atrocitatem facinoris vel sederis ignoscitur servis... si dominis obtemperaverint" (8).

En el Derecho germano, el mandato del Rey o del Duque libera de toda responsabilidad al súbdito. En las célebres leyes de Rotario, dadas para los longobardos en el año 643, se absolvía concretamente (9) a quien mataba a otro por indicación del Príncipe.

Es curioso observar como la "Ulugyassa" o colección legislativa de Gengis Kan, del siglo XII, insiste repetidamente en la rigurosa obediencia en los ejércitos, sobre todo a sus oficiales: "el que mande bien una decena de hombres, merece mandar mil. Pero al que en el mando no cumpla las órdenes recibidas, le castigo con la muerte, la de sus hijos y su mujer, y elijo otro para su mando" (10). Sólo con este rigor en la obediencia puede comprenderse que mantuviera agrupadas tan diversas fuerzas en su mano.

En el Derecho Canónico se instaura la idea de que el inferior no puede excusarse, ya que antes que a los hombres se debe obediencia a Dios. Pero reconoció disminución de la responsabilidad. Si como consecuencia de la orden cumplida, hubo derramamiento de sangre, no se podía en lo sucesivo ejercer ministerios divinos, al reconocerse su "falta de mansedumbre evangélica" ("irregularitates et defectus perfectae lenitatis").

En nuestro Derecho medieval, tiene una importancia fundamental el texto de las Siete Partidas, obra máxima legislativa de

(6) Evangelio San Lucas, 23, 47; San Marcos, 15, 39; San Mateo, 27, 51. Los tres evangelistas recogen esta expresión del centurión.

(7) L. 20 D. de Oblig. et oct XIV.

(8) L. 175 D. de ref. iur.

(9) Edictum Rotarii I, 129-136.

(10) *Journal Asiatique*. Enero 1842, pág. 103.

Alfonso X. En ellas existen numerosos preceptos que se refieren al deber de obediencia y al alcance eximente que éste tenía.

Así la Partida II, decía: "... otrosí que ficiesen aquellas cosas que fuesen tenidas por buenas... e otrosí de los estados de las otras cosas a que debe obedecer". Ca los reyes, sabiendo las cosas que son verdaderas e derechas, facerlas han ellos e non consentiran a los otros que pasen contra ellas... que ante el su acatamiento se desatan todo los males".

La ley 8 título 17 de la Partida IV, recoge un caso extremo de obediencia: "...seyendo el padre cercado en algún castiello que toviere señor, si fuese tan cuytado de fame que non oviere el que comer, puede comer al fijo sin mala estanza ante que diese el castiello sin mandato de su señor".

En la Partida VII, la ley 5 título 15, aborda concretamente la cuestión de la obediencia debida: "fijo que estoviesse en poder de su padre o vasallo o siervo que estoviesse en poder de su señor o el que fuere menor de veynte e cinco años que hobiese guardador: o frayle o monje o otro religioso que estoviesse so obediencia de su mayoral: cada uno de estos que ficiese daño en cosas de otro por mandato de aquel en cuyo poder estoviesse non sería tenuto de obedecer en tales cosas como estas, e si los obedesciere e matare o ficiere alguno de los yerros sobredichos deven aver pena, también como el otro que lo mandó facer". En estos últimos párrafos demuestra palpablemente nuestro gran rey su fino sentido jurídico, y se hace eco de la versión romana de la "atrocitatem facinoris".

También en la Partida VII, la ley 13 título 33, alude a la obediencia debida a las órdenes del Juez, el cual es solamente el responsable incluso en el caso de homicidio.

Otros ejemplos son en la propia Partida VII, las leyes 9, 20 y 21 del título 34, y en la Partida II la ley 16 del título 15.

Por regla general, sin embargo, no se excusa en las Partidas al inferior cuando son delitos en los que su ausencia de sentido moral, era incompatible con una presunción de licitud de la orden.

En el Fuero Real (de 1255) se contienen algunos preceptos con similares caracteres en el Título "de las fuerzas y los daños".

En el Fuero Viejo de Castiella (de 1356), una curiosa dispo-

sición autorizaba a los vasallos castellanos a sustraerse a la obediencia del monarca (“desnaturalizarse”) cuando estimaban una orden injusta, para lo cual bastaba enviar a éste uno de sus vasallos nobles para que le besara la mano y le manifestara la renuncia. El hecho de enviar a un noble se debía quizá (11) a que las leyes medievales no atendían sino al clero y a los que llevaban espada (nobles), y si se acordaban de los villanos, siervos y campesinos era como si se tratase de una propiedad. Sin embargo, estaba muy extendido un sentido voluntario en esta sumisión, de modo que si el señor violaba los acuerdos, cabía desobedecerle e incluso resistirle a mano armada.

El cargo de “justicia” llegó a adquirir un gran valor como garantía frente a abusos y arbitrariedades de jueces, fueran reales o municipales, y las órdenes del rey no podían contra su decisión. Las Cortes de 1442 declararon al “justicia” inamovible, y junto con los llamados “remedios de derecho”, constituyó el medio de liberarse de órdenes abusivas e injustas.

En la Edad Moderna, el sentido y contenido de la orden adquiere ya valor decisivo para determinar la obediencia que se le debe. Debió haber con todo cierta excepción, al menos en un principio, en aquellos cargos que se adquirían por dinero. Así, cita Cantú (12) los cargos de procurador y abogado general en Francia, en tiempos de Enrique IV. De estos cargos se disponía pagando el “paulette” a la Hacienda Real, y si bien actuaban en nombre del rey, no dependían realmente de él y podía impunemente desobedecerle.

José II de Austria, reconocía en su testamento: “Un monarca no por estar en el solio deja de ser hombre, como el más pobre en su cabaña, y ambos están sujetos a los mismos errores”.

Puede decirse, por tanto, que la autoridad de una orden va radicando ya, más que por el sujeto de quien procede, por su propio contenido.

En Suecia, el peligro de arbitrariedades fué menguado al compartirse la autoridad entre el Senado y el rey. Un periódico sueco, “El honrado sueco”, señalaba en 1723, que el rey no tenía más

---

(11) CANTÚ: *Ob. cit.*, III, pág. 536.

(12) *Ob. cit.*, V, pág. 102.

atribuciones que la de "ser rey", de modo que si infringía su juramento al país, se le denegaba la obediencia. Es curioso observar como la Dieta sueca llegó a pedir cuentas al rey por un rubí de la corona vendido; por haber alterado el tráfico con su escolta, y por haber puesto a ésta en libertad por ser "dependientes reales" (lo cual llegó a originar una sesión extraordinaria).

Gustavo III, estableció en su Constitución que las órdenes reales sobre impuestos, guerra o leyes, sólo tenían autoridad si los Estados habían prestado su anuencia.

Con estas ideas, ha ido evolucionando el Derecho contemporáneo, que si bien recoge la obediencia como una excusa a la sanción, se preocupa de no admitirla ilimitadamente.

En nuestro primer Código Penal de 9 de julio de 1822, art. 22, se incluyó ya como eximente general la obediencia "legítima".

El Código Penal de 1 de julio de 1848, castigaba, además, en otros artículos (128 y otros) a las autoridades que daban órdenes ilegítimas, por lo que era evidente la licitud de desobedecerles. Es de observar que el Código francés al que en tantos puntos siguieron dichos Códigos no recogió esta circunstancia.

Los sistemas seguidos en el Derecho comparado son fundamentalmente los siguientes:

a) *Países que admiten la obediencia debida como eximente de carácter general.*—Así cabe citar los Códigos de Bélgica (art. 70), Italia (art. 51), España (art. 8), Portugal (art. 44), Holanda (art. 58), Bulgaria, etc., y, en general, el de casi todos los Códigos hispanoamericanos; así Méjico (artículo 17, 7.º), Argentina (art. 34, 5.º), Perú (art. 85, 5.º), etc. Ya Garcilaso de la Vega decía de los antiguos peruanos que eran castigados más que por la fechoría en sí, por la desobediencia al Inca; quedando así destacada la importancia que entre ellos tenía la obediencia.

b) *Países que la admiten con restricciones.*—Así Inglaterra, que admite incluso la obediencia prestada por la esposa; aunque la excluye expresamente en los casos de ilegalidad manifiesta.

c) *Países que sólo hacen recepción de la obediencia debida con ocasión de determinados delitos o supuestos.*—Así,

el Código sueco (Cap. V, § 9), rumano, francés, ruso y yugoeslavo. En el Código Penal francés no se recoge la obediencia debida como circunstancia eximente en general; pero el art. 327 establece que "no hay crimen ni delito cuando el homicidio, heridas o golpes fueron ordenados por la ley y mandados por autoridad legítima".

En cambio el art. 3 de la Ordenanza francesa de 28 de noviembre de 1944 para la represión del colaboracionismo, admite que no hay crimen ni delito cuando los hechos sólo son estricta ejecución de órdenes e instrucciones recibidas. Sólo se exceptúan las de las autoridades de Vichy, o si se trata de exceso en la ejecución, participación voluntaria en actos antinacionales, iniciativa personal en el acto, denuncia o entrega de personas o de material, piezas o información al enemigo, o actos de violencia individual.

En Rusia, antes de la Revolución, la obediencia eximía al inferior si no conocía la punibilidad de la acción ordenada, siendo en otro caso mera atenuante.

En el Código Penal de 22 de noviembre de 1926 (modificado el 1 de noviembre de 1946), no existe un precepto de carácter general. Pero sí existen algunos preceptos que permitirían dar cabida a la obediencia debida. Así, el art. 48 considera circunstancias atenuantes: "... d) obrar bajo la influencia de una amenaza, violencia o dependencia material o de *servicio*.". Por otra parte, si se tiene en cuenta la insistencia de los textos legales en proclamar la obligación de obediencia, es lógico pensar que los Tribunales soviéticos concedan alguna relevancia exculpatoria a la obediencia. Así el art. 193, 2 (núm. 17) con ocasión de los "delitos militares", castiga la no ejecución (desobediencia) de una orden dada en el *dominio del servicio*. Y en el art. 109 y siguientes, al castigar los llamados "delitos de función" (o de servicio), se incluyen principalmente el abuso del poder, y en el 111 la inejecución de deberes y órdenes.

El art. 8 del Reglamento para la disciplina en el Ejército Rojo de 1940, exige obediencia pasiva a las órdenes de los jefes, cuando sean legalmente dadas. De lo expuesto se

deduce que tratándose de órdenes legalmente dadas, referentes al servicio, la obediencia deberá ser total y exculpatoria.

En el Código Penal yugoslavo de 2 de marzo de 1951, aparece una declaración general en el art. 362: "No será castigado el inferior si ha cometido una infracción por orden de un superior, cuando esta orden sea relativa al servicio, a menos que la orden suponga la ejecución de un crimen de guerra o de otra infracción grave, o que el inferior haya sabido que ejerciendo tal orden cometía una infracción". Este artículo, último del Código Penal, plantea la duda de si será sólo referente al Capítulo XXV (sobre infracciones contra las fuerzas armadas) en el que está incluido o si será de aplicación general. Lo cierto es que el espíritu todo del Código, va orientado a reforzar la disciplina general. El art. 3, señala como uno de los fines de la pena "favorecer el desarrollo... de la disciplina social de los ciudadanos".

El art. 9 alude al que "por error había supuesto que existían las circunstancias según las cuales, si en realidad existiesen, tal acto habría sido lícito". Aunque en realidad se refiere al error, éste puede recaer sobre la legalidad de una orden. Por otro lado, el art. 12 recoge el estado necesario.

Sobre la responsabilidad del superior, podría operar el artículo 19: "Aquél que intencionadamente haya incitado a otro a cometer una infracción, será castigado como si hubiere sido él mismo quien la hubiere cometido".

### III. CONCEPTO DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

En un sentido vulgar es obediencia el acatamiento de lo preceptuado por un superior, especialmente en las órdenes regulares.

En el sentido en que aquí la estudiamos, eximiendo una conducta ilícita, debe conectarse con la realización de un acto injusto. Presupone una incompatibilidad entre la orden y la ley, y no siendo el inferior el llamado a interpretarla (13), se somete a lo que su superior le ordena.

---

(13) SÁNCHEZ TEJERINA: *Derecho Penal*, I, pág. 283.

ESCRICHE (14) la define como "sujeción o subordinación a la voluntad del superior, ejecutando sus preceptos".

Nuestros textos penales no definen la obediencia; sólo hablan de "obrar en virtud de obediencia debida".

Podríamos nosotros definirla como "*la realización de un acto ilícito en cumplimiento de una orden emanada de una jerarquía superior establecida por la ley*".

En este sentido se caracteriza la obediencia debida:

1.º Por ser una conducta consciente que participa ejecutivamente de la voluntad de otro (superior). No cabría hablar, por tanto, de responsabilidad del inferior, si no aparece la del superior.

2.º Al ser conducta consciente, sólo puede producirse en actos intencionales: no en daños causados fortuitamente. En las infracciones cometidas por imprudencia, cabría, sin embargo, obediencia debida al realizar el acto dañoso causa.

3.º En el caso de plantearse el inferior la alternativa entre su deber de obediencia, y la ilicitud de lo mandado, debe estimar para efectos eximentes, como de superior fuerza aquél. Será por tanto una apreciación subjetiva, que dependerá de su rango, circunstancias, contenido de la orden, etc.

4.º La superior jerarquía ha de ser establecida por la ley. Deben, por tanto, excluirse aquellos casos en que la propia ley excluya la obediencia. Así, en numerosos preceptos de nuestro Código Penal se castigan expresamente los subalternos y meros ejecutores (sedición, rebelión, delitos contra la forma de Gobierno, etcétera). La obediencia a los jefes queda excluida por precepto expreso.

5.º En los casos de obediencia debida, se produce propiamente una sustitución de la voluntad del inferior por la del superior, verdadero autor mediato, de modo que el inferior sólo ha de observar si la voluntad de éste se ha manifestado formalmente. Se exceptúa el caso de evidente ilegalidad (SÁNCHEZ TEJERINA).

---

(14) *Diccionario razonado.*

#### IV. CLASES DE OBEDIENCIA

La obediencia puede ser de varias clases, según su ámbito e intensidad:

A) Según el ámbito en que se manifieste, se distingue:

1. *Política*.—Es la que se manifiesta en el orden gubernamental. Según el parecer de algunos autores cabe su apreciación en ciertos casos.

2. *Jerárquica (o propia)*.—Es la que vincula a superior e inferior a través de órdenes, sean lícitas o ilícitas. Dentro de ella, cabe distinguir la común y la militar, en esta última la obediencia ha de ser más rápida, rigurosa y sin réplicas, y el inferior prácticamente carece de la remonstración de modo que sólo puede obedecer o desobedecer bajo su responsabilidad, sin derecho a discutir las órdenes.

Esta base jerárquica, para ser apreciada, ha de ser “pura”, sin otras consideraciones extrañas. Así, la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 29 de octubre de 1931, excluye en la jerárquica, las cuestiones familiares, etc., es decir las que no sean propiamente de servicio. Como se ha dicho con acierto, la subordinación que se debe en el Ejército es militar, no personal por lo que sus límites están en aquel campo, no en éste. Observa RODRÍGUEZ DE VESPA (15) que muchos autores propugnan establecer unos límites similares de dignidad en las esferas militar y civil.

3. *Doméstica o familiar*.—Es la que se da en hijos, esposa y, en general, parientes respecto a los que tengan autoridad familiar sobre ellos. Decía ya ESCRICHE en 1845 (16) que “el que hace daño por obedecer a su amo o a su padre no merece pena” “quia parendi habet necessitatem”: pero la deben pagar éstas. Mas estas reglas tienen lugar en las penas pecuniarias, no en las corporales”. A pesar de esta restricción, si siquiera así se admite modernamente, pues se

---

(15) REVISTA ESPAÑOLA DERECHO MILITAR. III, págs. 29 y sigs.

(16) *Ob. cit.*

estima que sólo ha de ser la obediencia establecida por la ley *para funciones públicas* por lo que sólo se admite en las dos anteriormente citadas. Concretamente se ha negado para la esposa en un caso de hurto (S. 16 de febrero de 1882) y en otro de robo (S. 9 de octubre de 1925), entre otros, y para el hijo (S. de 21 de enero de 1941 y 27 de diciembre de 1912).

4. *Contractual*.—Es la que tiene por base un contrato o vínculo obligacional. ALIMENA (17), aunque reconoce que no tiene fuerza eximente, señala la necesidad de depurar su verdadera naturaleza puesto que en muchos casos se tratará de fuerza irresistible o miedo insuperable. La Court de Cassation francesa la admitió en S. de 6 de marzo de 1936 (18). En nuestra jurisprudencia, se rechaza para el citado supuesto en Ss. de 17 de octubre de 1890 y 7 de enero de 1916.

5. *Espiritual*.—Es la que afecta primordialmente al orden de conciencia. Pero debemos distinguir dos supuestos: la obediencia debida por los profesos dentro de una orden religiosa (y que es una verdadera obediencia jerárquica, en cuanto la ley reconoce sus reglas fundacionales —voto de obediencia— y las respeta en los Concordatos) y la debida simplemente por los creyentes. SÁNCHEZ TRUJERINA y otros muchos autores se inclinan por negar eficacia a esta obediencia y así parece orientarse el Tribunal Supremo. Pero dentro de un Estado confesional quizá resulte excesivo este criterio en algún caso concreto, en el que la Iglesia amenazara con penas graves. Hay que tener en cuenta que el problema no es el de la legitimidad de la orden eclesiástica sino el de la obediencia del creyente.

B) Por su intensidad, puede ser ciega o reflexiva. Mientras la 1.ª excluye en el inferior toda deliberación sobre su contenido, haciendo la obediencia automática, la 2.ª supera la anterior postura al permitir entrar al inferior en el espíritu de lo ordenado, a fin de un mejor cumplimiento. Por eso la llamaba MUÑIZ Y TERRONES con acierto (19) obediencia "ilustrada".

(17) "Principii", I-2.º, 117.

(18) Citada por GARÇON: *Code Penale*.

(19) "Concepto del mando y deber de la obediencia."

Dios ha dado inteligencia al hombre para todo —se dice— incluso para obedecer.

## V. AUTONOMÍA CONCEPTUAL DE LA OBEEDIENCIA

La consideración conceptual de la obediencia debida, plantea algunos problemas, como el de si puede subsistir autónomamente como tal, su diferencia respecto a otros conceptos, y su posible compatibilidad con las demás circunstancias afectantes a la responsabilidad. Veamos cada punto por separado:

A) La primera cuestión pudiera derivar de la siguiente reflexión: En el Derecho moderno la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. A nadie se permite alegar la ignorancia de la norma. Luego cualquiera que sea el contenido de lo ordenado al inferior, éste *debe* saber si se ajusta o no a Derecho y, por tanto, si debe o no cumplirlo. No cabe, por tanto, hablar de si es o no “manifiestamente injusta” la orden dada puesto que para el inferior no deberá afectar la ignorancia de la ilegalidad. En otras palabras, la obediencia se excluye por la presunción de conocimiento de la ley.

Esta tesis se refuta fácilmente con diversos argumentos. En primer lugar, aun siendo órdenes injustas, puede el Derecho estar interesado en que se cumplan, a fin de evitar la anarquía. Además, la propia ley, atribuye al superior poderes en orden a su mejor efectividad: dejar en manos del inferior la negación de éstos, pondría en peligro la efectividad de la propia ley. Por último, si bien la ley presume en el inferior el conocimiento de la ley y su interpretación, deben estimarse de mayor fuerza iguales presunciones en el superior (por las razones que le han hecho superior) por lo que debe predominar la de éste.

Cuestión distinta es que en algunos países no se recoja expresamente esta circunstancia. Con frecuencia lo que se hace es englobarla en fórmulas más amplias (“... causas de justificación u otras legítimas...”, etc.), o reconducirlas indebidamente a otras circunstancias.

B) El deslinde de la obediencia debida, plantea en algunos

casos verdaderos problemas distando la doctrina de mantener unanimidad.

Ante todo son muchos los autores que incluyen la obediencia debida (núm. 12 del art. 8 de nuestro Código Penal) dentro del "cumplimiento de un deber" (núm. 11 de dicho artículo) y, en general, en el cumplimiento de la ley, del que se estima es un caso especial. Así v. g.: en Chile, si bien se prevé expresamente en la esfera militar, no en el Código Penal común, por lo que los autores tienden a incluirlo en el cumplimiento de un deber (núm. 10 del art. 10).

Las diferencias, sin embargo, son notorias: la ley y el deber tienen un contenido general, fundamentalmente lícito y se da tanto en elementos rectores como en subordinados. La orden del superior, por el contrario, tiene un carácter concreto, puede ser ilícita y vinculante (este es, precisamente, el caso en el que surge el problema que examinamos), y no podría darse en quien no tuviera superior, es decir, en un elemento rector de la sociedad.

Existen, sin embargo, algunos casos en los que con apariencia de desobediencia a una orden, se trata, en realidad de obediencia a una ley. Así, SOLER (20) alude con este carácter por ejemplo: a) Órdenes de un superior que complementarían lo establecido en una ley, por ella misma requerirlo, v. g.: las que fijaran los precios de ciertos productos intervenidos, se trata de una causa de justificación. b) Órdenes del superior, de contenido lícito. SOLER, MEZGER y BERTIOL estiman igualmente que se trata de una causa de justificación. c) Meras facultaciones o autorizaciones (no órdenes) del superior o autoridad, v. g.: a instalar una determinada industria nociva o a ejercer una actividad dañosa o peligrosa. etc. Estas autorizaciones deben ser lícitas, adecuadas a Derecho y emanadas de autoridad competente.

En algunos países, como en Suiza, se da cabida a la obediencia en el error (al creer que la orden era justa). Pero esta unificación es impropia: pueden haber casos en los que no quepa duda de que lo mandado es injusto, y deba haber, sin embargo, obediencia. El error propiamente como tal, se da en los casos de "legali-

---

(20) *Derecho Penal*, I, pág. 360.

dad putativa" en los que la exención arranca propiamente de la ausencia de dolo (S. de 8 de abril de 1947).

Otra afinidad de concepto se produce en la coacción de fuerza, y con el miedo; de ahí que CARRARA la llamara "coacción jerárquica" o "impropia". Serían ya diferencias de matiz, en cuanto la propia estructura jerárquica suponga en el inferior una presión coactiva.

C) Otra interesante cuestión que plantea la obediencia debida es su compatibilidad conceptual con otras circunstancias. problema que si bien carece de interés cuando se trata de varias eximentes, porque el efecto eximente será el mismo, no así cuando se trata de eximentes incompletas, es decir atenuantes (dando la ley especial relevancia a apreciar dos o más) o con agravantes (para su compensación racional).

Para ello debe partirse de la base de que el que obra por obediencia debida, lo hace consciente y voluntariamente (en el sentido de que es un *acto* que *él* ha realizado). Hecha esta consideración, puede distinguirse entre circunstancias incompatibles con la obediencia debida, circunstancias compatibles y otras en que es dudosa la compatibilidad.

1.º Son incompatibles:

a) La sordomudez no instruída, la enajenación y trastorno mental, fuerza irresistible y embriaguez, en cuanto estas situaciones excluyen propiamente el carácter de *acto humano*. Podría plantearse el problema de aquellos locos, en los que por terror o medios violentos se hubiera inculcado una obediencia automática. Pero en estos casos o habría de reconducirse a la coacción o a la propia deficiencia mental.

b) La provocación o amenaza previa del ofendido, vindicación de ofensa, precio o recompensa. Estas circunstancias se excluyen porque el único móvil en la conducta del inferior para que pueda alegar la subordinación, ha de ser la orden del superior.

c) Prevalimiento del carácter público del culpable. Esta circunstancia o queda subsumida tratándose de obediencia jerárquica o es inoperante en cuanto que en la obediencia

debida en su pureza no se atiende a fines propios del inferior y, por tanto, no puede "prevalerse".

d) Estragos, publicidad, lugar sagrado, morada del ofendido, desprecio de su consideración. Estando estas circunstancias en los términos de la orden y siendo ésta vinculante para el inferior, no se le podrán apreciar a éste.

e) Motivos morales, altruistas o patrióticos. En general afectarán en el inferior en el sentido de llevarle a una legalidad putativa y al acatamiento de la orden recibida.

f) La reincidencia y reiteración, referidas a delitos cometidos anteriormente por el inferior, no deben ser apreciables ni en el superior ni en el inferior (puesto que su voluntad ha sido sustituida por la del superior).

## 2.º Es compatible:

a) Con el ensañamiento, en cuanto exceso en la ejecución.

b) Con la menor edad. En algún caso, sin embargo, la admisión de la obediencia debida, puede estar basada en razón de la edad.

c) Aunque conceptualmente sean independientes, en la práctica pueden venir conjuntamente con el estado de necesidad, el miedo insuperable, la coacción y el cumplimiento del deber.

3.º Es dudosa la compatibilidad con la alevosía, abuso de confianza y abuso de superioridad, pues, en definitiva, y no agravando el resultado, tienden a asegurar la realización de lo ordenado, de modo que, sentada como eximente la subordinación, no parece destacarse una intencionalidad o peligrosidad.

Frente a la conducta del subordinado, cabe legítima defensa. Pero como ésta no puede reputarse agresión ilegítima no parece que el subordinado pueda a su vez, ampararse en otra legítima defensa. Por ello parece preferible acudir en estos casos al estado de necesidad.

El caso fortuito, al exigir la ley que tenga lugar "con ocasión de un acto lícito", debe también excluirse por ser en principio

el acto injusto: pero el problema de su aplicación puede surgir respecto a consecuencias no mandadas. En todo caso, regirá para el superior el principio de nuestra jurisprudencia "causa causae".

## VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Problema muy debatido en la doctrina, es cuestión de gran interés, en cuanto reside en ella el fundamento de sus efectos eximentes.

Observa acertadamente RODRÍGUEZ DE VESA (21) que sólo tras el estudio de los requisitos y contenido, cabe abordar el de su naturaleza, a fin de no prejuzgar su carácter exculpatorio. Pero hecha esta salvedad y al solo efecto de comprobar su carácter a lo largo de su regulación antepone ahora aquella cuestión.

a) Una concepción ya superada estimó que obrando el inferior por una voluntad del superior, no podía decirse que su propia voluntad había intervenido en la realización criminal y que, por tanto, ni siquiera existía *acción* del inferior, en sentido técnico. Pero esta tesis que en realidad confunde obediencia con fuerza o coacción, se contradice, además, con el hecho de que el superior no responde por privar de libertad al inferior, sino por la infracción cometida.

b) Otros autores ven aquí una causa de *justificación*. Así en la doctrina extranjera ALLFELD, SAUER, VON HIPPEL, CARRARA, SCHWINGS y PESSINA, entre otros. SERGIO M. VIDAL ROMÁN (22) sostiene que si a pesar de ser antijurídico el mandato, hay obligación de obedecerlo, es porque el Derecho lo ordena, y excluye así la antijuricidad. FERRER SAMA (23) ve igualmente su carácter justificativo por ser una concesión que hace la ley a la necesidad de jerarquía: en este sentido la considera complemento "hasta cierto punto innecesario" del cumplimiento del deber (circunstancia 11). Por ello justifica la jerárquica.

(21) Trabajo citado anteriormente.

(22) REVISTA ESPAÑOLA DERECHO MILITAR, núm. IX, pág. 188.

(23) *Comentarios al Código Penal*, I, 146.

BERNALDO DE QUIRÓS consideraba la obediencia debida como intermedia entre las causas de justificación y la acción necesaria.

En la esfera de nuestro Derecho Militar, QUEROL Y DURÁN (24) lo considera también como justificante, así como nuestro Consejo Supremo ("carácter justificativo", S. de 5 de octubre de 1955).

Esta tesis tropieza, sin embargo, con el hecho de no poderse afirmar que el hecho sea justo: por eso se admite *legítima defensa*.

c) VON WEBER ve, además, razones *utilitarias* y de mal menor al obedecerse órdenes injustas, pues si no las cumplieron, otros ocuparían el puesto del inferior cumpliéndolas, sin perjuicio de las consecuencias dañosas que aquél sufriera.

d) Otros autores, como JIMÉNEZ ASÚA (25) ven en la obediencia debida una causa de *inculpabilidad*, a diferencia de la obediencia a la ley que es causa de justificación. En igual sentido se manifiesta MAX ERNEST MAYER, partiendo del error esencial al considerar la orden justa.

SÁNCHEZ TEJERINA (26) niega también que sea causa de justificación, pues no actúa espontánea y voluntariamente, sino ejecutando la voluntad del superior, por lo que es causa de *inimputabilidad*.

e) VON LISZT y MEZGER estiman que el hecho es antijurídico, y que lo que realmente se excluye es la *punibilidad*.

f) Por último varios autores rehuyen una formulación general unitaria. ARDNT, por ejemplo la considera de justificación si la orden es conforme a Derecho, y de inculpabilidad si fuera antijurídica.

RODRÍGUEZ DEVEESA (27) distingue igualmente según el mandato sea lícito (causa de justificación) o que sea ilícito, es decir, la obediencia debida impropia, en cuyo caso la conducta antijurídica se eximiría por el error (al creerla lícita) o por la coacción sufrida.

g) Reconociendo la certidumbre de las anteriores consideraciones, creemos, sin embargo, que se pasa a veces por alto uno de los móviles más importantes del legislador al determinar la nor-

(24) *Principios de Derecho Militar español*, II, pág. 46.

(25) *Tratado de Derecho Penal*, IV, pág. 572.

(26) *Derecho Penal*, I, pág. 283.

(27) Trabajo citado.

ma: aquellas conveniencias que pueden englobarse dentro de la acepción de la *política penal*. Esta razón motiva a nuestro modo de ver, las diferencias entre la doctrina y los textos legales, las diferencias que a su vez mantienen entre sí los distintos países y, sobre todo su distinta solución con el Derecho Internacional convencional y doctrinal.

Puntos de vista distintos, en cuanto que en cada esfera se sienten necesidades diferentes.

Así pues, si bien el carácter justificativo aparece claro en la orden justa (no sólo por la propia orden "legítima", sino porque su propio fondo supone aplicación del propio Derecho) en la orden ilegítima que deba ser acatada creemos ver en el legislador *un fundamento de política criminal* que le aconseja que dentro de ciertos límites se mantenga la disciplina a costa de órdenes injustas. No otra cosa nos parece la verdadera razón de la exención. Ya Santo Tomás advertía (28) que "la anarquía es siempre peor que la tiranía". En estos casos, el legislador estima, por tanto, preferible, por criterio práctico, el acatamiento de órdenes injustas. BALMES (29) admite también la obediencia de leyes injustas por razones de "prudencia" (evitar perturbaciones o escándalos).

## VII. REQUISITOS

Para que la obediencia debida pueda operar con efectos eximientes, ha de reunir ciertos requisitos, que podríamos reagrupar del siguiente modo:

a) Existencia de un *superior*, cuya autoridad sea establecida por la ley. Este debe actuar dentro de sus atribuciones o facultades objetiva, funcional y territorialmente (S. de 12 de julio de 1897), ya que fuera de estos límites no es propiamente un superior. Dentro de tales límites y "dimanando de la ley la autoridad de que todo jefe está investido (30),

(28) De Reg. Princ. III, 7.

(29) *El protestantismo*, III, cap. LIV.

(30) Artículo 16 del Reglamento de Disciplina General del Ejército francés.

la obediencia que le es debida por sus subordinados no es más que un acto de sumisión a la ley, expresión de la voluntad nacional.

En el Código Penal de 1928, se incluía como orden del superior, el requerimiento de una autoridad o de sus agentes.

Entiende PUIG PEÑA que al hablar de superior, no debe ceñirse la interpretación a sólo un cuerpo administrativo, sino a la Administración en general.

El superior debe tener los distintivos o identificantes de su autoridad, a menos que sea conocido como tal. Este mismo criterio sigue el art. 333 de nuestro Código de Justicia Militar.

b) Existencia de un *inferior* cuya subordinación sea establecida también por la ley. El fundamento de la obediencia en los inferiores radica en la necesidad de un solo gobierno, pese a las múltiples y extremadas diferencias individuales existentes entre ellos (31); y el de la autoridad, como dice CORTS GRAU, en el mismo orden impuesto por Dios en la Sociedad (32).

El deber de acatamiento no es, sin embargo, ilimitado, sino que se refiere sólo a la esfera del servicio y en los términos legales en que esa obediencia se exige y no fuera de ellos. Por ello habrá de estarse a los concretos preceptos que establezcan la subordinación.

Nuestra jurisprudencia ha negado, por ejemplo, a los efectos de obediencia el carácter de inferior, a concejales interinos respecto al Gobernador, una vez pasado el plazo legal de interinidad (S. de 10 de febrero de 1886 y 1 de febrero de 1904). También ha negado la subordinación que no nazca de la ley, sino de convenios particulares (S. 26 de junio de 1883 y 17 de octubre de 1890). Ya la S. de 10 de enero de 1879, había proclamado que "fuera de la ley no hay obediencia debida".

Dentro de los inferiores o subordinados, suelen distinguir los autores, según estén o no dotados de autoridad, entre

---

(31) *Principios de Derecho Natural*. Madrid 1940, pág. 234.

(32) CORTS GRAU: *Ob. cit.*, pág. 231.

funcionarios autoridad y funcionarios agente. La distinción es de interés: 1) Porque en las altas jerarquías tendrá, por lo general, menor relevancia la excusa de obediencia, e incluso podrá no apreciarse. 2) Porque suele concederse a la autoridad un derecho de suspender la ejecución y solicitar aclaraciones de su superior hasta que sea confirmada la orden (remonstración). 3) Porque es de presumir en la jerarquía mayores conocimientos y experiencia, que haga menos admisible el error sobre la legalidad de la orden.

Una cuestión de interés es la del que se cree erróneamente que está en la obligación de obedecer, sin estarlo (subordinado putativo). El Código Penal italiano 1930, recogió expresamente este supuesto en el art. 51, otorgándole igualmente efectos eximentes. Rossi (33) creía que este error de hecho sólo podía tener un lógico fundamento cuando la orden ilegítima fuera análoga a otras legítimas.

La relación de dependencia o subordinación no debe estar excluida expresamente por la ley. Por ello, decía con acierto ALARCÓN ROLÁN (34), en la rebelión y sedición la obediencia no es virtud, sino complicidad. Y nuestro Código de Justicia Militar castiga expresamente en diversas ocasiones a los subordinados (v. g.: la tropa y marinería que siga a sus jefes traidores, art. 258; o que sea seducida, artículo 287; o en la sedición, art. 298; o en delitos contra el honor, art. 339, etc.).

Por último, como señala CONEJOS D'OCÓN (35) al obedecer el inferior no debe cumplir indebidamente o incumplir ninguno de sus específicos deberes.

c) La *orden* debe ir dirigida por el superior al inferior. En la legislación penal militar alemana (36) se define el mandato como "toda orden de realizar una determinada conducta, dada por el superior militar a un inferior, por escrito o verbalmente o de cualquier otro modo, general o para un caso concreto con la pretensión de que sea obedecida".

(33) *Tratado de Derecho Penal*, pág. 275.

(34) *El Código de Justicia Militar*. Madrid 1940, pág. 161.

(35) *Código de Justicia Militar*. Valencia 1895, pág. 293.

(36) Ley 20 de marzo de 1957, § 2.

CIARDI (37) define a la orden como "manifestación precisa de voluntad del superior o de la autoridad, concretada en un mandato o prohibición y dirigida a determinados inferiores o subordinados".

La orden:

1. No ha de comprometer el decoro y la dignidad del inferior.

2. Ha de referirse al servicio o esfera de superioridad y subordinación.

3. Ha de ser de contenido posible (sea preceptiva o prohibitiva), y no contradictoria ni absurda.

4. Ha de transmitirse por conducto reglamentario. Un problema interesante es el de si pueden transmitirse órdenes a través de personas ajenas al servicio, v. g.: un militar a través de su esposa. CIARDI se inclina por la afirmativa. Nos parece excesiva, sin embargo, sentar esa regla general: puesto que no es vehículo reglamentario, normal ni adecuado. En todo caso su validez debiera ser excepcional, ponderando las circunstancias.

5. No ha de ser manifiestamente ilegal, puesto que en esos casos ninguna duda cabe al inferior sobre su improcedencia. Como decía MANZINI (38), en estos casos no sólo no debe cumplirse, sino incluso crea el deber de denunciarlos. Así lo recoge nuestra jurisprudencia (Ss. de 8 de marzo de 1907, 18 de febrero de 1914, 10 de enero de 1891, 6 de marzo de 1866, 4 de abril de 1890 y 17 de octubre de 1890, etcétera). La ilegalidad manifiesta puede ser no sólo material o de contenido, sino también formal, ya que según el Tribunal Supremo (Ss. 22 de enero de 1891, 7 de febrero de 1877, 29 de marzo de 1866, 2 de diciembre de 1875) las formalidades de la orden son esenciales. La ilegalidad material puede derivar de su contraposición a leyes, disposiciones internacionales (ratificadas), órdenes superiores o disposiciones reglamentarias de servicio; y puede ser conocida incluso a

---

(37) *Istituzioni de Diritto Penale Militare*, I, 1950. (Citado por RODRÍGUEZ DEVEZA.)

(38) *Diritto Penale Militare*, pág. 58.

través de las propias manifestaciones del superior (S. 25 de abril de 1935).

Se presumen, sin embargo, las órdenes como lícitas. En los casos en que la apariencia antijurídica no aparezca tan patente, algunos como ALIMENA e IMPALOMENI —a nuestro juicio excesivamente— creen que existe un *deber* de investigar la licitud de la orden.

Ahora bien, no toda orden ilegal debe ser desobedecida. En el establecimiento del límite, se han sostenido diversos criterios que de modo preciso agrupa RODRÍGUEZ DEVEESA:

1.º) No obliga la orden cuando el hecho ordenado sea grave. Ya ANTONIO GÓMEZ ("Variarum Resolutionum", 1764) decía: "Tunc in gravibus et atrocibus delictis non excusatur: qui in talibus non debuit parere". Es el sistema que parece inspirar la legislación belga.

2.º) No debe obedecerse la orden de apariencia ilícita. Así, ALIMENA y GARRAUD. Es el sistema de Brasil, Inglaterra e Italia.

3.º) Sólo se debe obedecer la orden que pertenezca a las relaciones habituales entre superior e inferior: CUBELLO CALÓN.

4.º) Otros sostienen la obediencia ciega del inferior, partiendo de la base de la responsabilidad del superior. Este criterio, seguido con más o menos amplitud en Argentina, Ecuador y Chile, es criticado por RODRÍGUEZ DEVEESA, poniendo hábilmente el ejemplo de Wilhelm Voigt, que haciéndose pasar por Capitán en la pequeña localidad alemana de Köpenick utilizó la obediencia como instrumento óptimo y esencial en su labor delictiva.

Para nosotros, los únicos límites que el legislador puede imponer, son los tipos delictivos que castiguen la desobediencia. En estos casos el inferior deberá obedecer la orden, por excluir expresamente el legislador la desobediencia. Sobre esta base serán los Tribunales los que en cada caso apreciarán la responsabilidad, ponderando las circunstancias, contenido de la orden, urgencia, libertad del subordinado y demás condicionamientos de la conducta. No sólo no es posible una fórmula legal de absoluta exactitud, sino que ni siquiera es deseable, a fin de evitar injusticias que puedan producirse por los resquicios de la ley. Ponderando estas circunstancias, nuestro Consejo Supremo de

Justicia Militar, apreció obediencia debida en un guardia que obedeció a su cabo que cometía a su vez un delito de desobediencia con la orden (S. de 26 de septiembre de 1892), o que abandonó el servicio (S. de 15 de enero de 1900).

Dentro del requisito de legalidad formal de la orden, podría incluirse el de que se manifieste en las relaciones habituales entre el que manda y el que obedece, y que son normalmente las del servicio, puesto que es en razón del cual y para el cual, por lo que existe la jerarquía.

En relación al efecto eximente que la orden produce en el inferior, deben concurrir por parte de éste dos exigencias: a) Que dé cumplimiento efectivo a la orden en sus propios términos. Supone, por tanto, un acoplamiento de su conducta a la orden por lo que se excluyen otros móviles que pudieran afectar a la conducta. No basta la mera recepción de la orden ni la intención de cumplirla.

Señalan algunos autores que en algunos casos puede incluso ser aconsejable el cumplimiento de estas órdenes injustas por ser totalmente inútil el cumplimiento y poder provocar recrudecimientos.

b) Que se haga uso del derecho de remonstración en los casos en que se autorice y prevea su empleo, a fin de obtener la confirmación de la orden por el superior. A nuestro juicio este derecho del inferior debe ser generalizado para todos los casos en que se crea o se dude sobre la ilegalidad de la orden y sea materialmente posible.

#### VIII. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SUPERIOR Y EN EL INFERIOR

##### A) *Responsabilidad del superior.*

El admitir la obediencia debida lleva como consecuencia necesaria hacer responsable al superior de la infracción cometida, en cuanto autor mediato. Algunos autores como MAURACH, prefieren considerarlo como instigador en la esfera penal común.

Queda así diferenciada esta responsabilidad del superior, de

aquella otra que dimana del abuso de autoridad, pues, en aquélla la responsabilidad es propiamente la de cometer el delito o falta de que se trate. En el abuso de autoridad la infracción se consuma por el mero excederse de las atribuciones propias en los límites que la ley le señaló, y que según el Consejo Supremo de Justicia Militar, mantiene el deber de obediencia en el inferior (S. de 17 de junio de 1949).

¿Qué responsabilidad alcanzará al superior en el caso de que dando una orden injusta, la anulara o rectificara ante la consulta efectuada por el inferior? Como el poder de decisión seguía en manos del superior, esta situación viene a tener cierto parecido con el desistimiento de la acción, y razones de política penal aconsejan la impunidad si ningún hecho se puso en juego.

Como decía ya Rossi (39) la responsabilidad del que manda, está en proporción directa de su facultad de mando (así como la del inferior está en proporción inversa de su subordinación). Son, por tanto sus atribuciones, junto con la gravedad del acto y su grado de realización las que configuran su responsabilidad.

#### B) *Responsabilidad del inferior.*

Principio general es la exención de responsabilidad del inferior. Sólo se exceptúa si la orden es manifiestamente injusta o se excede en la ejecución. El art. 187 de la antigua ley Municipal de 2 de octubre de 1877 no admitía la excusa de obediencia, cuando se trataba de infracciones claras y terminantes a la ley.

Si su error sobre la legalidad de la orden fuera imputable a negligencia, cabría en algún caso apreciar una obediencia debida incompleta con efectos atenuatorios.

En todo caso, el subordinado, para acogerse a la circunstancia que comentamos, ha de recibir y acatar la orden de buena fe, como dice CUELLO CALÓN (40), lo cual se apreciará atendiendo a su cultura, grado de subordinación, contenido de la orden y circunstancias operantes.

---

(39) *Traité de Droit Penal*, I, 22.

(40) *Derecho Penal*, I, 338.

Hay que tener en cuenta que los límites del inferior para desobedecer son muy restringidos, pues la mera resistencia (activa o pasiva) a una orden, ya integra un delito de desobediencia, tal como prevee el art. 237 del Código Penal (S. de 22 de enero de 1959).

Para una total exoneración, no debe el inferior salirse de los términos de la orden, es decir, no debe haber un exceso en el cumplimiento de lo ordenado (S. de 9 de mayo de 1957).

Nuestro Consejo Supremo de Justicia Militar estima procedente la obediencia, no sólo respecto a órdenes ilícitas dolosas, sino también imprudentes o negligentes (S. de 7 de junio de 1957).

En los casos en que la obediencia no excluya la responsabilidad del subordinado ¿en qué concepto responderá éste? Algunos Códigos (como el de Justicia Militar de Chile, art. 214), lo consideran como cómplice del superior. Nos parece que ello dependerá de las circunstancias del caso concreto, pero que, en general, está más próxima de la autoría, puesto que al hacer posible la ejecución material de la infracción, viene a tomar parte directa en ella.

En algunos casos, la exención de responsabilidad exigirá que se consulte previamente al superior acerca de la orden, si ello era posible y no urgente el cumplimiento.

PACHECO, al comentar el Código Penal de 1850, distinguió ya entre la obediencia ciega y la obediencia "debida" queriendo indicar que ésta debía tener un carácter reflexivo ("debida" en sentido propio). Ya MONTESQUIEU había destacado lo absurdo que suponía la ciega obediencia, y cómo ésta no puede exigirse de ese modo en términos generales.

La exención de responsabilidad, sólo alcanza a los destinatarios de la orden (los verdaderos "inferiores"), no a terceros.

## IX. LA OBEEDIENCIA DEBIDA EN LAS DISTINTAS ESFERAS

Conforme lo dicho anteriormente, es la obediencia debida uno de los puntos en los que el legislador sigue criterios de *política penal*, de modo análogo a cuando establece la impunidad de sediciosos que deponen las armas; de sustracciones entre ciertos parientes, etc. Aquí el móvil determinante es el mantenimiento

de la disciplina. Pero estos móviles no se manifiestan de igual modo en las distintas esferas por lo que debemos diferenciar cada una de ellas:

A) *En el Derecho Penal común.*

Nuestro Código Penal común, recoge la obediencia debida como eximente, en el número doce del art. 8: "el que obra en virtud de obediencia debida". En los casos en que no reúna los requisitos suficientes para eximir, puede apreciarse en cuanto eximente incompleta como circunstancia atenuante, de acuerdo con los términos amplios del número primero del art. 9. Así lo ha entendido modernamente el Tribunal Supremo, superando la antigua tesis jurisprudencial de que la obediencia era un acto moral e indivisible y, por tanto, sólo podía operar en su caso como eximente (Ss. 4 de marzo de 1886, 28 de noviembre de 1887). La nueva jurisprudencia, por el contrario, ha ido señalando los distintos requisitos de la obediencia y la posible falta de alguno de ellos.

El Tribunal Supremo, como ya hemos visto, sólo admite como obediencia la jerárquica, no la familiar, la doméstica ni la contractual; aunque nos parece, sin embargo un tanto riguroso que por una parte establezcan las leyes civiles una autoridad y consiguiente deber de obediencia en estas esferas y, en cambio, penalmente se las haga carecer de toda relevancia. Al menos como atenuante *facultativa* del Tribunal, atendiendo a las distintas circunstancias debiera haber tenido entrada, ya que sometido al recto arbitrio judicial no se sienta una regla general injusta, y se podría en algunos casos, darle aplicación con toda equidad.

Queda, sin embargo, y podría así subsanarse el defecto, la puerta abierta de la atenuante por analogía. Nuestro Tribunal Supremo en S. de 6 de noviembre de 1900 admitió un caso de responsabilidad del amo por actos cometidos por los criados.

El concepto en el que responderá el superior, nos parece claro: como autor en virtud del número segundo del art. 14, "los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo". Según la S. de 9 de abril de 1891, se incluyen en este párrafo los actos de mando.

El art. 377 del Código Penal establece que no hay deber de obediencia cuando el superior invade las atribuciones legislativas dictando disposiciones generales, o suspendiendo la ejecución de una ley. Este supuesto es, en realidad evidente. También lo es el segundo párrafo del art. 369, no hay deber de obedecer en órdenes que constituyan infracción manifiesta y clara y terminante de una ley. En estos casos el art. 370 admite en los funcionarios públicos el derecho de suspender la ejecución de las órdenes recibidas, y a consultarlas al superior hasta tanto éste desapruuebe la suspensión.

Respecto a mandatos que infrinjan manifiesta y terminantemente otra disposición general (distinta de las citadas) sólo admite el derecho a no cumplirlas en los funcionarios constituidos en autoridad (art. 369, 3.º). Luego en los demás casos, habrá obediencia debida. Del art. 369, se deduce que las órdenes para ser obligatorias, han de ser dictadas por la autoridad superior dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.

En algunos preceptos dispersos en el Código Penal se excluye expresamente la obediencia; así v. g.: el art. 126: "el que... ejecutare en la nación cualquier orden... de un gobierno extranjero...". No se distingue si es o no extranjero el reo culpable, y muy bien podría ocurrir que éste estuviera vinculado por un deber de obediencia.

También en la ley de Enjuiciamiento Criminal, algún precepto recoge casos expresos de obediencia debida como eximente de responsabilidad. Así v. g.: el art. 417 exceptúa de la obligación de declarar como testigos en el número segundo a los funcionarios públicos por obediencia a su superior jerárquico.

#### B) *La obediencia en el Derecho Militar.*

Aquí la obediencia tiene mucha mayor importancia porque es base de la jerarquía militar y en definitiva del Ejército. No se concibe un ejército sin disciplina rigurosa, aún en los ejércitos "democratizados". Además, decía el historiador CÉSAR CANTÚ, "el Ejército es un cuerpo que por su índole renuncia a la libertad

política". Pero no sólo es ya la necesidad, sobre todo en caso de guerra; si no que además, es de presumir menor capacidad técnica en los inferiores, sobre todo en el grado inferior: el soldado, por lo que se refuerza la obligación de la obediencia.

Con motivo de la capitulación de Bailén, decía Napoleón que a ningún militar se le entregan las armas para que se rinda, cuando hay posibilidades de éxito.

No se deduce de todo ello que deba existir una obediencia ciega e irreflexiva. Se dice, por ejemplo, del genio militar alemán Helmuth von Moltke que varias veces aprobó la desobediencia de sus subalternos a ciertas órdenes suyas durante la guerra 1870-71.

Lo realmente difícil, como ya decía CONEJOS D'OCÓN (41), es sentar una regla precisa y exacta, tanto más si se piensa en el creciente número de técnicos y especialistas en el Ejército; de admitirse el derecho a discutir órdenes, corre gravísimo peligro el principio de subordinación; pero también se desprecia el sano criterio del inferior en caso contrario.

Siendo el Ejército una gran comunidad, existe en la obediencia además un precedente y ejemplo para los otros miembros de la misma. Ya decía nuestro gran ORTEGA Y GASSET (42) que "la ejemplaridad de unos pocos se articula en la docilidad de otros muchos. El resultado es que el ejemplo, bueno o malo, cunde".

En general estima la doctrina que si bien tiene la misma naturaleza excusante que en la obediencia civil, debe concederse mayor amplitud y benevolencia. Es más importante en el Ejército, se ha dicho, su capacidad de combate que el mantenimiento del orden jurídico. O como decía HELMUTH MAYER, es preferible un abuso de poder que una soldadesca sin freno.

Para la debida exposición de nuestra legislación militar efectuaremos primero un esquema del derecho comparado extranjero, en el que seguiremos, en parte, las líneas de la exposición efectuada por RODRÍGUEZ DE VESA (43).

a) *Derecho comparado*: Ya de antiguo se dictaron disposi-

(41) *El Código de Justicia Militar*, 1895, pág. 293.

(42) *España invertebrada. Ejemplaridad y docilidad*.

(43) Trabajo citado anteriormente.

ciones para mantener la disciplina y la obediencia en el Ejército.

En el siglo xiv fué famoso el "tu fukat" o reglamento de Tamerlan para organizar sus ejércitos, en el que se mantenía bajo rigurosísima disciplina a sus tropas, gracias a lo cual se preciaba en el prólogo de haber conseguido mantener un gran Imperio.

En general los ejércitos más famosos del mundo han tenido siempre por base una férrea disciplina.

a') Códigos europeos.

1. *Países latinos.*

— En Italia se dictó el 20 de febrero de 1941 el Código Penal Militar para tiempo de paz. En él se admite en el artículo 40 como causa excluyente de pena, el cumplir un deber impuesto por orden de un superior. El superior es responsable de los delitos ordenados, y tan sólo se hará extensiva la responsabilidad al inferior cuando el delito sea manifiesto.

— En Portugal, el Código de Justicia Militar de 26 de noviembre de 1925, no contiene un precepto específico en su parte general. Pero en el art. 7 se remite en lo no previsto para las disposiciones generales, al Código Penal común. El artículo 91 establece que para que pueda existir delito de desobediencia debe de estar la orden del superior dentro de sus atribuciones legítimas.

— En Bélgica, el Código Penal Militar de 27 de mayo de 1870 (reformado en 24 de julio de 1923), no contiene un precepto general sobre la obediencia. El art. 28 se refiere al delito de desobediencia, al aludir al militar que rehuse obedecer órdenes de sus superiores o se abstenga intencionadamente de ejecutarlas cuando es mandado para un servicio. Con ocasión de los crímenes de guerra, se dictó en este país la Ley de 20 de junio de 1947, que rechaza en su art. 3 la obediencia debida como eximente, cuando "la acción reprochada constituía una violación flagrante de leyes y costumbres de guerra o de leyes de la humanidad". Sólo eventualmente podrá ser considerada como atenuante. Entiende la doctrina aplicables, sin embargo, el error, el estado de necesidad y la violencia moral.

— En Francia se dictó igualmente para la represión de los crímenes de guerra la Ordenanza de 28 de agosto de 1944, en cuyo artículo 3 se admite la obediencia como atenuante o incluso excusa absolutoria en algunos casos, pero no como hecho justificativo. Una ley de 8 de agosto de 1948, sigue la teoría de la gravedad de la orden, expuesta anteriormente. La Ordenanza de 28 de agosto de 1944 sobre el colaboracionismo, admitió también en algunos casos la obediencia debida. Dado que el Código Penal no recogió expresamente la obediencia debida en general, señalan algunos autores su extrañeza de que aquella legislación especial francesa dé particularmente en estos casos un trato más benévolo.

## 2. Países germanos y sajones.

— En Suiza, el antiguo Código Penal Militar de 1851, exigía una obediencia ciega (art. 30). En el Código Penal de 13 de junio de 1927, se prevee en el art. 18 la responsabilidad del superior por las órdenes dadas, y sólo lo será el inferior si fuere consciente del crimen o delito. En realidad ha sido construída como una excusa absolutoria de libre apreciación judicial.

— En Alemania, durante la época nazi del III Reich, el Código Penal Militar de 10 de octubre de 1940, recogió en el art. 47, número 2.º, un precepto que ya había sostenido el art. 47 del Código Penal Militar de 20 de junio de 1872: “si por la ejecución de un mandato en materias del servicio se lesiona una ley penal sólo es responsable el superior. El inferior será punible si sabía que la orden del superior se refería a una acción que represente un delito común o un crimen militar”. Es curioso observar que pese a ir firmada aquella disposición por GOERING, KEITEL y LAMMERS (44), fueran los propios dirigentes alemanes juzgados en Nuremberg, los que trataran de justificarse alegando obediencia debida. En realidad aquella legislación vino a establecer unos límites a la obediencia, similares a los establecidos en el tan criticado art. 8 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional

---

(44) *Reichsgesetzblatt*, 1940, núm. 181, pág. 1347.

de 8 de agosto de 1945. Cita RODRÍGUEZ DE VESA un artículo publicado por GOEBBELS en el "Völkischen Beobachter" el 28 de mayo de 1944 (alegado posteriormente por el fiscal francés en Nuremberg) en el que indicaba como en delitos vergonzosos, en abierta contradicción con la moral humana y las leyes internacionales de guerra, no operaba la obediencia debida. La técnica del Reichgericht, fué reforzar el deber de obediencia. Con posterioridad, merecen especial atención principalmente dos leyes: la de 19 de marzo de 1956 y la de 30 de marzo de 1957.

En la primera, de 1956, se establece en su art. 11 que el soldado tiene el deber de obedecer a sus superiores, ejecutando sus órdenes completa, exactamente y sin demora, según su leal saber y entender. Se exceptúan las órdenes que ofendan la dignidad humana o no se den para el servicio. La admisión errónea de que se trata de una orden de esta clase no libera de responsabilidad. Tampoco deben cumplirse las órdenes que lleven consigo la comisión de un crimen o delito. Si a pesar de ello se cumplen, sólo responderá el inferior si supo que se cometía dicha infracción o fuese notorio que lo sabía dadas las circunstancias.

Complemento de este artículo es el art. 10 que hace responsable al superior, por las órdenes que dé, debiendo ejecutarse éstas del modo más adecuado a las circunstancias.

En cuanto a la otra Ley de 1957, se establece en su artículo 5 que el inferior sólo responderá de las acciones sancionadas con una pena al cumplir órdenes si constituyen crimen o delito y lo supiera o fuera notorio en consideración a las circunstancias conocidas por él. Siendo pequeña su culpabilidad, el Tribunal atendiendo a la situación del inferior al obedecer podrá atenuar la pena con arreglo a las normas sobre la tentativa e incluso no imponer pena. El art. 22 declara no obligatorias las órdenes que lesionen la dignidad humana, sean ajenas al servicio o sean para la comisión de un crimen o delito. Si no cumplieron las órdenes por creer erróneamente el inferior que se iba a cometer un crimen o delito su conducta no será punible según los arts. 19 a 21 si no puede reprochársele el error (es decir, no se trata de

un error vencible). En estos arts. 19 a 21 se castiga la desobediencia, denegación de obediencia e incumplimiento de órdenes por imprudencia.

Si el error del inferior deriva de otras razones, cabe atenuación. El art. 32 prevee la responsabilidad del superior por el abuso de facultades cometido y por los delitos que mediatamente cometiera.

— En el Derecho inglés tan sólo en el Derecho Militar caben mandatos antijurídicos obligatorios (no en el Derecho común), rigiendo el *British Manual of Military Law* de 1914. En él se establecía que no se pueden castigar por el enemigo violaciones de leyes de guerra, cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas, siguiendo órdenes de sus gobiernos o de sus comandantes. Sólo los jefes serán responsables por las órdenes dadas. Es de señalar que algunos autores criticaron duramente estos preceptos, siendo un tanto curioso e ilógico que trate el legislador de dar normas sobre lo que ha de hacer un Tribunal enemigo.

En la actual redacción del precepto, se establece que el hecho de violar una ley de guerra, por ser cumplimiento de una orden de gobierno beligerante o de jefe perteneciente a esa potencia no exime de pena. Reconoce, sin embargo, que el Tribunal debe tener en cuenta la obediencia debida, no siendo órdenes manifiestamente ilegales, aunque no para declarar la irresponsabilidad. En el art. 36 de la *Army Act*, se castiga a toda persona sujeta a ley militar que infrinja o deje de cumplir una orden o una prescripción que conoce o que razonablemente se supone conocida.

### 3. Países del telón de acero.

— En Rusia, como ya hemos visto en el Código Penal de 1926 (modificado en 1946) y que contenía preceptos penales para las Fuerzas Armadas no se incluía una declaración general sobre admisión de la obediencia debida. Pero ya dijimos que el art. 48, apartado D atenuaba la responsabilidad en el caso de influencia de una amenaza, violencia o dependencia de servicio o material. En el art. 193 al castigar la desobediencia a las órdenes, se exige que sean referentes a

“dominio del servicio”. Y los arts. 109 y sigs. castigan los abusos de poder.

— En Yugoslavia, el Código Penal común de 2 de marzo de 1951, contiene también preceptos referentes a las Fuerzas Armadas.

El art. 362 establece: “no será castigado el inferior si ha cometido una infracción por orden de un superior, cuando esta orden era relativa al deber de servicio a menos que la orden suponga la ejecución de un crimen de guerra o de otra infracción grave, o que el inferior haya sabido que ejerciendo tal orden cometía una infracción”.

El art. 314 castiga los abusos de poder, distinguiendo según sea o no en actos de servicio.

La desobediencia es castigada en los arts. 327 (inejecución de órdenes de servicio), 328 (resistencia a superior), 339 (insumisión) y 354 (abandono de puesto, distinguiendo si hubo o no órdenes).

b') Códigos africanos:

— En Marruecos el Código de Justicia Militar de 10 de noviembre de 1956, no contiene una teoría general sobre eximentes; sólo en el art. 64 del Código Penal común, se incluye al autor demente o impulsado por una fuerza a la que no hubiere podido resistir (quizá la obediencia debida tendrá cabida en ella). En el art. 153, al hablar del delito de insubordinación y su castigo, se exceptúa el caso de “fuerza mayor”. Fuera de este supuesto, existe pues un deber riguroso de obediencia en el inferior.

c') Códigos americanos:

En Estados Unidos rigen las *United States Rules of Law Warfare*. En su art. 347 se declara la responsabilidad de los jefes o superiores por las órdenes que den.

Al igual que ocurrió en el Derecho inglés, hubo una modificación en noviembre de 1941, estableciéndose en el artículo 345 que “los individuos y organizaciones que violen las le-

yes y costumbres de guerra pueden ser castigados por ellos". Pero la obediencia debida podrá ser considerada como excusa o atenuación según los casos, sin perjuicio de la responsabilidad del superior. La desobediencia a una orden ilegal, podrá, sin embargo, en algún caso, de acuerdo con el art. 96 ser considerada como insubordinación.

— En Chile se la recoge, según SERGIO ROMÁN VIDAL, en el Código de Justicia Militar en el núm. 10: "el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo". En cuanto eximente, no ha sido construída por tanto esta circunstancia con la autonomía que la doctrina moderna le da. Pero sí como atenuante. En el art. 334 se establece la obligatoriedad de las órdenes de servicio "salvo fuerza mayor". Y en el art. 335 se establece que si el inferior sabe que el superior no pudo apreciar suficientemente la situación o los acontecimientos se anticiparon a la orden o parezca que ésta se obtuvo por engaño o se teme con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de la orden, y en casos urgentes modificarlas dando inmediatamente cuenta al superior. Si éste insistiese en su orden deberá cumplirse en sus términos. En cuanto atenuante aparece prevista en el número 4 del art. 209: cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico cuando no constituya el caso de obediencia debida de acuerdo con lo previsto en el art. 334.

— En Argentina el antiguo Código de Justicia Militar de 1895 se inspiró en términos análogos al Código alemán de 1872. En el vigente de 1951 se establece en el art. 514 que cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de la orden. En el art. 675 se establece que ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden de servicio. Los términos rigurosos que pa-

recen derivar de la letra de la ley, han sido mitigados por la doctrina y la jurisprudencia, y así se rechaza que sean de servicio las órdenes de cometer un delito, pues según el artículo 888 sólo es acto de servicio el que se refiere o relaciona con las funciones de un militar por pertenecer al Ejército. La jurisprudencia excluye también de ese deber riguroso de obediencia cuando esas funciones no sean específicas, es decir, puedan ser realizadas por no militares v. g.: custodia de presos, represión de desórdenes, etc.

— En Ecuador, el Código Penal Militar de 4 de abril de 1952 recoge indirectamente en el art. 24 la obediencia debida al decir que no hay infracción militar cuando el acto esté autorizado por la ley (a través del poder otorgado al superior) o determinado por resolución definitiva de autoridad competente o cuando el indiciado fué impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.

— En Brasil, por último, el art. 28 del Código Penal Militar de 24 de enero de 1944, hacía responsable sólo al superior por los delitos que se causan en su estricta observancia. El inferior responderá, además, si lo ordenado integra delito o hay exceso en la ejecución de lo ordenado. Algunos autores, como MARTÍN TEIXERA, excluyen también el deber de obedecer si el superior es un loco o "un criminal". Nos parece esta última consideración innecesaria, pues si al hablar de criminal se alude a la infracción que se comete a través de la orden, estamos precisamente en el caso que prevé el art. 28. Si por el contrario se refiere al superior que anteriormente haya cometido otros delitos, creemos que habrá obligación de obedecerle, en tanto la Ley le dé ese carácter de superior, es decir, no le desprovea de autoridad.

## B) *Derecho Militar español.*

El deber de obediencia ha sido exigido siempre en nuestros Ejércitos con gran severidad. Pero sólo en la esfera militar o de

servicio. Ya SANCHO DE LODOÑO, decía en 1589 (45) que cualquier oficial inferior obedezca y respete al superior "en todas las cosas tocantes a la orden y servicios de su Majestad".

También las Ordenanzas de Carlos III, de 1768, establecían en el Título 10 del Tratado VIII el deber general de obediencia refiriéndolo a la esfera del servicio. Para los casos dudosos, debía todo Oficial elegir el partido más digno de su espíritu y honor. Se le hace además responsable de la vigilancia de su tropa, del exacto cumplimiento de las órdenes particulares que tuviere y de las generales que explica la Ordenanza.

En el Código Penal del Ejército de 1884, se configuró la obediencia debida en el núm. 12 del art. 7, en términos análogos a la legislación común.

En el Código de Justicia Militar de 1890, no se contenía una regulación de las eximentes, sino que tan sólo se efectuaba en el artículo 172 la remisión a las previstas en el Código Penal ordinario "de las que los Tribunales apreciarán las que en cada caso juzgarán pertinentes".

Esa regla, que tenía por objeto dar flexibilidad a los Tribunales, fué criticada por algunos, y así ALARCÓN ROLDÁN (46) decía que "se concedía demasiado campo al arbitrio judicial".

En los arts. 266 y 267 se castigaba el delito de desobediencia, configurado también en torno al servicio. En realidad, tenía más relevancia éste que el propio superior. Así, la S. de 7 de noviembre de 1885, rechazó la eximente en un cochero que obedeciendo al Capitán General pasó por sitio prohibido por las Ordenanzas Municipales.

Además, a pesar de que de algún texto pudiera interpretarse que se exigía una obediencia ciega (47), en realidad era siempre

---

(45) *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y más antiguo estado*, cit. por RODRÍGUEZ DEVESA.

(46) *Código de Justicia Militar*, Madrid 1940, pág. 161.

(47) Así v. g.: el artículo 23 de las Ordenanzas, al hablar de las obligaciones del Alférez establecen que "siempre que se hallare de facerfa... estará con exacta vigilancia observando *ciegamente*, si estuviera subordinado, las órdenes que el Jefe de que dependa la consigna". Es de notar que algunos autores, como LISZT y MEZGER señalan que en el soldado la obediencia debe ser ciega, y que las infracciones que cometiesen eran antijurídicas pero debían excluirse de pena.

una obediencia reflexiva e inteligente. El art. 810 del Reglamento de Campaña del Ejército, decía: "La obediencia, primera cualidad militar, será siempre pronta y puntual, pero en campaña y operación debe ser, además, inteligente y espontánea".

En la redacción actual de las Ordenanzas del Ejército, el deber de obediencia aparece constantemente impuesto. Dentro del Tratado II, en el Título 1, se establece:

Artículo 1. "El recluta que llegare a una compañía... será enseñado... enterándosele de la subordinación que desde el punto en que se alista en el servicio debe observar exactamente."

Artículo 5. "Desde que se le sienta plaza ha de enterársele que el valor, prontitud en la obediencia, y grande exactitud en el servicio, son objetos que nunca han de faltar, y el verdadero espíritu de la profesión."

Artículo 6. "Obedecerá y respetará..."

Artículo 21. "Se prohíbe, bajo severo castigo al soldado, toda conversación que manifieste tibieza..."

Artículo 24. "... no estando obediente y atento al mando..."

*Título II (del cabo)*

Artículo 5. "El cabo... no le disimulará *jamás* las faltas de subordinación."

Artículo 25. "El que teniendo tropas a su orden no las haga observar una exacta disciplina, será castigado severamente."

Artículo 37. "... puntual cumplimiento de todas las órdenes que se dicten."

Etc., etc., etc.

*Título IV (del Sargento)*

Artículo 4. "El que disimulare cualquier desorden..."

Artículo 26. "El Sargento que a la tropa que tuviese a su orden no la hiciese observar la más exacta disciplina, será castigado severamente."

Etc., etc., etc. Los ejemplos podrían multiplicarse.

El vigente Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, recoge la obediencia debida, como eximente de carácter general, en el núm. 12 del art. 185: "El que obra en virtud de obediencia debida. 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 la obediencia con malicia o sin ella".

Se ha mantenido con esta fórmula (tomada directamente del número 12 del art. 10 del derogado Código Penal de la Marina de Guerra), el carácter flexible que con otras palabras se establecía para esta eximente en el Código de 1890. Por "malicia" debe entenderse el conocimiento de que se trataba de un delito.

Como en la regulación militar no se han recogido los casos de error y miedo insuperable, la amplia fórmula se estima como un medio de salvar en algunos casos la laguna legal: pero se le critica el que tal como está redactada, no se sabría si debía o no haberse obedecido hasta el momento de dictar sentencia. Se le ha criticado también el que, siendo discrecional, se admita con más restricciones en la esfera militar que en la común, a pesar de ser allí más necesaria la disciplina. Así como el que no dé solución para los problemas que puede plantear v. g.: si cabe legítima defensa frente al subordinado ejecutor de la orden.

En la realidad no todas las críticas son acertadas. El legislador no impide que en los casos debidos sea apreciada la circunstancia: sólo trata de excluir aquellos casos en que incluso el propio honor y dignidad se vería perjudicado.

Parece predominar la opinión en nuestra doctrina (48) de que la obediencia a mandatos antijurídicos no es causa justificante; aunque por error o coacción puede, en algún caso, excluirse la responsabilidad.

RODRÍGUEZ DE VESA (49), propone como sustitutiva de la fórmula legal, la siguiente: "El que obra en virtud de obediencia debida. No es debida la obediencia cuando se trata de una orden cuyo cumplimiento lleve consigo la comisión de un delito o falta,

---

(48) Coloquio celebrado en Burgos el 11 de mayo de 1956, sobre la obediencia debida.

(49) Trabajo citado.

ni en materias ajenas al servicio". Esta fórmula, tiene un indudable acierto, en cuanto excluye el error y la coacción (improcedentes aquí). Sin embargo, nos queda la reserva de si en el campo práctico puede resultar siempre conveniente. En primer lugar, si se trata de sustituir la calificación del Tribunal por la del inferior en el momento de obrar, creemos que no siempre está en la cultura del inferior saber qué es delito o falta; pensemos en determinadas medidas rigurosas en época de guerra. (Por definición, estamos excluyendo el caso de error, es decir sólo planteamos la cuestión de la pura obediencia.) Además, no estando la doctrina ni aun la jurisprudencia unánimes en algunos casos, trasladar la duda al inferior, puede tener funestas consecuencias, sobre todo para el servicio.

La ampliación a faltas, como causa de denegación de obediencia, no siempre creemos que sea aconsejable.

A nuestro modo de ver, dentro de las necesarias correcciones que se hagan a la fórmula vigente, ésta deberá seguir siendo flexible. Quizá sea preferible dar cabida y generalizar en ella el derecho de remonstración, y en casos de gravedad especial un derecho a acudir al superior del que dió la orden. En todo caso, la confirmación de una orden, supondrá la exoneración del inferior.

El art. 192, permite en su amplitud que la obediencia, como una circunstancia más, sirva a los Tribunales como criterio para determinar la pena señalada por la ley, en la extensión que estimen justa; en dicho artículo se destaca la consideración de si el delito se cometió en acto de servicio, fuera de éste o con ocasión del mismo.

En el art. 194, al hablar de determinados delitos comunes, se alude en el inciso primero también a si fué ejecutado en acto de servicio o con ocasión del mismo.

La responsabilidad del superior, como autor mediato, tendrá encaje en el núm. 2 del art. 196: "los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo".

Como hemos apuntado más arriba, el deber de obediencia se manifiesta en nuestro Derecho en la esfera del servicio. El art. 256, 1.º, dice que "son actos de servicio los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos

de Tierra, Mar o Aire". El obligar al inferior a actos ajenos al servicio constituye abuso de superioridad (art. 453, 3.º).

Estos actos de servicio pueden o no ser de armas, y en los primeros se incluyen en un sentido amplio los que supone el uso de las mismas, el municionamiento, los actos preliminares y los de cumplimiento, transmisiones, etc. No es acto de servicio v. g.: la orden de lavar un plato dada a un soldado por un superior (S. de 15 de enero de 1892). Pero es evidente que en su redacción actual, esos "deberes" que impone al militar su permanencia en los Ejércitos, tienen un sentido amplio.

Existen en el Código de Justicia Militar dispersos algunos artículos que recogen casos de obediencia. Así pueden citarse los siguientes:

Artículo 197.—Considera como responsables subsidiarios a los directores, a los editores, y a los jefes de los establecimientos, por los impresos o escritos criminales, con lo cual queda excluida la responsabilidad de los subordinados. Estos últimos (los "operarios" como los llama el Código) sólo responderán cuando con conocimiento de su carácter delictuoso cooperasen directamente a su publicación. Tal como está redactado, la exclusión de la pena, más deriva, en realidad, del error sobre la trascendencia jurídica, que de la obediencia y subordinación.

Artículo 206.—Reconoce responsabilidad civil subsidiaria del Ejército por insolvencia del culpable a él perteneciente, exigiendo que la infracción derivara al realizar actos de servicio reglamentariamente ordenados. Si bien el inferior no resulta exento, no se desconoce la responsabilidad de la Corporación a la que pertenece.

Artículo 258, núm. 13.—En el delito de traición, se castiga al que arrie o mande arriar en buque nacional la bandera de la Patria con ocasión de combate "sin orden del jefe".

Artículo 276.—En el delito de espionaje, se castiga al que poseyera documentos o datos relativos a la defensa nacional "sin autorización". La disposición superior autorizándole exonera, por tanto, al inferior de responsabilidad.

Artículo 280.—En los delitos contra el derecho de gentes, devastación o saqueo, quedan inoperantes las gravísimas sanciones señaladas a los culpables de incendio, destrucciones, saqueos y

otras violencias, en el caso de intervenir "sin orden expresa de sus jefes".

Artículos 327 á 332.—Castigan el delito de desobediencia. En el 331 se castiga al que variase el rumbo del buque o aeronave fijado por el comandante "contrariando las órdenes recibidas". No se especifica de dónde han de provenir esas órdenes.

Artículo 360.—Castiga al militar que en ocasión de peligro abandonase el buque, aeronave o máquina de guerra útil aún, "sin orden o autorización legítima".

Artículo 401.—El militar que "sin orden competente" introduzca o permita introducir luces o materias inflamables en pañoles, polvorines o almacenes de efectos fácilmente combustibles.

Artículo 427, núm. 5.—Asistir a manifestaciones políticas "sin autorización".

Artículo 587.—En la obligación de declarar los testigos, exceptúase a los funcionarios públicos por obediencia debida a su superior.

Artículo 648.—La negativa de entrada y registro al Juez instructor, en buques, aeronaves extranjeras, obediendo las órdenes del Capitán y del Cónsul de su país.

En estos casos señalados, unos son verdaderas exenciones basadas en la orden del superior. En otros, son meras autorizaciones o facultaciones para una conducta determinada, por lo que la causa eximente está en realidad en la propia aplicación de la ley.

Hay que tener en cuenta que si bien la orden del superior ha de estar dentro de sus atribuciones, en la esfera militar están más restringidas las facultades del inferior para examinar esas atribuciones, por lo que se hace necesaria una interpretación equitativa (de la que es buena muestra la S. del Consejo Supremo de Justicia Militar de 5 de octubre de 1955).

### C) *La obediencia debida en el Derecho Internacional.*

En este punto, no son muy numerosos los textos que componen su régimen jurídico, que tampoco coinciden siempre con los criterios doctrinales sustentados. Además, ni todos los países los

han suscrito, ni siempre acomodan sus normas internas a las internacionales. Esta discordancia podría explicarse señalando que mientras en el Derecho interno se siente más intensamente la necesidad *de obediencia* como base de la jerarquía, en el internacional predomina la exigencia *de justicia*.

A esto puede añadirse la observación de VON WEBER: El Derecho internacional no otorga al individuo una protección tan completa, al menos hoy por hoy, como el Derecho interno; por lo que es lógico que prefiera seguir los dictados y exigencias de éste.

Planteado en el puro terreno de la justicia, es evidente que el inferior no debería acatar órdenes criminales. Magistralmente lo exponía S. S. León XIII (50) al aludir a los casos en que no debería obedecerse el mandato injusto del superior, por ser la resistencia deber y la obediencia crimen.

En el Derecho internacional, además de estos casos de imposibilidad individual, existen otros de responsabilidad de un Estado que SOBRENSEN (51) denomina "responsabilidad indirecta", derivada de los actos que realiza otro que se encuentra en cierta relación de dependencia o subordinación respecto a aquél v. g.: país bajo protectorado, bajo ocupación, etc.

La discordancia entre las legislaciones de cada país motiva agudos problemas v. g.: en el caso de individuos o empresas que en el extranjero obedezcan órdenes de su Gobierno: incluso en los mismos aviones militares que sobrevuelan otros países siguiendo órdenes; policía que persiga fuera de su país a ciertos delincuentes, etcétera. Constituyendo infracción en el país que los juzgue ¿cabrá apreciar la obediencia debida? Frecuentemente pesa sobre los actores una coacción presión intimidante. Suelen afirmar, además, muchos autores que el Derecho no puede exigir conductas de héroes o mártires.

Si se tiende modernamente a ajustar la sanción todo lo posible a la personalidad del culpable, no habrá otro remedio que reconocer que apenas o nada intervino el subordinado en la orden que se le impuso.

---

(50) "Sapientiae Christianae", § 11.

(51) Cours Général. Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1960.

En este extremo, señala STEFAN GLASER (52), el Derecho internacional tiene que partir de una base análoga a la del Derecho interno; la de la culpabilidad del responsable.

El Reglamento de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, atribuía al propio Estado la sanción de los militares que infringieran sus normas. En el artículo 41, se reconocía este derecho concretamente para las vulneraciones a las cláusulas del armisticio. En el anexo al Convenio, el art. 8 estableció que "los prisioneros de guerra deben acatar las leyes, reglamentos y órdenes que rijan para el Ejército del Estado en cuyo poder se encuentran. Todo acto de insubordinación será castigado con la severidad necesaria". Se impone, por tanto, un deber de obediencia que podría estar en contradicción con lo dispuesto por el país del que son súbditos.

Al acabar la I Guerra Mundial, se planteó el problema de las responsabilidades derivadas de la misma, estableciéndose en los artículos 227 y 228 del Tratado de Versalles, la del Kaiser y otros altos dirigentes alemanes. En ellos se centró la responsabilidad, como cabezas de la administración.

Durante la II Guerra Mundial, se dictó el 1 de noviembre de 1943 la llamada Declaración de Moscú, por la que los aliados acordaron enviar a los oficiales y soldados alemanes y miembros del partido nazi responsables de atrocidades y crímenes o que hayan permitido su comisión, a los países en los que cometieron sus abominables fechorías, para que fueran juzgados y castigados de acuerdo "con las respectivas leyes de los países liberados y de los Gobiernos libres que en ellos se establezcan". Esta declaración era laudable en cuanto establecía para la competencia, el "forum delicti comisi"; lo cual era justo, pues allí donde se cometió el delito era necesaria la reparación, y existían las mejores pruebas. Pero encerraba el riesgo de que el país juzgador no admitiera circunstancias establecidas en el país al que el reo pertenecía, y que hubieran influido decisivamente en la realización del hecho, como podía serlo la obediencia.

Ya vimos, sin embargo que la legislación nazi no otorgó un

---

(52) Curso de 1960. Academia de Derecho Internacional de la Haya, 1960.

valor eximente total a la obediencia, por lo que el problema era más teórico que real.

El art. 8 dió eficacia a la obediencia debida sólo como posible atenuante.

La actuación del Tribunal Militar Internacional, fué establecida para aquellos crímenes que no tuvieran una localización geográfica particular.

Esta Declaración de Moscú fué, pues, un precedente para proceder a la represión una vez terminada la guerra. Así se dictó para el Tribunal que se estableció en Nüremberg, el Estatuto de 8 de agosto de 1945, y para el Japón el de 19 de enero de 1946. En este último, su art. 6 recogió la obediencia como atenuante facultativa. En el de Nüremberg se hizo análoga declaración en el artículo 8. Durante este proceso algunos encartados como Doenitz, Raeder, Jodl y Keitel insistieron reiteradas veces en la obediencia como motivante de su conducta.

El Fiscal francés M. DE MENTLONÉ, señalaba que en un Estado moderno organizado, la responsabilidad se limita a los que obran directamente a su servicio. Los demás, los que no han tomado parte en la decisión y no han podido distinguir los caracteres criminales del acto, están cubiertos por la doctrina de la fuerza mayor.

Además de estas disposiciones, en cada país se dictaron otras disposiciones para la represión de los crímenes de guerra. Así en Francia, la Ordenanza aludida anteriormente de 29 de agosto de 1944, que niega como eximente no sólo la obediencia debida, sino incluso la obediencia a leyes y reglamentos enemigos; precepto discutible no sólo por la generalidad de su redacción sino también por la contradicción que supone el haber mantenido antes de la guerra relaciones con Alemania y venir así implícitamente a reconocer su régimen jurídico.

JUAN DEL ROSAL critica, además, el que admitiendo los crímenes de guerra como delitos comunes, no se aplicará la obediencia debida en los términos en que la admite el art. 327 del Código Penal francés para ciertos delitos.

En Bélgica tuvo un carácter análogo la Ley de 20 de junio de 1947.

Con posterioridad a la guerra, la Asamblea General de la O. N. U., en su sesión de París acordó el 11 de diciembre de 1948,

en relación al Genocidio en el art. 4 extender las responsabilidades dimanantes, expresamente a particulares, gobernantes y gobernados.

VESPASIANO V. PELLA, en su "Proyecto de Estatuto de la Corte Criminal Internacional", decía en el art. 58: "1. La orden de la ley y el mandato de autoridad legítima no pueden ser considerados como hechos justificantes. 2. Si la justicia lo exige, la Corte podrá reducir la pena aplicando circunstancias atenuantes. La Corte podrá eximir al acusado de toda responsabilidad, en caso de fuerza mayor o de coacción irresistible".

Y en el art. 57, decía: "Ningún acusado podrá invocar... su calidad de gobernante o de funcionario".

En 1953, aprobó la Comisión de Derecho internacional, un proyecto de Código Internacional de Delitos contra la paz y la Seguridad de la Humanidad. En él se establece en el art. 4 que "el hecho de que una persona acusada de la comisión de un delito previsto en este Código haya procedido siguiendo una orden de su Gobierno o de un superior, no le eximen de responsabilidad ante el Derecho internacional, si en las circunstancias prevalentes al tiempo de la ofensa le fué posible no dar cumplimiento a esta orden".

Como señala ALBERTO ULLOA (53) en estos delitos contra la paz, en cuya clasificación y declaración fueron seguidas las pautas señaladas en Nüremberg, se mantiene el clásico principio de responsabilidad personal, sin que el hecho de actuar en obediencia a órdenes exima por sí solo de pena.

Queremos nosotros, por último, destacar que en todos estos modernos proyectos internacionales, se rehuye también el establecer una fórmula fija de obediencia o inobediencia, tanto para efectos eximentes como para los atenuatorios (que es la única eficacia que se admite en Derecho internacional), estableciéndose, por el contrario, fórmulas flexibles, al igual que habíamos señalado al estudiar nuestro Derecho Militar.

---

(53) *Derecho Internacional Público*. Madrid 1959.