

## LA EXIMIENTE DE OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

Gonzalo MUÑIZ VEGA  
Coronel Auditor

### 1. *La obediencia militar.*

MUÑIZ TERRONES iniciaba el estudio de la obediencia militar con esta exclamación: “¡Obediencia militar!. ¿Cuál es el *sprit fort* que no tiembla en presencia de cuestión tan pavorosa?” (1)... Y es que, como explica RODRÍGUEZ DEVESA, el tema de la obediencia se ofrece en el Derecho Militar con una aureola mágica y mítica que hace sumamente delicado su tratamiento. (2)

ALMIRANTE definía la obediencia como “la sujeción y subordinación a la voluntad del superior, ejecutando sus preceptos.” (3)

La obediencia militar será, pues, aquel vínculo nacido de una relación jerárquica castrense, en virtud del cual, el inferior asume el cumplimiento de las órdenes — éste es, de las prescripciones imperativas impartidas por el superior —, y procede a su ejecución.

La obediencia es una técnica previa y externa al Derecho Penal que se da en la realidad social y que impone un determinado comportamiento al llamado a obedecer y ello en la medida que es condicionante del funcionamiento de los grupos o instituciones sociales jerarquizadas (4). Los Ejércitos son, dentro de la organización estatal, las instituciones más jerarquizadas y, por tanto, hay que analizar la vertiente jurídica de la obediencia. Al represen-

(1) JOSÉ MUÑIZ TERRONES: *Concepto del Mando y deber de la Obediencia (Cartas a Alfonso XIII)*, Tomo I, Madrid, 1893, p. 328.

(2) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, voz *Insubordinación*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XIII, Barcelona 1968, p. 156.

(3) Citado por MUNIZ TERRONES: *Op-cit.*, p. 329.

(4) JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ: *La Obediencia debida en el Código Penal, Análisis de una causa de justificación (Artículo 8, 12 C.P.)* Barcelona 1986, p. 26.

tar un mecanismo legal de actuación militar se ampara por el Derecho Penal Militar, ya que la obediencia es impuesta o exigida por la disciplina, que garantiza la cohesión de las Fuerzas Armadas; requisito, a su vez, del funcionamiento y eficacia de las mismas. De ahí que el Derecho Penal Militar, al proteger la obediencia, salvaguarda la disciplina que es el bien jurídico tutelado y aquella no representa un fin en si misma, sino que su valor es referencial, requiere un fin para ser comprendido como valor, que, en último extremo, no es otro que la garantía del potencial bélico del Estado a través de la cohesión que la disciplina da a los Ejércitos.

La obediencia, pues, derivada del vínculo de subordinación, que impone la disciplina básicamente establecida en los Ejércitos, es su esencia y la fuerza que proporciona a los mismos cohesión y eficacia, permitiéndoles cumplir las misiones asignadas dentro del Estado. Pero no es menos verdad, que en los tiempos actuales no cabe ya defender el imperio de una obediencia ciega e incondicional ni una sumisión personal indiscutible y absoluta. Es precisamente el rigor, con que ha de exigirse la obediencia dentro de los Ejércitos, el que impone en los mismos, mas que en otra parte del Ejecutivo, deslindar los límites cuya transgresión provoca el cese en el inferior de la obligación de obedecer y, dentro de las cuales, éste se mueve en el campo de la impunidad.

## 2. *La obediencia militar en la historia.*

En Roma, regía el principio de obediencia absoluta e incondicional al jefe militar en tiempo de guerra. El que en la guerra - dice MODESTINO - hace una cosa prohibida por su jefe o no observa su mandato, es castigado de muerte, aunque redundase en bien lo que así hiciera. Y el HALICARNASO decía que los caudillos tenían por ley potestad de quitar la vida sin proceso ni sentencia al desobediente (5). Además la historia de Roma brinda bastantes ejemplos en donde el beneficio reportado por la acción desobediente no libró de culpa a su autor (6).

(5) Citas tomadas de FRANCISCO DE OYA: *Tratado de las Leyes Penales de la Milicia Española, Procesos y Consejos de Guerra con notables resoluciones de su Magestad y advertencias para todo Oficial y soldado de Infantería, Caballería y Dragones, Guardias de Infantería; Artillería y Invalidos y para Jueces Ordinarios y Militares*, Madrid 1732, p. 167

(6) Quizás los más famosos fueron los de T. MANLIO TORQUATO, que quitó la vida a sus hijos por haber combatido al enemigo contra sus órdenes y aunque obtuvieron la victoria; y el del Maestro de Caballería Q. FABIO, el cual, para obtener perdón del dictador L. PAPIÑO CUESVA, necesitó las súplicas del Senado, pueblo y tribunos por haber derrotado al enemigo pese a que el dictador, al ausentarse, dejó ordenado que, durante su ausencia, no se acometiera al mismo. Cfr. FRANCISCO DE OYA: *Op. cit.* pp. 167 y s.s.

JIMÉNEZ DE ASÚA Y BETTIOL, sin embargo, han registrado que existían límites a tal realidad, pues esa primacía del interés público en la defensa y conservación de Roma y de su Imperio, que imponía la obediencia militar incondicionada, sólo tenía vigencia en la guerra (7). Durante la paz subsistían las limitaciones a la obediencia que se establecieron para los hijos de familia y para los esclavos, en virtud de las cuales no quedaban exentos de responsabilidad cuando revestía el carácter de *atrocitatem facinoris*, es decir, de determinados delitos contenidos en la *Lex Julia*, en general los públicos, aunque se ampliaría también a algunos privados (8).

EL CONDE DE CLONARD explica que, en la Edad Media, cada alcaide de castillo tenía, para sus ausencias o accidentes, un sustituto, que se denominaba "mayor", el cual hacía pleito-homenaje, no sólo de conservar el castillo hasta el último extremo sino de entregárselo al señor, cuando en ley y en circunstancias idóneas se lo pidiese, pero nunca, ni bajo concepto alguno, a los enemigos, aún cuando fuera para rescatar la vida del alcaide, ni por orden de éste expedida en estado de cautiverio, ni aún a este mismo gozando de libertad, si, por ello, corriera el castillo peligro de perderse. Si ambos, alcaide y mayor, se confabulaban para entregar la fortaleza, entonces, el principio de la lealtad se hacía superior y prevalecía sobre la obediencia y cuantos se hallaban en el castillo debían, renunciando a la obediencia a sus jefes, resistir sus órdenes, si tenían por objeto cometer una traición. Cuantos cooperasen, con su aquiescencia a la entrega del castillo, se hacían cómplices del hecho y, como a tales, se les imputaba el delito de traición (9).

Esta tesis del ilustre historiador militar tiene su fundamento, a no dudarlo, en la Ley VII, Título XVIII, Partida II, que decía:

"Excusar non puede el alcayde que non vaya algunas vegadas del castillo que tiene a otra parte, por cosas que le acaescan, pero esto non deve fazer; en tiempo que entendiere que el castillo se podría perder. Mas quando desta guisa que dicha es, quiesse de yr, deve, segun fuero de España, dexar a otro en su lugar por Alcayde... E a tal como este, puede dexar en su lugar, e dar las llaves del castillo e fazer que le fagan omenaje, quatos fueren, assí como a el mismo lo avian fecho para guardar el castillo bien e lealmente en todas las cosas fasta que el venga. E deve otrosi mandar a aquel que dexan en su lugar

(7) GIUSEPPE BETTIOL: *L'ordine dell' autorità nel Diritto Penale*, Milán 1934, pp. 17 y s.s. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Buenos Aires 1969, p. 838.

(8) LORENZO MORILLAS CUEVA: *La Obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Madrid 1984, p. 24.

(9) SERAFÍN MARÍA DE SOTTO, CONDE DE CLONARD: *Historia orgánica de las Armas de Infantería y Caballería Española*, Tomo I, Madrid 1851 p. 464.

q si acaessiese q el muriesse por qual manera fuesse preso, que el entregara el castillo al Señor cada que el mandasse, assi el era tenuto de lo fazer; q cumpla todas las otras cosas, en tenecia e en guarda del castillo, asf como las devia el cumplir. E si por aventura acaeciesse q tal Alcayde como este viere preder o ferir al otro q le dexo en su lugar con todo esto non deve dar el castillo a los enemigos; mager el gelo mandasse ni au a el mismo mientras fuesse en poder dellos Ca si lo fiziesse faria a tal traycion como vendedor del castillo de su Señor; e deve aver esa mesma pena E comoquier, que en todo tiepo, deve dar el castillo al Alcayde que le dexo en su lugar, quando gelo pidiese, pero con todo esso: non lo deve fazer en sazón que se pudiesse perder Ca assi como el otro q le dexó en su lugar, era tenuto de dar castillo a su Señor, en essa manera la es el E la lealtad de España, por tan estraña cosa tuvieron de feradamiento de Señor, que non tan solamente defendieron al Alcayde, que toviessse el castillo, que no lo diessse por madado del otro que estoviesse de fuera; mas aun que si ambos fuessen avenidos para darlo, que los otros que fuessen en el castillo non gelo dexassen fazer en ninguno manera. Ca comoquies que los que estoviessen en el castillo sean tenudos de obedecer al Alcayde en todas cosas, en tal como esta, non lo deven fazer pues q por ella caerian en pena de traycion”

Esta Ley de Partidas impone —como dice MUÑIZ TERRONES— la prohibición de obedecer en lo que fuere contrario al objeto legal de la obediencia (10)

Como curiosidad, señalaremos que, en la España musulmana, el granadino ABDER-RAHMAN BEN HOZAIL escribía sobre la obediencia castrense a finales de la Edad Media —siglo XV—. “Encargóme el profeta de Dios que oyese y obedeciese siempre, aunque fuese a un esclavo mutilado” —“Si os manda alguna cosa un esclavo negro, a él oid, obedeced”. “A no ser que os mande la rebelión, en cuyo caso no oiréis ni obedeceréis”. “Al rebelde e inobediente no le será lícita la entrada en el paraiso” (11).

En la Edad Moderna y con la existencia ya de ejércitos permanentes, se inicia la vía hacia la unidad legislativa en materia militar y en consecuencia van dictándose progresivamente las primeras ordenanzas. Se ha dicho que, en el Derecho de las Ordenanzas, regía el principio de obediencia ciega, previendo aquellas gravísimas penas para la inobediencia y siendo la opinión común que ningún militar podría ser condenado por cumplir una orden superior (12).

(10) MUÑIZ TERRONES: *Op cit.* p. 378

(11) Citado por MUÑIZ TERRONES: *Op. cit.* p. 375

(12) PABLO CASADO BURBANO: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Madrid 1982, pp. 18,36 y 37, MORILLAS CUEVA: *Op. cit.* p. 191

No obstante, de tal afirmación no puede predicarse que sea exacta y requiere ciertas precisiones. En primer término, hay que destacar que se exigía que la obediencia se desarrollará dentro del servicio (13) Ya SANCHO DE LONDOÑO, al referirse a “la obediencia y respecto a los superiores”, decía: “Que cualquier oficial inferior obedezca y respete al superior *en todas cosas tocantes a la orden y servicio de su Majestad*, aunque no fueren sus propios Maestros de Campo, Capitanes, Alféreces o Sargentos” (14). Y ésta fue una constante en las ordenanzas posteriores. Así las Ordenanzas de Felipe V de 18 de diciembre de 1701 mandan que cualquier soldado “obedezca a todos los Oficiales, Mariscales de Logis o Sargentos de su Regimiento y de todos los demás de el Ejército; y al Brigadier o Caporal de su Compañía, *siempre que le mandase cosa tocante al Real Servicio*” (15)

Y la Ordenanza llamada, “Segunda de Flandes”, de Felipe V, de 10 de abril de 1702, dispone que “todo Coronel y después de ellos los Tenientes Coroneles, tanto en ausencia como en presencia, puedan mandar a todos los Capitanes y Oficiales de sus Cuerpos *cuanto juzgaren conveniente al Real Servicio y restablecimiento de sus Compañías*; Y éstos los obedecerán, sin repugnancia so pena de que, si la tuvieren, podrán los referidos Coroneles y Tenientes Coroneles suspenderlos de sus puestos y arrestarlos; Y la misma autoridad concede Su Magestad a los Capitanes que, por su antigüedad, obtuviesen el mando del Cuerpo en falta de éstos.” (16)

Las Ordenanzas de Fernando VI para la Real Armada de 1748 (17) y las Reales Ordenanzas de Carlos III para el Ejército de 1768 recogen el mismo pensamiento, repitiendo de modo, mas que reiterativo, fatigoso —como

(13) Ello lo reconocen y destacan también así tanto CASADO BURBANO como MORILLAS CUEVA en los lugares citados.

(14) SANCHO DE LONDOÑO: *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y mas antiguo estado*, Madrid 1943, p. 75.

(15) Artículos 1 y 3; Título II, Libro II de la Ordenanza de 18 de diciembre de 1701.

(16) Artículos 18, Título V del Libro I de la Ordenanza de 10 de abril de 1702.

(17) El Título IV del Tratado V de la I Parte de las Ordenanzas de Fernando VI para la Real Armada, que trata de los “*Crimenes que deben examinarse en Consejo de Guerra y penas que les corresponden*,” contiene, entre otros, los siguientes artículos:

*Artículo 2.*- “Todo Oficial de Mar de cualquier clase que sea, todo Sargento, Cabo o Soldado de los Batallones de Infantería y Brigadas de Artillería, todo Artillero de Mar, Marinero o Grumete debe obedecer a los Oficiales de Guerra destinados en su Navio, en todo lo que mandaren perteneciente a mi Servicio...”

*Artículo 3.*- “Baxo la misma pena estarán obligados los Sargentos, Cabos y Soldados de Infantería y Artillería, a obedecer en materia del Servicio a cualesquiera Oficiales de Guerra de la Armada y de las Tropas de Tierra”.

*Artículo 4.*- “Los Cabos y soldados, así de Infantería, como de Artillería, obedecerán bajo la misma pena, en Tierra y a Bordo, en asuntos del Servicio, a todo Sargento, así de su Compañía o Cuerpo, como de otro cualquiera de la Armada o Ejército y los Soldados a los Cabos de Escuadra de su Compañía en todos tiempos: y a los de otros Cuerpos cuando se hallen destinados o de Guardia con ellos”.

comenta RODRÍGUEZ DEVESA— (18.) la misma idea de que no hay un deber de obediencia ilimitado en la milicia, de que la obediencia solo se debe en materias del servicio. (19)

En segundo lugar, la obediencia no resultaba nunca tan ciega e incondicionada que no se admitieran excepciones al deber de acatar puntualmente las órdenes superiores. Así la Ordenanza de Felipe V de 10 de abril de 1702 prescribía: “Que sucediendo alguna disputa sobre el servicio entre Oficiales en parage donde prontamente no pueda esperar la decisión de su Magestad, la aya de dar el que tuviese el mandado de las Tropas con la qual deberán conformarse sin repugnancia: y si sucediese el caso de que entre oficiales de igual carácter se alterque en alguna materia y no hubiere superior que resuelva lo conveniente a ella, lo executará el Oficial que les sigue en el mando, y no asistiendo éstos a lo que determinare, se ordena a todo Soldado, Infante, Cavallo Ligero o Dragón, no reconozcan a tales superiores, y obedezcan al Oficial que hubiere decidido; y si éste considerase útil el arresto de los contumaces, podrá ejecutarlo.” (20)

Y esas mismas “Segundas Ordenanzas de Flandes” contienen un artículo, que luego fue reproducido por la Ordenanza, también de Felipe V, de 12 de julio de 1728 (21) pasando mas tarde a las Ordenanzas de la Real Armada de Fernando VI que dice: “Si con ocasión de disputa entre Oficiales, Comandantes de Vaxeles o de Cuerpos o Destacamentos en tierra, sucediese que alguno de ellos dé motivo, para animar a los que manda, a que obren ofensivamente contra los de otro Vaxel, o Cuerpo, Prohibo a los Oficiales, Soldados y Marineros, que le obedezcan, pena de ser diezmos. Y al Comandante del Vaxel, Cuerpo o Destacamento, le impongo la de la vida, si

(18) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, número 3 (enero-junio 1957) p. 65.

(19) Cfr. el Tratado VIII, Título X de las *Ordenanzas de su Magestad para el régimen, disciplina y subordinación de sus Ejércitos*, de 1768, que trata de la Inobediencia.

(20) Artículos 29, Título V, Libro I de la Ordenanza de 10 de abril de 1702. Asimismo el artículo 97 de esta Ordenanza reitera también el principio de desobediencia y sanción al que no lo cumpla de que tratamos a continuación que—como se dice—pasó al artículo 30, título V, Libro I de las Ordenanzas Navales de Fernando VI.

(21) Artículo 30, Título V, Libro I. Por su parte, las Ordenanzas Militares del Archiduque Carlos del año 1706 establecían una curiosa excepción al deber de obediencia: “Cuando un oficial o soldado no pudiese obedecer a un superior notado de infamia, entonces debe primero representar ésto al superior y, en caso de que éste no hiciera justicia, lícitamente puede rehusar de estar bajo su comando si es superior o a de hacer servicio con el si es igual. Entendiéndose de el solo deshonor que se sigue de la acción infame hecha por el hombre, mandamos expresamente que no pueda servir de disculpa la diferencia de el nacimiento o de el Servicio por poderse lícitamente excusar de la pena de Inobediente, habilitándole nuestra Real Patente o de nuestros oficiales que tendrán potestad de darla, porque solo la acción infame puede desabilitar un Oficial o Soldado” Cfr. *Las Ordenanzas Militares del Archiduque Carlos*, Madrid 1987, p. 49.

con su gente obrare ofensivamente contra otros” (22) Y estas mismas Ordenanzas para la Real Armada, tras penar al piloto o timonel, que, por no haber seguido el rumbo ordenado por el Comandante del buque u oficial de guardia, provoque su pérdida, prescriben que “si mandándole algún oficial variar el rumbo considerarse (el piloto o timonel) pueda resultar su pérdida (del buque) estará obligado a advertírselo y a dar parte al Capitán sin dilación, pena de que no se le admitiría esta disculpa para eximirle del castigo” (23)

Y las Reales Ordenanzas de Carlos III prohíben que se empleen medios afflictivos para apremiar al reo a declarar, castigando con “pena de privación de empleo al Oficial que lo mandase y de igual o mayor castigo al que en ésto obedezca” (24). Autorizan también a quien “mandare para cualquier servicio sea de la graduación o cuerpo que fuere” para formular la queja que tuviese sobre ello “únicamente en el caso de no atrasarse el servicio”, “ante su inmediato superior” (25). Además VALLECILLO —sin duda uno de los mas autorizados comentaristas de las Reales Ordenanzas de Carlos III — considera que no es absoluta la obediencia ciega del militar y sobre la base de las antedichas Reales Ordenanzas (26) llega a la conclusión de que las mismas resuelven *a priori* el límite de aquella obediencia cuando “ponga en pugna el súbdito con el jefe o la obediencia con el mandato por mandarse actos de conocida traición, cobardía o capitulaciones como la de Bailén (27) habiendo elementos, probabilidad o esperanza de preservar las armas de semejante humillación; y para tales casos, si ocurren, que han forzosamente de suscitar dudas, conflictos y embarazos; parece como que advierten a los Oficiales que tomen el partido mas *digno de su espíritu*. También parece como que preven la posibilidad de que, por jefes sediciosos, desleales y ambiciosos, se manda proceder contra la fidelidad y lealtad que deben

(22) Artículo 39, Título V, Tratado V, Parte I, de las Ordenanzas de la Real Armada.

(23) Artículo 32, Título IV, Tratado V, Parte I.

(24) Artículo 50, Título V, Tratado VIII.

(25) Artículo 15, Título XVII, Tratado 5.

(26) Se fundamenta, al desarrollar tal argumentación, en el artículo 9 del Título XVII del Tratado II, de las Reales Ordenanzas de 1768, que decía “Todo Oficial será responsable de la vigilancia de su Tropa en el exacto cumplimiento de las órdenes particulares que hubiese y de las generales que explican la Ordenanza, como de tomar en todas los accidentes y ocurrencias que no le estén prevenidas, el partido correspondiente a su situación caso, y objeto, debiendo, en los lances dudosos, elegir el más digno de su espíritu y honor”.

(27) La capitulación de DUPONT en Bailén fue considerada indigna, pues, durante la tregua donde se discutió, las divisiones de VEDEL y DUFOUR se habían colocado fuera del alcance del ejército español, mas DUPONT, ante la amenaza de CASTAÑOS de hacer un terrible escarmiento en la división de BARBÓN si aquellas no se entregaban, cursó la orden de que volvieran, orden que se cumplió; lo que motivara el comentario de NAPOLEÓN: “Un general que se halla en poder del enemigo no está facultado para expedir órdenes: el que le obedece es un criminal”. Cfr. MUÑIZ TERRONES: *Op. cit.* p. 377.

siempre los militares a su Rey y a su Patria, y para estos casos, si ocurren, que también han de venir envueltos en dudas y conflictos, parece como que igualmente les previene que formen *el partido mas digno de honor*" (28) En el mismo sentido se pronuncia el también comentarista de las Reales Ordenanzas, MUÑIZ TERRONES —el cual se reconoce discípulo de VALLECILLO— y cita el ejemplo de DAOIZ y VELARDE (29).

Tras la sublevación de RIEGO en Cabezas de San Juan y con un evidente propósito de justificar la misma y aunar a los Ejércitos con el sistema constitucional, la Ley Constitutiva del Ejército, aprobada por Decreto de 9 de junio de 1821, dispone en su artículo 7º: "Es delito de traición el abuso de la fuerza armada cuando ésta se emplea en los casos siguientes:

- 1º. Para ofender la persona sagrada del Rey
- 2º. Para impedir la libre celebración de elección de Diputados a Cortes.
- 3º. Para impedir la celebración de las Cortes en las épocas y casos que previenen la Constitución.
- 4º. Para suspender o disolver las Cortes o las Diputaciones permanentes de las mismas."

Y el artículo 8º decía: "Ningun militar obedecerá al superior que abuse de la fuerza armada en los casos expresados en el artículo anterior bajo las penas que las leyes prefijasen."

(28) ANTONIO VALLECILLO Y LUJÁN: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares*, Tomo I, Madrid 1864, p. 161.

(29) MUÑIZ TERRONES dice al respecto: "las estatuas que se levantan a la memoria de DAOIZ, de VELARDE, de RUIZ y demás héroes de la Independencia española publican con sus lenguas de bronce y de piedra que ellos merecieron bien de la patria, que cumplieron con su deber, y sin embargo, su *heroísmo* tuvo por principio la *desobediencia*."

Las órdenes superiores dadas por escrito de antemano, les prohibían todo acto, toda manifestación hostil a los franceses: *su obligación era estar encerrados en los cuarteles*, mudos testigos de aquello (...) Todos los artículos de las Ordenanzas que señalan deberes, obediencias y respetos, establecían los fuertes lazos de la subordinación entre ellos y sus superiores jerárquicos. Pero éstos, débiles o cobardes, eran *traidores* a la patria y había lugar donde romper esos lazos.

Sin embargo antes ¡cuantas angustias, cuantas sombras en los cerebros de aquellos oficiales! De un lado la orden escueta, no razonada, previniendo la permanencia de las tropas en los cuarteles dictada por quien la podía dictar; y todas las penas, todos los rigores de la Ordenanza para quienes desobedecieran; al lado opuesto la patria; herido el seno por el plomo francés; los hijos del pueblo batiéndose en las calles; todos los orgullos, todos los sentimientos de independencia hollados...! Ah! si; caso dudoso era ése ¡bien dudoso, pero sólo en un principio! que allí estaba el precepto, el mandato imperativo de la propia Ordenanza gritándoles: "Habeis de elegir frozosamente *el partido mas propio de vuestro espíritu y honor*" Cfr: *Op. cit.* p. 373.

No hay duda de que el ejemplo de DAOIZ, VELARDE, RUIZ y demás héroes de la Independencia y su inmediata y unánime glorificación nacional representa el mentís mas rotundo y palpable a la tesis de la vigencia de la obediencia ciega y absoluta bajo el Derecho de las Ordenanzas.

Tales preceptos insólitos con el contexto militar europeo de la época y que perseguían ante todo vincular las Fuerzas Armadas con el sistema constitucional (30) dieron lugar a opiniones contrapuestas. No faltaron quienes, desde el partido constitucional, los elogiaron (31) ni quienes, dentro del marco castrense, los consideraron nocivos para la milicia, al abrir— como explicaría el Marqués de Miraflores— la puerta a la “indisciplina, so color de conservar al soldado garantías de ciudadano”. (32)

Esta ley tuvo escaso tiempo de vigencia, ya que, al asumir Fernando VII el poder absoluto, derogó toda legislación del Trienio. (33)

Tras la “Gloriosa”, la Constitución de 1869 estampó, en su artículo 30, el principio de que “el mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante de una prescripción constitucional” Y, aunque dicho artículo parecía referirse a los funcionarios públicos en general, comentaristas autorizados de la legislación castrense lo consideraron aplicable a los militares (34).

El Código Penal del Ejército de 1884, en su artículo 7º, nº 12, recogió, como causa de exención de responsabilidad: “El que obra en virtud de obediencia debida”. Pero el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, aunque en su artículo 10, nº 12, estampó igual fórmula, añadía el párrafo siguiente: “Esta circunstancia la tomarán o no en cuenta los Tribunales según los accidentes de cada caso y teniendo presente, si tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella.”

El Código de Justicia Militar de 1890, en cambio, se remitía, en su artículo 172, a las eximentes del Código Penal, pero dejando en libertad a los

(30) Por eso, decir —como hacia la Memoria del Anteproyecto del Código Penal Militar de 1982— que dicha Ley avanzaba en el caminar de las tesis “de las bayonetas ciegas a las bayonetas inteligentes” no representa más que pura retórica, dado que la tesis de las “bayonetas ciegas” había quedado más que desmentida a través de la Guerra de la Independencia y el objetivo perseguido por esa ley era más que evidente. Recuérdese que ya la Constitución de 1812 había querido imponer el siguiente juramento real: “juro por Dios y por los Santos Evangelios que defenderé y conservaré la Religión Católica, Apostólica y Romana sin permitir alguna otra en el Reino; que guardaré y haré guardar la Constitución política y leyes de la Monarquía Española... y si bien lo que he jurado o parte de ello lo contrario hiciera, *no debo ser obedecido, antes aquello en que contraviniere sea nulo y de ningún valor...*” (artículo 173) Y que un decreto de las Cortes de Cádiz de 2 de febrero de 1814 disponía que “no se reconociera por libre al Rey y, por tanto, no se le prestara obediencia hasta que en seno de Congreso nacional preste el juramento prescrito en el artículo 173 de la Constitución”. Afortunadamente se prescindiría de dicha Memoria, lo que suponemos que obedeció, en gran parte, al deleznable castellano utilizado.

(31) CASADO BURBANO: *Op. cit.* p. p. 98 y s. s.

(32) MARQUÉS DE MIRAFLORES: *Apuntes históricos-críticos para escribir la Historia de la Revolución de España, desde el año 1820 hasta 1823*. Londres 1834, p. 97.

(33) Fernando VII derogó toda la legislación del Trienio por Decreto de 1 de octubre de 1823

(34) MUÑIZ TERRONES *Op. cit.* p. 374 y s. s.

tribunales militares para apreciarlas o no, sin que pudieran “declarar la exención de responsabilidad por ninguna otra causa que no se halle consignada en dicho Código.”

El Código de Justicia Militar de 1945, en su artículo 185, nº 12, restablece la fórmula del Código Penal de la Marina de Guerra y declara exento de responsabilidad criminal: “ El que obra en virtud de obediencia debida. Esta eximente la tendrán o no en cuenta los tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella”.

Como observaba RODRÍGUEZ DEVESA, la amplitud del arbitrio judicial para dejar de imponer pena según las circunstancias y la concurrencia o no de la malicia por parte del inferior, en definitiva una especie de perdón judicial, no tenía resonancia en cuanto a la obligatoriedad de la orden, que necesariamente había que cumplir. (35).

Con motivo de los horrores de la II Guerra Mundial, se replantearía, tanto en el ámbito de Derecho interno como internacional, la problemática de la eximente de obediencia jerárquica, llegándose por algún autor como HAF-TER a considerar tal eximente en el Derecho interno como inmoral y políticamente indeseable —“unmoralisch und politisch unerwünscht”—.

Los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio-artículos 8 y 6 respectivamente—establecieron el principio de que “el hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de pena si el Tribunal lo estima justo”. Como expone QUINTANO RIPOLLES, en realidad trataba de conseguir un fin práctico que, de prosperar el principio tradicional de la causa justificada de obediencia, daría al traste con los mejores propósitos judiciales, como ocurrió en ocasión de la primera postguerra con los juicios del Alto Tribunal de Leipzig. Entonces y siempre que se deje abierta la válvula legal o jerárquica, la responsabilidad quedará diluida por el encadenamiento de órdenes y jerarquías hasta llegar a la suprema del Jefe del Estado, protegido también tradicionalmente por la excusa de su inviolabilidad (36). De aquellos estatutos, la disposición mantenedora de la responsabilidad en casos de obediencia ha pasado a numerosos ordenamientos nacionales de trascendencia para la criminalidad

(35) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985. Revista de Derecho Público*, nº 103 (abril-junio 1986) p.276.

36) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo II, Madrid 1957 p. 180.

internacional (37).

La crisis de esta exigencia tras la II Guerra Mundial ha llevado, pues, a rechazar en el ámbito castrense la obediencia del *perinde ad cadaver* que puede resultar muy útil a los efectos de disciplina, pero pugnará con criterios evidentes de justicia al facilitar la impunidad de actos notoriamente reprobables por su inhumanidad y carácter inicuo. Mas ello no presupone la aceptación, sin más, de la tesis de las “bayonetas razonables”, en que se permite a cada soldado discutir y oponerse a los preceptos de la superioridad (38).

En España, estas nuevas corrientes no se plasman legislativamente hasta la promulgación de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas por Ley 85/1978, de 26 de diciembre. (39)

El artículo 34 dispone: “Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión.”

Y en la misma línea el artículo 84 proclama: “Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su

(37) Para no hacer excesivamente largo este trabajo, he prescindido de incluir el Derecho Comparado que puede consultarse en: RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*; ENRIQUE PORRES, JUAN-SENABRE: *Consideración general de la Obediencia debida como exigencia*, también en la *Revista Española de Derecho Militar*, número 12 (julio-diciembre 1961) y, si se quiere, más actualizado, en LORENZO MORILLAS CUEVA: *Op. cit.*

(38) La expresión fue, por primera vez, usada en España por QUINTANO RIPOLLÉS: *Op. cit.* p. 182.

(39) Téngase en cuenta que, en España, dominaba al respecto la idea que MUÑIZ TERRONES expone al escribir: “de una vez; la obediencia no obliga al militar cuando el mandato se encamina contra las leyes; sin que, por decir ésto, es mi concepto al menos, corran peligro los principios de *subordinación y disciplina*, sino que a favor de ese sentido común, que otros invocan, cada uno cuidaría de no extremar el derecho de negativa, empleando solamente en los lances no dudosos, en que sea evidente la infracción por parte del que manda.

Lo menos que un militar debe hacer antes de prestarse a aquello que se oponga a su deber o repugne a su conciencia es *envainar su espada* o presentar la dimisión de su cargo si su posición se lo permite. Así lo hicieron el General BORSO y el Coronel PEZUELA, hoy CONDE DE CHESTE, cuando VAN HALEN, General en Jefe del Ejército del Centro, se empeñó en fusilar a 28 Oficiales y 11 individuos de tropa, a quienes estos Jefes habían hecho prisioneros bajo promesa de vida. ¿A donde iríamos a parar, si hasta la personal dignidad estuviera supeditada a la voluntad, al exceso, al capricho del que manda más? Ni aún la religión estaría segura Cfr. *Op. cit.* p. 381. MUÑIZ TERRONES era, cuando esto escribía, Teniente Coronel de Infantería y, a no dudarlo, expresaba así la ética que imperaba entre sus compañeros de armas bajo la vigencia de las leyes decimonónicas y desde luego entre ellas el C.J.M. de 1890, promulgado precisamente solo tres años antes de que la antedicha obra de MUÑIZ viera la luz. En la misma dirección se pronunciaron FELIÚ DE LA PEÑA y CONEJOS D'OCÓN. Cfr. FRANCISCO FELIÚ DE LA PEÑA: *Proyecto de Código Militar*. Barcelona 1851. p. 18; ANTONIO CONEJOS D'OCÓN: *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*. Valencia 1893. p.293.

autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito.”

Tal giro, que las Reales Ordenanzas imprimieron a la Obediencia debida —y que respondía al deseo de encuadrarse dentro de la tendencia que se había impuesto tras la II Guerra Mundial en la mayoría de los Estados de nuestro contexto cultural— pronto tuvo, como era de esperar, incidencia concreta en el Derecho Penal Militar. La Ley Orgánica 9/1980 modificó el artículo 185, nº 12 del Código de Justicia Militar de 1945, al añadir el siguiente párrafo al nº 12 que, como vimos, comprendía la exigente de Obediencia debida: “Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.”

Asimismo y paralelamente se modificaría también la regulación de la Desobediencia, adicionando un primer párrafo al artículo 328: “las citadas conductas no se considerarán delictivas cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución”. Esas “citadas conductas” era la desobediencia relativa a órdenes de los superiores que no se realizaran frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en situación de peligro para la seguridad del buque o aeronave o en campaña (artículos 327 y 328 del Código de Justicia Militar).

Tal innovación fue acogida desfavorablemente por la doctrina jurídico militar. Así MILLÁN GARRIDO considera que la solución es, en cualquier caso, discutible y la nueva fórmula legal desafortunada (40). VALENCIA-NO ALMOYNA la comentaba razonando “La salvedad en cuanto a la obediencia que aquí se establece, ofrece peligrosos matices en el terreno del Derecho militar y puede producir resultados nocivos para la disciplina, por la simple alegación por el inferior de que considera que la orden del superior incurre en los supuestos que comentamos” (41) y no ocultaba su alivio, al precisar que la adición del párrafo 3º del artículo 328 —antes transcrito— sólo era aplicable a los delitos tipificados en el mismo, no en el artículo 327 (42)

(40) ANTONIO MILLÁN GARRIDO: *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por La Ley Orgánica 9/1980 de reforma del Código de Justicia Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 40 (1982) p.203.

(41) JESÚS VALENCIANO ALMOYNA: *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80*. Madrid 1980; p.p 96 y s.s.

(42) El artículo 327 del C.J.M. decía: “El militar que al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave desobedeciese las órdenes de sus superiores relativas al servicio, incurrirá en la pena de muerte. Si el hecho tuviese lugar en campaña sin encontrarse en las circunstancias expresadas en el párrafo precedente, será castigado con la pena de reclusión militar a muerte”.

En cambio, los estudiosos del Derecho Penal Común acogieron más favorablemente aquella modificación de la exigente. DÍAZ PALOS cree que la aproxima al Derecho Penal Común (43). MORILLAS, aunque considera vacua la nueva fórmula, rechaza las objeciones de VALENCIANO ALMOYNA, alegando que los nuevos artículos no significan posibilidad alguna de resquebrajamiento de la disciplina sino todo lo contrario, a no ser que el inferior quiera utilizar la presunta ilegalidad para no obedecer, en cuyo caso incurre en delito de Desobediencia, pues solo hay una excepción a la obediencia: cuando el mandato sea delictivo o contrario a las leyes y usos de la guerra (44). Asimismo QUERALT también rebate a VALENCIANO, por creer que todas las referencias que se puedan hacer a que las Fuerzas Armadas están también y principalmente para acatar la Constitución son pocas, aunque no parece satisfecho de la corrección dogmática de tales menciones, si bien no expresa la crítica que le merecen. (45)

### 3. Código Penal Militar de 1985.

El nuevo Código Penal Militar fue aprobado por Ley Orgánica 13/85 de 9 de diciembre (B.O.E nº 296 de 11 de diciembre) para entrar en vigor el 1 de junio de 1986. Como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA, su gestación no ha sido transparente. Hubo dos anteproyectos, uno en 1982 y otro en 1983, este último consecuencia de las observaciones realizadas por los Consejos Superiores de los tres Ejércitos y por las Asesorías Jurídicas de Defensa, Junta de Jefes de Estado Mayor y Cuarteles Generales de Tierra, Marina y Aire. Finalmente el Consejo de Ministros aprobaría el 12 de septiembre de 1984 un Proyecto de Código Penal Militar, remitido con fecha 19 de octubre a las Cámaras que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 12 de noviembre (46). Proyecto, que se apartaba, en este punto de la Obediencia debida, como en bastantes otros, de aquellos anteproyectos (47) y cuyo artículo 22 establece: "Serán de aplicación las causas eximentes

(43) FERNANDO DÍAZ PALOS: *Obediencia debida*, separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*; Tomo XVII, Barcelona 1982, pp 16-17.

(44) *Op. cit.* pp. 212-213.

(45) *Op. cit.* p. 456.

(46) RODRÍGUEZ DEVESA en *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1.985*, pp. 278 y ss.

(47) He hablado con varios de los miembros de la comisión formada para la redacción de aquellos anteproyectos y ninguno se considera corresponsable del proyecto que, en definitiva, se envió a las Cortes que —según ellos— se apartaba en muchos puntos del texto discutido y aprobado por la comisión, desconociendo ésta el texto definitivo de tal proyecto hasta que fue publicado en los periódicos oficiales. El texto que, en definitiva, se aprobó, ya había sido criticado públicamente, a propósito de la Ley Orgánica 9/1980, por uno de los miembros de la comisión, ANTONIO MILLÁN GARRIDO —según hemos registrado— y lo sería

previstas en el Código Penal con las siguientes especialidades" ... 2º Obediencia debida. Para los militares no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución".

Durante la discusión parlamentaria se combatió la fórmula antedicha, que, al final, fue la aprobada, sin duda porque era la que, en definitiva, estaba ya establecida por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, puesto que, como explica y uno de los parlamentarios intervinientes en el debate, no tiene sentido que en el Código se dé al tema de la Obediencia debida una redacción y en las Ordenanzas Militares, que también son una ley, se de otra, dado que eso produciría la lógica inseguridad jurídica y el desconcierto. (48) Y, por ello, el ahora artículo 21 del Código Penal Militar queda redactado así: "Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia debida a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyeran delito, en particular contra la Constitución."

De otra parte, al regular el delito de Desobediencia en el artículo 102 (49) no se contiene ninguna reserva a la aplicación del artículo 21, como la que, para algunos comentaristas, suponía el párrafo 3º del artículo 328 no aplicable al artículo 327, ambos del Código de Justicia Militar, introducida por la reforma de la Ley Orgánica 9/1980 (50) De ahí que el Código Penal Militar resulta más radical en esta temática que la indicada reforma o, si se quiere, despeja las dudas a que la misma dió lugar.

Como era de esperar, la fórmula actual, que no es sino reproducción de la introducida por la Ley 9/1980, ha merecido las mismas críticas que ésta.

RODRIGUEZ DEVESA, TRILLO FIGUEROA RODRIGUEZ VILLASANTE no consideran muy afortunada la locución de "actos contrarios a las

también, después de la promulgación del Código, por otro de los componentes de la misma— JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE— como hemos de comprobar.

(48) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* p. 284.

(49) "El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratara de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Estos hechos cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos, en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra".

(50) VALENCIANO se pronunciaba por la no aplicación al artículo 327, pero QUERALT lo consideraba discutible, pues sostuvo que "continúa vigente la eximente genérica del artículo 185, 12º" Cfr. VALENCIANO ALMOYNA: *Op. cit.* p. 96 y QUERALT: *Op. cit.* p. 456.

leyes y usos de la guerra"; pues parece que *ab initio* no se permite obedecer unos actos que pudieran no ser delitos, cuando la realidad es que los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra vienen tipificados como delitos por los artículos 69 a 78 del C.P.M. De ahí que se establece una alternativa no meditada, porque, si los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra no constituyen delito, no tiene porque entrar en juego el Derecho Penal y, si lo constituyen, es irrelevante que sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o contra cualquier otro interés jurídico penalmente tutelado por el Derecho Penal Militar (51).

También se ha censurado la alusión a los delitos "contra la Constitución". VALENCIANO ALMOYNA ya había puesto de relieve que no existen en la ley penal tales delitos, con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 9/1980, (52) y RODRÍGUEZ DEVESA, después de examinar la evolución de los distintos cuerpos legales españoles al respecto y de aludir a la cita del artº 79 del C.P.M. —igual que al artículo 214 del C.P.— que se hizo durante el debate parlamentario para justificar el texto luego aprobado, al incluir en la Rebelión el propósito de derogar suspender o modificar la Constitución, llega a la consecuencia de que tradicionalmente el delito de Rebelión ha figurado a la cabeza de los delitos contra el orden público, no contra la Constitución, si bien, al ser un delito pluriofensivo, se dirige contra instituciones políticas fundamentales o contra la Constitución y también contra el orden público, mas los antecedentes históricos ponen de manifiesto que allí donde se admitió la escisión entre delitos contra la Constitución y contra el orden público se otorgó a éste primacía en los delitos de Rebelión. (53)

La realidad es que la fórmula legal introducida por las Reales Ordenanzas y recogida por el artículo 21 del C.P.M. no ha resultado un acierto, pues, de un lado, plantea problemas de interpretación sobre la aplicabilidad o referencia del adverbio "manifiestamente" y de otro, es, en el mejor de los casos, redundante al partir de aquella alternativa entre actos contrarios a las leyes

(51) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* pp. 278-279 y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ VILLASANTE: *El Código Penal Militar, en Revista General de Derecho*, número 499 (abril 1986) pp. 1297-1298.

(52) *Loc. cit.*

(53) *Op. cit.* pp. 281-283, BELTRÁN NUÑEZ se inclina por una interpretación semejante, pues, según el mismo: "la fórmula" y en particular contra la Constitución "no puede entenderse referida a cada uno de los derechos bienes o valores que la Constitución reconoce, protege o proclama, pues en tal caso, no se particulariza nada. Parece que debe entenderse referida a la esencia misma del orden constitucional... y que se conculca de forma singular en los delitos de Rebelión." MARIANO GÓMEZ DE LIANO, JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA, CÉSAR URIARTE LÓPEZ, ARTURO BELTRÁN NUÑEZ y JULIO PADILLA CARBALLADA.: *Legislación Penal Especial, Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Madrid 1.986. pp.21-22.

y usos de la guerra delictivos o no delictivos inexistente—como expusieron con acierto RODRÍGUEZ VILLASANTE y RODRÍGUEZ DEVESA— y, por último, alude a unos delitos” contra la Constitución” tan difíciles de precisar que, al final, resulta una expresión vaporosa y prácticamente vacua.

El único argumento que tiene a su favor es el de la continuidad del texto de las Reales Ordenanzas y, por tanto, de la armonía del Código Penal Militar con el propio orden jurídico ya vigente, con la ventaja que ello ofrece en pro de la seguridad jurídica y de la coherencia del propio sistema normativo castrense.

#### 4. *Requisitos de la Obediencia debida en el Derecho Penal Militar.*

Para determinar los requisitos que han de concurrir a fin de apreciar la circunstancia eximente de Obediencia debida prevista en el artículo 8, nº 12 del Código Penal, en el campo acotado del Derecho Penal Militar, hay que proceder a una interpretación sistemática, en la cual se han de tener en cuenta, además de los preceptos que regulan el delito de Desobediencia, éste es el artículo 102 del Código Penal Militar, también las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (54) sin perder tampoco de vista la definición legal de orden del artículo 19 de aquél. De ahí que, con la mirada puesta sobre tales preceptos legales, podemos inducir los siguientes presupuestos:

(54) Por otra parte, en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, la obediencia se estructurará como la consecuencia lógica del orden jerárquico (artículo 12) y la disciplina (artículo 28). Tal orden jerárquico normal se establece en el artículo 95 que preceptúa que el Mando “normalmente dará las órdenes a través de sus inmediatos subordinados, sosteniendo las que éstos den, salvo en casos excepcionales o que entrañen injusticia en cuyo supuesto actuará según aconseje el prudente ejercicio del mando y las exigencias de la disciplina” Y el artículo 32 acoge una resonancia de la teoría de la “*remonstratio*”, porque dispone que el militar “cualquiera que se su grado, acatará las órdenes de sus jefes. Si considera su deber presentar alguna objeción, la formulará ante su inmediato superior, siempre que no perjudique la misión encomendada, en cuyo caso la reservará hasta haberla cumplido” El artículo 27 establece que todo militar “tendrá presente que el valor, prontitud en la obediencia y gran exactitud en el servicio son virtud a las que nunca ha de faltar, aunque exijan sacrificios y aún la misma vida en defensa de la Patria”. Y el artículo 28 proclama “la disciplina obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado. “Asimismo el artículo 32 impone al militar “cualquiera que sea su grado, el deber de acatar las órdenes de sus jefes”; el artículo 50 impone al soldado o marinero que “desde su incorporación a filas respetará a cualquier oficial o suboficial de cualquiera de los Ejércitos, a los cabos de su propia unidad, buque o dependencia y a todo aquel que le estuviera mandando, sea de guardia, destacamento o cualquier otra función de servicio”. También el artículo 80 nos dice que “se considerará muy grave cargo para cualquier militar y muy principalmente para los que ejerzan mando el no haber dado cumplimiento de las Ordenanzas y las órdenes de sus respectivos jefes; la más exacta y puntual observancia es la base fundamental de servicio”. Finalmente, el artículo 84 impone al mando “el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad” y el artículo 89 le impone obedecer “las órdenes superiores con el mismo empeño y exactitud con que debe exigir y vigilar el cumplimiento de las propias”.

#### 4.1.- Relación de subordinación.

La organización jerárquica piramidal es y ha sido siempre una característica de los Ejércitos, como consecuencia lógica y obligada por la diferenciación de funciones que determinan su mayor eficacia y que se garantiza a través de la disciplina, que asegura precisamente la cohesión entre los miembros de tal organización jerárquica militar.

Pero esa jerarquía y, por tanto, la subordinación que, de la misma, se deriva, en los Ejércitos contemporáneos, se asienta siempre en la Ley. No es nunca una relación de poder personal entre superior e inferior. Cuando tal poder personal existe, es porque la Ley lo conceda y en la medida que lo confiera. Una relación de subordinación no basada en la Ley—como registra RODRÍGUEZ DEVESA— sería una relación meramente privada, irrelevante para nuestro tema. (55)

De ahí que en los Ejércitos actuales todo el que se incardina, voluntariamente o no, dentro de ellos, lo hace en una organización piramidal y unitaria en su actuación, donde —según la normativa legal que los rige— las actividades de los sujetos que los componen, ésto es, de los militares, se hallan actualizadas por mandatos directivos dimanantes de los legalmente habilitados al respecto, privando, a la decisión de aquellos la fijación de los modos, contenidos y fines de tales actividades. Es decir, las decisiones directivas se atribuyen a diversos escalones jerárquicos a los que se concede una autonomía mas o menos amplia, pero el número de tales decisiones es relativamente bajo en relación con el despliegue de actividad de auxilio, apoyo y ejecución que es la característica de esas organizaciones, ésto, es de los Ejércitos.

Toda relación de obediencia se desarrolla dentro de la cadena jerárquica de los Ejércitos, cuyos dos polos o elementos son siempre un superior jerárquico que ordena y un inferior o subordinado llamado, en principio, a obedecer, o sea, a cumplir las órdenes de aquél. (56)

Quiénes son los superiores jerárquicos lo determina legalmente el artículo 12 del Código Penal Militar que dice: "A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente mas elevado

(55) RODRÍGUEZ DEVESA: *Insubordinación*; p. 156

(56) MUÑIZ TERRONES indica: "Cuanto hace relación al modo de ser, el gobierno, régimen, subordinación y disciplina de los Ejércitos, brazo de la nación armada, gira indefectiblemente sobre dos polos: MANDO Y OBEDIENCIA. En la Milicia todos mandan y todos obedecen" Cfr. *Op. cit.* p. 1.

o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de los mismos, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la Autoridad Militar Española para el mantenimiento del orden y la disciplina en relación a quienes les están subordinados.”

El análisis de este concepto legal pone de manifiesto que no basta el mayor empleo para otorgar la cualidad de superior en la apreciación de esta exigente, sino que se exige que, además del mismo, se ejerza “autoridad” “mando” o “jurisdicción” sobre el que ha de cumplir la orden.

El criterio interpretativo para delimitar qué militares ejercen autoridad no hay duda de que se radica en el artículo 9 del C.P.M. que dice:

“A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares:

1º.- El Jefe de Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro del Defensa, y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

2º.- Los militares que ejerzan mando superior o, por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de sus destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.

3º.- Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.

4º.- Los que forman parte como Presidente, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de justicia y los Auditores, Fiscales o Jueces militares en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.

5º.- Mientras permanecen fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista Autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada.”

Lo que caracteriza, pues, a la autoridad militar es ejercer mando superior o autónomo o ejercer jurisdicción bien individualmente o como miembro de un tribunal colegiado.

El “mando” es la potestad de reclamar obediencia. De ahí que la diferencia entre las autoridades militares que ejercen mando y los demás

militares dotados del mismo no es cualitativa, sino cuantitativa, o, si se quiere, jerárquica. Aquellas están investidas de un mando superior o autónomo, "mandan mas" según un dicho vulgar. Radican en los escalones jerárquicos de la organización piramidal de las Fuerzas Armadas mas elevadas, donde se adoptan las decisiones directivas mas importantes y que generalmente se dirigen a una parcela mas extensa de las mismas u operan con cierta autonomía o separación de tal organización piramidal y, por ello, disponen de un poder directivo superior al que les competería de no hallarse en tal situación específica.

El C.P.M. incurre en el mismo vicio que denuncia QUERALT, respecto al C.P. en esta materia (57) Emplea una terminología carente de precisión técnica, una terminología vulgar, incluso coloquial. La voz "jurisdicción" no se refiere sólo a la función judicial propiamente dicha. Al igual que indica en el Derecho Común la doctrina mas certera, ha de abarcar algo más; el poder de resolver, a través de la aplicación del Derecho objetivo, los asuntos sometidos al militar dotado del mismo (58).

Ahora bien, la jurisdicción puede ser propia o delegada. Tal distinción naturalmente resulta superfluo en el ámbito judicial, donde sus órganos tienen atribuida siempre jurisdicción propia por el ordenamiento jurídico. Más no ocurre lo mismo en el ámbito administrativo donde se prevé y autoriza la delegación de funciones de este orden. El problema radica en el alcance que ha de concederse a la expresión "sustitución reglamentaria" contenida en el artículo 12 del CPM. A nuestro juicio, y aún reconociendo que la misma parece referirse a los casos de vacancia temporal o definitiva —muerte, cese, ausencia, enfermedad...—, del titular no a la delegación de facultades, la amplitud de la fórmula adoptada y su carencia de precisión autorizan a incluir la jurisdicción delegada, pues quien la desempeña "sustituye reglamentariamente" al delegante.

Lo que resulta claro es que difícilmente cabe registrar dentro de los Ejércitos algún superior que ejerza jurisdicción judicial o administrativa que no ostente la cualidad de autoridad militar conforme al artículo 9 del C.P.M. lo que revela la redundancia en que se incurre a través de la fórmula legal definitoria del superior.

La autoridad, mando o jurisdicción ha de ejercerse, bien por razón del empleo o del cargo o función. De ahí que, aunque el empleo reviste gran importancia en las Fuerzas Armadas, no es el exclusivo parámetro para

(57) *Op. cit.*; p. 151.

(58) J. CÓRDOBARODA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO; A. DEL TORO MARZAL; J.R. CARABO RUIZ; *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona 1976. p. 749. QUERALT *Op. cit.*; p. 151.

determinar el carácter del superior. Ni siquiera cuando se trata de una exclusiva relación de mando de unidades las reglas sobre sucesión de mando siempre siguen el orden de empleo (59). De ahí que la autoridad, mando o jurisdicción que se ejerce sobre el inferior puede basarse en un mayor empleo o en un principio funcional o territorial.

El empleo, por tanto, aparece como indicativo importante para determinar el carácter de superior, pero no es el único. Lo que si aparece siempre como subsidiario de los demás. Es decir, que en aquellas hipótesis donde no cabe que entre en juego otro criterio funcional, territorial... será el empleo, y dentro del mismo la antigüedad, el llamado a otorgar tal carácter.

La obediencia se funda en una relación de subordinación entre dos polos personales; superior e inferior. Determinado el concepto del primero, el segundo se define precisamente por ser el otro elemento personal de esa relación jerárquica o de subordinación.

El otro polo, pues, de la relación de subordinación está representado por el inferior, cuyo concepto implícitamente lo suministra el de superior ya examinado. Inferior es el militar a quien está supraordenado un superior en la relación jerárquica castrense y al que se impone el deber de obediencia a éste. Es el destinatario de la orden, de quien se espera que la cumpla por proceder la misma de su "jefe", entendida esta palabra en el sentido de superior jerárquico usado por el artículo 32 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y no en el restrictivo acotado a una específica categoría militar.

#### *4.2.- La orden vinculante*

Como consecuencia de la relación de subordinación militar nace el deber de obediencia del inferior al superior. Es el mismo el resultado de la estructura jerárquica de cualquier grupo social organizado e impuesto por la división del trabajo. Naturalmente que, en las Fuerzas Armadas estructuradas con una acentuada jerarquización, tal deber de obediencia se impone en grados muchos más intensos que en cualquier otro grupo social, donde la disciplina, que garantiza la cohesión del mismo, no impera con tanto rigor.

La obediencia, pues, es una de las secuelas lógicas de la jerarquía y, por ello, de la subordinación. Entre iguales no se da la obediencia, sino la

(59) Véanse por ejemplo, el Título V de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, los artículos 202 y s.s. de las Reales Ordenanzas de la Armada y el artículo 130 y s.s. del Ejército del Aire.

cooperación (60) Es precisamente en los grupos sociales de estructura jerárquica —y los Ejércitos los son más que ninguno— donde el deber de obediencia y la punición de su quebranto se exige como garantía de que cada miembro del mismo va a cumplir el cometido que se le encomienda. De ahí que la obediencia conlleva dentro de la estructura castrense una relación vertical intensa que, al fijar los contactos entre los miembros integrantes de la misma, garantiza el cumplimiento de los fines propios de los Ejércitos. MUÑIZ TERRONES indicaba ya que la subordinación es la relación de dependencia de cada uno respecto a su superior, causa de la obediencia, o, de otro modo, la subordinación es la disposición a la obediencia. Todo militar es subordinado a su superior jerárquico. Y la mas alta jerarquía lo es a las leyes. La obediencia, pues, no es mas que la subordinación en ejercicio (61).

Ahora bien, como registra QUERALT, el medio por el que cobra vigencia el deber de obediencia es la emisión de la orden. La orden “actualiza” el deber de obedecer dimanante de la relación militar de subordinación. Mas dicha orden no crea el deber de obediencia, sino que se limita a actualizarlo. Sin orden, el mismo no adquiere vigencia y no pasa de ser una previsión abstracta y, por tanto, no cabe reclamarse, pero el deber de obediencia nace antes con la relación de subordinación misma, no con la orden, que sólo lo convierte en actual y exigible ya.

De ahí que —como expone RODRÍGUEZ DEVESA— la orden del superior es el eje de toda la dinámica de la relación de subordinación (62). Hasta que la misma se imparte, tal relación y el deber de obediencia consubstancial a la misma permanecen en situación estática. La orden la pone en movimiento, impulsa el dinamismo propio de ella. El deber de obediencia, pues, necesita un elemento catalizador, y este catalizador es la orden (63). La orden es por tanto la que hace que la subordinación se ejercite, según la expresión feliz de MUÑIZ TERRONES, la que hace que la obediencia pase de la potencia al acto.

Sin embargo, no toda orden o mandato impulsa aquel dinamismo, “actualiza” el deber de obediencia. No basta registrar la concurrencia de una orden para que ponga en marcha la dinámica de la obediencia y, en consecuencia, se aprecie la eximente, sino que además la orden ha de ser vinculante.

Mas, si no deseamos caer en el pozo del bizantinismo a donde nos ha

(60) R. MAYNTE: *Sociología de la organización*, Madrid 1972; pp 113 y ss QUERALT: *Op. cit.* p. 30.

(61) *Op. cit.* p. 331.

(62) RODRÍGUEZ DEVESA: *Insubordinación*; p. 156.

(63) QUERALT: *Op. cit.* p. 179.

llevado cierta doctrina, el carácter vinculante de la orden habrá de determinarse *ex ante*, porque —como observa QUERALT, —si se enjuicia *ex post*, la orden que ha producido la lesión de un bien jurídico aparecerá siempre como ilícita y, en definitiva, habrá que acudir para eximir a expedientes ajenos a la propia obediencia. (64)

Sólo, desde tal perspectiva *ex ante*, se pueda hacer vigente aquella regla esencial y propia relativa a la orden del superior que formulara tan certeramente VEUTRO; “el militar no debe temblar siempre que cumple una orden de guerra, mas no debe tampoco encontrar en ella una coartada moral y jurídica para hacerse impunemente instrumento culpable de crueldad e ilegitimidad internacional”, “o interna”, añadimos nosotros. (65)

Tanto en la doctrina, como en la legislación foránea, se han ofrecido distintas definiciones de orden. (66) Nosotros preferimos seguir la brindada por el artículo 19 del C.P.M. que, en definitiva, es de la que habrán de partir los órganos judiciales militares.

El antedicho artículo 19 la define así:

“A los efectos de este Código, orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.”

De ahí que, partiendo de tal definición, deben extraerse los siguientes requisitos de la orden:

#### 4.2.1.- *Requisitos conceptuales*

a) Imperatividad.- La orden es una expresión del “*imperium*” que el superior tiene sobre el inferior en virtud de la relación de subordinación. La

(64) *Op. cit.*; p. 180.

(65) VITTORIO VEUTRO: *L'Obbedienza Militare nel quadro del Diritto penale interno italiano e del Diritto della Guerra*, publicado dentro de la obra *L'Obeissance militaire au regard des Droits penaux internes et du Droit de la Guerre*. Estrasburgo 1971 p. 220, editada por la *Société International de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre*.

(66) CÓRDOBA la define como “disposición con pretensión de vinculación de una voluntad ajena” (Cfr. *Op. cit.* tomo I, Barcelona 1976; p. 12) VENDITTI como “la manifestación de la voluntad que el titular de un poder de supremacía dirige al subordinado para exigir un determinado comportamiento” (RODOLFO VENDITTI: “*I Reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*”, Milán 1985; p. 236) CIARDI como la “precisa manifestación de voluntad del superior o de la autoridad concretada en un particular mandato o prohibición dirigido a determinados inferiores o subordinados” (GIUSSEPPE CIARDI: *Trattato di Diritto Penale Militare* Volumen I, Roma 1970; p. 196) etc. La Ley de 20 de marzo de 1957 define, en Alemania la orden como “todo mandato de realizar una determinada conducta, dado 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 obedecido”.

orden, por definición, ha de ser un “mandato”, ésto es, —como observa DELITALA (67)— una manifestación de voluntad que conlleva, por su contenido, la imposición de una determinada conducta (positiva u omisiva) en virtud de una potestad que autoriza a un sujeto a impartir el mandato y obliga a otro sujeto a cumplirlo bajo amenaza de sanción. ...De ahí que los ruegos, exhortaciones, deseos, consejos, advertencias, pareceres, sugerencias no son órdenes, porque les falta la nota de imperatividad. Ha de tratarse de una formulación volitiva que exija una acción o abstención del subordinado. La ejecutoriedad de la orden representa la vocación del acto en el sentido de producir inmediatamente un cambio en el mundo exterior o, por el contrario, el mantenimiento de la situación vigente.

Lo importante —como explica VENDITTI— es que la orden excluya inequívocamente para el inferior la libertad de elección para acomodarse o no a la voluntad del superior manifestada. Y, a tal fin, adquiere relevancia la forma en que se hace la intimación y hasta el mismo tono de voz. (68)

b) Concreción.- El comentado artículo 19, requiere que la orden imponga al subordinado “que lleve a cabo u omita una actuación concreta”.

La orden, pues, ha de ser concreta y personal. Todos los delitos desde el mas leve al más grave, no son más que desobediencias a los imperativos de la Ley. Sin embargo, no todas las infracciones legales militares pueden clasificarse entre los delitos de Desobediencia. Precisamente porque las leyes no son normas dadas en una concreta contingencia y en forma personal y directa a uno o varios súbditos, sino preceptos generales de carácter permanente dirigidos a la universalidad, su inobservancia suele representar una manifestación de rebeldía social, pero no el planteamiento de un conflicto entre la voluntad del superior y el inferior (69). Ya Carlos III marcaba la distinción entre el mandato de la Ley y el mandato del jefe, al hablar, en sus Ordenanzas, del deber de “dar cumplimiento a mis Ordenanzas y a las órdenes de los superiores respectivos”; distinción que se recoge en las actuales Reales Ordenanzas. (70).

Según VENDITTI, tampoco ha de confundirse la orden con la comisión o instrucción, es decir, con aquellos mandatos donde se deja a la libertad e iniciativa del inferior un cierto margen de apreciación y que, por tanto, presentan un contenido general, pues la orden tiene siempre un contenido

(67) GIACOMO DELITALA: DIRITTO PENALE RACCOLTA DEGLI SCRITTI, tomo I Milán 1976, p. 471.

(68) *Op. cit.*, p. 236.

(69) RODRÍGUEZ DEVESA: *Insubordinación* pp. 158-159.

(70) Artículo 80 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

específico que exige una rigurosa realización. Tampoco —continúa VENDITTI— se confundirá la orden con una disertación del superior sobre normas reglamentarias, aunque, en tal disertación, se ofrezcan indicaciones u observaciones acerca de la conducta que ha de seguir el inferior (71).

#### 4.2.2.- *Requisitos formales*

a) Competencia.— La orden ha de darse dentro de las “atribuciones que legalmente le corresponden al superior”. Esto es, el superior ha de tener competencia para impartir la orden.

Mas la competencia puede poseerse de un modo abstracto o concreto. Como acertadamente defiende una parcela de la doctrina, solo la primera tiene utilidad al respecto en una valoración *ex-ante*, que es precisamente la que ha de realizar el subordinado que recibe la orden.

Si por el contrario se exige la competencia concreta, la misma sola cabría determinarla *ex-post*, después de ejecutada la orden y a la vista de lo ocurrido (72).

Cuando la autoridad judicial militar ordena la detención de un militar, lo que se ha de determinar es si la tal orden le compete en virtud de las atribuciones que le están conferidas y si no hay duda de que la misma se incluye dentro de ellas; no si efectivamente estaba justificada esa detención en este caso concreto o se realizaba arbitrariamente por odio o animadversión. El inferior, al recibirla, solo está obligado a examinar si la orden se comprende dentro de las potestades que, en general, es decir, en abstracto, le están atribuidas a aquella. Es lo único que le cabe realizar en una valoración *ex ante* y, por tanto, lo único que cabe exigírsele.

De otra parte, este requisito de la competencia enlaza con la relación de subordinación ya estudiada antes. La orden ha de producirse entre los dos polos personales de la relación jerárquica, superior e inferior. Un militar de graduación no puede impartir órdenes a cualquiera de inferior empleo. Solo sobre quienes, conforme el artículo 12 del C.P.M. ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo, cargo o función.

Por parte del inferior, ha de darse también el requisito de la competencia en los mismos términos que para el superior. El artículo 19, que estamos

(71) *Op. cit.* p. 237.

(72) A mi entender es precisamente ésto lo que hacía RODRÍGUEZ DEVESA ante la fórmula del CJM de 1945, artículo 185 nº 12, cuando sostuvo que el “superior no tiene nunca competencia para ordenar la comisión de un delito”, descartando la aplicación de la causa de justificación en todos los casos de obediencia a una orden delictiva. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*; pp 67 y ss.

examinando, no consigna tal requisito expresamente, pero el mismo se desprende con claridad de los artículos 15 y 102 del C.P.M. De ahí que la orden ha de encontrarse dentro del núcleo de imperativos que obligacionalmente le exige al inferior la permanencia en el servicio considerados también de modo abstracto.

La competencia del inferior presupone que el mandato sea “relativo al servicio” y ello enlaza también con la competencia del superior.

Ya hemos visto como, en nuestro Derecho Militar histórico, se exigió siempre, como una constante, desde el siglo XVI hasta las últimas Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que la orden se refiera al servicio, pues fuera del servicio, no cabe hablar de obediencia militar “debida” Ahora bien —como registra VENDITTI— la relación de la orden con el servicio no es necesario que sea directa e inmediata. Puede ser una orden relativa al servicio cuando tiene en cuenta una exigencia personal del superior indirectamente relevante a los efectos del servicio militar. (73)

En nuestro Derecho no encontramos una definición explícita de “servicio” pero sí de actos de servicio. El artículo 15 del C.P.M. los define así:

“A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos y que legalmente le corresponden.”

De este artículo 15 y del 102 del C.P.M. se induce que no basta que la orden incida sobre el servicio en general, sino sobre las funciones que corresponden al inferior en cumplimiento de sus específicos cometidos, ésto es, que aquella ha de ser relativa al servicio que corresponde al inferior. De ahí que el inferior puede lícitamente desobedecer la orden o mandato impartido cuyo contenido es totalmente extraño a los intereses militares. (74). Y, si la obedece, no puede ampararse en esta eximente.

La orden, pues, ha de tratarse de la “clase” de órdenes que el inferior está llamado a cumplir. Es decir, ha de estar comprendida entre aquellas que, de modo abstracto y general, compete ejecutar al subordinado en virtud de los cometidos concretos que le están atribuidos. Y ello, al igual que se hizo con el superior, ha de valorarse desde un punto de vista *ex ante*, colocándonos en la posición del militar subordinado que recibe la orden y ha de cumplirla y, precisamente, en el instante de ir a ejecutarla (75).

Pasará, por tanto, a tener una trascendencia decisiva la circunstancia de

(73) *Op. cit.*; p. 238.

(74) VENDITTI: *Op. cit.* 240.

(75) QUERALT: *Op. cit.* pp. 203 y ss.

si la orden debe llevarse a cabo por constituir el mandato que conlleva uno de los que se integran dentro del servicio específico propio del inferior ; si la acción u omisión que el superior exige es precisamente de las comprendidas dentro del núcleo de prestaciones que constituye la razón de ser de la función del subordinado, considerada en abstracto. En caso afirmativo, el hecho de ser el mandato de la categoría ofrecida producirá que se despliegue la eficacia de la exigente de Obediencia debida.

Siempre que la orden, pues, es de las que “*in genere*” corresponde legalmente cumplir al inferior, tiene a su favor una presunción de legalidad que desarrolla su eficacia amparatoria en favor del Estado y de las Fuerzas Armadas del mismo e, indirecta pero contundentemente, alcanza a proteger también a quien, dentro de la estructura jerárquica de aquéllos, está llamado a obedecer y lo cumple así (76).

De ahí que, en tal caso, existe una presunción de legalidad en favor de la orden cuando el subordinado la recibe de un superior a quien legalmente está subordinado—es decir que sea su “jefe” en el significado ya expuesto de esta palabra—, cuyo cumplimiento sea de competencia genérica de éste, siempre que la misma revista la forma adecuada. Entonces nace tal presunción de legalidad y, por tanto, —como explicaba VICO— el inferior ha de partir de la misma y presumir la legalidad de la orden. Y también debe presumirse que tal inferior ha obrado siempre con conciencia de obedecer la orden, porque, en él, el deber de obediencia es la regla. Y estas presunciones solo cesarán cuando la criminalidad de la orden resulte “manifiesta” según comprobaremos (77).

Todo lo anterior pone de relieve la importancia del requisito de competencia del inferior, frente al que el de la del superior pasa a un plano secundario y enlaza con el contenido material de la orden.

b) Forma.— También requiere el artículo 19 del C.P.M. que la orden se imparta en “forma adecuada”. En el ámbito castrense las órdenes admiten en general las formas mas variadas: escrita, oral, en clave, signos o señales etc...

Por lo común, y sobre todo en situaciones bélicas, rige el principio de libertad de forma. Mas, hay casos en que se requiere una forma determinada, que unas veces actúa como garantía de derechos subjetivos y otras como garantía del recto funcionamiento de las Fuerzas Armadas.

De ahí que—como sostiene QUERALT en Derecho Común— no se trata

(76) CORDOBA: *Op. cit.* p. 398; QUERALT: *Op. cit.* p.419-421; SANTIAGO MIR PUIG: *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1984 p. 432.

(77) PIETRO DI VICO: *Diritto Penale Militare*, Milán 1917 pp. 132 y ss.

de reproducir la teoría de la nulidad administrativa y judicial, se trata mas bien de confeccionar un criterio material en base al fin de la Ley que apunte tanto a la garantía efectiva de las situaciones jurídicas generadoras o no de derechos subjetivos, por otra parte ausentes generalmente en la relación jerárquica, como a la garantía de la función pública, en nuestro caso, del funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Así las cosas, poco importa que la orden sea nula, anulable, irregular, categorías todas ellas formales y procedimentales. Lo que aquí interesa es la virtualidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por no haber sido respetado un modo predeterminado legalmente de actuación, en atención a las finalidades de un órgano militar concreto (78).

De ahí que, caso por caso, se enjuiciará la función de garantía que supone la forma exigida en relación a la misión a realizar.

Dentro de esta problemática de la forma de la orden, se plantea la cuestión del cauce a través del que se ha de cursar, que, como sabemos, normalmente es el llamado “conducto reglamentario”, cuya exigibilidad ha de evaluarse, de acuerdo con los criterios expuestos, a la vista de la misión de garantía, atribuida a tal conducto reglamentario para el adecuado funcionamiento de los Ejércitos. Por eso, nos parece excesivo mantener —según hace CIARDI— como regla general la posibilidad de transmitir órdenes a través de personas ajenas al servicio; verbigratia : la esposa del superior que la imparte. Es más, por mínimo que sea tal función de garantía de la vía reglamentaria, ha de rechazarse esa regla general (79).

#### 4.2.3.- *Requisito de fondo: Falta de criminalidad manifiesta de la orden.*

La fórmula del artículo 21 del C.P.M. ha merecido las mayores censuras, tanto en el ámbito parlamentario como en el doctrinal. Mas tales censuras, no solo han de extenderse al estilo literario mas o menos redundante y exacto, sino al hecho de que es fuente de una grave problemática interpretativa. Me refiero a la cuestión de si el adverbio “manifiestamente” va referido solo a los actos que “sean contrarios a las leyes y usos de la guerra” o hay que relacionarlo también con los que “constituyen delito, en particular contra la Constitución”.

El problema no es baladí, ya que la solución que se dé al mismo ha de delimitar el alcance de la causa obstativa de la admisión de la Obediencia debida como eximente o atenuante. El Consejero Togado de la Marina,

(78) *Op. cit.* p. 202.

(79) GIUSEPPE CIARDI: *Obbedienza gerarchica militare*, en *Revista Penale*. 1931, p. 633

TRILLO FIGUEROA, así como el profesor MORILLAS CUEVA, se inclinan por aplicar el adverbio de modo “manifiestamente” solo a los actos que son “contrarios a las leyes y usos de la guerra”, no a los que “constituyen delito”. El último desarrolla un razonado análisis sintáctico en favor de tal interpretación (80).

No obstante, RODRIGUEZ DEVESA, DIAZ PALOS y la mayoría de los que se han pronunciado al respecto, tanto en la discusión parlamentaria, como en el campo doctrinal, se inclinan decididamente por aplicar tal adverbio de modo tanto a los “actos contrarios a las leyes y usos de la guerra” como a los que “constituyan delito en particular contra la Constitución” Es la que nos parece la interpretación adecuada conforme al sentido gramatical del texto, a los precedentes de Derecho Comparado que indudablemente ejercieron un claro influjo en la redacción del mismo, y al propio preámbulo del Código Penal Militar, donde se justifica el texto del artículo 21 “para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes”.

En realidad, la defectuosa fórmula legal vigente ha seguido un criterio similar al mantenido por PIETRO DI VICO, que motivaría el artículo 40 del Código Penal Militar de Paz italiano de 20 de febrero de 1941. Explicaba DI VICO que el deber de obedecer cesa cuando se trata de cometer un delito, “entre otras consideraciones, en interés de la seguridad del mismo Estado y de la disciplina militar, porque, en otro caso, la obediencia jerárquica justificaría al inferior cuando el superior le instigase a levantarse contra los poderes del Estado” (81).

De ahí que aquella presunción de legalidad, que registramos en favor de la orden cuando incidía sobre un acto del servicio específico que compete cumplir al inferior, cesa tan pronto aparezca “manifiestamente” la criminalidad de la misma, cuando su cumplimiento entrañe la ejecución de actos que “manifiestamente” sean delictivos.

“Manifiestamente” significa notoriamente, palpablemente, perceptible “*prima facie*”, ésto es, a primera vista.

El problema radica en determinar cuando la orden constituye “manifiestamente” delito. RODRIGUEZ DEVESA considera que la expresión ha de interpretarse en el mismo sentido que el artículo 369 del C.P., cuando se habla de una infracción “clara, manifiesta y terminante de Ley” para la Desobediencia del funcionario, pues la adición de los términos “clara y terminante” no añade nada a “manifiesta”, al ser los tres vocablos equivalentes. La

(80) *Op. cit.* pp. 198-199

(81) *Op. cit.* p.134

diferencia entre ambos preceptos — los artículos 21 del Código Penal Militar y 369 del Código Penal — estará en que, en el primero, la orden ha de constituir “manifiestamente” delito y, en el segundo, “manifiestamente” infracción de Ley. Postura esta que substancialmente es mantenida también por DÍAZ PALOS (82).

De ahí la proximidad y similitud que, pese a evidentes deficiencias de la fórmula del artículo 21 del C.P.M. se produce en el momento actual entre los elementos que constituyen la Obediencia debida, como eximente, en el Derecho Penal Común y el Militar.

Se han sostenido posiciones distintas para precisar cuándo la orden entraña la ejecución de actos que “manifiestamente” constituyen delito.

En España, siguiendo la línea subjetivista, RODRÍGUEZ DEVESA, opina que, en la determinación del carácter “manifiesto” de la criminalidad de la orden, hay que estar al nivel del inferior, que puede diferir desde el analfabeto al que tiene estudios universitarios, desde el que está en antecedentes de la ilegalidad de la orden hasta el que la ignora. Y una postura similar es adoptada por BELTRÁN NUÑEZ y también por ASTROSA HERRERA (83).

En el Derecho alemán, JESCHEK, quien, a la vista del orden jurídico penal germano vigente, parece inclinarse por la tesis objetivista, defiende que el poder eximente de la Obediencia debida desaparece en cuanto la antijuricidad penal de la ejecución de la orden sea, según las circunstancias conocidas por el soldado, evidente, ésto es, resulte cognoscible para cualquiera sin ulterior reflexión.

Y lo argumenta aduciendo que un derecho de comprobación por parte del subordinado sería incompatible, aun hoy, con la esencia del cometido militar, mas ni la inconsciencia ni la ceguera jurídica pueden exculparse en este ámbito. De ahí que, cuando resulta evidente la antijuricidad penal, si el hecho se comete en cumplimiento de una orden, es signo de un imperdonable falta de aptitud jurídica del inferior y, a tal respecto, cita la legislación austriaca que considera evitable el error de prohibición “cuando lo injusto del hecho sea fácilmente cognoscible para cualquiera” (84).

Como explica ROSIN, en la doctrina italiana menos reciente dominó la concepción conforme a la cual, según afirma SANTORO, la crimosidad

(82) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español* 1985, p. 286; DÍAZ PALOS. *Op. cit.* pp. 16-17.

(83) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* p. 286-287. BELTRÁN NUÑEZ: *Op. cit.* p. 22 y RENATO ASTROSA HERRERA: *Derecho Penal Militar*, Santiago de Chile 1974, p. 112.

(84) HANS-HEINRICH JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol II, Barcelona 1981 p. 680.

manifiesta es un atributo y cualificación del acto... y por consiguiente un concepto objetivo (84 bis).

VENDITTI, también mantuvo la posición objetiva. Para el mismo, el adverbio “manifiestamente” revela el carácter excepcional de la disposición, recordando implícitamente que, cuando la ejecución de la orden no constituya un delito “manifiesto”, se aplicará la regla de la no punibilidad del subordinado ejecutor de la misma. El carácter de “manifiesta” criminalidad de la orden ha de fijarse abstractamente y no en el caso concreto, teniendo a la vista las condiciones específicas del ejecutor. La orden constituiría “manifiestamente” delito cuando ella sea perceptible por el ciudadano medio y no por un ejecutor determinado. A su juicio, la dicción legal no deja duda acerca del carácter objetivo de tal criterio. Y acorde con tal postura objetivista, mantuvo la irresponsabilidad del ejecutor de la orden que, objetivamente, no era “manifiestamente” delictiva, si bien él sabía que integraba delito, basando tal postura en la exigencia de no desvalorizar los términos “manifiestamente criminal”, usados por la Ley y de evitar el riesgo de extender en exceso el rechazo de la obediencia al conceder un alibi al subordinado para multiplicar los casos de rehusos de la misma, si la convicción personal de la criminalidad de una orden cualquiera bastase para ello y no se requiriera que tal criminalidad resultara “manifiesta” para todos, o para el ciudadano medio. En el mismo sentido que VENDITTI se pronunció NUVOLONE (85).

Pero, ante la crítica a que se sometió dicha tesis, VENDITTI rectificaría su postura y admitiría que, en la individualización de la “manifiesta” criminalidad, no se puede seguir un criterio exclusivamente objetivo, porque debe combinarse también con elementos subjetivos, tales como el conocimiento de los elementos de hecho, que están muchas veces en función del lugar de observación del ejecutor. Y además el requisito de “manifiesta criminalidad” de la orden desempeña en el fondo una función sintomática del conocimiento por parte del subordinado de tal criminalidad y, en consecuencia, cuando aquel conocimiento resulta demostrado, por otra vía, dicha función sintomá-

(84 bis) GIUSEPPE ROSIN: *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso e la Rasegna della Giustizia Militare* (Mayo-Junio, 1982) p. 214.; A. Santoro: *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Turin 1957, p. 233. Una excepción a esa postura dominante la representaba MESSINA, quien lo consideraba subjetivo porque debe referirse a la conciencia de la criminalidad y los elementos objetivos servirán solo en cuanto contribuyen a dicha conciencia. S. MESSINA: *L'ordine insindacabile dell'Autorita come causa de esclusione di reato*. Roma 1942. p. 52.

(85) RODOLFO VENDITTI: *Il Diritto Penale Militare nel sistema Penale Italiano*. Milán 1978, pp. 200-201; P. Nuvolone: *Valore costituzionale della disciplina militare nel codice militare e nelle norme di principio*, en *Rasegna della Giustizia Militare* (1979) p. 27.

tica se desvanece o, cuando menos, pasa a segundo plano (86).

VEUTRO adopta una posición intermedia y mantiene que el criterio para valorar el carácter manifiestamente criminoso de la orden no puede tomar solo, como parámetro, al tipo medio de ciudadano, ya que la posibilidad de verificar la criminalidad de la orden depende del conocimiento de los elementos de hecho, diverso en relación al punto de observación de los varios militares. Una orden de requisar de un caballo puede resultar manifiestamente ilegal al perteneciente a la Intendencia que conoce la circular prohibiendo la requisar en aquella zona de operaciones, pero, en cambio, no lo será para el soldado normal que jamás tuvo noticia de tal circular no destinada a la tropa (87). En Italia esta tesis es seguida por una parte de la doctrina: CIARDI (88) MANASSERO (89) MERANGHINI (90). DELITALA mismo mantiene que nadie puede ser obligado a cumplir una orden si sabe que cumpliéndola comete un delito. Si la cumple, estará llamado a responder penalmente del delito cometido en concurso con el superior. El deber de obediencia tiene como presupuesto la legitimidad de la orden y — explica DELITALA— parece evidente que aquel presupuesto desaparece y, con el mismo, el deber de obediencia cuando el inferior sabe, de cualquier modo que sea, que con la emanación de la orden el superior se propone cometer un delito. De ahí que la manifiesta ilegitimidad, no solo se da cuando la misma sea evidente para cualquiera, sino también cuando el inferior tiene conciencia precisa de su concreta ilegitimidad (91).

Creemos que la solución a esta delicada, aunque trascendental problemática, es la misma que MIR PUIG ofrece en el Derecho Penal Común, nada alejada de la última postura de VENDITTI, según la cual ha de decidir el punto de vista del hombre o ciudadano medio imaginado en el momento de la acción (*ex ante*) y con los conocimientos especiales que puede tener el autor en dicha situación. Ello supone que habrá de considerarse siempre como muy importante el conocimiento de datos poseídos por el inferior que, para el hombre medio en su misma situación, harían “manifiesto” el carácter delictivo de la orden. No significa, en cambio, que sea decisiva la mera “opinión” del subordinado acerca de la criminalidad de la orden ni de su carácter “manifiesto”. De ahí que no se penará al subordinado que cumple una orden que cree —no que sabe por datos que conoce— delictiva, pero

(86) Loc. cit.

(87) GUIDO LANDI; VITTORIO VEUTRO; PIERO STELLACI Y PETRO VERRIZ: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*, Milán 1976, p. 185.

(88) GIUSEPE CIARDI: *Tratado di Diritto Penale Militare*, I vol, Roma, 1970, pp. 197-198

(89) A. MANASSERO: *I. Codici Penali Militari*, vol. I, Milán 1951 p. 121.

(90) U. MERANGHINI: *Il dovere di disobbedienza*, en *Revista Penale*, 1966, I. p. 14.

(91) *Op. cit.* p. 474.

acertadamente ve que ello no es “manifiesto”, ni aún contando con los datos que conoce. Por otra parte, el desconocimiento por el autor de una criminalidad de la orden que, con sus datos, el hombre medio reputaría “manifiesta”, no obsta a la imposibilidad de invocar la Obediencia debida, sin perjuicio de que entonces entre el juego el error, pero ésto da lugar a otra problemática que examinaremos mas adelante (92)

De ahí, pues, que para determinar cuando la orden entraña “manifiestamente” la comisión de delito, ha de partirse del punto de vista del hombre medio en el momento de iniciar la acción, pero teniendo a la vista también, si con el conocimiento de los datos fácticos que el ejecutor posea en concreto, aquel hombre medio la habría calificado de “manifiestamente” delictiva. Los datos cuyo conocimiento por el ejecutor se han de valorar *ex-ante*, son fundamentalmente, a nuestro juicio, datos fácticos, que variarán según la distinta situación del militar —como explicaba VEUTRO— pero que pueden ser poseídos por el hombre medio en la posición del ejecutor de la orden, no aquellos otros que no son propios del hombre medio. El conocimiento de estos datos procede, mas de la ubicación objetiva del subordinado, que de su personalidad subjetiva, ya que el parámetro o módulo de esta última será siempre el del hombre medio.

#### 4.3. Ejecución de la orden.

##### 4.3.1.- El deber del examen.

Aunque en realidad es previa a la ejecución, creemos que es aquí donde ha de examinarse como condicionante de la misma.

Según registra DELITALA, la doctrina unánime advierte que no se dan órdenes absolutamente inexaminables, pues, por rígida que puede ser la disciplina jerárquica, el subordinado está obligado siempre al control de la ejecutoriedad de la orden, es decir, a verificar si la ejecución de la misma entra en sus atribuciones, si el superior es competente para impartirla y si la orden ha sido dada en la forma prevista por la Ley (93).

Pero, además, desde el momento en que se hace al inferior responder del cumplimiento de la orden manifiestamente delictiva, le atribuye poder de examinar la criminalidad de la orden.

Mas un derecho ilimitado de examen que, dentro de la Administración conduciría a una situación caótica al ponerla “patas arriba” según la certera

(92) MIR PUIG: *Op. cit.*, pp. 432-433.

(93) *Op. cit.*, p. 473.

expresión de LABAND (94) en los Ejércitos desembocaría en la anarquía e indisciplina y en consecuencia su capacidad combativa resultaría nula y, por ello, quedarían imposibilitados de cumplir las misiones asignadas por el ordenamiento jurídico. Ha sido, sin duda, tal consideración la que llevaría a HELMUTH MAYER a proclamar que “en la guerra sería mas peligrosa una soldadesca sin freno que el abuso del poder de mando” (95) y a PORRES JUAN-SENABRE a la afirmación de que “para el Estado, es más importante la capacidad de combate del Ejército que su interés en el mantenimiento del orden jurídico” (96).

El inferior, por tanto, habrá de observar unos temperamentos o límites en su poder de examen. Desde luego lo que jamás se autoriza es el examen de la oportunidad de la orden (97). No se trata — según dice RODRÍGUEZ DEVESA— de que, el inferior pueda en cualquier circunstancia discutir la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía, sino de *examinar* en todo caso su legalidad. Ha de obedecer, pero no debe obedecer órdenes delictivas. Ambas cosas son compatibles (98).

Aceptar la interrupción constante de la acción del mando y transferir la decisión sobre el cumplimiento de las órdenes al inferior, supone la quiebra total e inevitable de la institución militar asentada sobre la jerarquía y la disciplina. De ahí que el inferior reducirá su examen a verificar— conforme a lo expuesto— si la orden queda comprendida en las relativas al servicio que le corresponde y si adopta la forma adecuada.

Si efectivamente se cumplen tales condiciones, la orden ofrece la presunción de legalidad y debe ser cumplida, salvo que concurra la causa obstativa de manifiesta criminalidad. Pero puede suceder que el inferior tenga dudas sobre cualquier extremo de los antedichos o sobre tal manifiesta criminalidad. En esta hipótesis y al amparo del artículo 32 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, puede dirigirse al superior pidiendo los esclarecimientos pertinentes, siempre que “no perjudique a la misión encomendada”, es decir si, por las circunstancias de la misma, no la perturba el retraso que dicha petición conllevaría. En otro caso, cuando esas dudas no pueden formularse, el mandato ha de ser cumplido, a no ser que aparezca como manifiestamente delictivo.

(94) P. LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, 1876, p. 422 y GONZALO QUINTERO OLIVARES: *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1980, p. 75.

(95) Citado por PORRES JUAN-SENABRE en *Op. cit.* p. 139.

(96) *Loc cit.*

(97) R. VENDITTI: *I Reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare* p. 240.

(98) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, p. 71 y MORILLAS CUEVA: *Op. cit.* p. 208.

Si el superior ratifica la orden después de formuladas las dudas, puede acontecer que las mismas subsistan o que se ofrezca claro el carácter ilegítimo de la orden. Lo primero será frecuente sobre todo en los escalones inferiores de la jerarquía, donde no se tiene una visión global de la acción a desarrollar y donde incluso, en la situación de guerra, cabe exigir el sacrificio del destinatario de la orden y el de sus hombres para la salvación del conjunto a la consecución de un objetivo militar trascendente (99). Resulta claro que no es posible dejar a juicio de los escalones subordinados la conveniencia de una determinada maniobra táctica por salirse de la órbita de sus atribuciones.

BATTAGILINI defiende que la duda del subordinado sobre la criminalidad de la orden deja subsistente la responsabilidad de éste (100). Mas tal opinión es combatida por DELITALA, quien observa que el vínculo de la orden se esfumaría si la simple duda del inferior sobre su legitimidad basta para convertirla en inoperante. Decir que la duda deja subsistente la responsabilidad del ejecutor equivale a afirmar que es suficiente tal duda para desvanecer el deber de obediencia (101).

Si tal postura de DELITALA es certera en Derecho Penal Común, lo es mucho más en el Derecho Militar, donde —como se dijo— los escalones inferiores de la jerarquía ignoran en la mayoría de los casos el plan general de actuación y hasta los mismos objetivos perseguidos por el mismo y carecen, por tanto, del conocimiento completo de los datos fácticos idóneos para una certera valoración de la orden que puede llevar al sacrificio propio y de los hombres a su mando. La tesis de BATTAGLINI arruinaría la cohesión y eficacia de las Fuerzas Armadas, impidiendo llevar a cabo las misiones asignadas por el ordenamiento jurídico.

Pero es que, además, la duda excluye por definición el requisito de que sea “manifiesta” la criminalidad de la orden. Requisito que impone la certeza —no la simple opinión o creencia— sobre el carácter delictivo de la misma (102). Por ello, tal duda no es, por sí, bastante para destruir la presunción de legitimidad que conlleva la orden. De ahí que el subordinado ha de ejecutar la orden sobre la que alberga dudas acerca de su legitimidad o criminalidad, y queda amparado, cuando así obra, por la eximente. En caso de duda, no debe decidir el inferior sino el superior como registra MIR PUIG (103) El

(99) Es famosa, al respecto, la orden del general KLEBER al teniente coronel SCHOMARDÍN: “Toma una compañía de granaderos y detén al enemigo en ese barranco; tu morirás, pero salvarás a tus camaradas”. SCHOMARDÍN cumplió la orden, reteniendo al enemigo largo tiempo, aunque le costó la muerte propia y de la mayoría de sus hombres.

(100) GIULIO BATTAGLINI: *Diritto Penale*, Padua 1949, p. 320.

(101) *Op. cit.* p.474.

(102) MIR PUIG: *Op. cit.* p. 434.

(103) *Loc. cit.*

antedicho artículo 32 de las Reales Ordenanzas viene además a reforzar esta tesis, así como la importante sentencia de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de Junio de 1982. (104)

En todo caso que la orden aparezca manifiestamente delictiva no viene obligado a cumplirla y, a nuestro juicio, tampoco tiene siempre el imperativo legal de poner de manifiesto a su superior inmediato su objeción al respecto. Para determinar cuando ha de proceder así, habrá que ponderar todas las circunstancias que concurran a fin de decidir lo que aconseje la prudencia.

Finalmente, el superior, ante quien deben formularse las objeciones pertinentes al amparo del artículo 32 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, será, según su propia dicción, el "inmediato superior" ésto es, aquel que representa el siguiente escalón en la cadena de mando al llamado a obedecer, sea o no el que dió la orden o quien se limitó a transmitirla (105).

#### 4.3.2.- *Acomodación a la orden.*

Para que el inferior obediente pueda ampararse en la eximente de Obediencia debida, ha de ajustar sus actos a la orden recibida. Cualquier traspaso de los términos de ésta no se halla cubierto por la eximente y se le imputará al ejecutor. La orden despliega sus efectos eximentes en todo lo que se acopla a la misma, no en lo que lo transgrede o no está previsto en ella (106).

(104) Dice tal sentencia: "Los acontecimientos de la noche del 23 y madrugada del 24 de febrero presentaron apariencias suficientemente confusas y expectantes para hacer dudar, incluso a mandos muy superiores de las decisiones o tomar, y, por ello, a dilatar su adopción en espera, de que la situación apareciese como clara y resueltamente decidida. Nótese que a ese nivel jerárquico de oficiales subalternos que incluso tuvieron contacto con mandos superiores de su propio Cuerpo (Guardia Civil) en el exterior del edificio, sin que, pasados los primeros momentos de confusión recibieran intimidación u orden en contrario— no es de extrañar que, en la duda, siguieran el criterio de continuar a las órdenes de los mismos superiores que les habían conducido a la acción y encuadrando en orden a la fuerza a ellos confiada para evitar cualquier desbordamiento y, por lo tanto, mayores males".

(105) Sorprende que nuestro prestigioso e indudablemente primer tratadista de Derecho Penal Militar contemporáneo formule la siguiente crítica al antedicho artículo 32 de las Reales Ordenanzas: "Sin aclarar si el inmediato superior es quién dió la orden, quién la transmitió o el superior de aquél que ordenó lo mandado".

El comentado artículo tiene un claro precedente en el artículo 12, título XVII, Tratado II, de las Reales Ordenanzas del Ejército de 1768, pero, aunque no fuera así, su dicción es inequívoca, pues el inmediato superior es siempre el que le precede en la cadena de mando, quién, si no fue el que dió la orden, deberá elevar la observación del inferior por el conducto reglamentario al mismo. Cfr: RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985*, p. 275.

(106) QUERALT: *Op. cit.* pp. 244 y s.s.

Es frecuente, en tiempo de paz y sobre todo en guerra, que se imparta una orden, pero que la misma no prefija la modalidad de ejecución que queda a la prudencia o discreción del inferior. Incluso, en no pocas hipótesis, hay una cadena de órdenes, a través de la cual los escalones de mando sucesivos van desarrollando la del inmediato superior. Pues bien, de cada modalidad de ejecución fijada por los escalones inferiores responde quien la ha configurado con una nueva orden o quien la ha ejecutado en su caso. Y, si en el modo de cumplir cualquiera de esas órdenes, se incurre en algún abuso no previsto en la orden que se ejecuta, el mismo es imputable quien lo ordenó, o perpetró.

De ahí que los abusos del inferior, cuando cumple una orden no se hallan cubiertos por la eximente de Obediencia debida; resultan, pues, ilegítimos y contra los mismos procede la Legítima defensa.

Finalmente, se ha de registrar que esos actos abusivos del inferior pueden ser realizados dolosa o imprudentemente (107)

### 5.- *Naturaleza Jurídica.*

En el Derecho Penal Militar se reflejan en cierto modo las principales posturas adoptadas en el Derecho Penal Común respecto a la naturaleza jurídica de la Obediencia debida. (108).

La tesis justificacionista puede considerarse mayoritaria y predominante dentro de la doctrina penal militar española, que atribuye a la eximente de Obediencia debida el carácter de causa de exclusión de la antijuridicidad de la acción del inferior. Así se inclinan por la misma PEDRO BUESA, DÁVILA y GARICANO y QUEROL. (109)

RODRÍGUEZ DEVESA, ante la fórmula del artículo 185, nº 12 del CJM de 1945 y sobre la base de que —a diferencia del C.P.— no admite la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, distinguió entre:

- a) Obediencia genuina a un mandato lícito, en que estamos ante una causa de justificación.
- b) Obediencia impropia, que comprende los supuestos de error y de coacción, a los que se refiere la segunda parte del antedicho artículo 185, nº 12, donde se concede un arbitrio judicial para determinar si es apli-

(107) QUERALT: Loc. cit.

(108) Una exhaustiva exposición de las principales posiciones doctrinales al respecto en el Derecho Penal puede verse en QUERALT: *Op. cit* pp. 309 y ss.

(109) PEDRO BUESA PISÓN: *Comentarios al Código Penal del Ejército de 17 Noviembre de 1884*, Madrid 1884 p. 71; DÁVILA HUGUET, GARICANO GONÍ Y DÁVILA ZURITA: *Legislación Penal Militar*, Madrid 1946, p. 260 y FERNANDO QUEROL/ Y DURÁN: *Principios de Derecho Militar Español* Tomo II, Madrid 1948 p. 56.

cable la exigente conforme a las reglas fijadas en el citado artículo (110).

JIMÉNEZ DE ASÚA considera que lo que RODRÍGUEZ DEVESA llama obediencia "genuina" será efectivamente una causa de justificación, pero incluíble en la de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo al que se refiere el artículo 185 en el nº 11. Mas el inferior que ejecuta una orden delictuosa no se podrá amparar ni en una justificación ni en un error, puesto que no le cubre la Obediencia debida. Pero el jefe autoritario puede obligar al subordinado a cumplir lo que le manda y, como las consecuencias de la obediencia son tan drásticas, el inferior, al hacerlo, está amparado por la violencia moral, por estado de necesidad inculparable o, si se quiere, por no poder solo exigir que no obedezca, aunque le conste lo injusto de lo mandado. Esto es, una causa de inculpabilidad. (111).

ANTON ONECA, también a la vista del párrafo segundo artículo 185, nº 12 del C.J.M. considera a esta exigente como causa de inculpabilidad, ya que "malicia" es, según nuestro Derecho, igual a dolo, luego la obediencia es causa de exclusión del dolo (112).

PORRES JUAN SENABRE no adopta una posición clara acerca de la naturaleza de esta exigente. Afirma que la tesis justificacionista "tropieza con el hecho de no poderse afirmar que el hecho sea justo: por eso se admite la Legítima defensa" contra el inferior que cumple la orden ilegítima. De ahí que, al igual que RODRIGUEZ DEVESA y JIMENEZ DE ASUA, distingue la obediencia a la orden justa, donde el carácter justificativo aparece claro y la obediencia a la orden ilegítima cuya impunidad la justifica en "un fundamento de política criminal que le aconseja (al legislador) que dentro de ciertos límites se mantenga la disciplina a costa de órdenes injustas". De ahí que aceptada —como hemos visto que hace— la posibilidad de Legítima defensa contra el subordinado obediente a una orden ilegítima por no ser el hecho justo parece que la tesis de PORRES JUAN SENABRE es la de considerar que en, esta segunda hipótesis, la Obediencia debida actúa como causa de exclusión de la pena (113).

QUINTANO RIPOLLES parte del dato de que el concepto de obediencia es único en lo civil y en lo castrense y no tiene posibilidad de operar si falta el requisito legal de que sea debida. En el ámbito penal común, ya había

(110) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Derecho Penal Militar*, p. 72.

(111) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI, Buenos Aires 1962, pp. 848-849.

(112) JOSÉ ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, tomo I, Madrid 1949, p. 274

(113) *Op. cit.* pp. 127-129.

advertido que, si exime, es porque la enmascara una apariencia de legalidad, es decir, cuando es referida a un formalismo legalista protegido por la subordinación jerárquica. Mas entonces hay un desplazamiento sensible hacia otra excusa más típica, la de la ignorancia, trastocando en absoluto la naturaleza de la Obediencia debida, ya que aquí sí entraría en juego la tesis de la inculpabilidad. En el ámbito penal militar, observa que el acto del inferior al cumplir una orden ilegítima no es plenamente punible si la desobediencia puede acarrearle fatales consecuencias, puesto que entonces entraría en juego, en vez de esta exigente objetiva, la psicológica y subjetiva de Miedo insuperable e, incluso, en casos extremos, la de Estado de necesidad (114).

Después de la reforma introducida, primero, por la Ley 9/1980, luego, por el Código Penal Militar de 1985, RODRÍGUEZ DEVESA se inclina, sin dudarlo, por la naturaleza justificacionista e igual parece ser el criterio de VALENCIANO ALMOYNA, aunque sin abordar directamente la problemática acerca de la naturaleza jurídica de la exigente (115).

DÍAZ PALOS —que considera que la nueva fórmula aproxima el texto militar al artículo 369 del C.P. —sostiene que ello da lugar a una identidad en cuanto a la naturaleza jurídica de esta exigente en ambas parcelas jurídico-penales y la coloca dentro del campo de inculpabilidad sobre la base del error o coacción, entendida como no exigibilidad. (116)

MORILLAS, en cambio, entiende que la nueva fórmula no posibilita en nada el acercamiento de la Obediencia debida a las causas de inculpación, de manera contraria a lo que defendía para la exigente en Derecho Penal Común. La alusión a que no existe Obediencia debida cuando las órdenes entrañan la ejecución de actos que constituyan delito, desplaza el error sobre la legalidad de la orden y la ignorancia sobre su ilegalidad a la teoría general del error. Algo parecido sucede cuando el inferior conoce que lo mandado es delictivo, pero queda costreñido hasta tal punto por la orden que no encuentra otra posibilidad que obedecer, en cuyo caso se configura una causa de no exigibilidad, coacción o Estado de necesidad, pero no Obediencia debida (117).

En la ciencia penal alemana actual la postura mayoritaria considera a esta exigente como causa de inculpabilidad. Unos —como MAURACH ZIPF

(114) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1966, pp.144 y ss.

(115) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.* p. y VALENCIANO ALMOYNA. *Op. cit.* pp.96 y ss.

(116) *Op. cit.* p. 18.

(117) *Op. cit.* pp. 212-213. Escrito este trabajo antes de la aparición de la obra colectiva *Comentarios al Código Penal Militar* no se aludía a la postura de CALDERÓN SUSÍN, quien se decanta por considerar la Obediencia debida como causa de exculpación con base en el error y en la no exigibilidad de conducta. Cfr.: RAMON BLECUA, J.L. RODRIGUEZ VILLASANTE y otros: *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, p. 429

y WESSELS, LACKNER y ESSER estiman que el subordinado se halla incurso en un error exculpante (118). Otros, como ARDNT... las asientan en la situación conflictiva del agente, aludiendo el citado explícitamente a la coacción (119). OEHELER, HERZBERG y SCHMIDHAUSER hablan de colisión de deberes exculpantes (120).

SAUER adopta para el Derecho Penal Militar la misma solución que para el Derecho Penal. Mas ésta no se caracteriza precisamente por su claridad. De un lado, habla de “mandato obligatorio del superior jerárquico” y de otro dice que el ejecutor está libre de culpa, en la mayor medida posible a causa de la vinculación de carácter obligatorio igual que en la coacción. Finalmente admite, sin dudar, la Legítima defensa contra el ejecutor obediente a una orden ilícita. (121).

Por último, JESCHEK se revela justificacionista cuando se trata de faltas o contravenciones militares, mas, respecto a los delitos, se manifiesta exculpacionista, sobre la base de la lesión producida, sin tener en cuenta la actuación del obediente, lo cual le podrá suponer como mucho una causa de inculpabilidad (122).

La doctrina italiana, ante el régimen derogado del artículo 40 del Código Penal Militar de Paz y el vigente en la actualidad—artículo 51 del C.P.— ha sido unánime en considerar a esta eximente como causa de justificación que representa una subespecie de la de Cumplimiento de un deber (123).

A nuestro juicio, la posición correcta es la justificacionista. La exclusión de la punibilidad de quien obra en virtud de Obediencia debida no puede encontrar otro fundamento que el de la legitimidad de su acción.

Como registra DELITALA, cuando se concurre a la realización de un determinado hecho, que es obra de todos o de alguno de los concurrentes, la ilicitud de las singulares acciones de alguno de los partícipes resulta

(118) R. MAURACH y H. ZIPF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband II Heidelberg-Kahlsruhe, 1977, Munich 1974, continuado por TH. LACKNER, P. CRAMER, A. ESSER y W. STREE Munich 1980 y J. WESSELS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1981. p. 99.

(119) H. ARDNT: *Grundris des Wehstrafrechts* 1966, p. 50.

(120) D. OEHELER: *Handeln auf Befehl*, en *Juristische Schulung* 1963 p. 303; R.D. HERZBERG: *Mittel bare Taterschaft beis rechtmässig oder unverbotten handelorder Werkzeug*, Berlin 1967, pp. 44 y ss y EB. SCHMIDHAUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tubinga 1975, p. 324.

(121) GUILLERMO SAUER: *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1956, p. 210-211.

(122) H. JESCHECK: *Anmerkung zum BGH 30-9-1960*, en *Juristenzeitung*, 1962, p. 30, *Trautado de Derecho Penal, Parte General*. vol I, Barcelona 1981, pp. 541 y 680-681.

(123) DELITALA *Op. cit.* pp. 467 y ss; CIARDI: *Op. cit.* pp. 195 y ss; VEUTRO: *Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare*; pp. 183 y ss; VENDITTI: *Il Diritto Penale Militare nel sistema penale italiano*; pp. 206 y ss; P. DI VICO: *Della obbedienza gerarchica*, en *Revista di Diritto e de Procedur Penale Militare*, 1935, p. 81.

acción de cada partícipe no pierde su individualidad y su autonomía y puede así recibir una calificación jurídica distinta de la de los otros. Y ello no solo dentro del tema de la culpa sino también en el de la antijuridicidad. La pura y simple lesividad del hecho cometido en concurso no basta para determinar la ilicitud de las singulares acciones de alguno de los partícipes. Y, si no obstante tal lesividad, la acción de alguno de los participantes resulta autorizada o impuesta inequívocamente por una norma jurídica resultará absurdo calificarla de antijurídica (124).

Ya hemos visto como la orden es el eje de la dinámica de la obediencia. Y, si la orden es ilegítima, así permanecerá siempre. Más es necesario romper la unificación de la valoración jurídica de las acciones del superior que la imparte y del inferior que la ejecuta porque cada una de ellas conserva su autonomía. De ahí que —según sostienen con acierto, entre otros, GIMBERNAT y QUERATL— se exige distinguir entre la conducta de ambos polos personales de la relación de subordinación: el superior responderá siempre de haber impartido la orden ilegítima y el inferior de la ejecución de la misma cuando tal ejecución —no la orden— sea antijurídica. La impartición de la orden y el cumplimiento de la orden —registra BELLING— constituyen dos acciones a separar tajantemente (125).

Por lo tanto, la aplicación o no de la eximente ha de fijarse dirigiendo la mirada sobre la acción del subordinado, con absoluta autonomía e individualidad respecto a la acción del que impartió la orden, lo cual, aunque represente un punto de referencia obligado para toda relación de subordinación, no basta para viciar de ilegitimidad a la misma en las actuaciones respectivas de sus dos polos personales. Se trata lisa y llanamente —como registra QUERATL— qué y cuánta relevancia penal tiene la acción del obediente. Por ello, las tachas en que puede incurrir el superior u ordenante, de la orden, no deben afectar, por sí solas, a la legalidad de ejecución, dado el principio del moderno Derecho Penal consistente en la personalidad e intransferibilidad de la responsabilidad criminal.

Ahora bien, enfocado el punto de mira solo hacia la conducta del inferior obediente, no hay que olvidar que, a quien se incorpora a las Fuerzas Armadas, voluntaria o forzosamente, se le impone, por el orden jurídico, el deber legal de obedecer a sus superiores jerárquicos. Deber legal que es una consecuencia del orden jerárquico que, al establecer la división de funciones, asegura la eficacia de las Fuerzas Armadas y, al imponer simultáneamente

(124) *Op. cit.* p. 468

(125) QUERALT: *Op. cit.* p. 340 E. GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, Madrid 1979 p. 679 p. 679; E. BELLING: *Die lehre von Vervrecher*. Tubinga 1906 pp. 177 y ss.

la disciplina, garantiza la cohesión entre sus miembros, que asimismo es, a su vez, condición de la eficacia necesaria para que los Ejércitos puedan cumplir la misión que les asigna la Constitución Española. De ahí que, admitida la necesidad de tal división de funciones y de la disciplina en las Fuerzas Armadas, su legitimación, y con ella la de la punibilidad de la Desobediencia, viene sustentada sobre la función de proteger al potencial bélico del Estado y, por tanto, sobre la salvaguardia de los fines de los Ejércitos como institutos básicos del Estado español.

El militar, pues, que obra conforme al deber de obediencia que le exige el orden jurídico, obra legítimamente. Quien ajusta su actuación a lo que del mismo requiera el Derecho ha de hallarse justificado. Como observaba DELITALA, —y ya registramos—, resultaría absurdo calificar de antijurídica la acción impuesta inequívocamente por la norma jurídica. Es más — afirma aquel— la acción conforme a deber es el prototipo de acto lícito (126).

La justificación del militar se produce con independencia del resultado producido por su acción obediente. La lesividad o peligro que comporte eventualmente para bienes jurídicos ha sido ya prevista por el legislador responsable, al incluir el deber de obediencia dentro del catálogo de los que tiene que observar el militar. Y éste, cuando obra de conformidad con el mismo, no puede sino verse justificado antes que ningún otro sujeto si se ponderan sobre todo los sacrificios que pueden llegar a requerírsele, en virtud de tal deber, que incluyen hasta el de la propia vida. No cabe pedírsele que lo cumpla, con tal cúmulo de penalidad y abnegación como son las inherentes a la deberidad militar, para luego reprocharle la ilegitimidad de su obediencia (127).

Los no justificacionistas —como argumenta QUERATL— no logran desvirtuar la radical objeción que formulara RAMM: no pueden explicar por qué el cumplimiento del deber no justifica. Cabría argumentar que contra lo que normalmente se supone, cuando el legislador habla de deber, no habla de deber, sino de otra cosa, de coacción o de miedo por ejemplo. Pero ésta presunta equivocidad terminológica nadie la ha sostenido, puesto que, si así se hubiere razonado, ello vulneraría las más elementales normas de la hermenéutica al rebasar el sentido literal posible del sustantivo “deber” (128).

Los requisitos y con ellos los temperamentos a que ha de sujetarse el deber obediencia, para actuar como causa de justificación, han sido examinados ya. Cuando los mismos concurren y la orden reúne las condiciones exami-

(126) *Op. cit.* p. 467.

(127) Cfr. QUERALT: *Op. cit.* p. 416.

(128) *Op. cit.* p. 419.

nadas, está amparada por una presunción de legitimidad cuya base es la confianza. No es dable en los Ejércitos que el subordinado desconfie sistemáticamente de las órdenes superiores. Admitirlo, sería arruinar la disciplina y con ella la propia institución armada. Ninguna persona responsable acepta la tesis de las "bayonetas razonables". La confianza, pues, permite que las relaciones entre superior e inferior se desarrollen sin fisuras perturbadoras y que los actos de ejecución de los mandatos del superior, salvo excepciones, se cumplimenten sin ulteriores reproches jurídicos. Lo normal es que la orden reúna los requisitos para que despliegue aquella presunción de legitimidad y que, en consecuencia, ha de ser cumplida. De este modo, el militar que cumplimenta una orden amparada por tal presunción, una orden que desde una perspectiva *ex-ante* es ajustada a Derecho, resulta justificado, aunque luego se manifiesten como lesivos o peligrosos para un bien jurídico los efectos de su realización. Pero —según registra QUERALT— *ex-ante* tal posibilidad no puede ser entrevista, dadas las propiedades que la confianza en la legitimidad despliega. Hablar al tiempo, por tanto, de presunción de legitimidad y de inculpabilidad es un contrasentido (129).

Creemos, por ello, que la eximente de Obediencia debida o es una causa de justificación o no es nada como sostiene QUERALT (130) con quien, expresa o implícitamente, vienen a coincidir al respecto incluso no pocos antijustificacionistas. De no admitirse la justificación se produciría un desplazamiento hacia la teoría de error, del Miedo insuperable, del Trastorno mental transitorio o del Estado de necesidad exculpante, vaciando a la eximente del nº 12 del artículo 8 del C.P. de contenido (131).

Aparte de que los interesantes estudios de ROSTECK prueban que, en el ámbito castrense, el inferior tiende a negarse a cumplir la orden en la medida en que su ejecución entraña peligro para él, mas, en cambio, suele cumplirla, a sabiendas de su ilegitimidad, cuando no conlleva un peligro específico para sí mismo (132). De ahí que —según comenta QUERALT— de no admitirse la justificación, acabaría por ser un simple refugio de pusilánimes, lo que

(129) QUERALT: *Op. cit.* p. 421.

(130) *Op. cit.* p. 393.

(131) Así QUINTERO OLIVARES concluye desde su postura antijustificacionista: "¿Para que sirve entonces la Obediencia debida? ¿Acaso es para eximir de pena a quien sin error, ni miedo, ni necesidad cumple una orden tan ilegal que es delictiva a pesar de que hubiera podido no hacerlo? ¿Acaso es para eximir de pena a quien cumple un mandato ajustado a derecho que no precisa invocar eximentes?. La única respuesta posible lleva a la tesis de la supresión."

MORILLA CUEVA, que considera superflua esta eximente, también acaba pidiendo su supresión. Cf. QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal, Parte General* Barcelona 1986, p. 504 y L.

MORILLAS CUEVA: *Op. cit.* pp. 217-218

(132) H. ROSTECK: *Derrechtlich unverbindliche befehl*, 1971

desde luego resultaría incompatible con la propia existencia y dinámica de una institución— los Ejércitos— que presupone, por ser inherente a la misma, el valor de sus hombres como uno de sus pilares imprescindibles (133).

La Obediencia debida es una causa de justificación que aparece como una subespecie de la de Cumplimiento del deber. La doctrina penal italiana — dada la regulación inequívoca al respecto de su Código Penal y de su Código Penal Militar de Paz— no vacila al incluirla dentro de la eximente mas genérica de Cumplimiento del deber (134). En España, aunque el Derecho positivo no ofrece la misma base legal, no hay duda de que ha de brindarse la misma solución, sobre todo en Derecho Militar, dado que el deber de obediencia —como registraba antaño ALEJANDRO DE BACARDI y recuerda ahora VALENCIANO ALMOYNA (135) — es un deber que “se halla prescrito en muchos artículos de la Ordenanza, así como en los Reglamentos por los que se rigen o gobierna la milicia y otros institutos militares”.

El deber de obediencia jerárquica militar es inherente a la institución castrense y está expresamente impuesto por la Ley. Quien imparte la orden no hace más que actualizarlo, dar lugar a que se inicie su dinamismo, pero el deber existía ya antes de impartir la orden— cuya función es la de activarlo— impuesto por el orden jurídico militar. De ahí que el superior, al dar la orden, no crea el deber de obediencia, se limita a poner el condicionante que lo hace actuar y quien obedece se limita a cumplir con un imperativo obligacional previsto por la norma jurídica, según ya registramos antes.

## 6. *Cuestiones que plantea la Obediencia debida.*

### 6.1. *Participación.*

El superior que da la orden antijurídica, aunque no manifiestamente criminal, es siempre responsable de la misma. El problema a dilucidar es el título con que cabe imputarle el delito cometido por el subordinado, no habiendo unanimidad en la doctrina al respecto.

(133) QUERALT: *Op. cit.* p. 393.

(134) Cfr. Artº 51 del C.P. y el artº 40 del C.P.M. de Paz (derogado este por la Ley de 11-VII-1978).

(135) ALEJANDRO DE BACCARDI: *Nuevo Colón o sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, tomo III, Barcelona 1878, p. 730 y VALENCIANO ALMOYNA: *Op. cit.* p. 97. Por ello, de suprimirse la Obediencia debida como eximente específica según prevé el art. 19 del Anteproyecto del Código Penal elaborado por el Ministerio Múgica en 1990 - aparte de representar un importante yerro legislativo, no impedirá que la Obediencia debida siga jugando su papel

Una primera postura lo considera inductor. Pero la misma corresponde mas bien a la tendencia que incluye la inducción entre las formas de autoría y no armoniza con la moderna y dominante en nuestro Derecho Penal contemporáneo, que incluye la inducción en la participación, no en la autoría. Conforme a la misma y al principio de accesoriadad limitada, que rige el Derecho Penal español, al no ser antijurídica la acción del autor principal, resulta imposible hablar de participación por inducción en la misma (136).

Además, si la nota distintiva de la inducción es provocar la resolución criminal en el autor principal, de quien obra justificadamente y por tanto ignora que comete un delito, resulta imposible hablar de resolución criminal (137).

De ahí que nos inclinemos por la fórmula de la autoría mediata, en virtud de la cual el hombre de atrás se sirve de un instrumento justificado: el inferior obediente. Tal fórmula autoriza a imputar la acción del ejecutor subordinado al hombre de atrás, ésto es, al superior como autor único y responsable. El autor mediato es el que realiza el tipo siquiera sea a través de otro, por lo que su consideración de autor se desprende directamente del tipo correspondiente de la Parte Especial. Es, por tanto, un caso de autoría mediata a través de un instrumento que obra justificado (138).

En la hipótesis de que la orden sea manifiestamente criminal y el subordinado esté conforme en llevarla a cabo, en connivencia o sin ella con el superior, ambos serán coautor o autor, directos, respectivamente.

Los terceros, que cooperan con el subordinado obediente suponiendo la legitimidad de la orden, quedan también justificados si lo hacen a iniciativa de éste (139). Mas, si obran *motu proprio*, se someterán a las reglas generales de la participación y no a las de la obediencia (140).

Cuando obran de mala fe y conocen la criminalidad manifiesta de la orden responderán de modo paralelo a los subordinados obedientes (141).

## 6.2. *El Error en la Obediencia debida.*

El error puede entrar en juego, con relación a esta eximente, incidiendo sobre la misma, lo que puede dar lugar a importantes efectos sobre la

eximente a través del cumplimiento de un deber con los requisitos aquí señalados.

(136) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid 1981 pp. 758 y ss.

(137) H.H. JESCHECK: *Op. cit.* vol II, 1981 pp 925 y ss y QUERALT: *Op. cit.* p. 431.

(138) MIR PUIG: *Op. cit.* p. 438

(139) QUERALT: *Op. cit.* 432

(140) JESCHECK: *Op. cit.*, vol I p. 540

(141) QUERALT: *Op. cit.* 432

responsabilidad criminal de los intervinientes.

No ha de perderse de vista que se está en una parcela donde —según expone JESCHEK— para el subordinado, es decisiva la confianza en la autoridad superior y el hábito de la obediencia, corriendo la responsabilidad de la corrección de los mandatos impartidos, en principio, a cargo exclusivo generalmente del superior (142).

En primer término, puede ocurrir que el error concorra en el superior que dá la orden manifiestamente antijurídica penal; ésto es, que el mismo ignore tal antijuridicidad de la orden y crea que la misma es legal y que está autorizado a dictarla.

En tal hipótesis, nos hallaríamos ante el supuesto previsto por el artículo 6 bis a) párrafo 3º del Código Penal y el mismo obrará bajo los efectos de la eximente putativa del artículo 8 nº 11 del Código Penal. Si en cumplimiento de la misma, desarrollara la conducta prevista en el artículo 105 del Código Penal Militar, entra en juego aquel artículo 6 bis a) para eximir de responsabilidad si el error era invencible o atenuarla (143) si no lo era y se cometiera alguno de los resultados lesivos del artículo 104 del Código Penal Militar, pues, en los demás casos, quedará impune al no admitirse la forma culposa de comisión.

Pero el error puede incidir también y será el caso mas frecuente sobre el subordinado ejecutor de la orden.

El subordinado puede creer erroncamente que tiene el deber de cumplir toda orden del superior jerárquico militar. Unicamente —explica JESCHEK— el subordinado que creyese que una orden justifica todo hecho bajo toda circunstancia —“una orden es una orden”— constituirá un error de prohibición que, en todo caso, no podría estimarse en la actualidad como invencible.

En tal caso y aunque se considerase como vencible dicho error, el hecho perpetrado bajo su influjo quedaría impune si no admitiera la forma culposa, ya que —como registra a nuestro juicio con acierto RODRÍGUEZ DEVESA— la prohibición establecida por el artículo 21 del Código Penal Militar de apreciar la obediencia como atenuante se refiere a la admisión de la eximente incompleta — C.P. artículo 9 nº 1 — no al error, separado legalmente — artículo 6 bis a) del Código Penal— del catálogo de eximentes (145).

(142) *Op. cit.* vol I, p. 678

(143) Aplicando el artº 66 del C.P.

(144) *Op. cit.*

(145) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985*, p. 288.

De ahí, que, quien así obrase, se beneficiaría de la aplicación del artículo 6 bis a) párrafo último del C.P. y sólo sería penalmente sancionado si el delito perpetrado permite la forma culposa.

El subordinado sabe que no puede cumplir la orden que constituye manifiestamente delito, pero cree que la ejecutada no entra dentro de tal prohibición. En tal caso, la solución también es la aplicación del último párrafo del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es invencible, quedará exento de pena y, si es vencible, solo será punible cuando lo sea el delito cometido en su forma culposa.

Por otra parte, tanto el superior, al dar la orden como el subordinado al cumplirla, pueden obrar en la creencia errónea de que la misma es manifiestamente constitutiva de delito. En tal caso, nos encontraríamos ante una hipótesis de delito imaginario, esto es, de error "al revés" que carecería de interés punitivo por tratarse de un hecho atípico (146).

### 6.3. Obediencia debida y Legítima defensa

En la hipótesis de que el ejecutor de la orden cumpla la misma que es penalmente antijurídica, pero no de forma manifiesta, actúa bajo el amparo de la causa de justificación de Obediencia debida —y aquí se registra la trascendencia de considerar a esta causa de justificación o de inculpabilidad— y, por tanto, no cabe contra su acción la Legítima defensa, al faltar el requisito de agresión ilegítima. De ahí que aquél contra quien se actúa no puede invocar tal eximente de Legítima defensa, aunque, naturalmente, si puede alegar la de Estado de necesidad en la hipótesis de concurrir los requisitos del artículo 8, nº 7 del Código Penal (147).

Pero puede suceder —según explica MIR PUIG— que el superior que da la orden, con plena conciencia de su carácter delictivo, se sirva del subordinado ejecutor, porque tal orden no es manifiestamente delictivo. Según registra MIR, la subsistencia de la antijuridicidad en la orden del superior no constituye ningún obstáculo para admitir la justificación de la conducta del subordinado que la cumple en virtud de Obediencia debida. No obstante, la ejecución de la orden del superior integra una agresión ilegítima de éste contra la persona sobre quien recae. Agresión ilegítima que se perpetra a través de persona que no actúa antijurídicamente. De ahí que no cabe, contra ésta, la Legítima defensa, sino contra el que actúa antijurídicamente, contra el superior y, si —como es lo normal— se reacciona contra el ejecutor de la

(146) RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Parte General*, pp. 665 y ss

(147) RODRÍGUEZ DEVESA: *La Obediencia debida en el Código Penal Militar Español de 1985*, p. 285.

orden que obra lícitamente, solo cabe repeler su agresión dentro de los límites del Estado de necesidad según ya vimos. No sería justo —dice MIR— admitir otra solución que diese preferencia al agredido por una orden, cuando el que la ejecuta se halla obligado por la Ley a hacerlo (148). De ahí que éste ha de ser el protegido en primer termino. Aparte de que, de admitirse la Legítima defensa, se dejaría en manos del individuo sobre el que recae la acción del obediente, la decisión de cuándo una orden ha de ser desobedecida de modo general y violento. Ello no puede sino llevar al caos y evitar llegar a él, es una de las misiones de todo ordenamiento jurídico mediante razonable.

Finalmente, en todos los caos que hemos visto de error exculpante, si la ejecución de la orden entraña manifiestamente delito, se está ante una acción objetivamente antijurídica y, por tanto, en su caso, ante una agresión ilegítima, frente a la cual, la persona sobre quien recae— o sus parientes o extraños— tienen el derecho a reaccionar a través de la Legítima defensa del artículo 8 nº 4 del Código Penal y a lograr el amparo de tal eximente. Todo ello con independencia del problema de la responsabilidad del subordinado ejecutor y agresor, que puede —según comprobamos— ser declarado no culpable.

Desde luego no cabe descartarse la Legítima defensa— y Estado de necesidad putativo— si *ex-ante* la persona sobre quien recae la acción del obediente, con los conocimientos del ciudadano medio situado en su posición, llega a la convicción de que una u otra es la que procede respectivamente. Al darse un error invencible sobre el presupuesto de una causa de justificación, conforme al artículo 6 bis a) del C.P. excluiría la responsabilidad criminal. Si fuera vencible, se aplicaría el artículo 66 si se trata de delito cuya comisión resulte posible por imprudencia, y, sin no lo fuese, quedaría impune.

#### 6.4. *Concurrencia de otras eximentes.*

Cuando la orden entrañe manifiestamente delito, no quiere decir que el subordinado ejecutor quede completamente inerte ante la exclusión de los efectos atenuatorios o eximentes de la Obediencia debida. QUINTANO, RODRÍGUEZ DEVESA y la mayor parte de la doctrina están acordes en que ello no excluye la apreciación de otras eximentes. Así, como observa QUINTANO RIPOLLES, puede, a no dudarlo, entrar en juego el Estado de necesidad; o practica la detención o será a su vez detenido; o forma parte del

(148) MIR PUIG: *Op. cit* p. 439

pelotón de fusilamiento o será, su vez, fusilado (149) y RODRÍGUEZ DEVESA invoca los anteriores ejemplos, que, asimismo, pueden justificar la alegación del Miedo insuperable cuando inspiraran un temor que pueda resultar encuadrable en el artículo 8 nº 10 del Código Penal (150).

En cambio, no cabrá aplicar la exigente de Cumplimiento de un deber del artículo 8 nº 11 del Código Penal, ya que, siendo, en realidad —según vimos— la Obediencia debida una especificación de tal exigente, una concreción de ella, de forma que, si la Ley penal prescindiera del nº 11 del mismo, si no existe la misma, desaparece el deber de obedecer y, por tanto, resultarán inaplicables tanto el número 12, como el 11, del tantas veces citado artículo 8.

Pero, si se suprime la Obediencia debida, ésto es, el nº 12 del artículo 8, la misma siempre entrará en fuego a través del nº 11, es decir, a través de la exigente de cumplimiento de un deber.

#### 6.5.- *Responsabilidad Civil.*

Finalmente, hemos de advertir que el artículo 20 del C.P. no menciona al inferior obediente entre los responsables civiles, confirmando así el carácter de causa de justificación de la exigente (151).

(149) *Comentarios al Código Penal*, p. 148.

(150) *Op. cit.* p. 287.

(151) QUERALT: *Op. cit.* p. 449 y ss.