

APUNTES SOBRE LA EXENCIÓN POR OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

Francisco Javier Hernández Suárez Llanos

Capitán Auditor

Doctor en Derecho con mención de «Doctor europeo»

SUMARIO

1. Marco normativo básico. 2. Consecuencias de la supresión de la eximente autónoma en el código penal de 1995. 3. Esquema de la exención por obediencia jerárquica en el código penal militar. 3.1. La obediencia debida. 3.1.2. La orden militar vinculante. 3.1.3. Efectos de la obediencia debida. 3.2. La obediencia excusable. 3.2.1. Naturaleza jurídica y fundamento de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. 3.2.1.1. La cuestión en el Derecho positivo, en la Jurisprudencia y en la doctrina. 3.2.1.2. Toma de postura. 3.2.2. Formulación de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. a.1. «No se estimará ni como eximente ni como atenuante». a.2. «Actos que manifiestamente sean [...]». a.3. «Usos de la guerra». a.4. «En particular contra la Constitución». 3.2.3. Efectos de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. 4. Recapitulación.

Cuando el superior jerárquico ordena al subordinado la comisión de delitos, entran en colisión dos deberes: el deber jurídico de obedecer y el deber jurídico de no cometer delitos.

Esta antinomia jurídica, que se resuelve en aquellos ordenamientos que tratan de la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a los superiores, resulta un tema vivo y de interés multidisciplinar ya que se debate de forma intensa en diferentes ámbitos jurídicos como el Derecho común, militar, internacional, etc. Basta con mirar la supresión de la eximente autónoma en el Código penal de 1995 después de

casi 200 años de pervivencia, al debate sobre la oportunidad de extender tal supresión al Código penal militar, o al Estatuto de Roma que aparentemente rompe con la línea tradicionalmente seguida en el Derecho internacional desde Núremberg.

Sin embargo, entre los diferentes ordenamientos que tratan la cuestión, el Derecho militar se erige en es el medio más singular de la exención por obediencia jerárquica, cuya regulación da cuenta principalmente la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar.

Dicho lo anterior, este trabajo se propone la tarea de contestar a algunos interrogantes que plantea la actual regulación de la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a las órdenes o mandatos de los superiores en nuestro vigente Código penal militar.

1. MARCO NORMATIVO BÁSICO

Aunque la exención por obediencia jerárquica militar se articula a través de una pluralidad de normas¹, el marco normativo básico sigue siendo el Código penal militar del que cabe destacar las siguientes previsiones normativas:

1. El primer inciso del artículo 21, recoge una cláusula general de remisión a las eximentes del Código penal común al señalar: «Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. [...]»².

2. El segundo inciso del artículo 21, formula la exigente autónoma de obediencia militar: «[...] No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución».

3. El artículo 102 tipifica el delito de desobediencia militar, marco natural del desarrollo de la obediencia debida como se verá: «El militar que

¹ En este sentido, además de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar, cabe mencionar a título de ejemplo la Constitución Española, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, la Ley 17/1989 de 19 de julio Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar, el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas o el Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas.

² Cláusula que no es novedad en nuestro Derecho militar si atendemos al Código de Justicia Militar de 1890 que únicamente hacía en su artículo 172 una remisión a las previstas en el Código penal común, significando: «Apreciación como causas de exención de responsabilidad criminal, las que, en cada caso, juzguen pertinentes del Código Penal ordinario»

se negare a obedecer o no cumpliere 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. [...]».

Asimismo el artículo 9 del Código penal común³, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, da entrada en el ámbito militar a distintos preceptos penales que pueden jugar un papel en el problema de la obediencia en las relaciones jerárquicas de subordinación, como las eximentes de estado de necesidad o de miedo insuperable del artículo 20.5 y del 20.6, las reglas del error del artículo 14 y en especial la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7, clave, como se verá en el problema de la obediencia cuando se obedece una orden vinculante.

2. CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DE LA EXIMIENTE AUTÓNOMA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Fijado el marco normativo básico de la eximente por obediencia jerárquica militar, y teniendo en cuenta que el Código penal común, es un cuerpo normativo del que el Código penal militar es régimen especial con el que comparte la misma dogmática y principios, cabe preguntarse si, desaparecida la eximente de obediencia autónoma en el Código penal común, la eximente por obediencia del último inciso del artículo 21 del Código penal militar resulta ya asonante y de conveniente erradicación⁴.

³ «Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas».

⁴ Para PIGNATELLI Y MECA el artículo 21 resulta innecesario y además, es una mimética reproducción del deficiente texto del artículo 34 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «[...] que no es dechado de perfección desde el punto de vista técnico-jurídico» y por la redundancia del tenor de la previsión del artículo 21 ya que los actos contrarios al Derecho de Guerra también son delitos, lo mismo que el inciso de *en particular contra la Constitución*: «El código penal militar: Perspectivas de «Lege Ferenda»», El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, *Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial*, N.º 5, Madrid, 1996, p. 121. Asimismo, PÉREZ DEL VALLE, afirma que como fórmula sustitutiva al artículo 21 del Código penal militar podría resultar el error de prohibición, lo que evitaría en gran medida las dificultades que entraña la redacción de dicho precepto. PÉREZ DEL VALLE, C., «La desaparición de la obediencia debida en el Código penal y su efecto en el Derecho penal militar», *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, Consejo General del Poder Judicial*, E.D.J., N.º 5, Madrid, 1996. Para RODRÍGUEZ-VILLASANTE, la eximente hoy en el Derecho militar es de dudosa vigencia, abogando por el tratamiento del error en sede militar para los casos tradicionalmente considerados de obediencia debida. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», *El derecho penal y procesal*

Para responder a esta pregunta hay que averiguar si la cuestión de la obediencia jerárquica tiene militarmente más o menos interés como especialidad propia. Y a ello parece apuntar el que la obediencia en el Derecho militar se proteja con más ímpetu que en el Derecho común⁵ habiendo sujetado la jerarquía militar al subordinado de forma extrema ya desde la antigüedad. JIMÉNEZ DE ASÚA⁶ recuerda como ya en el Derecho romano la infracción de los deberes de obediencia militares por parte del subordinado se penaba casi siempre con la muerte. Y también hoy la grave punición del delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 102 del Código Penal Militar español⁷ —de tres meses y un día a dos años de prisión, pena que se eleva incluso hasta seis años si la orden desobedecida se dicta en relación al servicio—, contrasta con la del artículo 410 del Código Penal Común —pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años—.

Esta diferente punición guarda relación con los específicos bienes jurídicos que cada tipo penal busca proteger.

ÁLVAREZ GARCÍA⁸ defiende que el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia del artículo 410⁹ del Código Penal es el principio de jerarquía, pero no el principio de jerarquía en sí mismo, sino un concepto de principio de jerarquía funcional o medial donde lo que prima es que reforzando esta jerarquía se atiende a la consecución de los intereses generales. CARBONELL MATEU¹⁰, va más allá, al señalar: «El «Deber de obediencia» está precisamente en función del servicio que la Administra-

militar ante la reforma de las normas comunes, *Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial*, Nº 5, Madrid, 1996, p. 55.

⁵ ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*. Tomo I, Volumen II, Traducido por CUELLO CALÓN, E., Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1915, p. 128.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI: «La culpabilidad y su exclusión», Losada S. A., Buenos Aires, 1962, p. 837.

⁷ Protección penal que se refuerza si tenemos en cuenta que la desobediencia colectiva se considera sedición —artículo 91 del Código penal militar— y se castiga con penas aún más duras que las reservadas a la desobediencia. La distinta severidad de las penas entre un ámbito y otro fue advertida por JIMÉNEZ DE ASÚA en relación a los textos penales recogidos en el Código de Justicia de 17 de julio de 1945 y el del Código penal común de 1944. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 847.

⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, BOSCH, 1987, ps. 223 y 236.

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

¹⁰ CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen I Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 188.

ción presta. Y éste lejos de ser un concepto vago, aparece explicitado con rotunda claridad en el artículo 103 de la Constitución Española: [...]. A partir de aquí, no resulta complicado atisbar el bien jurídico protegido por la tipificación del delito de desobediencia: éste no puede ser otro más que el correcto servicio de la Administración a los intereses generales de acuerdo con los citados principios, especialmente el de jerarquía, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

En cuanto al delito de desobediencia militar del artículo 102 del Código penal militar, se ha señalado que el bien jurídico protegido es la disciplina¹¹. Sin embargo, la disciplina es un bien jurídico instrumental, ya que lo que finalmente pretende proteger este artículo 102 es el adecuado funcionamiento de los Ejércitos y de la Administración militar para que pueda cumplir las funciones que le asigna el artículo 8 de la Constitución Española a las Fuerzas Armadas mediante el refuerzo del principio de jerarquía. LÓPEZ SÁNCHEZ¹² señala que en el delito de desobediencia militar se podría decir que el bien jurídico protegido es el orden público militar, «considerado como el correcto funcionamiento de la organización militar ordenada a sus fines, uno de cuyos elementos es el ejercicio de la autoridad o de la acción de mando por el superior jerárquico en el ejercicio de sus funciones específicas, encuadradas dentro de la función militar, que es garantizado, como venimos diciendo, con el correcto desarrollo de la función relación jerárquica-disciplina disciplina en sentido estricto».

En definitiva el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia militar es el principio de jerarquía que atiende a la consecución de los intereses generales que ha de gestionar la Administración militar que no son otros que las misiones constitucionales que tienen asignadas las Fuerzas Armadas, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional¹³.

¹¹ CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, S. A., Madrid, 1988, p. 102. En este punto, cabe aludir a la sala 5ª del Tribunal Supremo que define la disciplina en su Sentencia de 1 de octubre de 1990 como «un conjunto de normas específicas de comportamiento que tutelan los derechos y deberes de cada miembro de los ejércitos» [...] «y son parte integrante de un estatuto profesional; la disciplina es así, pues, una exigencia estructural que garantiza el estricto cumplimiento de las órdenes del mando y que ha de ejercitarse de una forma eficaz e interrumpida en cuyas exigencias radica la *ratio legis* del Derecho disciplinario que naturalmente debe comparecerse con los principios constitucionales y ajustarse a sus mandatos».

¹² LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: *Protección penal de la disciplina militar*, DYKINSON, Madrid, 2007, p. 155.

¹³ Para CASADO URBANO estas misiones buscan la inmunidad de toda agresión exterior que pueda anular nuestra capacidad de decisión política y en el mantenimiento incólume del territorio nacional y en la salvaguardia del orden jurídico-político frente a aquellas

En la consecución de estas misiones, el subordinado militar queda más sujeto al principio de jerarquía que el subordinado civil¹⁴ ya que la disciplina resulta vital para que las Fuerzas Armadas puedan cumplir adecuadamente las funciones que le asigna el artículo 8 de la Constitución Española. MUÑIZ VEGA comenta: «[...] 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»¹⁵. La obediencia militar es más rigurosa que en el Derecho común ya que un derecho ilimitado de examen, como señala LABAND¹⁶, conduciría en los Ejércitos, a 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, y según HELMUTH MAYER¹⁷ contraproducente pues, «en la guerra sería más peligrosa una soldadesca sin freno que el abuso de poder del mando».

Todo ello ha llevado al legislador a castigar más duramente la desobediencia en el artículo 102 del Código penal militar que en el artículo 410 del Código penal común y a que en el ámbito militar la protección de la disciplina se extreme mediante formas de coerción directa no permitidas en el ámbito civil que llevan a reforzar la férrea jerarquía que severamente sujeta al subordinado frente a las órdenes del superior¹⁸.

Desde esta óptica, la mayor dureza del castigo en la desobediencia demanda mayor indulgencia en las consecuencias de la obediencia a órdenes ilegales, propiciando una regulación especial de obediencia eximente en el

agresiones internas de quienes, por vía de la subversión y la violencia pretendieran trastocar el sistema: CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar Revista de Derecho Privado*, EDERSA, Madrid, 1986, p. 27.

¹⁴ Según la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 6 junio de 1992: «Esta Sala tiene dicho y mantiene que el deber de obediencia es más riguroso para los militares que para los funcionarios administrativos y judiciales, en los que legalmente obliga la obediencia debida en ciertos casos [...]».

¹⁵ MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», *REDM*, N° 54 (julio-diciembre 1989), Tomo I, p. 138.

¹⁶ LABAND, P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, 1876, p. 422 y QUINTERO OLIVARES, G., «El delito de desobediencia y la desobediencia justificada», *Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 80, Núm. 3, Julio-Septiembre, Barcelona, 1981, p. 75.

¹⁷ Citado por PORRES JUAN-SENABRE, «Consideración general de la obediencia debida como eximente», *ob. cit.*, p. 139.

¹⁸ En el terreno militar, un análisis más amplio puede verse en ROJAS CARO, J., «El poder de coerción directa del superior jerárquico en el ejército», *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor Dr. ENRIQUE CASAS BARQUERO*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 752. Dicho poder de coerción seguiría existiendo en el Derecho a pesar de la desaparición del artículo 105 de en nuestro Código penal militar, para dicho autor.

ámbito militar. Ya a comienzos del pasado siglo XX, BERNARDINO ALIMENA¹⁹ comentaba: «Además, mientras que para los funcionarios civiles la disciplina nunca es rígida y rigurosa, y su desobediencia, aún siendo injusta, no puede producir consecuencias inmediatas e irreparables, o consecuencias fatales, para los militares, por el contrario, no sólo la disciplina es férrea, sino que la desobediencia puede tener inmediatamente consecuencias graves y algunas veces consecuencias fatales. Dadas estas diferencias, es preciso llegar a una solución más benigna para el militar», y también JIMÉNEZ DE ASÚA²⁰, de igual sentir, señalaba: «Al tomar en cuenta la exigencia de obediencia debida es necesario usar de mayor benignidad con el militar que con el funcionario civil, ya que los artículos [...] castiga a veces con terrible dureza la desobediencia del soldado y del marino [...]».

Sin embargo, ello no implica obediencia ciega, que no se concibe hoy ni siquiera en el ámbito militar por la inmensa mayoría de los tratadistas del Derecho penal²¹, por nuestro sistema jurídico legal y jurisprudencial,

¹⁹ ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*, ob. cit., ps. 127 y 128.

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 847.

²¹ VALLECILLO, acuña un concepto de «*obediencia exacta*», al afirmar: «poco adelantaría el servicio militar con que la obediencia fuera voluntaria y ciega, si al tiempo no se empleasen los más eficaces medios para que en todas sus partes correspondiese el mandato, que es lo que constituye la profundidad de la obediencia [...] los que quieran obedecer profundamente [...] deben enterarse bien a fondo del contenido de las órdenes que reciban, estudiarlas con el mayor detenimiento y, habiendo tiempo suficiente, pedir las aclaraciones que puedan ser necesarias»: *Diccionario Enciclopédico de la Guerra*, dirigido por GENERAL LÓPEZ MUÑIZ, *Diccionario Enciclopédico de la Guerra*, Ed. GESTA, Madrid, 1958, p. 474. JIMÉNEZ DE ASÚA señala: «[...] Es indudable que en el ejército, el principio de disciplina es fundamental y la pronta obediencia regla necesaria; el soldado, bajo las armas contrae deberes particulares, y sus deberes son más rigurosos aún en tiempo de guerra que en tiempo de paz. Pero en modo alguno es posible concebir al soldado reducido al papel de instrumento ciego. Al menos debe comprender el mandato dado, y saber si la orden emana verdaderamente de su superior; es un ciudadano dotado de inteligencia y de voluntad, y por, tanto, conserva su parte de responsabilidad»: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 839. O en fin, otros tratadistas de especial autoridad en la materia castrense que rechazan la obediencia ciega son CALDERÓN SUSÍN, E., *Comentarios al Código Penal Militar*, ob. cit., ps. 365 y 418. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el Código Penal Militar español de 1985», *Revista de Derecho Público*, Nº 103 (abril-junio) 1986, ps. 33 y 34. MORILLAS CUEVA refiere que: «Lo cierto, en cualquier caso, es que en un Estado de Derecho la obediencia ciega no puede ser admitida, ni en el Ejército, ni en la esfera civil», *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, p. 205. QUEROL Y DURÁN, F., *La obediencia debida como causa de justificación*. Ponencia inédita presentada a las Primeras Jornadas de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, Valladolid, 4-6 de mayo de 1960: «[...] sería desorbitada la pretensión de que esta obediencia, por ciega que parezca, no tenga sus límites en orden a justificar una conducta delictiva». También en la Jurisprudencia destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 1983 (Caso Almería), que señala: «la disciplina militar exige con mayor rigor el deber de obediencia en un Cuerpo, como el

por el Derecho comparado e internacional, habiendo sido abandonada en tales disciplinas la postura del *respondeat superior*²² dadas las consecuencias absurdas a que podría llegar una obediencia de tal carácter.

Por otro lado, dentro de la jerarquía militar el hecho de la guerra propicia que la sujeción jerárquica no sea la misma en tiempos de paz que en tiempos de guerra, cosa que nuevamente se refleja en el delito de desobediencia. Ya en el Derecho romano, en tiempos de paz cesaba el deber de obedecer en los supuestos de *atrocitatem facinoris*, mientras que en tiempos de guerra la obediencia se presentaba en las legiones romanas de forma absoluta bajo pena de muerte aún cuando la desobediencia redundara en un beneficio en campaña militar²³. Hoy la severidad del castigo de la desobediencia en tiempos de guerra se refleja en la punición del delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar que castiga de tres meses y un día a dos años de prisión la desobediencia en tiempos de paz, castigo que eleva hasta veinticinco años si la desobediencia se produce en situaciones apremiantes o en tiempo de guerra.

Esta diferente punición se debe a que en tiempos de guerra la disciplina, la sujeción jerárquica y por extensión, la obediencia, se extreman por factores como la mayor libertad de forma de la orden; la ignorancia por los escalones ejecutivos del plan general de actuación y de los objetivos per-

de la Guardia Civil, de organización y estructura castrense, pero no es un deber absoluto de obediencia ciega, pasiva o automática».

²² Esta postura sostiene que el subordinado no es otra cosa que un instrumento en manos de sus superiores, que son quienes realmente acapararían toda la responsabilidad derivada de los hechos cometidos por aquel. Tuvo sólo vigencia, bajo una importante consideración crítica, en el Derecho anglosajón en el periodo comprendido entre 1914 y 1944, resultando finalmente rechazada por el Tribunal de Núremberg. Aunque ya HOBBS afirmó que la orden de un superior exigía obediencia absoluta: «Lawful and unlawful derives from the law of public power. What is ordered by a legitimate King is made lawful by his comand and what he forbides is made unlawful by his prohibition»: HOBBS T., *Elementa philosophica de cive*, Paris, 1642, «Imperium», Capítulo 12, párrafo 1º. OPPENHEIM, L., es su principal precursor, afirmando en su tratado de ley internacional publicado por primera vez en 1906: «los miembros de los ejércitos que cometan acciones criminales actuando en virtud de obediencia jerárquica de sus superiores, no podrán ser considerados responsables criminales de dichos hechos, pues únicamente lo serán por los hechos cometidos por sus subordinados, los mandos superiores que dictaron dichas órdenes y que una vez hechos prisioneros por sus enemigos, podrán ser finalmente enjuiciados y en su caso condenados»: OPPENHEIM, L., *International Law: a Treatise*, Vol. 2, 1906, ps. 264 y 265.

²³ Comenta DÍAZ PALOS: «[...] de los textos romanos del Digesto se deduce una distinción esencial: que la severidad del castigo en el soldado que desobedecía la orden y que llegaba hasta la imposición de la pena capital, (*capite punitur*) se limitaba a tiempo de guerra (*in bello*). En época de paz, los límites de la obediencia eran iguales que para los esclavos e hijos, en los términos que ya conocemos»: F. DÍAZ PALOS, Voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo XVII, Barcelona, 1982, p. 759.

seguidos²⁴, que les impide un conocimiento completo de los datos fácticos idóneos para una certera valoración de la orden, o en definitiva, la situación perentoria y apremiante que caracteriza el conflicto bélico, que hace que en tiempos de guerra el deber de examen de la legalidad de la orden resulte muy limitado. Como explica JIMÉNEZ DE ASÚA²⁵: «el soldado, bajo las armas contrae deberes particulares, y sus deberes son más rigurosos aún en tiempo de guerra que en tiempo de paz».

Sin embargo, también en tiempos de paz la maquinaria militar de cualquier Estado debe estar preparada para la guerra, debiendo mantener en todo tiempo altas cotas de disciplina. Los ejércitos permanentes y sobre todo los ejércitos profesionales precisan también en tiempos de paz del ejercicio del mando, cuyo reverso, la obediencia exacta a las órdenes de los superiores, forma parte de las virtudes morales propias de la tradición militar que deben presidir el comportamiento de los militares no solo en el combate sino también en la vida cotidiana. No en vano, la regla Séptima del artículo 4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar señala como regla esencial que define el comportamiento del militar: «la disciplina, factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Armadas como norma de actuación [...]». Esta regla de comportamiento no se entiende referida a la actuación en combate sino a los militares en su calidad de miembros de las Fuerzas Armadas.

Recapitulando, las diferencias entre la sujeción jerárquica militar y la sujeción jerárquica civil se debe en último extremo al hecho de la guerra, que se erige en especialidad militar incuestionable pues propicia obedecer acciones criminales que quedarían mimetizadas en la crueldad misma de la guerra, y tampoco en tiempos de paz se libra al subordinado de la particular dureza del castigo en la desobediencia militar frente de la civil, demandando mayor indulgencia en las consecuencias de la obediencia.

²⁴ Especialmente en los escalones ejecutivos más bajos, es decir, del soldado. MUÑIZ VEGA, se hace eco de lo anterior, y señala: «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 [...] 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». MUÑIZ VEGA, G., «La exigencia de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 151. En términos similares, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el derecho penal militar» *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, N° 3, Enero-junio, 1957, p. 70.

²⁵ Citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 839.

Tales consideraciones llevan a que la obediencia eximente tenga militarmente un interés como especialidad propia y demande una regulación especial en el ámbito militar sin que pueda trasladarse sin más la desaparición formal de la eximente como eximente autónoma en el Derecho común al Derecho castrense.

3. ESQUEMA DE LA EXENCIÓN POR OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

Aclarado el esquema básico de Derecho positivo de la exención por obediencia jerárquica en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar, resta averiguar el régimen legal de la responsabilidad penal del subordinado militar que en obediencia a sus superiores lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido penalmente.

Puede ocurrir que la obediencia a órdenes de los superiores sea debida por pesar un deber de obedecer sobre el subordinado. Pero también puede ocurrir que no exista tal deber de obedecer por no ser vinculante la orden y que sin embargo, por concurrir ciertas circunstancias, el subordinado quede excusado en su conducta. Por ello, resulta ineludible averiguar cuál es la frontera entre la obediencia debida y la obediencia excusable.

3.1. LA OBEDIENCIA DEBIDA

La obediencia debida es la que se exige desde el Derecho generando un deber de obedecer y por lo tanto pudiendo quedar amparado el subordinado que la obedece mediante la eximente del artículo 20.7 del Código penal que exime por cumplimiento de un deber, teniendo en cuenta que la remisión genérica «Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal» del artículo 21 del Código penal militar abre la puerta a la eximente de cumplimiento de un deber en las relaciones jerárquicas militares²⁶.

²⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO estima que la causa de justificación de cumplimiento de un deber ofrece dificultades en relación con las relaciones jerárquicas entre superior e inferior inherentes a la disciplina militar: RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El Código penal militar en el sistema penal español. Principio de especialidad y concurso de leyes», ob. cit., p. 56. Sin embargo, otros autores consideran que la citada eximente es de aplicación en el ámbito militar, como HIGUERA GUIMERÁ cuando dice: «En principio, toda la problemática que los autores en general han planteado en relación con esta causa de justificación, es aplicable también al Derecho penal militar. Insisto en que no existen especialidades penales en esta materia, la especialidad está como bien dice

3.1.2. La orden militar vinculante

En tanto el mandato vinculante es aquel que actualiza un deber impuesto por el Derecho, este deber resulta preservado por una *salvaguardia jurídica*, que el ámbito penal militar reconduce al artículo 102 Código penal militar ya que este precepto castiga al militar cuando desobedece una orden que está obligado a obedecer, es decir, una orden vinculante.

El artículo 102 del Código penal militar señala: «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 [...]»²⁷. Este precepto puesto en relación con el artículo 19, que define orden como «todo mandato relativo al servicio que un superior militar da de forma adecuada, dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta»²⁸, permite señalar que para que una orden militar sea vinculante tiene que ser relativa al servicio; dada por un superior militar da de forma adecuada, dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden a un inferior o subordinado y que sea legítima.

El problema se plantea a la hora de preguntarse qué se entiende por «orden legítima». La jurisprudencia²⁹ parece entender por orden legítima la que no entrañe ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la

CALDERÓN SUSÍN, en las particularidades y las especialidades del deber o de los deberes de contenido militar que, establecidos fuera del ordenamiento estrictamente punitivo, podrá legitimar determinados comportamientos típicos»: HIGUERA GUIMERA, *Curso de derecho penal militar español. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1990, ps. 358 y 359.

²⁷ En el anterior Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 se castigaba el delito de desobediencia en los artículos 327 a 332, pudiendo destacar en este sentido preceptos tales como el artículo 329 que decía: «El que dejare de observar las órdenes que se le dan en los presupuestos y circunstancias previstos en los dos anteriores»; artículo 330 que decía: «el comandante u oficial que en escuadra, buque, aeronave u otra unidad militar no cumpliera exactamente las órdenes o señales de su almirante o jefe o de cualquiera otro de sus superiores, en punto a atacar o defenderse de fuerzas, buques o aeronaves enemigas hasta donde alcance sus medios o posibilidades»; artículo 331 que decía: «El que contrariando las órdenes recibidas variase o mandase variar el rumbo de buque o aeronave dado por su comandante», o en fin, el artículo 332, que decía: «El comandante de buque o aeronave que sin necesidad hiciera arribadas contrarias a sus instrucciones». En puridad la mayoría de los casos examinados eran verdaderas excepciones de responsabilidad basados en la orden del superior. En otras ocasiones eran meras autorizaciones o facultades para una conducta determinada por lo que la causa eximente está en realidad en la propia aplicación de la Ley.

²⁸ Semejante definición contiene el apartado décimo del punto uno del artículo cuarto de la Ley de la Carrera Militar.

²⁹ En el ámbito militar el concepto penal de *orden legítima* se ha venido construyendo a través de la doctrina jurisprudencial desarrollada por la sala 5ª del Tribunal Supremo en torno al delito de desobediencia militar. Véase, Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1992, la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo

guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución y que sea emitida de forma adecuada y dentro de las atribuciones que correspondan al superior en relación con el servicio y las funciones que tenga encomendadas el inferior.

A la luz de dicha jurisprudencia, parece deducirse que en el concepto de orden militar vinculante cabría extenderlo a las órdenes ilícitas³⁰, dando entrada a los mandatos antijurídicos obligatorios en el Derecho militar.

Sin embargo, acudiendo al Derecho positivo, bajo la expresión *límites de la obediencia*, en el apartado undécimo del número 1 del artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar y en el artículo 48 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, no se dejan lugar a la duda sobre el rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios constitutivos de delito en la esfera militar al señalar: «Si las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión».

Aún más, tampoco caben órdenes que manden cometer cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico³¹. Así se refleja en el artículo 9.1. de la Constitución que señala que todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y en los preceptos militares³² como el apartado quinto del número 1 del artículo

de 15 octubre 2001 o, más recientemente, la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2008.

³⁰ Cómo se estimó de antiguo por la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1954, de 13 de diciembre de 1963 o de 23 de mayo de 1966 y así parece defender el Diccionario Enciclopédico de la Guerra, al señalar: «[...] desde el momento en que sólo queda exento de responsabilidad el militar que incurra en un delito al ejecutar una orden, cuando ésta sea legítima, no puede castigarse la desobediencia a los mandatos que no tengan este carácter, pues de otro modo el subordinado sería siempre castigado, ya como reo de desobediencia si se rebela contra el mandato injusto, ya como autor de un posible hecho delictivo, si obedece ciegamente las órdenes»: *Diccionario Enciclopédico de la Guerra*, ob. cit., p. 499.

³¹ En contra LÓPEZ SÁNCHEZ, que estima que la desobediencia a las órdenes militares que, no revistiendo gravedad penal, conllevan un ataque a cualquier norma del ordenamiento jurídico se castigaría por el delito común de desobediencia del artículo 410.2 del Código penal común: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*, ob. cit., p. 140. Sin embargo no lleva razón. La desobediencia a la orden militar, cualquiera que sea lo ordenado tiene su reproche penal a través del artículo 102 del Código penal. Si la orden militar es vinculante, el desobediente será castigado por este tipo penal militar, y si no lo es, no lo será en ningún caso. Una misma orden no puede ser vinculante en el ámbito militar y no vinculante al mismo tiempo en el ámbito común, pues como señalé, las normas del Código penal común no alcanzan al ámbito militar cuando en éste ya se recogen *ex novo* aquellas normas, como ocurre con el delito de desobediencia.

³² Véanse entre otros, artículos 55; 56; 60; y 67 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en

4 de la Ley de la Carrera Militar que señala que los militares «Ajustarán su conducta al respeto de las personas, al bien común y al Derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tienen obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos».

También apunta en esta dirección la interesante Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 31 de marzo 2004 que señala en su fundamento de derecho tercero: «la orden emitida ciertamente no se encontraba dentro de las que hemos calificado jurisprudencialmente como «ilegítimas», en el sentido de que no era «contraria a las Leyes y usos de la guerra» y que obviamente no constituía delito en general ni delito contra la Constitución en particular. Ocurre, sin embargo, que, además del contenido de las RROO y de la normativa que estamos contemplando, sobre el concepto de orden (arts. 15 y 19 CPM [...]), deben ponderarse las posibles infracciones a los derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) y, en general, al ordenamiento jurídico y la parte de la orden objeto de estudio que exigía los datos de la cónyuge del inculcado era contraria a la legislación analizada en materia de protección de datos y, a su vez, a la actual interpretación del TC sobre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE». En esta Sentencia, el Tribunal Supremo considera que el subordinado no comete delito de desobediencia militar si desobedece una orden que contravenga *cualquier* norma del ordenamiento jurídico.

No en vano la desobediencia a cualesquiera órdenes ilegales no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico que trata de proteger el delito de desobediencia militar –que recordando, es el principio de jerarquía adecuado a la consecución de las misiones constitucionales que tienen asignadas las Fuerzas Armadas–, ya que conforme al principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, a la Administración no se le encomiendan fines o misiones al margen del Derecho³³. Nues-

la reciente ley 37/2007 de la carrera militar, la regla quinta del apartado 1 del artículo 4, que cabe reproducir por su interés en este punto: «Ajustara su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados [...]». Es decir, en el espacio ocupado por las órdenes contrarias a las leyes y usos de la guerra o que constituyan delito, en particular contra la Constitución, el subordinado militar no está obligado a obedecer aunque no resulten manifiestamente legales.

³³ PIGNATELLI acierta al señalar: «en un Estado democrático de derecho es de éste de donde se deriva cualquier autoridad, a la que siempre precede, por lo que no es posible estimar que existan en nuestro ordenamiento mandatos antijurídicos obligatorios, ya que, amén de antinómica, tal existencia estaría en franca oposición con el texto constitucional,

tro Derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo que dificultaría el ejercicio del mando si atendemos al efecto disuasorio del propio delito de desobediencia que pesará sobre quien inspecciona la orden, aún cuando incurra en error si éste no es invencible y que además, debe ser probado por quien lo alega para que sea eficaz³⁴.

Por tanto en el ámbito militar la orden ilícita no podrá nunca integrar el concepto de orden vinculante y el rechazo al conjunto de los mandatos antijurídicos obligatorios fundamentará la responsabilidad del subordinado que ejecuta la orden de cometer una infracción penal; reclamará un deber de examen de la orden siempre; conllevará la justificación del subordinado que desobedece la orden ilícita vía eximente de cumplimiento de un deber de no cometer actos ilícitos y permitirá aportar una definición de orden vinculante.

que consagra la primacía de la ley sobre el ejercicio de la autoridad, por lo que mal puede la ley dispensar una tutela a aquel ejercicio que conduzca a justificar una manifestación antijurídica del mismo, contradictoria, por tanto, de la propia ley que se halla por encima», PIGNATELLI Y MECA, F.: *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 218. Incluso RODRÍGUEZ DEVESA, admitiendo los mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito militar señalaba: «[...] un cambio legislativo que acentúe que el superior solo debe ser obedecido en materias lícitas penalmente no produce el derrumbamiento de las instituciones ni las pone en peligro»: RODRÍGUEZ DEVESA, M., «La obediencia debida en el derecho penal militar», ob. cit., ps. 46 y 47.

³⁴ En contra, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN quienes aunque rechazan los mandatos antijurídicos obligatorios, son de la opinión de que en el tramo de la ilegalidad manifiesta el principio de autoridad no queda menoscabada en el caso de desobediencia pero sí en los casos de desobediencia a órdenes ilícitas pero no manifestamente antijurídicas: *Derecho penal parte general*, ob. cit., p. 484. Por otro lado, que el respeto a la jerarquía administrativa no puede ser valorado por encima del respeto a la legalidad en un Estado social y democrático de Derecho, ha sido subrayado por CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, ob. cit., p. 187. ÁLVAREZ GARCÍA ha defendido que el que se ponga la legalidad por encima de la jerarquía no conduce a una Administración menos eficaz. El autor señala que, por el contrario, la Administración más eficaz es aquella que expresa su voluntad con arreglo a Derecho y que poner la jerarquía por encima de la legalidad implicaría por un lado, que de ser la Administración Pública servidora de los ciudadanos, pasan a ser éstos servidores de aquella y por otro lado, que al realizar actuaciones ilegales, la Administración provoca la presentación de innumerables recursos que impide o, al menos, dificulta la realización de su propia actividad típica: ÁLVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 265. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN mantienen: «La posibilidad de paralizar constantemente el ejercicio de la función pública por parte del subordinado es consustancial al Estado de Derecho. Si la paralización es ilegítima, el subordinado habrá de soportar la sanción correspondiente y si, por el contrario, es legítima, el Estado de Derecho resultará, en definitiva, afirmado por ella»: *Derecho penal parte general*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 484.

Llegados a este punto la orden vinculante militar es el mandato lícito, relativo al servicio, que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de sus atribuciones legales, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta, que tiene relación con las funciones asignadas a dicho subordinado en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente le corresponde.

Ésta es la única orden que, generando objetivamente un deber de obediencia, conduce a aplicar la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del Código penal común de 1995 vía artículo 21 del Código penal militar, que conllevará la exención total de la responsabilidad por la ejecución del acto típico, o en su caso, atenuación si procede su aplicación en la modalidad incompleta.

3.1.3. Efectos de la obediencia debida

La obediencia a órdenes vinculantes puede ser una causa de atipicidad en todos aquellos casos en que, en virtud de la ley o de la propia naturaleza de la orden, el actuar del sujeto aparece de partida como no constitutiva de delito, como ocurre en aquellos casos en que la propia ley incluye dentro de las exigencias típicas la ilegalidad de su comportamiento. Así sucede por ejemplo con el artículo 174 del Código penal militar: «El militar o miembro de la tripulación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que, en caso de peligro para la seguridad de la nave, la abandonare sin orden expresa, se embarcare en bote auxiliar o utilizare medios de salvamento sin autorización».

Sin embargo, normalmente el efecto propio de la obediencia debida es la justificación del subordinado que exime mediante la eximente de cumplimiento de un deber. CERESO MIR³⁵ afirma que los supuestos comprendidos en la eximente de cumplimiento de un deber lo son de conflicto de deberes³⁶ y que el cumplimiento de un deber de obediencia es un caso

³⁵ CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 292 y 304 o RODRÍGUEZ RAMOS, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, DYKINSON S. L., Madrid, 2006, p. 143.

³⁶ El fundamento que lleva a justificar la conducta del subordinado que obedece una orden vinculante en la esfera militar no difiere del ámbito común. Quien al realizar una conducta impuesta por un deber exigido jurídicamente ya sea un deber de obediencia o de otro carácter, lleva a cabo la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no actúa de forma contraria a Derecho y con independencia de que medie una orden o no, resulta amparado por la eximente del cumplimiento de un deber.

de cumplimiento de un deber. La estructura de esta eximente requiere que concurren otras condiciones sin las cuales el subordinado no verá justificada su conducta, y que son, que el deber de obediencia sea de rango superior o igual al de abstenerse de realizar la acción prohibida o de ejecutar la acción ordenada³⁷ en los delitos de omisión; que la conducta no implique un grave atentado contra la dignidad humana; que el sujeto actúe con la conciencia y voluntad de cumplir con el deber de obediencia y que el subordinado no se exceda en la ejecución.

Por lo demás, contra los mandatos vinculantes que actualizan el deber de obedecer no cabrá legítima defensa ni estará el subordinado sometido a la responsabilidad civil dimanante del delito o falta, y de seguirse la teoría de la accesoriedad limitada tampoco cabría participación delictiva en quienes cooperan con el destinatario de la orden a su cumplimiento.

3.2. LA OBEDIENCIA EXCUSABLE

Averiguado que el espacio de la obediencia debida se contrae a las órdenes vinculantes, la casuística restante se deberá a las órdenes no vinculantes donde la comisión de delitos en obediencia a los superiores ya no será debida sino a lo más excusable. Las relaciones jerárquicas de subordinación resultan un terreno abonado para la aplicación frecuente de las reglas generales del error de prohibición del punto 3 del artículo 14 del vigente Código penal, de la eximente de miedo insuperable del apartado 6º del artículo 20 y de la eximente de estado de necesidad del apartado 5º del artículo 20. Sin embargo, la pieza central que rige en la obediencia excusable es la eximente por obediencia jerárquica que formula el artículo 21 del Código penal militar, por lo que en ella nos centraremos.

³⁷ Es interesante alertar sobre un interesante precepto de las Reales Ordenanzas para Las Fuerzas Armadas, como es el artículo 49 que señala: «*Objeción sobre órdenes recibidas*. En el supuesto de que considere su deber presentar alguna objeción a la orden recibida, la formulará ante quien se la hubiera dado. Si su incumplimiento perjudicase a la misión encomendada, se reservará la objeción hasta haberla cumplido». En el caso de que la orden mandara cometer un delito o cualquier otro acto ilícito, el militar no estaría obligado a obedecerla y habría de responder por las graves consecuencias de su acción u omisión, pero si el incumplimiento de la orden perjudicase la misión encomendada, entraría el juego de la eximente de cumplimiento de un deber en su faceta de colisión de deberes próximo al estado de necesidad y habría que estar al deber de mayor rango para determinar si el deber de cumplir la misión encomendada, dada la importancia que esta podría revestir, habría de prevalecer sobre su obligación de no cometer delitos.

3.2.1. Naturaleza jurídica y fundamento de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar

Cabría deducir por tanto que la eximente por obediencia jerárquica del último inciso del artículo 21 del Código penal militar se configura como una causa de exculpación, debiendo averiguarse su fundamento.

3.2.1.1. *La cuestión en el Derecho positivo, en la Jurisprudencia y en la doctrina*

En el terreno del Derecho positivo, ni los artículos del Código penal militar ni los de las Reales Ordenanzas permiten avanzar mucho más sobre la naturaleza jurídica de la eximente. CALDERÓN SUSÍN³⁸ explica acertadamente que «El mantenimiento de tan encontradas y bien argumentadas *lege data*, a la vez que muy matizadas posiciones, permite afirmar sin empacho que nuestro legislador no está muy acertado en una regulación que suscita tal cúmulo de problemas y consiguientes distintas posturas [...]».

En cuanto a la jurisprudencia, a pesar de la afirmación en alguna ocasión por parte de los Tribunales Militares de la eximente autónoma de obediencia militar como causa de justificación³⁹, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de abril de 1983, ha aclarado notablemente la cuestión señalando que: «Sobre su naturaleza, la doctrina clásica entendía que se trataba de una causa de justificación o de exclusión del injusto, mientras que, hoy día, se la califica como una causa de exclusión de la culpabilidad, imbricada además con la inexigibilidad de otra conducta, toda vez que, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo, sin que, además, el Derecho puede incurrir en la contradicción de encontrar justa la ejecución de una orden injusta» y también la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1983, que comprendió la eximente autónoma de obediencia militar en el ámbito de las causas de exculpación por la senda del error, si el subordinado no pudo apreciar la antijuricidad del mandato⁴⁰.

³⁸ CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, ob. cit., p. 412.

³⁹ Sentencia del Consejo de Justicia Militar de 5 de octubre de 1955.

⁴⁰ Dicha Sentencia señala en su Noveno Considerando: «[...] los acusados recurrentes al impugnar la sentencia de instancia y sostener la exención plena de responsabilidad lo hacen apoyándose en el error sobre la ilicitud del mandato creyéndole de buena fe legítimo, de acuerdo con la doctrina penal dominante, ya recogida en alguna declaración jurispruden-

Respecto de la doctrina, aunque autores como MUÑIZ VEGA⁴¹, PORRES JUAN-SENABRE⁴², PÉREZ DEL VALLE⁴³ o MORILLAS CUEVA⁴⁴ atribuyen a la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar carácter de causa de justificación, la doctrina mayoritaria atribuye a la eximente por obediencia militar la naturaleza de causa de exculpación.

Desde la aceptación de la obediencia ciega FERRER SAMA⁴⁵, comenta: «[...] cuanto antecede se refiere a los casos en que el sujeto que obedece le queda un margen de libertad de enjuiciamiento, pues la cuestión se complica en aquellos supuestos en que la misma ley impone al inferior el deber de obediencia ciega, como ocurre en ocasiones dentro de la esfera militar. Mas ni aún en tales casos creemos en una justificación objetiva del hecho, sino en una causa de inculpabilidad, debido a que ante esta obligación ciega que la propia ley le impone, su voluntad queda condicionada de tal forma, que no sería permitida la incriminación, ni a título de dolo ni aun de culpa».

FERRER SAMA no es el único que recurre a causas la no exigibilidad para fundamentar el carácter de causa de exculpación de la eximente de obediencia autónoma militar. JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁶, atribuía a la eximente propia de obediencia jerárquica en el ámbito militar el carácter de causa de exculpación al considerar que el inferior que ejecuta una orden ilícita no se podrá amparar en una causa de justificación puesto que no le cubriría la obediencia debida, sin embargo el jefe autoritario podría obligar al subordinado a cumplir lo que le manda y, como las consecuencias de la

cial -S. de 18 noviembre 1980-, que lleva la obediencia debida al ámbito de las causas de inculpabilidad por la senda del error, si el subordinado no pudo apreciar la antijuricidad del mandato, o por el expediente de la inexigibilidad de otra conducta [...]».

⁴¹ MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., ps. 160 y 161. Este autor señala: «El deber de obediencia jerárquica militar es inherente a la institución militar y está expresamente impuesta 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 [...]»: MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 161.

⁴² PORRES JUAN-SENABRE, E., «Consideración general de la obediencia debida como eximente», en *Revista Española de Derecho Militar (REDM)*, N° 12, (julio-diciembre 1961), p. 129.

⁴³ PÉREZ DEL VALLE, C., «La desaparición de la obediencia debida en el código penal y su efecto en el derecho penal militar», ob. cit., ps. 273 y 274.

⁴⁴ MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 212.

⁴⁵ FERRER SAMA, A., *Comentarios al CP*, Tomo II, Murcia, 1946, p. 254.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., ps. 848 y 849.

obediencia son tan drásticas, el inferior, al hacerlo, estaría amparado por la violencia moral, por estado de necesidad inculpable o, si se quiere, por no poder solo exigir que no obedezca, aunque le conste lo injusto de lo mandado.

Pertenece a la misma línea DÍAZ PALOS⁴⁷, quien mantiene que en el ámbito militar no existe deber de obedecer órdenes ilegales al no haber estas en el concepto acuñado en este punto por RODRÍGUEZ DEVESA de «orden relativa al servicio», trasladando el problema al derecho del subordinado a examinar la orden de los superiores en el que la férrea jerarquía que sujeta al subordinado militar y el temor a las represalias que puedan suceder a la desobediencia del superior explicaría en el estado de necesidad o en la inexigibilidad de otra conducta la exculpación que exige de responsabilidad al subordinado.

Las posturas exculpantes expuestas hasta aquí, no solo tropiezan en algunos casos con los inconvenientes de la defensa de la obediencia ciega sino que además reconducen el fundamento de la eximente en el ámbito militar a una coacción o a un estado de necesidad encubiertos, lo que ya fue denunciado por QUINTANO RIPOLLÉS⁴⁸, quien defendiendo desde la perspectiva del Derecho penal internacional el carácter de causa de exculpación, advirtió: «Suele hacerse en materia de obediencia una salvedad a favor de un mayor campo de acción en el terreno de lo militar. Aduciendo que la desobediencia pudiera acarrear lo que siendo cierto, desvirtúa nuevamente la naturaleza de la eximente emparentándola con la de miedo y aun con la de estado de necesidad pues si el requerido sabe que arriesga su vida o consecuencias de suma gravedad para él, es evidente que su obrar quedará amparado por tales supuestos aún en caso de no computarse la circunstancia de obediencia».

Pero también se ha recurrido a otros fundamentos para explicar la eximente de obediencia en el ámbito militar. SAUER⁴⁹, defiende que el subordinado que recibe un mandato antijurídico actúa antijurídicamente puesto que sólo por el mandato y el deber de disciplina no puede nunca derivarse del injusto un derecho, pero se le libera de culpabilidad, en la mayor medida posible, a causa de la vinculación de carácter obligatorio, por eso el tercero agredido antijurídicamente está legitimado para ejercer la legítima defensa frente al subordinado. El problema de esta argumentación se en-

⁴⁷ DÍAZ PALOS, F., voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ob. cit., p. 759.

⁴⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, ob. cit., p. 395.

⁴⁹ SAUER, G.: *Derecho penal, Parte General*, Trad. de DEL ROSAL y CEREZO, Barcelona, 1956, ps. 210 y 211.

cuenta en hablar de *vinculación de carácter obligatorio* y a continuación de conducta antijurídica exculpada pues aunque se esté defendiendo la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios militares, estos mandatos no exculparían sino justificarían al subordinado.

Otros, para defender el carácter exculpante de la eximente se han apoyado en el antiguo número 12 del art. 185 del Código de Justicia Militar⁵⁰. Así, QUINTANO RIPOLLÉS⁵¹ señaló: «Es de observar respecto al derecho militar español que, contra lo que parecería lógico, la eximente de obediencia no tiene en él formalmente tanto rigor como en el ámbito común, estado configurada en el número 12 del art. 185 del Código de Justicia Militar como de libre apreciación del Tribunal en referencia a si se prestó con malicia o sin ella. Con lo que se apunta más hacia la culpabilidad que hacia la antijuricidad» y ANTÓN ONECA⁵²: «[...] Malicia es, según nuestro derecho, igual a dolo: luego la obediencia es causa de exclusión del dolo, o sea de la culpabilidad según el Derecho militar».

RODRÍGUEZ DEVESA⁵³, diferenció en la redacción originaria del Código de Justicia Militar de 1945, tres supuestos, el de la *obediencia debida genuina*⁵⁴, que constituía causa de justificación circunscribiéndola al mandato lícito, y otros dos supuestos implícitos en esta redacción en los que la conducta del inferior es antijurídica si bien puede ser exculpada, bien por error exculpante ya por coacción. Lo más relevante de la reflexión de RODRÍGUEZ DEVESA es la referencia a la exculpación por un error excusante diferente del error penal general que solo excusa cuando es invencible, lo que daría a la eximente un espacio propio. Más aún, en mi opinión, la locución *malicia* funcionaba excluyendo la eximente en los delitos cometidos con conocimiento por parte del subordinado de la ilegalidad de la orden y por tanto de su deber de no ejecutarla.

⁵⁰ «Esta eximente la tomarán o no en cuenta los Tribunales según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si tratándose de un hecho penado en este Código, se prestó la obediencia con malicia o sin ella».

⁵¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1963, p. 395.

⁵² ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1949, p. 274.

⁵³ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., en *La obediencia debida en el Derecho penal militar*, ob. cit., p. 72 y más recientemente en *La obediencia debida en el Código penal Militar de 1985*, ob. cit., p. 48.

⁵⁴ 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 refería el artículo 185 en el n.º 11: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., ps. 848 y 849.

El papel del error en el fundamento exculpante de la eximente ha ido ganando terreno con el tiempo. RODRÍGUEZ DEVESA⁵⁵ ya había apuntado que dentro de la eximente se daba la hipótesis en que el inferior, sea por desconocer los presupuestos fácticos de la orden, sea por ignorar que está autorizado a desobedecerla, la cumple. CALDERÓN SUSÍN⁵⁶ estima que la especial situación del subordinado militar explica los amplios límites de la exculpación y en caso de duda sobre la legitimidad de la orden, si la cumpliera y resultara ilegítima la consiguiente conducta antijurídica quedaría exculpada y PIGNATELLI Y MECA⁵⁷ que: «[...] la solución acaso pueda encontrarse en la elaboración de una causa de exculpación específica, próxima al error de prohibición, donde se especifiquen sus límites y se establezca una presunción *iuris tantum* a favor del que actúa en virtud de obediencia jerárquica».

3.2.1.2. Toma de postura

En mi opinión, la naturaleza jurídica y fundamento de la eximente militar de obediencia jerárquica se encuentra en la antigua eximente de «obediencia debida del antiguo artículo 8.12 del derogado Código penal de 1973. No en vano, la fórmula optada en la redacción del segundo inciso del artículo 21 fue la de agregar precisiones que no aparecían en la antigua eximente del artículo 8.12 del Código penal de 1973 y que solo obedecerían a la necesidad de adaptar la eximente a las Fuerzas Armadas⁵⁸. Ya el Código de Justicia de 17 de julio de 1945 recogía la eximente de obediencia debida en el número 12 del artículo 185 de forma idéntica al que ha venido recogiendo tradicionalmente el Código penal común: «El que obra en virtud de obediencia debida» al que añadía determinadas precisiones. También la vigente referencia del artículo 21 del vigente Código penal militar: «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia»,

⁵⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el derecho penal militar», ob. cit., p. 46.

⁵⁶ CALDERÓN SUSÍN, E., *Comentarios al Código penal militar*, ob. cit., ps. 420 y 421.

⁵⁷ PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, ob. cit., p. 217.

⁵⁸ HIGUERA GUIMERÁ, comparando la eximente autónoma de obediencia militar con la que nos acompañaba en el ámbito común con anterioridad a 1995, señalaba: «Los requisitos de la obediencia debida en la órbita del derecho militar no son distintos o diferentes a los exigidos en el derecho penal común». HIGUERA GUIMERÁ *Curso de derecho penal militar español, I, Parte general*, ob. cit., p. 351.

es tan solo una precisión que caía dentro de la remisión general a las eximentes del Código penal común del mismo artículo, utilizándose el mismo léxico de la antigua eximente del Código penal común de 1973 —«obrar en virtud de obediencia»—.

La defensa de la antigua eximente «de obediencia debida» como causa de justificación⁵⁹ —mayoritaria en los comienzos de los debates dogmáticos⁶⁰—. Sin embargo, chocó con el principio de unidad del ordena-

⁵⁹ Atribuyen a la antigua eximente de obediencia debida el carácter de causa de justificación: MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edic., ob. cit., p. 503; CEREZO MIR, J., «Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor», *La eximente de obediencia debida en el Código penal español*, Santiago de Compostela: Servicio de publicaciones e intercambio científico, 1989, ps. 182 y 183 y *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 75; PACHECO, F. J., *Estudios de Derecho penal*, 4ª edic., Manuel Tello, Madrid, 1877, p. 76; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 513; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, ob. cit., ps. 393 y ss., [autor que al igual que JIMÉNEZ DE ASÚA, rectificó posteriormente inclinándose a admitir el carácter exculpante de la eximente], PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, 2ª edic., tomo I, Barcelona, 1950, ps. 336 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal Español-PG*, vol 1, 2ª edic. Revisada y corregida por COBO, 2 ed, Madrid, 1976, p. 853; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., ps. 548 y ss; LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, p. 117, nota 466; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª edic., Dykinson, Madrid, 2002, p. 899; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 192; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención «por obediencia debida» [...]», ob. cit., p. 320; MUÑIZ VEGA, G., «La eximente de obediencia debida en el Derecho penal militar» ob. cit., p. 160; SOLER, S., *Derecho penal argentino*, 2ª reimposición, tomo I, Buenos Aires, 1953, ps. 386 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, ob. cit., p. 393; SILVELA, L., *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. 1ª Parte, 2ª edic. Madrid, 1903, ps. 137 y 138; o ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*. ob. cit., 1915. p. 119. En Alemania, VON HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, 2ª parte, Berlín, 1930, ps. 262 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, [trad., CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, J. L.], 2ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1997 p. 553; GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, [trad., CANCIO MELIÁ, M., y SANCINETTI, M. A.], Thomson/Civitas, Navarra, 2005, p. 217; CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, [trad., LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ, M., GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, J.], Civitas, Madrid, 1997, p. 744 o HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, [trad., OLMEDO CARDENETE, M.], 5ª edic. Comares, Granada, 2002, p. 355. Debe advertirse que no todos estos autores entendían que era obligatorio un mandato de contenido antijurídico por lo que algunos la consideraban la eximente causa de justificación, pero solo porque se referían a mandatos de contenido no antijurídico siendo por tanto superflua en su opinión.

⁶⁰ Apenas comenzado el siglo XX, la obediencia jerárquica se concibe como una causa de justificación que descarga al que la debía de las consecuencias penales del acto ejecutado por orden de quien pueda exigirla: BERNALDO DE QUIRÓS, en voz «Obediencia debida», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Seix, Barcelona, 1915, p. 549. I.

miento jurídico pues hablar de deber y de orden antijurídica implica una contradicción de difícil solución⁶¹. Además las posiciones justificantes no hacían otra cosa que moverse en el terreno de la eximente de cumplimiento de un deber que se aplicaba a las órdenes vinculantes. Esto no parecía ajustarse coherentemente al principio de vigencia o validez de las normas⁶² puesto en relación con la idea del legislador racional⁶³, obligando a confinar a la antigua eximente «de obediencia debida» en la franja de cumplimiento de órdenes no vinculantes⁶⁴, so pena de no otorgarle espacio ni validez en el sistema⁶⁵. En esta franja no cabía hablar de cumplimiento de un deber y la antigua eximente «de obediencia debida» se abría a otros posibles fundamentos.

⁶¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, Nº 3, Enero-junio, 1957, p. 32.

⁶² No en vano HANS KELSEN subraya: «Por «validez» entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene «fuerza obligatoria» frente a aquellos cuya conducta regula. Las del derecho son normas en cuanto tienen validez»: HANS KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MÁYNEZ, E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 35.

⁶³ ALMOGUERA CARRERES anota: «la lógica del ordenamiento remite a la idea del legislador racional, y a la consideración (que tiene carácter regulativo) de que el legislador no comete errores del tipo de repetirse o dictar normas superfluas. Esta especie de postulado se traduce en que los juristas se esfuerzan por establecer, a pesar de todo, diferencias entre las normas redundantes. Ya que el legislador no puede equivocarse, la coincidencia de las dos normas en el ordenamiento es sólo aparente: hay que profundizar en el examen de ambas normas para mostrar su carácter diverso»: ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, 2ª Edición, Reus, Madrid, 1999, ps. 312 y 313.

⁶⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, apunta: «Y en efecto, una interpretación sistemática, respetuosa con el principio de economía de las normas, parece que debe circunscribir el ámbito de la obediencia debida a todos o algunos de los supuestos de órdenes con contenido antijurídico»: RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, ob.cit., p. 190.

⁶⁵ MORILLAS CUEVA señala: «en abstracto el *nomen iuris* con el que nuestro Código denomina la circunstancia 12 del artículo 8º parece referido en su interpretación más estricta a la orden lícita [...]. mantener esta idea de forma excluyente aboca a reconocer la total ineficacia de la obediencia debida y su configuración como una institución técnicamente sobrante en el Código penal. No parece ser éste el objeto del legislador pues parecería absurdo. El principio de vigencia de las normas que es absolutamente primario en la interpretación, apremia a dotar de contenido las instituciones que como la obediencia debida, están tipificadas en la ley penal con autonomía; y mal se consigue este logro si se piensa en la eximente como una reiteración de la del cumplimiento de un deber»: MORILLAS CUEVA, C., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., ps. 66 y 67. ALMOGUERA CARRERES, J. comenta en relación a las redundancias jurídicas —cuando hay dos normas que se repiten—: «[...] mediante la interpretación, los juristas se esfuerzan en establecer diferencias entre las normas. Y ello no puede dejar de afectar a su aplicación, en primer lugar porque generalmente, esta diferenciación se consigue asignando ámbitos de validez a cada norma [...]. En segundo lugar porque, una vez lograda esta atribución de ámbitos distintos, los supuestos sobre los que se aplicarán serían igualmente distintos [...]»: ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 313.

Otro tanto ocurría con las posturas que entendían la antigua eximente como causa de inculpabilidad fundada en la inexigibilidad de otra conducta. En ellas, la eximente del artículo 8.12 del Código penal de 1973 eximía dado que ante el temor a una sanción disciplinaria, reprensión o cualquier otra circunstancia que constriña la voluntad del subordinado cualquier hombre ante las mismas circunstancias hubiera obrado lo mismo. Sin embargo, también aquí se invadían otras eximentes como el miedo insuperable y el estado de necesidad.

En mi opinión, la naturaleza que mejor se adecuaba a la antigua eximente de «obediencia debida» era la de una causa de exculpación fundada en el error de prohibición solo aplicable a los supuestos de creencia errónea de la licitud del mandato por parte del subordinado. FERRER SAMA⁶⁶ y ANTÓN ONECA⁶⁷, primeros precursores en España de la teoría del error, afirmaron que cuando la acción ejecutada por el inferior que obedece órdenes de sus superiores es una acción injusta, si se exime de responsabilidad es en atención al error en que incurrió al estimar que debía obedecer la orden recibida; JIMÉNEZ DE ASÚA⁶⁸, estima que la obediencia jerárquica, no es otra cosa que un error suscitado por el que manda en virtud de sus atribuciones y en la forma debida, por lo que resulta ese error invencible para el obligado a obedecer y CUELLO CALÓN⁶⁹, con relación a los mandatos ilegítimos, distingue los mandatos ilegítimos cuya ilegitimidad es conocida por el subordinado, en cuyo caso éste responde por una actuación ilegítima y aquellos supuestos en los que el subordinado cree de buena fe que el mandato u orden es legítimo a pesar de no serlo en realidad, en cuyo caso el subordinado actúa amparado por una causa de exclusión de la culpabilidad por vía del error que excluía en su opinión el dolo y la criminalidad de su conducta⁷⁰.

En cuanto a la jurisprudencia, tras sostener durante la vigencia del anterior Código penal un criterio mixto, fundando la antigua eximente del artículo 8.12 del Código penal de 1973 en el error y en la inexigibilidad de otra conducta, desde 1995 se ha inclinado finalmente hacia la causa de inculpabilidad por medio del error del subordinado acerca de la licitud⁷¹.

A diferencia de las reglas del error penal del antiguo tercer párrafo del artículo 6 bis a) –hoy artículo 14.3 del Código penal común– la eximente

⁶⁶ FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 254.

⁶⁷ ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., p. 274.

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 808.

⁶⁹ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, ob. cit., ps. 399 y 400.

⁷⁰ También de la misma opinión ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte General*, ob. cit., p. 274.

⁷¹ Sentencias de 30 de enero, de 3 de febrero y de 19 de mayo de 1995, de 24 de junio de 1997, y de 11 de enero, de 29 de julio y de 16 de octubre de 1998, todas ellas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

se había de concebirse como un tratamiento especial de error de prohibición⁷² en el sentido de que tanto vencibilidad como invencibilidad recibían el mismo tratamiento: exoneración completa de responsabilidad. Esta solución se fundamenta en el hecho de que la subordinación tutelada por la ley y por el propio Estado termina de vencer la resistencia cognoscitiva de quien, de ser ajeno a dicha situación, hubiera tenido mejor posibilidad de conocer la ilicitud de la orden.

Esta toma de postura, resulta además avalada por nuestro Derecho histórico⁷³, por el Derecho positivo vigente al tiempo de persistir la eximente autónoma⁷⁴, por el Derecho comparado⁷⁵, por la Jurisprudencia⁷⁶ y por la doctrina⁷⁷.

⁷² El error de prohibición se regula en el apartado 3 del artículo 14 del vigente Código Penal al señalar: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados».

⁷³ No podemos olvidar que la regulación del error penal se introduce en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. Por tanto, con anterioridad a dicha reforma y a falta de la figura del error penal, la eximente de obediencia debida fundada en el error era capaz de resolver los casos de error vencible sobre la legalidad de la orden. QUINTERO OLIVARES explica que la eximente de obediencia debida ha existido durante mucho tiempo sin que hubiera una regulación legal del error, que tan necesaria se mostraba, y tan importante era para este problema concreto: QUINTERO OLIVARES, G., *Obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Valparaíso, 1969, p. 516.

⁷⁴ La base legal de la exégesis aquí defendida se asienta en el principio de vigencia de las normas puesto en relación con los artículos 8.11 y 6 bis a) del anterior Código penal, preceptos que llevaban al desalajo de la eximente en nuestro Derecho. Con dicha base legal la eximente recupera un espacio real y efectivo y permite, parafraseando a RIVACOBÁ, «comprender y por lo tanto aplicar mejor y sencillamente la ley, sin superabundancias ni repeticiones»: DE RIVACOBÁ y RIBACOVA, M., *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, ob. cit., p. 112.

⁷⁵ Así, por ejemplo en Alemania se da entrada a la posición que aquí se defiende a través de su Código penal internacional de 26 de julio de 2002 VStGB o el § 5.1 del Código penal alemán, (WStGB) que dice que sólo es culpable el subordinado cuando *reconoce que se trata de un hecho antijurídico o si esto es manifiesto de acuerdo a las circunstancias por él conocidas*, por lo que el error sobre el carácter antijurídico de una conducta ordenada es tratado de forma menos severa que en caso de un error de prohibición ordinario en el sentido de que, como señala FELIP i SABORIT el militar que actúa cumpliendo órdenes cuya antijuridicidad no es evidente queda exento de toda pena, sin necesidad de que su error llegue al extremo de ser inevitable, como sucede normalmente: FELIP i SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, ps. 236 y 237.

⁷⁶ Así se deduce del Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 1935, seguida por sentencias posteriores como las de 23 de junio de 1973, de 22 de mayo de 1974, de 19 de mayo de 1995, de 10 de febrero de 1995, etc.

⁷⁷ Se ha dicho que la obediencia debida se podía salvar asignándole la función de reforzar la invencibilidad del error: RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal comentado*, ob. cit., p. 55; y que en los casos de vencibilidad de error sobre la legalidad de la orden,

Las especialidades propias del ámbito militar no presentan dificultades a la hora de aplicar dicho modelo a la órbita militar. La inexistencia de obediencia ciega en el ámbito militar lleva a que el deber de examen de la orden no se suprima nunca, ni siquiera en la orden «aparentemente legal» pues la fidelidad del inferior se sigue debiendo a la ley y no a la persona del superior. Los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución⁷⁸, someten toda actuación de la administración pública a la juricidad sin excepciones, y el subordinado debe examinar siempre la orden. Si tras el examen el subordinado advirtiera que la orden es ilegal, no debe ejecutarla, y si por el contrario no repara en que es ilegal a pesar de serlo, no se le reprocharía su error aunque fuera vencible.

Es más, esta solución encaja enteramente en el campo militar pues permite amparar el principio de jerarquía en el margen en que éste debe de regir⁷⁹. Al liberarse al subordinado de responsabilidad cuando su error es sólo vencible, se relaja el deber de conocer la ilegalidad, se alienta a la obediencia y se refuerza el principio de jerarquía, y todo ello, teniendo presente que fuera de la ley no cabe principio de jerarquía sino en todo caso obediencia excusable.

Además, cabe añadir otros argumentos adicionales y propios del hecho diferencial militar que ahondan en lo anterior.

1. En el terreno del Derecho histórico militar, la utilización de la eximente de obediencia debida militar para solucionar casos de error no es algo novedoso. Con anterioridad a la reforma del Código penal común de 1983 con la que se introdujo la figura del error penal, el Código de Justicia Militar de 1945 que no recogía los casos de error ni de miedo insuperable, hacía de la amplia fórmula de la eximente de la obediencia debida que recogía el n° 12 del artículo 185 de dicho texto militar, un medio de salvar

y mientras no se tenga la evidencia de la contrariedad a Derecho, puede invocarse la eximente, resultando en dichos casos la infracción del deber de cuidado suprimido o al menos claramente disminuido: CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1976, p. 404.

⁷⁸ El artículo 9.1 de la Constitución española dice: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que el artículo 103.1 añade: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

⁷⁹ «No se trata de que el inferior pueda en cualquier circunstancia *discutir* la orden que se le da, lo que rompería el principio de jerarquía administrativa, —dice MORILLA CUEVAS, sino de examinar, en todo caso su legalidad». MORILLAS CUEVA, C. *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 98. No estoy de acuerdo con MIR PUIG *Derecho penal Parte general*, 7ª edic., ob. cit., p. 495— para quien este persistente deber de examen interrumpiría constantemente el ejercicio de la función pública.

la laguna legal que implicaba dicha falta de regulación⁸⁰. El que hoy sean de aplicación al ámbito militar las reglas generales del error no obsta a la afirmación de que en su momento el legislador militar ha considerado ocupar a la eximente resolviendo la casuística penal del error de prohibición.

2. En cuanto al Derecho positivo, el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar señala: «El problema de la obediencia se resuelve al margen del viejo concepto de una ciega obediencia para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes», es decir, la eximente se mueve entre dos límites:

1.1. Rechazada la obediencia ciega, no le aprovechará la eximente al subordinado si conocía la ilegalidad de la orden.

1.2. Excluida la eximente en los actos que comporten la manifiesta comisión de ilicitudes, la notoriedad criminal se erige en otro límite que impide apreciar la eximente.

Dentro de estos límites objetivos, la eximente aprovecha al subordinado tanto en el tramo de la invencibilidad como en el de la vencibilidad del error. Esto además resulta incuestionable si tenemos presente que si dejamos que las reglas del artículo 14 del Código penal común tengan su normal aplicación a las órdenes ilegales no notorias en el ámbito militar, la consideración al carácter manifiestamente ilegal de la orden como límite normativo al error se volvería perversa puesto que la previsión del último inciso del artículo 21 del Código penal militar, lejos de actuar como eximente, actuaría paradójicamente empeorando la situación del subordinado, ya que en vez de eximir, solo actuaría excluyendo la aplicación de las reglas del error en el espacio de órdenes manifiestamente ilegales.

3. También juega a favor del fundamento de la eximente en el error de prohibición el hecho de que en el Código penal militar abundan delitos formales que no conllevan ilicitud manifiesta⁸¹ o incluso de naturaleza políti-

⁸⁰ RODRÍGUEZ DEVESA señalaba: «Pero desde otro punto de vista la fórmula legal no deja de ser un acierto intuitivo del legislador, dado que en estado de la doctrina cuando se promulgó el Código, porque no existiendo en él precepto alguno sobre el error [...] la redacción del núm. 12 del art. 185 viene a permitir a los Tribunales castrense corregir aquella laguna y excesivo rigor, dando justa solución a los casos en que no siendo obligada la obediencia a órdenes de los superiores (e incluso siendo obligada la desobediencia por tratarse de la comisión de un delito o falta), las circunstancias dan lugar a que el inferior ejecute la orden en la equivocada creencia de que está obligado a obedecerla [...]»: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 49.

⁸¹ JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ señala que la nota de severidad del Código penal militar, está en la incriminación especial y aún rigurosa de actos que, desde la óptica común, pueden parecer no muy trascendentales (pequeñas negligencias o ignorancias de deberes técnicos,

ca⁸². La tipificación de estos delitos militares se debe más al desvalor del resultado⁸³ que al desvalor de la acción atendida la escasa relevancia de éste⁸⁴, haciendo que muchas conductas típicas militares sean conductas formales.

4. También la jurisprudencia militar albergó esta solución aplicando la eximente a las dudas sobre la ilegalidad de la orden obedecida por el subordinado y no la teoría general del error⁸⁵ y afirmando rotundamente que, en el ámbito militar, el que obedece, no actúa con su propio raciocinio y por su capacidad de querer, sino que se halla bajo el influjo de un error esencial supuesto que cree equivocadamente que se le manda un acto justo⁸⁶.

5. En cuanto a la doctrina, cabe citar a RODRÍGUEZ DEVESA⁸⁷ que ya hablaba de una presunción del error en el subordinado si la actitud de este era la de obedecer la orden ilegal: «Si obedece, podrá presumirse el error, pero en definitiva será el Consejo de Guerra que lo juzgue quien decidirá si la obediencia lo exime o no». Además, este fundamento exculpan- te basado en un presupuesto normativo de error de prohibición invencible, ha venido ganando mayor número de adeptos en tiempos recientes dando respuesta satisfactoria a propuestas ofrecidas por autores como PIGNATE-

exigencias en la prestación del servicio de centinela etc.) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho penal militar*, CIVITAS, Madrid, 1987, p. 205.

⁸² La jurisprudencia afirma que en el *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, no permitiendo conjeturar o invocar tales errores en infracciones de carácter natural o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» [Sentencia de la sala Segunda del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1986 con cita de otras sentencias cómo la de 26 de mayo y de 7 de julio de 1987, etc.], en tanto que de delitos formales y de creación artificial se trata habrán de tenerse en cuenta, de un lado las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y de otro las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia jurídica de su obrar.

⁸³ «El legislador, para tipificar cualquier figura delictiva ha de determinar el bien jurídico que se busca proteger bajo diferentes consideraciones de política criminal teniendo en cuenta la norma de valoración que en el plano objetivo se proyectaría sobre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y que siguiendo a CEREZO MIR, J., daría lugar a su vez a una norma de determinación en cuya infracción consistiría el injusto. La tipificación de los delitos militares adquiere su sentido último en la esfera de la antijuridicidad material, antijuridicidad que se refiere a la ofensa del bien jurídico que la norma quiere proteger, a la lesión en la eficacia de las Fuerzas Armadas, es decir, al desvalor del resultado», F. J. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. interacción de la psiquiatría forense», *REDM*, N° 82 (Julio-Diciembre 2003), p. 120.

⁸⁴ Véase en este sentido, HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J., «Estudio criminológico del delito de abandono de destino o residencia del militar profesional. interacción de la psiquiatría forense» ob. cit., p. 121.

⁸⁵ Sentencia de 3 de junio de 1982 del Tribunal de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

⁸⁶ Véase Sentencia de Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983.

⁸⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «La obediencia debida en el derecho penal militar», ob. cit., p. 47.

LLI Y MECA⁸⁸ que señala que en el ámbito de la obediencia jerárquica: «[...] la solución acaso pueda encontrarse en la elaboración de una causa de exculpación específica, próxima al error de prohibición, donde se especifiquen sus límites y se establezca una presunción *iuris tantum* a favor del que actúa en virtud de obediencia jerárquica», o PÉREZ DEL VALLE⁸⁹ que considera adecuada la acogida en el Código penal militar de una técnica similar a la de la Ley penal militar alemana de 1974, abogando por introducir en el Código penal militar, un régimen especial para el error del subordinado donde, el error sobre el carácter antijurídico de una conducta ordenada es tratado de forma menos severa que en caso de un error de prohibición ordinario.

6. Por último, el fundamento de la exculpación de la obediencia a órdenes ilegales en el error ha sido adoptado en el ámbito del Derecho militar comparado⁹⁰ y en el Derecho internacional⁹¹.

3.2.2. Formulación de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar

Recordando, el último inciso del artículo 21 del vigente Código penal militar aparece redactado del siguiente modo: «No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entraña la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito en particular contra la Constitución». Esta redacción exige aclarar previamente los extremos que dificultan su comprensión.

⁸⁸ PIGNATELLI Y MECA, F: *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español, Consideraciones sobre el Capítulo III del Título XXIV del Libro II del Código penal*, ob. cit., p. 217.

⁸⁹ PÉREZ DEL VALLE, C., «La desaparición de la obediencia debida en el Código penal y su efecto en el Derecho penal militar», *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes, Consejo General del Poder Judicial*, ob. cit., ps. 277 y 278.

⁹⁰ Artículo 9 de la Ley disciplinaria de Dinamarca; artículo VI del Código de Justicia Militar de México; apartado 44 de la Ley de Conflictos Armados de Sudáfrica; artículo 916d) del United State Manual for Courts Martial; artículo 5 del Código penal militar de Alemania; artículo 43 del Código penal de Holanda que rige también en el ámbito militar y también podrían citarse Suiza, Egipto, Etiopía, Irak, Luxemburgo, Polonia, Eslovenia, Yemen, etc..

⁹¹ El Derecho penal internacional más recientemente codificado regula el problema de la exención por obediencia jerárquica en el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional como tratamiento especial del error de prohibición en el ámbito de los crímenes de guerra y de agresión-.

a.1. «No se estimará ni como eximente ni como atenuante»

Esta expresión, jugaría ofreciendo un tratamiento menos benévolo al obediente ilegal en la esfera militar. Sin embargo, esta diferencia respecto de la eximente autónoma que quedó suprimida en el ámbito común, es meramente teórica pues reiterada jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la obediencia eximente como atenuante de eximente incompleta en el ámbito común y no solo mediante el criterio utilizado inicialmente por el Tribunal Supremo de aplicar el antiguo artículo 9.1⁹², sólo a las que el legislador les enumeraba los requisitos, sino también bajo el hecho de que cuando la jurisprudencia reconoce la eximente incompleta por la ausencia de los requisitos a que no hemos venido refiriendo a lo largo de este estudio, —relación de subordinación, legitimidad del mandato etc.— conjuntamente con un exceso de obediencia, lo hace muy raramente como destaca la doctrina⁹³.

a.2. «Actos que manifiestamente sean [...]»

En cuanto al alcance del adverbio de modo «*manifiestamente*», la redacción del artículo 21 del Código penal militar no permiten avanzar nada sobre si se refiere solo a los actos contrarios a las Leyes o usos de la guerra o también a los que constituyan delito.

Sin embargo, por «*manifiestamente*» ha de entenderse también los actos que constituyan delito. Al margen del sentido gramatical del texto⁹⁴, parece la interpretación más adecuada a la voluntad del legislador reflejada en el preámbulo de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar que hace hincapié en la desobediencia cuando la orden com-

⁹² El apartado 1º del artículo 9 del anterior Código penal común establecía: «Son circunstancias atenuantes: 1º Las expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

⁹³ MORILLAS CUEVA, C., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 170 o QUERALT, que comenta: «La eximente incompleta tiene pocas posibilidades fácticas de ser apreciada, pues sólo defectos en la competencia funcional la permitirá [...]», QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, BOSCH, Barcelona, 1986, p. 465.

⁹⁴ Renuncio a abordar complicadas fórmulas gramaticales que aunque a algunos autores sirven para pronunciarse al respecto, —véase MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 198— sólo conducen a una dialéctica estéril que lejos de clarificar el problema, lo distrae de un enfoque adecuado y realista.

porte la *manifiesta comisión de ilicitudes*⁹⁵. Además, dicha interpretación resulta avalada por la jurisprudencia⁹⁶, por los precedentes del Derecho comparado que indudablemente ejercieron un claro influjo en la redacción del mismo⁹⁷, a la evolución más reciente del Derecho internacional penal y en particular las exigencias de interpretación jurídica que nacen de la vigencia del artículo 33 del Estatuto de Roma⁹⁸.

En mi opinión, una orden resulta manifiestamente ilegal en el ámbito castrense cuando el subordinado no tiene que hacer ningún esfuerzo para reparar en su legalidad porque no lo necesita: la orden es ilegal directamente a la vista del subordinado. Si tuviera que hacer ese esfuerzo, es decir, si tuviera que hacer un análisis o juicio situacional atendiendo a las circunstancias concurrentes y a las consecuencias que pudieran seguir a su obediencia⁹⁹, la orden no podría reputarse, manifiestamente ilegal.

La *remonstratio*, o derecho del subordinado a hacer valer ante el superior las dudas que pudiera tener respecto de la procedencia del cumplimiento de la orden, no es necesariamente indicio de orden manifiestamente ilegal, pues como señala MIR PUIG¹⁰⁰, «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».

⁹⁵ De la misma opinión, CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, ob. cit., p. 417 y MUÑIZ DE VEGA «La exigencia de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 146. DÍAZ PALOS F., voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ob. cit., p. 760. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, Edic., Dykinson, Madrid, 1985, p. 551. MILLÁN GARRIDO, A., «Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la ley orgánica 9/80, de reforma del Código de Justicia Militar», en *Revista de Derecho Público*, n° 87, Madrid, 1982, ps. 289 y ss. En contra, MORILLAS CUEVA, C. *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 198.

⁹⁶ La Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1992 señala: «el ordenamiento militar; debiendo sujetarse sus miembros, en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación -aunque en ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes».

⁹⁷ MUÑIZ VEGA, G., «La exigencia de obediencia debida en el Derecho penal militar», ob. cit., p. 146.

⁹⁸ Que recoge en el apartado 1° del artículo 33 como requisito a la apreciación de la exigencia de obediencia debida: c) *La orden no fuera manifiestamente ilícita*.

⁹⁹ Los juicios situacionales son a menudo requeridos por ejemplo cuando un militar debe elegir entre sistemas de armamento con diferentes grados de destrucción. Algunas armas pueden causar un mayor daño colateral a no combatientes que otras armas y sin embargo ser capaces de alcanzar el mismo objetivo militar.

¹⁰⁰ MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, PPU, Barcelona, 1984, p. 434.

¿Para quién ha de reputarse una orden manifiestamente ilegal?. Atendiendo a las peculiaridades de la guerra y a las corrientes más aceptadas en el Derecho internacional, habrá que estar al criterio objetivo del hombre razonable, entendiendo por tal el que posee la común de las conciencias, la más elemental humanidad y la noción de legalidad universalmente conocida por todos¹⁰¹. En este caso por legalidad conocida por todos habría que entenderla circunscrita a los delitos militares, pues a ella se circunscribe la eximente autónoma de obediencia militar.

Por último, la eximente no aprovechaba al ejecutor obediente en los casos de incumplimiento total o sustancial de los requisitos formales y competenciales de la orden ya que en tal caso la orden devenía manifiestamente ilegal¹⁰².

a.3. «Usos de la guerra»

Con dicha locución España rinde tributo a la corriente internacional subsiguiente a la segunda Guerra Mundial que trató de impedir la impunidad de los crímenes de guerra, acontecidos en la citada contienda¹⁰³.

Pues bien, la mención a los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra, es superflua, pues si no son delictivos son irrelevantes al Derecho penal

¹⁰¹ MARK J. OSIEL, *Obeing Orders*, Transaction Publishers, New Brunswick (EE. UU), y London (UK), 2005, p. 79. Este autor señala como elementos de la ilegalidad manifiesta frente al hombre razonable: Cuando la prohibición es excepcionalmente clara; cuando resulta muy probable que origine graves consecuencias a las personas o cuando transgrede procedimientos habituales en la emisión y transmisión de las órdenes.

¹⁰² PIGNATELLI Y MECA, señala: «No hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir la forma adecuada) o si el inferior sabe que faltan los requisitos materiales de la orden vinculante porque su ejecución entraña un delito, radicando los límites del efecto exculpativo de una orden no vinculante en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así». PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, ob. cit., p. 216. La *forma adecuada* que debe revestir la orden y el problema del error tienen una particular vinculación y así lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia desde hace mucho tiempo, como señala PUIG PEÑA: «si la orden no está revestida de las formalidades legales, no puede inducir a error acerca de su legalidad. Es por eso que el Tribunal Supremo ha declarado que es un elemento sustancial del delito y su exigencia legal es imprescindible (22 enero 1891)»: PUIG PEÑA, F.: voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Tomo VII, Barcelona, 1955. p. 308. El incumplimiento de los requisitos formales de la orden vuelve a la actuación administrativa manifiestamente ilegal según J. PAREDES CASTAÑÓN, M., «Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención «por obediencia debida» [...]», *Actualidad Penal*, N° 15, 1997, p. 334.

¹⁰³ DÍAZ PALOS, F., voz «Obediencia debida», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, ob. cit., p. 760.

y no habría nada que eximir y si lo son ya está previsto su castigo en la Ley penal bajo la locución *o constituyan delito*. PIGNATELLI Y MECA¹⁰⁴ explica que «a los actos contrarios a las leyes y usos de la guerra y a los delitos contra la Constitución respecto a los demás que constituyan delito, parece, a más redundante, por contraponer al género delito estas dos especies de delitos, carente de toda técnica, pues aquellos actos contrarios a los Instrumentos en que se contiene el Derecho de los conflictos armados, y en los que España es Parte, aparecen incriminados como delito en nuestro Derecho, bien hoy en el CP, bien aun ya en 1985, en el CPM».

a.4. «En particular contra la Constitución»

La expresión *en particular contra la Constitución*¹⁰⁵, tampoco afecta al alcance y contenido de la regulación de la obediencia en el ámbito militar. En principio, no podría tener otra comprensión que la necesidad de reforzar de alguna manera la protección de bienes jurídicos considerados especialmente vitales, tales como los vulnerados en los supuestos de delitos de rebelión, delitos contra la corona, delitos contra las instituciones de Estado y la división de poderes, delitos relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, todos ellos recogidos en el Título XXI del Libro II de la parte especial del Código penal común, que reza: *delitos contra la Constitución*.

Pero en cualquier caso dicha expresión resulta redundante y carente de todo rigor técnico pues en el Código penal militar no aparece una especie de delitos contrarios a la Constitución, y como advierte PIGNATELLI Y MECA¹⁰⁶, «circunscrito el ámbito de aplicación de la regla concerniente a la obediencia debida que se encierra en el inciso segundo del artículo 21 a los delitos militares quedarían fuera de su órbita aquellos delitos contrarios a la Constitución de los previstos en el CP que hubiera podido cometer un militar en cumplimiento de órdenes de un superior, que serían juzgados, en sede jurisdiccional ordinaria, con arreglo a las prescripciones del CP».

En definitiva, el alcance de la eximente formulada en el último inciso del artículo 21 del Código penal común, solo cubre los delitos militares no manifiestos, y a estos se aplicará la eximente con los efectos que conle-

¹⁰⁴ PIGNATELLI Y MECA, F., «El código penal militar: Perspectivas de «Lege Ferenda»», ob. cit., p. 121.

¹⁰⁵ La alusión destacada al precepto constitucional estaba ya, como vimos, en los textos penales ordinarios anteriores a la reforma de 1944.

¹⁰⁶ PIGNATELLI Y MECA, F., «El código penal militar: Perspectivas de «Lege Ferenda»», ob. cit., p. 121.

ve la naturaleza jurídica y fundamento que tenga asignada en el Derecho penal militar. En caso de desobediencia a estas órdenes se producirá la justificación para el subordinado respecto del delito de desobediencia del artículo 102 del Código penal militar.

3.2.3. Efectos de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar

El fundamento de la eximente del último inciso del artículo 21 del Código penal militar la convierte en un tratamiento especial del error de prohibición que se presume «iuris et de iure».

Esta presunción del error lleva a la eximente autónoma de obediencia militar a generar un presupuesto normativo de error invencible que exculpa al subordinado en las órdenes no manifiestamente ilegales salvo que se pruebe que conocía que estaba autorizado a desobedecer. Sin embargo, este esquema no varía del esquema del Código penal de 1973. En las órdenes manifiestamente ilegales, el subordinado seguirá gozando de las reglas generales del error vencible e invencible del artículo 14 del Código penal común que se le aplicarán en toda su amplitud con la única especialidad de que en la realidad no será fácil que el error pueda apreciarse, dado el carácter manifiestamente ilegal de la orden.

La aplicación de la eximente autónoma de obediencia militar del artículo 21 al igual que ocurría con la suprimida eximente de obediencia autónoma del artículo 8.12 anterior al Código penal común de 1995 lleva a la exención total de responsabilidad por la ejecución de acciones u omisiones típicas, antijurídicas pero no culpables.

Frente a estas acciones cabe la legítima defensa y el estado de necesidad¹⁰⁷, así como la colaboración punible de los partícipes según la opinión mayoritaria¹⁰⁸. El superior responderá por autoría mediata por el delito del subordinado inducido a error, habida la instrumentalización de quien inducido a error obedece la orden de cometer un delito¹⁰⁹, y en su caso, como

¹⁰⁷ CERESO MIR, J., «De los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia», *Revista de estudios penitenciarios*, Nº. 173, Abril-Junio, Madrid, 1966, p. 350, en el que hace un interesante estudio sobre el derecho de resistencia frente a los actos de los funcionarios; RIVACOBAS y RIVACOVA, M., *La obediencia jerárquica en el Derecho penal*, ob. cit., p. 150; MORILLAS CUEVA, C., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 161.

¹⁰⁸ Además, cabe la participación de *extraneus*. Sobre esta cuestión puede verse: HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de derecho penal militar español, I, Parte general*, ob. cit., ps. 374 y ss.

¹⁰⁹ CERESO MIR expone los supuestos de la autoría mediata según las diversas formas de dominio del hecho, incluyendo entre ellas el dominio del hecho induciendo a una persona a error o aprovechando su situación de error que puede tratarse de un error sobre

autor directo por el tipo penal que castiga directamente ordenar o mandar un concreto acto ilícito, siendo el Código penal militar prolijo en este tipo de delitos¹¹⁰ –doble imputación que se solucionaría con las reglas del concurso ideal de delitos–.

En cuanto a la responsabilidad civil, parecería obvio que siendo el subordinado solo inculpable debería soportar aquella responsabilidad, sin embargo, siendo responsable penal el superior a él se anuda, lógicamente, la responsabilidad civil que no queda así desatendida¹¹¹, debiendo responder, en mi opinión, subsidiariamente el subordinado de forma similar a

un elemento del tipo, sobre la antijuridicidad de la conducta o sobre la concurrencia de una causa de inculpabilidad, CEREZO MIR, J., «*Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/2*», 2001, ob. cit., ps. 213 y ss. CEREZO MIR estima además que el dominio del hecho se da incluso si el error de prohibición es vencible CEREZO MIR, J., «*Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito/2*», 2001, ob. cit., p. 215; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., p. 808. En el marco de los aparatos organizados de poder, BARBERA FRAGUAS afirma que los supuestos de autoría mediata compatibles con la ejecución genocida, se pueden reducir a dos: dominio del hecho mediante la coacción y dominio del hecho mediante el error: BARBERÁ FRAGUAS, M., «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico; autoría mediata», *Actualidad Penal* nº 11, marzo de 2002, p. 268. También defiende la autoría mediata del superior jerárquico cuando se induce error al subordinado mediante una orden ilegal, DÍAZ PALOS, F.: «En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida» en *Estudios jurídicos en honor del profesor OCTAVIO PÉREZ-VITORIA*, Tomo I, BOSCH, Barcelona, 1983, p. 200.

¹¹⁰ Entre los delitos de los que puede responder el superior como autor directo por la conducta consistente en ordenar lo ilícito cabe citar del vigente Código penal militar español, el artículo 70: «El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos será castigado con [...]», el artículo 78: «El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o naufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con [...]» y el artículo 139: «El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con [...]». Hay que diferenciar esta responsabilidad del superior de aquella otra que dimana del abuso de autoridad, toda vez que en ésta la infracción se consuma por el mero hecho de excederse de las atribuciones propias en los límites que señala la ley y que mantiene no obstante el deber de obediencia en el inferior, si atendemos al artículo 103 del Código penal militar que establece: «El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

¹¹¹ DÍAZ PALOS, «En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida» en *Estudios jurídicos en honor del profesor OCTAVIO PÉREZ-VITORIA*, ob. cit., p. 203.

como se regula la responsabilidad civil en el artículo 118.4 del Código penal común para el miedo insuperable.

4. RECAPITULACIÓN

1. El modelo de exención por obediencia recogido en el Código penal militar permite distinguir dos espacios diferenciados de responsabilidad penal de subordinado que obedece órdenes que mandan cometer actos típicos penales:

1.1. La obediencia debida, que se trata desde el artículo 20.7 del Código penal común que recoge la eximente de cumplimiento de un deber dada la cláusula general de remisión a las eximentes de este Código que establece el artículo 21 de Código penal militar.

1.2. La obediencia excusable, cuya problemática se trata desde la eximente autónoma de obediencia que se formula en el último inciso del citado artículo 21.

2. En cuanto a la obediencia debida, se ha comprobado como no cabe que las órdenes ilícitas puedan resultar vinculantes –no cabe hablar de mandatos antijurídicos obligatorios–. Además para que las órdenes sean vinculantes, se deben ajustar a los presupuestos exigidos desde el delito de desobediencia del artículo 102 del Código penal militar que las sirve de salvaguardia jurídica y a los demás presupuestos que permiten la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del Código penal común.

3. Sin embargo, la obediencia excusable militar pivota sobre la eximente autónoma de obediencia jerárquica del último inciso del artículo 21 del Código penal militar. La supresión de la antigua eximente de obediencia debida autónoma en el Código penal común, no ha afectado dicha eximente. Ciertamente Derecho penal militar y Derecho penal común participan de la misma dogmática y principios, lo que no impide que sean razones de política criminal las que apunten a un especial interés militar en que la obediencia militar a órdenes ilegales mantenga un tratamiento especial. Las peculiaridades de la guerra y de la disciplina que llevan a una férrea sujeción jerárquica en el Derecho militar español, conducen a reconocer la conveniencia de positivizar la eximente de obediencia debida ya desde las primeras regulaciones militares.

4. Sentado que la eximente pervive incólume en el ámbito militar a pesar de la supresión de su equivalente en el ámbito común, se ha demostrado que comparte la misma base dogmática que la antigua eximente del artículo 8.12

del derogado Código penal de 1973. Tras el análisis de esta eximente, que pervivió en nuestro derecho común durante 200 años y que generó abundante doctrina y jurisprudencia, vemos que es una causa de exculpación fundada en el error de prohibición cuyo espacio se acota a las órdenes no vinculantes, únicas en las que puede gozar de identidad propia. Si bien, a diferencia del antiguo artículo 8.12 del Código penal de 1973, la eximente en el ámbito militar solo alcanza a las órdenes ilegales de antijuricidad no manifiesta dado el límite normativo que el mismo artículo 21 señala en su redacción.

5. Por último, se ha comprobado que el modelo de obediencia exigente que trasciende en la eximente de obediencia jerárquica militar del segundo inciso del artículo 21 del Código penal se adecua a la problemática criminológica militar, se repite en el Derecho penal internacional más recientemente codificado y no difiere a grandes rasgos del Código penal común en el terreno de la política criminal.