

# APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS DE LA OBEDIENCIA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

Carlos Pérez del Valle  
*Comandante Auditor*  
*Letrado del Tribunal Supremo*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LOS CASOS DE OBEDIENCIA.—III. VISIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LAS DISTINTAS POSICIONES: A) OBLIGATORIEDAD DE ÓRDENES ILÍCITAS Y UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO: CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE LA OBJECCIÓN A LAS ÓRDENES POR PARTE DEL SUBORDINADO. B) LA POSIBILIDAD DE DEFENSA. C) LA TESIS DE LA AUSENCIA DE DISVALOR DE ACCIÓN EN EL SUBORDINADO. D) OBEDIENCIA Y AUTORÍA MEDIATA.—IV. APROXIMACIÓN A UN FUNDAMENTO DIFERENCIADOR EN LA OBEDIENCIA: A) LOS DIFERENTES COSTES DE LA ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA: NECESIDAD DE UNA CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL ÁMBITO MILITAR. B) LA PERSPECTIVA EX ANTE DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: PROPUESTA DE UNA SOLUCIÓN. C) LA DEFENSA FRENTE A ÓRDENES ILÍCITAS.

## I. INTRODUCCIÓN

1. La discusión sobre la obediencia en su dimensión penal y penal militar no ha sido infrecuente, y, por ello, un estudio general del problema ha de ser difícilmente novedoso en su planteamiento dogmático, pese a la posibilidad, siempre subsistente, de aportar soluciones alternativas a las ya formuladas en la doctrina y en la jurisprudencia.

A ello se añade un problema que sí es sustancialmente nuevo en nuestro Derecho penal posterior a la codificación militar: el CP de 1995 no incluye en el catálogo de circunstancias eximentes la obediencia debida, y la remisión expresa del CPM al CP en esta materia permite cuestionar si una eventual revisión del CPM ante la promulgación de un nuevo CP

común, que se ha calificado de inevitable (1), debería implicar una nueva regulación expresa de la obediencia.

2. La codificación española presenta aspectos de interés (2), y, en particular, aporta algunas reflexiones sobre la desaparición de la obediencia debida como circunstancia expresamente prevista para la exclusión de la pena en el Código penal común (3). En cualquier caso, en aquellos

---

(1) CALDERÓN SUSÍN, «Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia», *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, 1992.

(2) Desde mi punto de vista, los antecedentes demuestran que ésta ha sido una cuestión candente, frente a lo manifestado por VIVES ANTÓN en el sentido de que «la exención de responsabilidad criminal en virtud de obediencia ha venido siendo admitida sin mayores discusiones en nuestro derecho» («Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida», en *Estudios penales y criminológicos-V*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 131 y ss, en particular p. 133). Así, puede observarse el art. 21 CP 1822 («En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete acción (...) por alguna orden a las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar»); el art. 12 Proyecto CCrim 1830 («No excusa de la pena del delito, la orden de un superior dada contra ley expresa»); art. 17 Proyecto CCrim 1831 («No salvan de la responsabilidad, (...), la obediencia debida en cosas lícitas al que haya ordenado su perpetración...»); el art. 9 Proyecto CCr 1834 («No excusa de la responsabilidad del delito la orden del superior para cometerle»). Sobre estos antecedentes, cfr. *Crónica de la Codificación Española/5. Codificación penal-II*, LASSO GAITE, Ministerio de Justicia, 1970.

(3) En efecto, en el Dictamen de la Junta de CCrim en relación con el art. 17 del Proyecto CCrim 1831, se suprimió la referencia a la obediencia debida porque «siendo la obediencia al mandato de un superior uno de los modos de tener más o menos complicidad en la perpetración de los delitos y merecer por consiguiente más o menos pena, creyó más oportuno reservar este punto para cuando se llegase a tratar las varias clases de delincuentes y del reato que tiene el mandatario y el que manda cometer un delito». El artículo que se proponía tenía como texto: «Estará igualmente exento de pena el que desobedeciere o no efectuare órdenes ilegales. Para que este hecho no constituya delito deberán concurrir las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Que las órdenes desobedecidas sean realmente contrarias a la ley en su disposición o en la manera con que se quieran efectuar.

2.<sup>a</sup> Que la desobediencia no sea seguida del delito cometido o por el desobediente para llevar a efecto su negativa.

3.<sup>a</sup> Que la desobediencia no sea por funcionario público respecto de las órdenes que estén obligados a cumplir de sus superiores. La creencia de la ilegalidad, por fundada que aparezca no excusa de la pena, como de hecho sean las órdenes ilegales» (*Crónica*, cit., pp. 518-519).

En esa misma línea, en las Actas de la Comisión General de Codificación sobre el Código penal (sesiones 1844-1845), se excluyó la propuesta de un art. 12 relativo a la obediencia, y se observa en la discusión una tendencia a que el asunto quede reducido al problema de los delitos de desobediencia y resistencia (cfr. a ese respecto la opinión de Vizmanos en la sesión de 18 octubre 1844 sobre el art. 12 (*Crónica*, cit., p. 519), y también en relación con el art. 18, en el que se indicaba expresamente que no excusaría de la pena «la obediencia debida en cosas ilícitas», inciso que también se excluyó del texto (*Crónica*, p. 522).

momentos quedaba al margen de la discusión el problema de la obediencia militar, que se consideraba plenamente garantizada a través de las leyes penales especiales (4).

## II LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LOS CASOS DE OBEDIENCIA

1. En la doctrina española fue mayoritaria la tesis de la justificación en cuanto a la obediencia debida, planteada necesariamente respecto de las órdenes antijurídicas, pues, como ya había señalado *Jiménez de Asúa* —que consideraba esta circunstancia como una causa de exclusión de la culpabilidad— las órdenes adecuadas a derecho son tan sólo un problema de cumplimiento de un deber y no afectan estrictamente al problema de la obediencia jerárquica (5). Ciertamente en España, como en la doctrina alemana de principios de siglo, existía una opinión generalizada de que la obediencia jerárquica constituía una causa de justificación «que descarga al que la debe de las consecuencias penales del acto ejecutado por orden de quien pueda exigirla» (6). El hecho de que las consecuencias de responsabilidad civil no estaban previstas para la circunstancia prevista en el art. 8.12.<sup>a</sup>, hizo optar a algunos autores por esta solución (7). A ello se ha unido el criterio que parte de la interpretación de los delitos de desobediencia o de ponderación de intereses o de deberes (8).

---

(4) En esas primeras fases de la codificación se encontraban en vigor las Reales Ordenanzas de Carlos III, de 1768, cuyo título 10, Tratado VIII, regulaba el delito llamado de «inobediencia». Sobre estos aspectos, RODRÍGUEZ DEVESA, «La obediencia debida en el Derecho penal militar», *REDM-1957* (3), pp. 29 y ss, en particular p. 65.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal-IV (El delito-II)*, 3.<sup>a</sup> ed., Losada, Buenos Aires, 1976, p. 533. También en *Tratado-VI (La culpabilidad y su exclusión)*, Losada, Buenos Aires, 1962, pp. 764-765.

(6) BERNALDO DE QUIRÓS, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, 1915, voz «Obediencia debida», p. 549.I.

(7) DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español-PG, vol. 1*, 2.<sup>a</sup> ed. revisada y corregida por COBO, 2 ed, Madrid, 1976, p. 853, pese a que «las consideraciones técnico-dogmáticas de los partidarios de la postulación de la obediencia como causa de inculpabilidad son por demás sugerentes» (p. 852).

(8) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español-PG*, 16 ed, Dykinson, Madrid, 1993, p. 550. No es tan claro RODRÍGUEZ DEVESA en «La obediencia debida en Derecho penal militar», *REDM-3* (1957), p.72, en «La subordinación militar en derecho comparado», *REDM-11* (1961), pp. 82 ss o en «La obediencia debida en el CPM español de 1985», en *RDP-103* (1986), pp. 276-277. También PORRES JUAN-SENABRE,

En este marco, las posiciones de *Roxin* (9) y de *Jakobs* (10) han resaltado algunos aspectos novedosos del lado de la posibilidad de justificación de la ejecución de algunas órdenes contrarias a derecho.

---

«Consideración general de la eximente de la obediencia debida», en *REDM-12 (1961)*, pp. 111 y ss, en particular p. 129; VALENCIANO ALMOINA, *La reforma del CJM. Comentarios a la LO 9/80*, Madrid, 1980, p. 97; MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, PPU, Barcelona, 1985, pp. 437-438; HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal militar español-PG*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 358, que sigue el criterio de CEREZO y parece referirse a un conflicto de deberes; GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense, 1979, p. 67; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal-PG*, Castellanos, Madrid, 1984, pp. 241 ss; QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 406-407. En mi opinión, la posición de QUERALT (consideración funcional del deber de obediencia) no está tan alejada del conflicto de deberes con el que explica estos casos STRATENWERTH (*Verantwortung und Gehorsam*, JCB Mohr, Tübingen, 1958, pp. 181-182), pues el conflicto de deberes no es sino un conflicto de intereses en el que, en la ponderación, el orden jurídico introduce un nuevo factor: su propio interés en que se realice o se omita un determinado comportamiento el conflicto de deberes responde a una situación diferente del conflicto de intereses (cfr. más extensamente mi posición en esta materia y las consecuencias en reglas de resolución de conflictos, en PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho penal*, Comares, Granada, 1994, pp. 173-178).

(9) *Strafrecht-AT, Bd. I*, Beck, Munich, 1992, § 17-18. En su opinión, es correcto el criterio que atribuye a la orden obligatoria carácter justificante, también cuando excepcionalmente es antijurídica, pues en tales casos existe una colisión de intereses, en la que prevalece el deber de obediencia de funcionarios y soldados sobre las pequeñas infracciones, y el deber de evitar comportamientos ilícitos en las infracciones más graves. Precisamente aquí ROXIN menciona un aspecto que, en mi opinión, no debe perderse de vista: entre las infracciones más graves, y junto a las relativas a la dignidad de la persona y al Derecho penal, incluye en parte también las contravenciones (es decir, las meras infracciones de carácter administrativo).

(10) *Strafrecht-AT*, 2.ª ed., de Gruyter, Berlin, 1991, 16/12. En su opinión, el derecho positivo en Alemania permite afirmar que una orden que vulnera la dignidad de la persona o infringe la ley penal no es obligatoria, independientemente de que el subordinado conozca o no esa circunstancia, lo que es aplicable tanto al ámbito militar como al de los funcionarios. Las órdenes con ese contenido no estarán justificadas, y sólo podrá reconocerse al subordinado la exclusión o la disminución de culpabilidad (*AT*, 19/51). En cualquier caso, reconoce una situación especial del subordinado que implica una disminución de la culpabilidad por causa de una minoración de la exigibilidad, sobre la base de un estado psicológico —el cansancio, el agotamiento o la persuasión por parte del superior— para el que no es competente (*loc. cit.*, 19/55; sobre el concepto funcional de culpabilidad sobre la base de competencia, 17/69 ss). Si la exclusión de la culpabilidad es total el superior es un autor mediato que actúa con un instrumento *quasi* justificado (*loc. cit.*, 21/96 ee). Pero la cuestión es si la regla consiste en la no obligatoriedad de las órdenes antijurídicas o en una ponderación generalizada entre las órdenes obligatorias en sí y las que se suponen ilícitas (*AT*, 16/13), lo que se pone de manifiesto al diferenciar entre delitos y faltas o ilícitos administrativos, pues las primeras no son vinculantes y las segundas sí lo son. En ese sentido, la tesis de STRATENWERTH sobre el conflicto de deberes habría de ser aceptada, porque el subordinado normalmente no puede apreciar si una contravención está o no justificada, y en una

2. Frente a la tesis de la justificación, el criterio de *M.E. Mayer* (11), fue recogido por *Jiménez de Asúa* (12) y posteriormente por numerosos autores (13). En ese sentido, puede llegar a afirmarse que en la desaparición de la mención expresa de la obediencia en los últimos Proyectos de CP y en el CP de 1995, puede haber tenido cierta importancia el rechazo que a la misma existencia de esa mención habían propuesto algunos de los autores partidarios de este punto de vista (14).

3. Una posición intermedia ha mantenido *Maurach*, quien consideraba que el cumplimiento de mandatos antijurídicos por el subordinado que conoce su ilicitud puede implicar un caso de exclusión de la responsabilidad por el hecho (15). Sin embargo, tiene cierta relevancia el

---

organización jerárquica los costes de la misma han de quedar a cargo de quien se sirve de ella —el superior como autor mediato— y no aquél de quien se sirve —el subordinado está justificado (AT, 16/14 y 15). Entre esos costes se encontraría el hecho de que si el subordinado no está justificado, correría el riesgo de la defensa (*loc.cit.*, nota 22). En ese sentido, considera rechazable un «deber de apreciación» de carácter general, aunque el subordinado ha de hacer constar su objeción a la orden cuando se percate de que el superior parte de una base de hecho reducida —lo que debe entenderse, en mi opinión, como insuficiente o parcial—, si bien en el caso de que la *remonstratio* fuese infructuosa, la cuestión habría de resolverse con las reglas generales de la colisión de deberes. Esta *remonstratio* tendría lugar también en el ámbito militar, siempre que fuese temporalmente posible (AT, 16/15). Precisamente, el ejemplo que pone *JAKOBS* para explicar esta última afirmación se refiere a un soldado al que se le ordena el manejo de una máquina que no puede controlar, y cuya *remonstratio* resulta infructuosa: si el peligro originado es para la vida o la integridad de las personas, no debe cumplir la orden; si representa un riesgo de daños a las cosas, debe obedecer (*loc.cit.*).

(11) «Das rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten», *Festschrift für Paul Laband*, Tübingen, 1908, pp. 119 y ss, en particular p. 136. M.E. MAYER presenta los problemas de obediencia de mandatos ilícitos como casos de violencia o de error.

(12) *Tratado-VI*, p. 789 y 808.

(13) SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, 5 ed, Madrid, 1950, p. 283 (el autor no actúa voluntariamente, sino que ejecuta la acción de otro); ANTÓN ONECA, *Derecho penal-PG*, Madrid, 1949, pp. 274-275 (error, no exigibilidad y casos de ponderación en favor de la obediencia); SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal-PG*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 738 (no exigibilidad); DÍAZ PALOS, *NEJ Seix*, «Obediencia debida», pp. 748 y ss; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal-PG*, Signo, 1986, pp. 500-503; VIVES ANTÓN, *Estudios*, pp. 139-140; CALDERÓN SUSÍN, *Comentarios al Código penal militar* (arts. 21 y 22), Civitas, Madrid, 1988, pp. 420-421; MORILLAS CUEVAS, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Civitas, Madrid, 1984, p. 153; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed, Akal, Madrid, p. 158.

(14) VIVES ANTÓN, *Estudios*, pp. 146-147; QUINTERO OLIVARES, *PG*, p. 503; MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida*, pp. 217-218.

(15) *Tratado de Derecho penal* (trad. de Córdoba Roda), Ariel, Barcelona, 1962, p. 74. Este criterio es mantenido hoy por ZIPF (cfr. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht-AT*, 7 ed, CF Müller, Heidelberg, 1987, § 34/25).

hecho de que otros autores que mantienen la existencia una categoría intermedia entre la justificación y de la culpabilidad o separada de la culpabilidad en sentido estricto no incluyan en ella los casos de obediencia (16).

4. Esta situación doctrinal en relación con la obediencia puede resumirse, por tanto, en dos posiciones enfrentadas (17). Por un lado, un sector limita la obligatoriedad de las órdenes a su adecuación a Derecho, de forma que ninguna orden antijurídica es obligatoria, y la creencia errónea en la obligatoriedad de la orden por parte del subordinado tan sólo puede acaso producir la exculpación. Según este criterio, en los casos de exclusión total de la culpabilidad del autor, el superior es autor mediato detrás del instrumento no culpable. Además, frente al cumplimiento de la orden contraria a derecho cabe la legítima defensa y —en los casos de exclusión de la culpabilidad— el estado de necesidad defensivo (18).

Por otra parte, la línea doctrinal opuesta fundamenta también el deber de cumplimiento de una orden antijurídica y lleva al subordinado a una colisión entre el deber de obediencia y el deber general de evitación de lo ilícito, que es resuelta bien de forma general, bien en cada caso particular. Si en el conflicto prevalece el deber de obediencia, el subordinado actúa de forma justificada, y el superior es autor mediato detrás del instrumento que actúa justificadamente (19).

Desde mi punto de vista, esta demarcación permite incidir sobre el problema de las consecuencias de cada una de las posiciones, que constituyen, en realidad, los aspectos básicos en la discusión: a) la obligatoriedad de cumplimiento de las órdenes antijurídicas; b) la incidencia en los límites de las causas de justificación frente a la orden antijurídica; c) la fundamentación del disvalor en el comportamiento del subordinado que

---

(16) En España, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español-PG*, Akal, Madrid, 1990, pp. 166-170, quien mantiene la existencia de una categoría con la misma denominación que MAURACH, aunque con un significado diferente, fundada en la disminución de lo ilícito (cfr. mi defensa de la teoría en *Conciencia y Derecho penal*, cit., 1994, pp. 284 y ss). En Alemania, tampoco ROXIN la incluye entre los supuestos de exclusión de la responsabilidad jurídico penal (AT, §§ 22 y 23).

(17) JAKOBS, AT, 16/11. Resalta además que no existe una determinación legal en Alemania que permita optar por alguna de estas posibilidades (16/12).

(18) JAKOBS, AT, 16/11. En Alemania existe una delimitación clara entre el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo.

(19) JAKOBS, AT, 16/11-12.

obedece una orden ilícita; y d) los efectos de la configuración de estos comportamientos como casos de autoría mediata.

### III. VISIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LAS DISTINTAS POSICIONES

#### A) *Obligatoriedad de órdenes ilícitas y unidad del orden jurídico: consideración particular de la objeción a las ordenes por parte del subordinado*

Los criterios expuestos permiten afirmar que el postulado de unidad del orden jurídico tan sólo se ve cuestionado en estos casos de obediencia cuando se afirma la obligatoriedad de órdenes antijurídicas. Sin embargo, para una buena parte de las teorías que sostiene la justificación esta dificultad es, desde un punto de vista teórico, sólo aparente.

En efecto, la unidad del orden jurídico exige que, en idéntico contexto, idénticos objetos de valoración sean ponderados de acuerdo con las mismas máximas, también cuando cambian los ámbitos del derecho a los que pertenece la valoración (20). En ese sentido, las teorías de la justificación ofrecen una explicación que evita cualquier colisión en ese campo, pues en la ponderación de intereses que ha de conducir al interés preponderante, tienen en cuenta como valor propio el interés en salvaguardar la disciplina o la obediencia. En esta perspectiva contempla *Stratenwerth* el conflicto de deberes cuando afirma la justificación en los casos en los que el deber de obediencia tiene un rango superior al de todos los demás deberes con los que entra en colisión y la obligatoriedad de las órdenes que se dictan en esos casos, aun cuando sean contrarias a derecho (21) o *Queralt* al ponderar la función y legitimidad del superior en el deber de obediencia (22). Incluso posiciones teóricas que parten en principio de que la obediencia excluye la culpabilidad, como la de *Calderón Susín*, llegan a admitir la entrada en la ponderación del deber de obediencia como término de valoración del interés preponderante en órdenes de dudosa legitimidad (23).

---

(20) JAKOBS, *AT*, 11/5.

(21) *Verantwortung*, cit, p. 181.

(22) *La obediencia*, cit, pp. 413 y ss.

(23) *Comentarios*, p. 423.

Estas posiciones suponen, por tanto, que lo que en su contenido parecían órdenes contrarias a derecho, son en realidad conformes a derecho, porque existe un interés en favor del cumplimiento de la orden (24).

B) Sin embargo, la fórmula de la ponderación de intereses se muestra, en realidad, como un complicadísimo instrumento (25). De hecho, se indica en ocasiones que debería aspirarse, de *lege ferenda*, a una diferenciación entre unos intereses individuales susceptibles de defensa necesaria y otros intereses irrenunciables de una parte respecto a los que sería posible una lesión justificada, y de intereses estatales renunciables en los que sí cabría una lesión justificada (26).

El valor del deber de obediencia que se introduciría de este modo en la ponderación de los factores del conflicto está por ello vinculado a la posibilidad de presentar objeciones a la orden, pues cuanto mayor sea la extensión de esta última será menor el valor del contenido obligatorio del deber. En efecto, el deber de obediencia respecto a órdenes que proceden de un superior jerárquico —y, en su caso, la posibilidad de atribuir un valor determinado al interés del Estado en la obediencia y en el cumplimiento de las órdenes a la hora de ponderar el conflicto en el que se ha de comprobar la licitud de la orden— exigiría una configuración correcta de la objeción a esas órdenes cuando el subordinado considera la posibilidad de que sean ilícitas (27).

---

(24) Ese criterio, por tanto, podría discutirse en relación con la distinción elaborada por la Jurisprudencia entre el delito de desobediencia del art. 102 CPM y las infracciones disciplinarias de desobediencia, paralela a la diferenciación entre órdenes «legítimas», en el sentido del art. 19 CPM, o simplemente «lícitas», según la cuál el delito de desobediencia sólo es posible frente a órdenes «legítimas» y las infracciones disciplinarias pueden tener lugar frente a órdenes «lícitas» (Cfr. SSTs 5.ª 6 julio 1992, pn: Jiménez Villarejo, y 29 septiembre 1992, pn: Gimeno Amiguet, en las que sí puede establecerse la autorización a través de una ponderación de intereses).

(25) LENCKNER, «The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification», en *Justification and Excuse* (ESER/FLETCHER), Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br., 1987, pp. 493 ss, en particular p. 523.

(26) JAKOBS, AT, 16/14, nota 21.

(27) En realidad, el criterio mantenido por la Jurisprudencia en relación con el delito militar de desobediencia presenta esta misma necesidad de determinar las exigencias de la objeción, que en los casos consignados en el art. 21 CPM considera un deber. En ese sentido, puede citarse la STS 5.ª 11 junio 1992 (pn: Jiménez Villarejo), que mantiene que el deber de obediencia subsiste salvo en los casos expresamente citados en el art. 21 CPM, y el subordinado debe acatar la orden «sin perjuicio del derecho que le asiste de formular ante su superior inmediato las objeciones que estime pertinentes, bien en el acto, bien después de la misión encomendada si la presentación de la objeción la perjudicase». Como se ve, coincide en la cuestión del perjuicio con el servicio, con lo afirmado con JAKOBS respecto al tiempo de ejecución de la orden y los problemas de la objeción (cfr. AT, 16/15). En un sentido similar, aunque apoyando la resolución en el concepto de legitimidad de la orden, se encuentra la STS 5.ª 8 julio 1993 (pn: Sánchez del Río Sierra).



Por tanto, es precisa una delimitación de las exigencias que hacen posible la objeción, y, en particular, de las que permiten afirmar un deber de objeción a la orden.

En el ámbito militar, se ha resaltado la conexión de este aspecto con el problema de la unidad del orden jurídico (28). En ese sentido, desde el punto de vista del Derecho penal, el deber de objeción a la orden sólo podría apoyarse en la reprochabilidad de la obediencia pese al conocimiento del carácter manifiesto de delito de la orden dictada (de la ilicitud de la acción), y no directamente en la omisión del deber de objeción o del deber de examen (29). Ello no es obstáculo para que el deber de objeción se extienda a órdenes manifiestamente basadas en un error de hecho o de derecho del superior, que son esencialmente contradictorias o que han llegado a quedar sin sentido como consecuencia de una modificación sustancial de las circunstancias de hecho (30). Sin embargo, en relación con las «órdenes peligrosas», toda la responsabilidad correría a cargo del superior y no puede afirmarse la existencia de deber de objeción (31). En los demás casos, subsistiría el derecho a la objeción a la orden cuando la ejecución de la orden no resulte posible desde el punto de vista del subordinado, cuando la orden es oscura (ausente de claridad) o ambigua, o cuando la objeción pueda estar autorizada por una especial formación profesional del subordinado (32).

---

(28) SCHWENCK, «Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam-Ein Beitrag zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen», en *Festschrift für Eduard Dreher*, de Gruyter, Berlin, 1977, pp. 495 y ss, en particular p. 501.

(29) *Dreher-FS*, p. 503. Este último deber de examen sólo podría concebirse en casos de duda, según señala SCHWENCK (loc.cit.). También aquí se observa una coincidencia con la afirmación del deber de objeción en la STS 5.ª 6 julio 1992, a la que ya se ha hecho referencia.

En cualquier caso, la distinción no me parece necesaria, pues ambas explicaciones son concurrentes si se considera que, si obedece, el subordinado se convierte también en garante (sobre la extensión de la posición de garante a los delitos activos, cfr. JAKOBS, *AT*, 7/56-58). Se trata, en suma, de la consolidación de ciertas expectativas sobre la base de la ilicitud manifiesta del comportamiento ordenado: la estabilización de las normas exige del subordinado el deber de objeción o de examen, pues, por su contenido, el cumplimiento de aquella orden sin más, sería una actuación peligrosa en el desarrollo de su propia competencia de organización que hace que se convierta en garante (en los delitos de dominio).

(30) *Dreher-FS*, p. 507.

(31) *Dreher-FS*, pp. 507-508.

(32) *Dreher-FS*, p. 508. La posibilidad de que los conocimientos técnicos específicos puedan estar incluidos en esta enumeración es, desde mi punto de vista, relativa, pues sólo ha de ser así en tanto la decisión técnica entraña un efecto exclusivo en el ámbito de la especialización. La pericia en transmisiones, por ejemplo, no puede implicar el enjuiciamiento sobre la adecuación de una orden que, para evitar la localización por fuerzas de un ejército enemigo, exige al experto cortar las comunicaciones.

En ese mismo ámbito militar, algún sector de la doctrina española ha negado que exista la posibilidad de *remonstratio* (33). No obstante, y pese a que la solución no se considere adecuada (34), su mera propuesta es expresión clara de que existe una eficacia diversa del deber de obediencia en diferentes situaciones, e incluso en diferentes organizaciones jerárquicas. La afirmación de que la intensidad de la organización jerárquica hace constatar una diversa intensidad en la obligatoriedad de los deberes de obediencia en cada ámbito de organización no se contrapone, por tanto, al postulado de unidad del orden jurídico.

τ) Sin embargo, la significación que la obligatoriedad de las órdenes tiene para la unidad del orden jurídico no se agota en el derecho nacional, sino que afecta también al Derecho de gentes (35) o las Leyes o usos de la guerra a los que se refiere el art. 21 CPM.

En cualquier caso, esta contraposición con el Derecho de gentes se ha venido observando tanto desde la perspectiva de las fuentes (tratados internacionales, derecho consuetudinario, principios generales del derecho (36), o la aceptación de principios jurídicos fundamentales por el derecho interno de los miembros de la comunidad internacional (37)) como en la determinación de ciertos comportamientos como delitos internacionales y su separación en grupos diferentes (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad (38)). Una interpretación coherente adecuada al principio de proporcionalidad debe aceptar que las transgresiones de las Leyes y usos de la guerra son estos delitos internacionales, y no infracciones de menor grado. En esta línea, el CP (arts. 136-137 bis) y el CPM (arts. 69-78) construyen el derecho positivo interno sobre la base de estos delitos internacionales.

---

(33) En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *RDP-1986*, p. 287, sobre la base del contenido del art. 32 de las RROO-FAS: «Cualquiera que sea su grado acatará las órdenes de sus jefes. Si considera su deber presentar alguna objeción la formulará ante su superior, siempre que no perjudique la misión encomendada, en cuyo caso la reservará hasta haberla cumplido». En mi opinión, el contenido de este precepto es coincidente con la línea jurisprudencial y con algunas posiciones doctrinales que ya se refieren a la posibilidad de *remonstratio* en el ámbito militar, siempre que sea temporalmente posible (cfr. JAKOBS, *AT*, 16/14).

(34) Me remito a lo indicado en la nota anterior.

(35) VOGLER, «Zum Einwand des "Handelns auf Befehl" im Völkerstrafrecht», en *Revue de droit pénal militaire-1968*, p. 111.

(36) VOGLER, *RDPM-1968*, p. 112.

(37) VOGLER, *RDPM-1968*, p. 112.

(38) OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed, Carl Heymanns, Munich, 1983, p. 610.

En la cuestión de la obediencia, planteada desde esta perspectiva en particular, se han formulado soluciones que no presentan grandes diferencias entre sí. Mientras *Vogler* se apoya en el principio de confianza siguiendo a *Stratenwerth* e indica que éste sólo queda suprimido cuando el subordinado conoce el carácter delictivo del delito o cuando es manifiesto de forma que el desconocimiento de ese carácter le sería reprochable (39); *Oehler* sostiene que existe una causa de exclusión de la pena para el subordinado cuando la orden no es manifiestamente contraria a derecho y cuando aquél de forma razonable no pudiese percibir la ilicitud de la orden, lo que no debe excluir que otras circunstancias (error, estado de necesidad) puedan también excluir la pena (40).

Como puede observarse, en ambos casos se apunta —aunque ha de reconocerse que no de una forma evidente— hacia la construcción de una autorización general para confiar en la licitud de la orden, aunque dentro de los límites de lo que se podría considerar «razonable».

### B) *La posibilidad de defensa*

La cuestión de la posibilidad de defensa ha sido, como se ha visto, uno de los aspectos especialmente debatidos en la discusión dogmática. Si la acción del subordinado, aún lesiva de intereses de un tercero, está autorizada porque actúa por una orden ilícita pero que, por sus circunstancias, permite que prevalezca el deber de obediencia sobre aquella lesión, el afectado se vería privado de la posibilidad de defenderse frente a dicha orden (41). Por tanto, un aspecto de la discusión se ha centrado con frecuencia en la conveniencia o no de que pueda reconocerse esta posibilidad de defensa. De hecho, ha sido uno de los argumentos de principio que han presentado con frecuencia las teorías partidarias de la exclusión de la culpabilidad (42).

---

(39) *RDPM-1968*, p. 127.

(40) *Internationales Strafrecht*, p. 638.

(41) Cfr. ya H. MAYER, «Der bindende Befehl im Strafrecht» en *Festgabe für Reinhard von Frank*, Bd. I, JCB Mohr, Tübingen, 1930, pp. 598 y ss, en particular pp. 614-615.

(42) VIVES ANTÓN, en *Estudios*, p. 137: «Si la obediencia debida fuese una causa de justificación, el ciudadano habría de soportar cualquier exceso cometido por los servidores del estado siempre que se hallase amparado por una orden superior: no podría esgrimir, frente a tales supuestos excesos, una legítima resistencia, puesto que, amparados por una causa de justificación, devendrían justos, jurídicamente inobjetables. Si, en cambio, constituyese una simple excusa, (...), al menos, el particular afectado podría ejercitar su derecho a la resistencia al amparo del número 4 del art. 8 del Código penal (legítima defensa)».

No obstante, sobre este punto deben hacerse algunas consideraciones específicas que, en mi opinión, no está ausentes de relevancia:

1. La negación de la legítima defensa no ha estado siempre vinculada a la concepción de la obediencia como una causa de justificación. En ese sentido, *H. Mayer* rechazaba la posibilidad de defensa, y aunque consideraba que el subordinado obligado a obedecer actuaba conforme a derecho en la ejecución de órdenes antijurídicas (43), negaba la posibilidad de defensa incluso, en caso de que se entendiese que resultaba excluida la culpabilidad (44). Esta afirmación, pese al reproche que recibió de *Jiménez de Asúa* (45), tiene una base clara: la pretensión de limitar la posibilidad de defensa frente a las denominadas agresiones de sujetos no culpables (46).

En la línea de *H. Mayer*, *Schmidhäuser* limita las agresiones antijurídicas que posibilitan la defensa a las «agresiones de significación antijurídica», refiriéndose a aquéllas que ponen en cuestión la validez o significación empírica del orden jurídico en la sociedad. Excluye de aquéllas, además de los casos de inimputabilidad, los supuestos de error («las acciones no autorizadas realizadas inconscientemente»), sin perjuicio de la posibilidad de acudir al estado de necesidad (47).

También *Bockelmann* ha indicado que el derecho a la defensa necesaria ha de cesar allí donde faltan los elementos subjetivos de una agresión al orden jurídico (48), pues si el agredido conoce estas circunstancias ha de renunciar a reaccionar frente al agresor y le ha de bastar con ponerse a salvo.

En realidad, estas argumentaciones pueden llevar a conclusiones similares en los casos de obediencia. Aun cuando se tratase de supuestos de

---

(43) *Frank-FG*, pp. 620-621.

(44) *Frank-FG*, p. 614.

(45) *Tratado-VI*, p. 788.

(46) *Frank-FG*, p. 613. La fundamentación de los límites a la defensa en casos de ausencia de culpabilidad, frecuente en la doctrina alemana (en contra, sin embargo, BAUMANN, *Strafrecht-AT*, 4 ed, Gieseking, Bielefeld, 1966, pp. 280-281), se explica como ausencia de agresión (OTTO, *Grundkurs Strafrecht-AT*, 2 ed, de Gruyter, Berlín, 1982, p. 94), o con el apoyo de exigencias de prevención general (cfr. ROXIN, *AT*, 12/55). Sobre este punto de los límites relativos a la agresión en la doctrina española, BACIGALUPO, *Principios*, p. 146.

(47) «Über die Wertstruktur der Notwehr», en *Festschrift für Richard M. Honig*, Otto Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 185 y ss, en particular pp. 194-196.

(48) «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», en *Honig-FS*, cit., pp. 19 y ss, en particular p. 30.

exclusión de culpabilidad, es cuestionable que quien actúa por obediencia en casos dónde la ponderación es dudosa ponga en cuestión la vigencia empírica del orden jurídico, y, por ello, que su actuación suponga una agresión ilegítima desde el punto de vista de la legítima defensa. Del mismo modo, debería ponerse en cuestión si el subordinado que obedece una orden contraria a derecho actúa con los elementos subjetivos propios de la agresión al orden jurídico.

2. En los últimos decenios, un sector de la doctrina ha desarrollado la distinción, dentro de las causas de justificación, entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención, admitiendo frente a las actuaciones amparadas en las primeras la posibilidad de legítima defensa (49). Este criterio se apoya básicamente en la exigencia de examen adecuado al deber (50).

En los casos de obediencia, independientemente de la eficacia que se le reconozca en el sistema, cobra una particular importancia el examen adecuado al deber de la orden. Es cierto que ello se ve limitado, según la opinión que se sostenga, a un mayor o menor número de casos (51), pero en cualquier forma es un aspecto de indudable relevancia (52).

La tesis de *Lenckner* sobre este punto requiere, en el desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos de la justificación, resolver la cuestión de si es conforme a derecho el hecho típico cuando el autor ha comprobado la existencia de los elementos objetivos exigidos por la causa de justificación (53). *Lenckner* llega a afirmar que es posible la justificación aun cuando no se den en el caso los elementos objetivos que requiere la causa de justificación si el autor los apreció con un examen ajustado al deber,

---

(49) LENCKNER, en *Strafgesetzbuch Kommentar (Schöncke/Schröder)*, Beck, Munich, 1991, Notas previas al § 32-9ss.

(50) LECKNER, «Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung», en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für H. Mayer*, Dunker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 165 y ss, en particular p. 165.

(51) Por ejemplo, ya se ha citado la opinión de JAKOBS, que no requiere un examen de la orden por el subordinado cuando la cuestión es distinguir si se trata de un ilícito penal o administrativo (AT, 16/14).

(52) El art. 21 CPM, al indicar que «no se estimará como eximente no 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» tal vez no aporta nada que no se supiese, pero subraya en cierto modo este problema del examen.

(53) *H. Mayer-FS*, p. 165.

siempre que sea posible compensar la ausencia de exigencias objetivas con el elemento del examen adecuado al deber (54).

En mi opinión, la exigencia de un enjuiciamiento *ex ante* de las causas de justificación se extiende a las causas de justificación con carácter general, también en el ámbito de actuaciones de los funcionarios y de deberes relativos al servicio de los mismos (55). En este aspecto, resulta evidente que la posibilidad de justificación en estos casos sobre la base de la comprobación adecuada al deber se presenta como un argumento que reduce la eficacia de la objeción de la defensa en los casos en que se actúa —el superior que ordena o el subordinado que obedece— de acuerdo con un examen adecuado al deber respecto a la concurrencia de una causa de justificación.

3. El recurso a la defensa parte de unos presupuestos exigentes por su propio fundamento de ratificación del orden jurídico (56). En efecto, la defensa legitima el empleo privado de la fuerza —una excepción al monopolio estatal de ese instrumento— y su extensión depende de conceptos políticos en las relaciones Estado-ciudadano (57). Esta circunstancia lleva a *Queralt* a sostener que el recurso la defensa sólo puede ser lícito en casos extremos y que lo racional, ante la lesión del derecho, es el empleo del estado de necesidad (58).

Esta referencia permite acudir con una visión más general a los límites de la defensa, a la que ya he aludido anteriormente en la restricción respecto de las agresiones no culpables (59), pero que se extiende también a otros límites de la defensa, como en los casos de extrema desproporción o de relaciones personales entre agresor y agredido (60). En realidad, el hecho de que las situaciones en las que se prevé la defensa sean en cierto

---

(54) *H. Mayer-FS*, p. 179. A continuación desarrolla esta opinión respecto a la justificación de las injurias a las que se refiere el § 193 StGB, cuestión que ha sido tratada por BACIGALUPO («Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria», en *REDC-1987*, pp. 95-96) y JAEN VALLEJO (*Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pp. 265-266) en la doctrina española.

(55) LECKNER se sitúa frente a esta posibilidad (*H. Mayer-FS*, p. 175). No obstante, es aceptada por RUDOLPHI «Pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungserfordernis», en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, Munich, 1978, pp. 73 y ss, en particular en pp. 91-92 sobre el examen adecuado a deber en la detención provisional del § 127.II StPO.

(56) BACIGALUPO, *Principios*, p. 145.

(57) JAKOBS, *AT*, 12/1.

(58) *La obediencia debida*, p. 369.

(59) Respecto a las cuáles se niega el carácter de ratificación del orden jurídico de la defensa (cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts-AT*, 4.<sup>a</sup> ed, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 310).

(60) BACIGALUPO, *Principios*, pp. 149-150.

modo restringidas priva de validez general al argumento de la imposibilidad de defensa frente a actuaciones estatales ilícitas en las que quien realiza directamente la acción es el subordinado que obedece.

### C) *La tesis de la ausencia de disvalor de acción en el subordinado*

En el examen del deber de omitir la realización de hechos punibles, *Stratenwerth* parte del hecho de que la teoría personal de lo ilícito, que presupone que sólo lo ilícito personal es penalmente antijurídico, implica la ausencia de ilicitud cuando falta el disvalor de acción (61). En su opinión, la actuación del superior que efectúa un examen que se ajusta al deber carece de disvalor de acción y no puede ser, por tanto, antijurídica (62). El problema se plantea entonces en relación con el subordinado que ejecuta una orden que parte de la decisión de un superior, y se presentan entonces los límites al deber de examen, que está restringido a la valoración jurídica de las circunstancias, y nunca a las circunstancias mismas (63). De este modo, si el subordinado no conoce las circunstancias de hecho en las que se muestra la antijuricidad de la acción, no existe deber de examen; si las conoce, no se le puede reprochar la desatención de un deber —no existente— de examen de la situación, sino el hecho de haber actuado a pesar de su conocimiento. A diferencia de la actuación del superior, y como consecuencia de carecer de un deber de examen que se corresponda con el de aquél, el obligado a obedecer sólo actúa antijurídicamente cuando tiene un conocimiento positivo de las circunstancias que hacen aparecer su acción típica como antijurídica (64). En realidad, esta limitación del deber de examen del subordinado a la valoración jurídica de las circunstancias conocidas reduce sensiblemente su significación en el caso de soldados vinculados al cumplimiento de la orden (65).

Esta determinación del problema del examen desde la perspectiva del disvalor de acción presenta dos cuestiones relevantes: por un lado, respalda la consideración del examen adecuado al deber como un elemento que determina la licitud del comportamiento; por otro, muestra la restricción

---

(61) *Verantwortung*, p. 175. Posiblemente, en el origen de esta opinión no sólo se encuentra la concepción personal de lo ilícito del finalismo, sino también la explicación de FRANK de la obediencia como una causa de justificación subjetiva.

(62) *Verantwortung*, p. 177.

(63) *Verantwortung*, cit, p. 180.

(64) *Verantwortung*, p. 180.

(65) SCHWENCK considera que este deber carece de significación en el caso del soldado (*Dreher-FS*, p. 502, nota 35). En realidad, el deber de examen se reduciría a aquellos casos en los que se impone en el art. 21 CPM.

de supuestos en los que, según *Stratenwerth*, puede afirmarse la ilicitud en la acción de quien ejecuta la orden. En este sentido, la discusión se desplazaría hacia la posibilidad de que, con un examen adecuado al deber, fuese el subordinado quien actúa conforme a derecho con cierta independencia de que la orden sea contraria a derecho —cuando no lo es de forma manifiesta—, pues, como ha señalado *Bacigalupo*, la orden antijurídica no tiene efecto justificante en ningún caso (66). La adecuación a derecho no procedería entonces de la orden, sino del cumplimiento de las expectativas del orden jurídico por parte del subordinado, pero esta posibilidad sólo puede ser contemplada en la estructura de la autoría mediata.

#### D) *Obediencia y autoría mediata*

En un sentido crítico, al carácter justificante de la obediencia se ha opuesto también el argumento de que la responsabilidad del superior es incompatible con la justificación del subordinado, pues si la acción es en sí lícita, no podrá atribuirse responsabilidad por ella al superior (67); o, lo que es lo mismo, la afirmación de que el acto del superior tuviera que ser reconocido como ajustado a derecho, cuando en su origen no lo era o constituía un acto estatal incorrecto (68).

Sin embargo, estas objeciones, aparentemente irreductibles, han sido contestadas desde la perspectiva de la autoría mediata. En este sentido, *Jakobs* ha indicado que no puede olvidarse que el subordinado no es sino un instrumento (69), tanto en el caso en que se admita la justificación en los mandatos obligatorios pese a ser contrarios a derecho (70), como en aquéllos en los que el subordinado no puede conocer la antijuricidad de la orden y por ello no se considera culpable (71). La consideración en este punto de que es posible la autoría mediata tanto en los casos de justificación como en los casos de exclusión de la culpabilidad del instrumento por un error de prohibición invencible (72), permite afirmar que la solu-

---

(66) *Principios*, p. 158. No es posible sostener, en este aspecto, que las órdenes tengan una «presunción de juridicidad» (Cfr. la crítica del BACIGALUPO, loc.cit.).

(67) ANTÓN ONECA, *cit.*, p. 275.

(68) MAURACH/ZIPF, *AT-I*, § 29-I,8.

(69) *AT*, 16/11, nota 15.

(70) *AT*, 21/87 ee).

(71) *AT*, 21/96 ee).

(72) Por todos, JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 604-606. La discusión se mantiene sólo en el caso del error vencible (LACKNER, § 25-1,bb; ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 10.<sup>a</sup> ed, Berlin, 1985, § 25-66). ROXIN reduce la existencia de autoría mediata a los casos en los que se trata



ción por la que finalmente haya de optarse no impediría, en principio, la resolución del problema de la autoría en esta perspectiva.

En cualquier caso, es evidente que los demás casos de obediencia — es decir, cuando no existe un instrumento— se han de resolver con las reglas generales que rigen la autoría y la participación. El comportamiento de quien, como titular del poder estatal, construye una organización criminal (73) no puede constituir una excepción a la aplicación de estas reglas, pues la coautoría no resulta problemática como regla general y el resto de los casos lo son de participación del superior mediante inducción (74). Por tanto, los casos de obediencia lo son de autoría mediata sólo en tanto pueda considerarse que el subordinado es un instrumento y, si resulta posible afirmar que existen casos de instrumentos justificados, no existiría problema en considerar que quien obedece actúa de forma justificada desde una perspectiva *ex ante*.

#### IV. APROXIMACIÓN A UN FUNDAMENTO DIFERENCIADOR EN LA OBEDIENCIA

##### A) *Los diferentes costes de la organización jerárquica: necesidad de una consideración especial del ámbito militar*

El presupuesto de la necesidad del deber de obediencia como exigencia del mantenimiento de la disciplina no es objeto de discusión. Ningún ordenamiento militar puede renunciar al deber de obediencia (75). Por

---

de órdenes que comportan una contravención y no un delito; en los demás casos, el subordinado respondería como autor aunque la pena fuese atenuada (al subsistir la posibilidad de apreciar una menor culpabilidad de acuerdo con el § 5.2 WStG) y el superior sería sancionado como inductor, sin perjuicio de la pena agravada que establece el § 33 WStG («inducción a un hecho antijurídico»). En este sentido, *en LK*, § 25-56 y en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.ª ed, Berlin, 1994, pp. 168-169.

(73) En este sentido, ROXIN, *LK*, § 25-89; el mismo, *Täterschaft*, p. 242 y ss, que se refiere a la autoría mediata sobre la base del dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Cita expresamente los casos de Eichmann y del agente Stachynski (este último caso es contemplado por la doctrina alemana como el regreso al subjetivismo extremo del conocido «caso de la bañera», en *Täterschaft*, p. 105, nota 52).

(74) JAKOBS, *AT*, 21/103; el mismo, en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 26 de julio de 1994 publicado en *NSiZ-1995*, pp. 26 y 27, en p. 27. En este sentido, indica que el argumento de la estructura de organización es una trivialidad pues superior y subordinado son coautores (si el aporte de aquél fuese menor, sería participe), sin que esa circunstancia se vea alterada por el hecho de que sean «intercambiables».

(75) SCHÖLZ, «Zur Verbindlichkeit des Befehls und zum Irrtum über die Verbindlichkeit», en *Dreher-FS*, p. 479.

tanto, la cuestión básica es la ya apuntada anteriormente y a la que se refiere *Jakobs* (76): la distribución y delimitación de los costes de la organización jerárquica.

En tanto esa organización jerárquica sea más necesaria por razón de la función que desempeña la institución, se produce un desplazamiento más importante de la competencia sobre la disponibilidad de bienes jurídicos desde el individuo (subordinado) o que eran de competencia social general (en el conflicto concreto, correspondería también al subordinado) hacia el Estado, que otorga al superior una posición relevante en la organización (y que, por ello, formalmente respalda la actuación del superior jerárquico) (77). En esos casos en los que el subordinado no tiene el deber de examen de la orden, resulta correcto que éste no sufra las consecuencias de la ilicitud de la orden.

La excepción, por tanto, se presenta en los casos en que el subordinado tiene un deber de presentar objeciones a la orden, pues allí el Estado ya no respalda el comportamiento del superior. La limitación de ese deber o la restricción de su ejercicio por la naturaleza del conflicto son características propias de la organización jerárquica militar.

De estas afirmaciones cabe extraer dos conclusiones especialmente relevantes en el ámbito militar:

1. Por un lado, si la organización jerárquica supone un desplazamiento de competencia, el deber de obediencia no implica la delimitación

---

(76) Ya se ha indicado la referencia a los costes de la organización jerárquica cuando *JAKOBS* desarrolla la cuestión de la defensa (*AT 16/14*).

(77) En este argumento tomo como punto de partida las indicaciones de *JAKOBS* (*AT, 2/11*) sobre la competencia para la disposición de bienes jurídicos, que sitúa en una perspectiva dualista esta competencia: junto a bienes que quedan en la competencia del individuo o de grupos de individuos, existen bienes que se ponen en las manos del Estado o de personas jurídicas de Derecho público, o bienes de competencia social general. Mantengo, no obstante, la limitación a los bienes jurídicos indisponibles a la que también alude *JAKOBS* y, desde luego, comparto la crítica a la teoría del Derecho penal como protección de bienes jurídicos en la que se apoya (*AT, 2/22-25*). Por ello, las referencias a los bienes deben entenderse en relación con las normas que garantizan las expectativas de que los mismos sean tenidos en consideración (*AT, 2/25a*).

Por otra parte, esta explicación no es ajena a la fundamentación dominante de los delitos de abuso de autoridad como delitos que protegen la disciplina, tal como indica *RODRÍGUEZ VILLASANTE* («Delito de abuso de autoridad-Comentario a los arts. 103-106», en *Comentarios*, cit., pp. 1294-1299, y en «El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar», en *La jurisdicción Militar*, cit., pp. 493-497, quien, no obstante, mantiene que existe la protección de otros bienes jurídicos). El superior, en estos casos, extiende su ámbito de organización infringiendo las expectativas correspondientes a su rol en una organización jerárquica.

de situaciones que conllevan por sí mismas la exclusión de la pena (como sí lo es la legítima defensa o la inimputabilidad) y, por ello, no resultaba correcta la inclusión de la «obediencia debida» como una circunstancia general de exclusión de la pena. En realidad, la organización jerárquica otorga unas determinadas posiciones de deber de modo que el subordinado queda autorizado por el orden jurídico a confiar en la corrección del juicio del superior sobre la concurrencia de otras circunstancias que justificarían el comportamiento; es decir, a confiar en que el superior ha valorado adecuadamente la existencia de una situación que implicaría la actuación en estado de necesidad o de defensa necesaria. De este modo, el subordinado no sería competente para el conflicto si la propia estructura jerárquica le releva del deber de examen en esas circunstancias, por lo que resulta evidente que el grado de disciplina exigida por la organización es el punto determinante en el reparto de competencias.

2. Por otra parte, no resultaría adecuada una solución que hiciese recaer los costes de esa organización jerárquica en el individuo que carece de competencia para el conflicto y a quien, por ello, se le autoriza a confiar en las órdenes del superior. En esas circunstancias, no sería correcto establecer para el subordinado la obligación de soportar acciones justificadas de defensa (78).

*B) La perspectiva ex ante de las causas de justificación: propuesta de una solución*

Las reflexiones anteriores sobre los efectos de la obediencia permiten afirmar que en todos los aspectos mencionados el examen adecuado al deber tiene una consideración relevante. Sin embargo, también se ha explicado que, en realidad, la limitación del examen que corresponde a los militares subordinados a la valoración jurídica de las circunstancias positivamente conocidas. En este sentido, aun cuando se incluya también el carácter manifiesto de transgresiones muy graves a las que se refiere el art. 21 CPM,

---

(78) La referencia a deberes de soportar acciones justificadas como factores que fundamentan posiciones de garante en la doctrina tienen lugar en los casos de estado de necesidad (JAKOBS, AT, 7/63). En cualquier forma, se citan casos (p. ej: quien esconde una bicicleta de forma que el vecino no puede ir en ella a recoger las medicinas que pueden curar su ganado) en los que el conflicto se plantea entre dos esferas personales de organización, mientras que en los casos de obediencia el conflicto es entre una institución organizada jerárquicamente y el ámbito de organización de una persona.

es posible reconocer una escasa significación al deber o a la posibilidad de examen desde el punto de vista del deber de obediencia (79).

Las discusiones en torno a la comprobación adecuada al deber de las exigencias de una causa de justificación están vinculadas a la posibilidad de una perspectiva *ex ante* en las causas de justificación, que han sido frecuentes en relación con la legítima defensa (80) o el estado de necesidad (81). La generalización de este criterio propugnada por *Armin Kaufmann* (82), que comparto, ha sido frecuentemente cuestionada (83), pero ello no evita que quienes la discuten tengan que reconocer eficacia a la comprobación *ex ante* de las exigencias de la causa de justificación en casos relacionados con la actuación de funcionarios públicos (84). Por tanto, es posible afirmar, desde mi punto de vista, que la obediencia jerárquica es una reducción expresa de las exigencias de una comprobación *ex ante* de la licitud de la orden por parte del subordinado, de acuerdo con la estructura jerárquica en la que se enmarca su actuación. De este modo, se suaviza la «carga del examen» a lo que una persona razonable hubiese podido conocer en la situación de hecho (85). Es decir, en la situación vinculada a la intensidad de la jerarquía en la organización.

Es evidente que la elevada jerarquización requerida por la organización militar provoca la limitación del campo de examen que queda al subordinado. El subordinado actúa lícitamente aunque la orden sea ilícita siempre que el examen sobre la licitud de la orden se ajuste al deber establecido, lo que no significa que en el derecho militar sea la orden obligatoria a pesar de su antijuricidad (86), sino que, en función de la limitación

---

(79) Es evidente que la significación es mayor a la hora de delimitar supuestos de desobediencia constitutivos de delito y de infracción disciplinaria grave o leve.

(80) WELZEL, *Strafrecht*, 11 ed, p. 86.

(81) MAURACH-ZIPF, *AT*, § 27/15.

(82) «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Hans Welzel*, de Gruyter, Berlin, 1974, pp. 393 y ss, en particular p. 401.

(83) Recientemente, JAKOBS, *AT*, 11/7-15 y ROXIN, *AT*, §14/86.

(84) JAKOBS admite que en la actuación de los funcionarios el afectado debe soportar lo que se le requiere según una perspectiva *ex ante* objetiva, mientras el comportamiento pueda percibirse objetivamente como consecuencias del ejercicio de funciones del cargo (*AT*, 11/15.3b). ROXIN, al negar la necesidad de un concepto especial de antijuricidad por el riesgo de error en la actuación de los funcionarios, alude a la perspectiva *ex ante* del derecho de intervención de la policía (*AT*, §17/12).

(85) ARMIN KAUFMANN, *Welzel-FS*, p. 402.

(86) Pues la existencia de ámbitos en los que el cumplimiento de una orden es obligatorio a pesar de su antijuricidad no resulta posible. En este sentido, BACIGALUPO, *Principios*, p. 158.

del deber de examen, el subordinado actúa como instrumento del superior (autor mediato). Si este deber de examen es muy restringido, como sucede en las órdenes militares relativas al servicio en circunstancias no ordinarias, el cumplimiento del deber de examen se verificará con una mera comprobación de la adecuación formal de la orden, sin perjuicio de la posibilidad de objeción ulterior al cumplimiento por motivos materiales. En ese sentido, es explicable la actual referencia específica del art. 21 CPM como un supuesto en que el deber de examen se amplía hasta el punto de fundamentar un deber de examen y de objeción al cumplimiento de la orden. El art. 21 CPM aporta en aquellos casos una determinación del juicio *ex ante* de la orden dictada: si es manifiesto que se trata de un delito de Derecho penal nacional o internacional (87) el subordinado no ve alterada su competencia para el conflicto.

Esta opción es compatible con la crítica a las opiniones de quienes sostienen que una orden es adecuada a derecho cuando el superior tuvo por existentes las condiciones jurídicas de la adecuación a derecho de la orden en un examen conforme al deber (88). La solución propuesta parte de la comprobación conforme al deber del subordinado, y no al deber del superior, puesto que no se pretende justificar la orden ilícita, sino evitar que la carga de la utilización incorrecta de la organización jerárquica recaiga sobre el subordinado.

### C) *La defensa frente a órdenes ilícitas*

1. La explicación propuesta para la obediencia permite, por otra parte, encontrar una solución adecuada en relación con la legítima defensa frente a órdenes ilícitas en las que, sin embargo, el subordinado ha cumplido con el deber de examen requerido. Es evidente que una reacción de defensa, necesariamente agresiva y entendida como ratificación del orden

---

(87) En el sentido apuntado anteriormente sobre la equiparación de comportamientos constitutivos de infracción internacional. La discusión sobre si el adverbio «manifiestamente» está o no referida a los comportamientos constitutivos de delito (cfr. por todos, HIGUERA GUIMERÁ en *Curso*, pp. 347-348) tiene en mi opinión un enfoque metodológico inadecuado. Con la idea que mantengo, se resuelve de una forma lógica: si la obediencia es un criterio sobre la comprobación *ex ante* de la licitud de la orden, y el inciso del art. 21 CPM es una excepción a la reducción de la posibilidad de examen, el carácter manifiesto ha de ser común a ambos aspectos. No hay motivos para exigir una conciencia de lo ilícito superior en delitos nacionales que en delitos internacionales.

(88) Cfr. en este aspecto la crítica de BACIGALUPO, *Principios*, p. 158.

jurídico, descargaría los costes de la organización jerárquica sobre el ejecutor de la orden y no sería correcta de acuerdo con los presupuestos indicados. Por ello, desde ese punto de vista, no sería adecuada una solución que admitiese la defensa sin límite alguno, salvo en los casos de error; pero éstos han de ser aquéllos en los que se ha tenido que negar previamente la existencia de un examen adecuado al deber por parte del subordinado.

Sin embargo, la obligación de soportar la ejecución de la orden sólo puede mantenerse en tanto sean objetivamente perceptibles las circunstancias que fundamentan la restricción de la defensa: la actuación en virtud de órdenes referidas a funciones públicas y el examen adecuado al deber por parte del subordinado. En tanto no exista esta posibilidad objetiva de percepción en el examen adecuado al deber, de todos modos la defensa no puede ser ilimitada, y sólo cabe dentro de los márgenes del estado de necesidad (89). Ello implicaría, por ejemplo, que existe obligación de evitar la reacción frente al agresor (de huir) en el caso de que ello sea posible sin riesgo.

2. Finalmente, ha de señalarse un aspecto que, desde mi punto de vista, guarda relación directa con el problema de la defensa. La referencia del art. 21 CPM a la Constitución, que la doctrina ha considerado poco afortunada desde un punto de vista técnico (90), sólo puede ser explicada en la perspectiva del derecho de resistencia. En ese sentido, las órdenes manifiestamente ilícitas —y también las «ilegítimas» en el sentido del art. 19 CPM— no están excluidas de la visión que se ha ofrecido de los límites de la defensa por el afectado.

Por este motivo, la referencia a los delitos contra la Constitución, aunque con cierta inexactitud terminológica, no hace sino avalar la posibilidad de resistencia, cuando de forma evidente las órdenes intentan suprimir el orden establecido en el Estado de derecho. El hecho de que en la Constitución española no puede hablarse de un derecho de resistencia positivizado como en el art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn y en algunas de las constituciones de los Länder (91) no sólo no es un obstá-

---

(89) También en este aspecto me remito a lo indicado por JAKOBS (*AT*, 11/15.3b) en relación con la actuación de los funcionarios, opinión que ya he citado anteriormente.

(90) HIGUERA GUIMERÁ, *Curso*, p. 351.

(91) Respecto a las discusiones en relación con la eficacia en Derecho penal del derecho de resistencia en Alemania, cfr. PEREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho penal*, pp. 187-190.

culo, sino precisamente un respaldo teleológico para esta interpretación, puesto que de ese modo el inciso cobra sentido.

Estas conclusiones apoyan el criterio propuesto sobre la explicación de la obediencia desde un punto de vista dogmático, y sustentan el mantenimiento particularmente necesario del deber de disciplina en la organización militar evitando colisiones en el marco del orden jurídico general.

\* \* \*

La propuesta de explicación de la obediencia en este trabajo es un ensayo de interpretación del problema modificando el plano de discusión tradicional que tenía como base una circunstancia enumerada en un catálogo del Código penal común. En este sentido, el traslado a un plano distinto, según el cuál el deber de obediencia aporta unas reglas de delimitación de la competencia del superior y del subordinado en el conflicto social que constituye el contexto de la orden, no evita ulteriores cuestiones en la aplicación. En mi opinión, la acogida de reglas similares a las de la Ley penal militar alemana de 1974, en las que se traten las consecuencias de la actuación por órdenes de un superior o la obligatoriedad de las órdenes en relación con el error (§§ 5 y 22 WStG respectivamente), implicarían no sólo una mayor claridad de los textos, sino que la exigirían de los criterios jurisprudenciales.