

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**

**Catedrático de Derecho Penal**

**Universidad de Alicante.**

**Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida**

El Código penal vigente en su art. 8º nº 12 dispone que está exento de responsabilidad criminal "el que obra en virtud de obediencia debida", y en los mismos términos se expresa el art. 26 circunstancia 10 del P.L.O.C.P.

La exención de responsabilidad criminal en virtud de obediencia debida ha venido siendo admitida sin mayores discusiones en nuestro Derecho. Claro es que la función del intérprete no es discutir las leyes. No obstante, la ciencia del Derecho penal no se agota en la exposición exegetica y en la sistematización categorial de los conceptos legales, sino que tiene una dimensión crítica. Y es precisamente esa dimensión crítica la que debe ocupar en primer plano los esfuerzos de sus cultivadores en momentos como el presente, de profunda remodelación legislativa. La arquitectura tradicional de nuestros viejos Códigos penales está en trance de ser sustituida por concepciones de nuevo cuño. Y es hora de preguntarse no solamente si vale la pena de cambiar lo que la legislación proyectada se propone sustituir, sino también si aquello que se ha decidido conservar merece la permanencia, si es justo y adecuado, y, en definitiva, si se encuentra en consonancia con el Estado social y democrático de Derecho proclamado en la Constitución de 1978. Por tal motivo, las consideraciones subsiguientes analizarán la problemática

de la obediencia debida, no tanto desde una perspectiva dogmática, cuanto desde otra político-criminal, y aún me atrevería a decir, lisa y llanamente, desde una perspectiva *política*. Pues la política no abarca sólo la temática relacionada con partidos y elecciones, con decisiones más o menos trascendentes y con afanes de poder más o menos legítimos; sino que junto a esa política de todos los días, que es la que entiende por tal el hombre común, existe una política del Derecho, que afecta a la entraña misma de la estructura del Estado. El cambio en las líneas maestras de esa política profunda, sustraída por regla general a las vivencias del ciudadano ordinario, no se hace sentir de manera inmediata; pero, a la larga, penetra en todos los ámbitos de la vida social.

El que el Código penal de un determinado país configure o no como eximente a la obediencia debida, y el que, caso de considerarla tal, la entienda como causa de justificación o, por el contrario, como causa de exclusión de la culpabilidad reviste una gran importancia política. Para ponerla de manifiesto basta tomar en consideración un ejemplo al que alude Lassalle en su obra *¿Qué es una Constitución?*. Se plantea Lassalle el tema de la denegación de impuestos, como arma política en manos de la representación nacional, y constata su eficacia para doblegar al ejecutivo en el sistema inglés frente a su ineficacia en el prusiano. La razón de semejante diferencia la explica Lassalle en los siguientes términos:

“Supongamos que la Cámara de los Comunes acordase negar al Gobierno el pago de impuestos y que el Gobierno, haciendo frente a este voto, se obstinase en hacerles efectivos por la fuerza. Los agentes ejecutivos se presentan en casa del contribuyente inglés y tratan de embargarle. Pero el contribuyente inglés les da con la puerta en las narices.

Los agentes ejecutivos lo llevan ante los Tribunales. Pero el juez inglés falla en favor del ciudadano demandado, y además reconoce que éste ha hecho bien resistiéndose al empleo de la fuerza al margen de la ley. Los agentes ejecutivos vuelven a presentarse en casa del ciudadano con un piquete de soldados. El ciudadano sigue resistiéndose y les hace frente con sus familiares y amigos. Los soldados disparan; hieren y matan a varias personas. Ahora es el ciudadano el que los lleva a ellos ante los Tribunales, y éstos, aún reconociéndose que dispararon por orden de sus superiores, como en Inglaterra semejante orden no exime de responsabilidad cuando se trata de actos cometidos contra la ley, condenará a los soldados a muerte por homicidio. Por el contrario, si el ciudadano, asistido por sus amigos y familiares, responde al fuego de la tropa y hiere o mata a alguien, los Tribunales lo absolverán, reconociendo que se ha limitado a resistir al empleo ilegal de la fuerza”.

“Ahora supongan Vds.” continúa diciendo Lassalle “que un Parlamento prusiano, por muchos títulos de legitimidad que tuviera para hacerlo, como los tenía en noviembre de 1848, acordase negar al Gobierno la cobranza de impuestos.

A nadie se le ocurrirá pensar que el Gobierno fuese a renunciar por esto a hacer efectivas las contribuciones. El contribuyente arroja de su casa al agente de arbitrios. Muy bien. Se le sienta en el banquillo de los acusados, y nuestros jueces, incommovibles a pesar de todos los magníficos discursos de la defensa, lo condenan a tantos y tantos meses de cárcel por resistencia a las órdenes del Gobierno. El agente fiscal vuelve a presentarse, seguido de un piquete de soldados, que hacen fuego contra el contribuyente y sobre los amigos que lo rodean y apoyan sus pretensiones, hiriendo y matando a varios. Sería un iluso quien pensase en llevar ante los Tribunales a los soldados y al agente ejecutivo. Ellos se han limitado a cumplir las órdenes de sus superiores, y esto les exime de toda responsabilidad. Imaginémonos, en cambio, que sea el contribuyente el que dispara sobre el agente fiscal y los instrumentos de la fuer-

za armada, hiriendo o matando a alguno de ellos. Le harán comparecer ante los Tribunales en juicio sumarísimo y a las pocas horas estará condenado y ejecutado”.

Un momento esencial de la argumentación que justifica la diferencia entre la democracia inglesa y la autocracia prusiana radica en que en la primera la obediencia jerárquica no exime la responsabilidad criminal mientras que en la segunda sí. Por supuesto, en este punto la exposición de Lassalle puede afinarse técnicamente. Pues no se puede situar en un mismo plano a todos los sistemas jurídicos que admiten la virtualidad eximente de la obediencia debida. Entre ellos cabe distinguir los que la configuran como causa de exclusión de la antijuridicidad de los que la configuran como simple excusa.

Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad de la conducta: la conducta justificada es, por ello mismo, conforme a Derecho. En consecuencia, la acción realizada al amparo de una causa de justificación no podrá ser nunca considerada como ilegítima y, por ende, no podrá constituir “agresión ilegítima”, requisito esencial —sine qua non— de la legítima defensa. Aquel frente al que se realiza un hecho justificado no podrá, pues, legítimamente, defenderse del mismo, sino que habrá de soportarlo. Y si no lo hace, y emplea la fuerza contra el que actúa al amparo de una causa de justificación, será responsable criminalmente por ello.

Las excusas, en cambio, excluyen solamente la reprochabilidad del hecho; pero el hecho realizado al amparo de una excusa sigue siendo un hecho injusto. El Ordenamiento jurídico conecta a ese hecho injusto el juicio objetivo de desvalor que lo convierte en contrario a Derecho, aún cuando quien lo lleve a cabo no incurra en responsabilidad criminal, a cau-

sa de que el desvalor objetivo del hecho no puede serle reprochado personalmente.

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 inobjectables. Si, en cambio, constituyera una simple excusa, seguiría teniendo la virtualidad de eximir de pena al funcionario subordinado que actuase a su amparo, con lo cual, ciertamente, los posibles abusos de las autoridades superiores no encontrarían en las inferiores un freno; pero, 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).

Por supuesto que las diferencias de régimen jurídico que habrían de seguirse de otorgar a la obediencia debida una u otra naturaleza no se agotan en la apuntada. Para comprenderlo así, basta pensar en el diferente trato que, en uno y otro supuesto, habrían de recibir las personas que, eventualmente, pudieran auxiliar al funcionario público a cumplimentar la orden delictiva o al particular a resistir. Si la obediencia debida hubiera de estimarse causa de justificación, los eventuales colaboradores del funcionario público no podrían, en modo alguno, incurrir en responsabilidad criminal, pues ninguna consecuencia penal puede derivarse de la cooperación en un hecho justificado: la naturaleza esencialmente accesoria de la participación impide toda reacción penal frente al partícipe en un acto conforme a Derecho. Y, a la inversa, quienes auxiliasen al particular que intentara resistir-

se frente a la actuación del funcionario, responderían criminalmente como partícipes de un hecho injusto. Si, por el contrario, la obediencia debida tuviera naturaleza de excusa, las consecuencias serían exactamente inversas: los cooperadores del funcionario podrían ser conceptuados criminalmente responsables del hecho, puesto que en nuestro Ordenamiento jurídico rige la accesoriedad limitada, según la cual para que responda el partícipe basta con que el acto principal sea típicamente antijurídico, sin que se requiera, además, que haya sido realizado culpablemente; y, en cambio, los que cooperasen a la resistencia del particular, como partícipes en un acto justo o como legítimos defensores de tercero, lo harían a favor del Derecho, y su conducta sería, generalmente, impune.

He aquí, pues, una cuestión dogmática que cobra un inusitado relieve político-criminal y, en última instancia, y en el sentido que en principio se le atribuyó, *político*.

¿Cuál es la naturaleza que cabe atribuir a la obediencia debida en nuestro Ordenamiento jurídico positivo, y, concretamente, en el seno del Derecho penal común?. ¿Se trata de una causa de justificación o de una causa de inculpabilidad? O, traducido en términos político-criminales ¿deja nuestro Ordenamiento jurídico inerte al ciudadano frente a las posibles órdenes delictivas de las autoridades superiores? ¿o le confiere, al menos, el derecho de resistir?.

La configuración de la obediencia debida como causa de justificación, que durante mucho tiempo dominara el pensamiento jurídico-penal alemán, puede estimarse también doctrina mayoritaria en nuestro país. Y ello a pesar de que la transmutación en conforme a Derecho de la ejecución de una orden delicti-

va es algo que los partidarios de esta tesis nunca logran explicar satisfactoriamente. En ocasiones se argumenta a favor de esta postura partiendo de la ausencia de responsabilidades civiles para quien actúa al amparo de esta eximente. Más esta argumentación no podría convencer. El que no se considere responsable civilmente a quien obra en virtud de obediencia debida no es razón bastante para estimar que nos hallamos ante una causa de justificación. Tampoco los resultados producidos por caso fortuito generan responsabilidad civil y, sin embargo, un importante —mayoritario— sector de la doctrina estima que el caso fortuito excluye la culpabilidad. El legislador, al liberar al que actúa amparado por la obediencia debida de responsabilidad civil ha podido pensar que ésta siempre encontrará, para hacerse efectiva, al superior del que emanó la orden ilegítima y, subsidiariamente, al Estado.

Quienes, como Antón Oneca entienden, a mi juicio acertadamente, que la obediencia debida es una causa de inculpabilidad subrayan que, de no configurarlo así, resultaría superflua como eximente, pues vendría a confundirse con la de cumplimiento de un deber, que inmediatamente le precede en el catálogo legal. El que Sebastián Soler ha denominado “principio de vigencia” obliga a dotar de sentido, en la medida de lo posible, a todas las cláusulas contenidas en la Ley penal; y de él se deduce que la interpretación según la cual toda una eximente vendría a ser una innecesaria reiteración de otra es una mala interpretación. Y a tal conclusión habría que llegar si se entendiera que la obediencia debida justifica. Porque si justifica, entonces lo jurídicamente obligado es obedecer la orden delictiva. El funcionario subordinado tendría el deber jurídico de prestar obediencia a las órdenes



ilegítimas de sus superiores (pues eso sería lo jurídicamente justo); y, al hacerlo, no haría más que cumplir con ese deber, quedando exento de responsabilidad criminal y a tenor de la eximente número 11 del art. 8º, resultando superflua la 12.

La razón de ser de la eximente 12 radica precisamente en una distinción entre el *deber de obediencia* (que se hallaría comprendido en la mención genérica a toda suerte de deber contenido en la eximente 11) y *obediencia debida*. Con esta última expresión no se alude a que exista un concreto deber de obedecer en el caso particular, sino a una genérica relación de subordinación.

Rodríguez Devesa ha tratado de trazar de otro modo la línea divisoria entre cumplimiento de un deber y obediencia debida. Para este autor los deberes a que hace referencia la primera de las eximentes aludidas son los que derivan inmediatamente de la Ley; mientras que, en la segunda, el deber no nace directamente de la Ley, sino que cobra vida por medio de la manifestación de voluntad del superior jerárquico. Pero esta distinción no parece acertada, pues en muchos casos, indudablemente comprendidos en la eximente 11, el nacimiento del deber no se producirá "ex lege", de modo inmediato, sino que requerirá la previa manifestación de voluntad particular. En multitud de supuestos, el deber quirúrgico del médico, para poner un ejemplo entre los muchos que pudieran aducirse, dependerá de la manifestación de voluntad del enfermo. Por otra parte, la eximente 11 del art. 8º habla del cumplimiento de un deber, sin hacer mención de su origen, con lo que, en principio, cualquier clase de deber jurídico puede provocar su posible aplicación: el hecho de que el nacimiento de ese deber se halle sujeto a la manifestación de voluntad

de un superior no excluye en modo alguno el juego de la eximente.

En consecuencia, allí donde la orden del superior haga nacer un deber jurídico de obedecer en el inferior será de aplicación la eximente 11 del art. 8<sup>o</sup> (cumplimiento de un deber) y no la 12 (obediencia debida), quedando esta última reservada para los supuestos en los que, si bien la orden carece de fuerza para vincular jurídicamente al subordinado, su cumplimiento es visto por el ordenamiento jurídico como excusable, en virtud de la presión que sobre éste pudiera ejercer la relación jerárquica.

Delimitado así el ámbito respectivo de ambas eximentes, puede plantearse una problemática capaz de invalidar los resultados obtenidos con el entendimiento de la obediencia debida como causa de inculpabilidad. Según una opinión muy extendida existen casos en los que la orden del superior, pese a ser antijurídica, crea en el inferior un deber jurídico de obediencia. Y, si ello es así, el cumplimiento de tales "mandatos antijurídicos obligatorios", no sería a su vez antijurídico, sino que resultaría conforme a Derecho, al poder subsumirse en la eximente 11 del art. 8<sup>o</sup>, por representar el cumplimiento de un deber.

Analizar el problema de la existencia o inexistencia de mandatos antijurídicos obligatorios, resolviendo la cuestión de si, en caso de conflicto entre órdenes y normas, deben prevalecer incondicionalmente estas últimas o no, requeriría un examen total del sistema jurídico-positivo, que excede con mucho el ámbito de las presentes reflexiones. Por consiguiente, y con plena conciencia de la provisionalidad de las conclusiones que puedan obtenerse, el análisis subsiguiente se limita al ámbito penal.

El art. 369 del Código penal vigente, reproducido en el 453 del P.L.O.C.P., dispone lo siguiente:

“Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la Autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 20.000 a 100.000 pesetas.

Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley.

Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en Autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general”.

En la doctrina española se ha entendido que el primer párrafo del precepto transcrito contiene el tipo del delito de desobediencia, mientras que en los párrafos segundo y tercero se configuran especiales causas de justificación. En consecuencia, toda desobediencia abierta a una orden de la Autoridad superior dictada en la esfera de su competencia y revestida de las formalidades legales realizaría el tipo de injusto de esta figura delictiva, pudiendo, no obstante, quedar justificada la conducta cuando la orden constituyera una infracción manifiesta, clara y terminante de la Ley o, en su caso, de cualquier otra disposición general. Sin embargo, a partir de tal entendimiento del precepto subsiste un margen dentro del cual las órdenes ilegales deberían ser obedecidas: este margen viene representado por las órdenes o mandatos que, si bien infringen las normas jurídicas no lo hacen de modo “claro, manifiesto y terminante”. Pues, en

tal caso la desobediencia sería típica y el desobediente no podría ampararse en las especiales causas de justificación contenidas en los párrafos segundo y tercero del precepto transcrito. Incluso órdenes constitutivas de delito podrían, si se acepta esta interpretación, generar el deber de obediencia y, lo que es más grave, un deber de obediencia cuyo incumplimiento se vería sancionado con las penas señaladas en el párrafo primero del art. 369. El Ordenamiento jurídico se enfrentaría así a una inusitada paradoja: habría una zona en que la orden jerárquica, la decisión del superior que no debería hacer sino la concreción de la norma al caso particular llegaría a prevalecer sobre la norma misma; y ello con la agravante de que la negativa a ejecutar un delito podría llegar a ser estimada, a su vez, como delito. No se diga que esta última conclusión puede evitarse entendiendo que el delito es, en todo caso una infracción "manifiesta, clara y terminante" de la Ley: si así fuera las discusiones acerca de la tipicidad de las conductas se hallarían ausentes de nuestro panorama doctrinal, cosa que, innecesario es decirlo, está muy lejos de suceder.

Si no se quiere incurrir en la paradoja arriba destacada, es preciso renunciar a la interpretación usual del art. 369 y, concretamente, al entendimiento de sus dos últimos párrafos como especiales causas de justificación.

Para proponer una interpretación alternativa se hace necesario adoptar una perspectiva de fondo acerca del papel que en nuestro sistema jurídico corresponde a la autoridad. En un Estado democrático cual el proclamado por la Constitución de 1978 toda autoridad procede de la Ley y la fuerza de todas y cada una de las decisiones de la autoridad reside en su co-

bertura legal. En consecuencia, la tutela del principio de legalidad no puede, bajo ningún concepto, alzaprimar a la autoridad, en ningún caso, respecto de la Ley en la que radica su origen y su fuerza vinculante. Si se dispensa protección incluso penal al principio de legalidad es porque la Ley se hace efectiva a través de decisiones de los poderes públicos.

Si, a la luz de las consideraciones anteriores, se examina el art. 369 del Código penal se llega a la conclusión de que los párrafos segundo y tercero no representan especiales causas de justificación, pues el bien jurídico protegido en dicho precepto es el ejercicio *legítimo* de la autoridad: y ese bien jurídico no resulta ni lesionado ni puesto en peligro allí donde la orden desobedecida es abiertamente ilegítima. Sólo cuando la apariencia de legitimidad de la orden revista un mínimo de consistencia podrá decirse que el bien jurídico ha sido, de algún modo, vejado. Y sólo entonces, a partir de una efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico cabrá plantearse el problema de la posible justificación.

Los párrafos segundo y tercero del art. 369 operan, pues, antes de que haya lugar de hablar de justificación y no son sino circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta. En efecto: aún cuando se entienda que el tipo representa un simple indicio de la antijuricidad, ese indicio no concurriría, en la figura concreta, respecto al funcionario que desobedeciera una orden que, al representar una infracción manifiesta, clara y terminante de la Ley en modo alguno podría ser estimada, ni siquiera indiciariamente, como legítima.

En el supuesto de órdenes o mandatos que, infringiendo la Ley, no lo hagan de forma manifiesta, clara y terminante, la conducta del funcionario que de-

sobedece será típica: se ha negado a dar cumplimiento a una orden aparentemente legítima y, por lo tanto, de algún modo ha comprometido el ejercicio legítimo de la autoridad. Pero el que la conducta sea típica no prejuzga, en absoluto, que haya de resultar antijurídica. El funcionario público que desobedece una orden sólo aparentemente legítima, pero, en el fondo, contraria a Derecho, podrá siempre invocar a su favor una causa de justificación: la misma de cumplimiento de un deber (porque el deber de obedecer a las leyes debe prevalecer sobre el deber de obedecer a la autoridad, que no es sino ejecutora de la Ley) o, en última instancia, el estado de necesidad (pues el mal representado por el cumplimiento de una orden ilegal será siempre mayor que el que pudiera producir su incumplimiento).

En consecuencia, no puede deducirse del art. 369 del Código penal que existan en nuestro Ordenamiento "mandatos antijurídicos obligatorios". Y si las consideraciones hasta ahora efectuadas son certeras mal podría llegarse a la conclusión de su existencia a partir de cualquier otro precepto concreto, pues un sistema que admita tales mandatos deviene indefectiblemente antinómico y contradictorio.

No obstante, preciso es reconocer que nuestro Ordenamiento jurídico no afirma con la debida rotundidad la supremacía de la Ley frente a cualquier clase de órdenes o decisiones de la autoridad. La redacción del art. 369 induce a confusión. Y lo mismo pudiera decirse de otros preceptos penales y extrapenales, entre los que no es el menos importante el número 12 del art. 8º, en el que se consagra la eximente de obediencia debida sobre la que se proyectan fundamentalmente estas reflexiones. Recientemente ha escrito Quintero que "la obediencia debida sirve para resol-

ver todos aquellos casos que no son ni ejercicio lícito de derecho, oficio o cargo, ni el ordenado se encuentra en estado de necesidad, ni siente miedo a sustraerse al cumplimiento, ni sufre error sobre la legalidad de la orden recibida". En conclusión, la obediencia debida sirve para prestar en todo evento una coartada al funcionario que cumplimenta la orden ilegal y, en definitiva, para promover que las órdenes (todas las órdenes, ilegales o no) sean cumplidas. Pues cumpliendo la orden no se corre riesgo alguno, mientras que desobedeciéndola, y ateniéndose a la legalidad, se afronta una situación preñada de riesgos, incluso de orden penal.

Por ello, la concepción de la obediencia debida como causa de inculpabilidad, aunque menos insatisfactoria que la tesis que la configura como causa de justificación no soluciona los problemas político-criminales que laten en el fondo de la cuestión. La eximente de obediencia debida juega un mal papel en la escena del Código penal de un Estado democrático. Porque un Estado democrático es, antes que nada, un Estado normativo, un Estado de leyes, y la eximente de obediencia debida alzaprima, "de facto", las decisiones y las órdenes sobre las normas y las leyes.

Hoy, más que nunca, es preciso pesar con mucho cuidado cada una de las instituciones procedentes de nuestra tradición jurídica. Porque, por desgracia, en nuestra historia jurídica, junto a instituciones perfiladas con rigor y justeza, existen otras configuradas de modo perverso y que no parecen concebidas sino para aniquilar todo posible brote democrático.

En estos momentos en que la joven democracia española acaba de experimentar uno de los más graves atentados de que puede ser objeto un régimen político es necesario prestar una atención particularizada

y minuciosa a todos y cada uno de los institutos jurídicos, y no sólo desde un punto de vista técnico, sino atendiendo primordialmente a su posible proyección política. Porque se ha de legislar para que, poco a poco, los ideales de la democracia cobren vida en el pueblo; para que, poco a poco, la sociedad española se deshaga de los atavismos que la han tenido presa en la cárcel intelectual y moral de la autocracia. Ciertamente —los acontecimientos antes mencionados lo ponen de manifiesto— poco pueden las leyes ante las armas. Pero la ideología contenida en las leyes también puede operar como un arma, si se apodera de las masas. Ojalá ocurra así, y una nueva legislación, libre de los viejos errores, entre en vigor no sólo formalmente, sino también en la vida social y en la conciencia del pueblo, para que pueda volver a decirse de nosotros lo que dijera Shelley en 1821:

“Un pueblo glorioso blandió de nuevo  
el rayo de las naciones, la libertad”.

Santiago de Compostela, 18 de Marzo de 1981