

A VUELTAS CON LA OBEDIENCIA DEBIDA: ¿MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS?*

FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS**

Resumen: Que no caben mandatos de contenido antijurídico obligatorios en nuestro Derecho resulta fácilmente visible. En el terreno de las antinomias jurídicas, las reglas de la teoría general del Derecho dan mayor peso al deber general de no cometer ilícitos en detrimento del delito de desobediencia tipificado en el artículo 410 del Código Penal, del que parece inferirse que el subordinado está en ciertos casos obligado a cometer delitos. La antinomia se resuelve mediante el principio de jerarquía normativa que hace prevalecer el artículo 20.7 del Código Penal puesto en relación con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española. Y a igual solución se llega desde el terreno de los intereses tutelados por el Derecho pues a la Administración no se le encomiendan fines o misiones al margen del Derecho.

Palabras clave: Derecho penal, Mandatos antijurídicos obligatorios, Obediencia debida, Delito de desobediencia, Antinomia jurídica.

Abstract: The fact that there isn't any room for compelling unlawful orders in our law, is readily seen. In the legal antinomies arena, the rules of law common theory give more consideration to the legal duty to not commit crimes to the detriment of the duty to obey orders whose violation is punished by the article 410 of the criminal code from which seems infer that the subordinate is to commit crimes in some cases. The antinomy must be resolved by means of the normative hierarchy principle which makes prevail the article 20.7 of the criminal code in relation with articles 9.1 and 103.1 of the Spanish Constitution. The same outcome turns out from the framework of the interests promoted by the law because the Administration in not entrusted by goals or missions outside the law.

Keywords: Criminal Law, Compulsory illegal mandates, Due obedience, Crime of disobedience, Legal antinomy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL MANDATO VINCULANTE; III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MANDATO VINCULANTE; IV. EL DEBATE SOBRE LOS MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS; V. TOMA DE POSTURA; 1. Los mandatos antijurídicos obligatorios en el terreno de las antinomias jurídicas; 2. Los mandatos antijurídicos obligatorios en el terreno de los bienes tutelados; VI. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO MILITAR; VII.

* Fecha de recepción: 6 de marzo de 2011.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2011.

** Doctor en Derecho. Consejero Técnico del Departamento de Infraestructura y Seguimiento para Situaciones de Crisis de la Presidencia del Gobierno.

CONSECUENCIAS DEL RECHAZO A LOS MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS; VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la responsabilidad penal del subordinado frente a órdenes ilícitas de los superiores es un tema vivo y de interés multidisciplinar. La supresión de la eximente de “obediencia debida” en el Código Penal de 1995 tras casi doscientos años de pervivencia; el actual debate sobre la oportunidad de suprimirla en el Código Penal Militar, o el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que al abrir la puerta a la eximente rompe con la línea tradicional impuesta desde el derecho de Núremberg, son buena prueba de ello.

Sin embargo, la discusión acerca de la existencia de un deber de obedecer órdenes ilícitas de los superiores, resulta realmente sugestiva con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Tras la supresión de la eximente de “obediencia debida”¹ en el vigente Código Penal, los casos de comisión de ilícitos penales en obediencia “debida” a órdenes de los superiores quedan hoy reconducidos a la eximente de “cumplimiento de un deber” de su artículo 20.7², en el entendimiento de que especie del género “deber”, es el “deber de obedecer”.

Teniendo en cuenta que el artículo 410³ del Código Penal que conmina con pena a “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” siempre que no “constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”, cabría sostener que la orden de cometer un delito que no resulte manifiesta en su ilegalidad, vincularía al subordinado hasta tal punto de resultar penado si no obedece.

Sin embargo, la cuestión no está clara. La eximente de cumplimiento de un deber es una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta del subordinado volviéndola lícita. Sin embargo, la ejecución de una orden antijurídica es, congruentemen-

¹ En el anterior Código penal de 1973, la eximente propia de “obediencia debida” se encontraba formulada en el artículo 8.12 que eximía a quien obraba “en virtud de obediencia debida”.

² La eximente del artículo 20.7 del vigente Código Penal excluye la responsabilidad de quien “obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

³ “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. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”.

te, una acción antijurídica. Si un mandato es de contenido antijurídico y sin embargo la conducta del subordinado que lo obedece se considera sin embargo lícita por entender que cumple con un deber, quiebra el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico pues hablar de deber y de orden antijurídica implica una contradicción de difícil solución.

Dicho lo anterior, este trabajo se propone la tarea de contestar a los interrogantes que plantea la responsabilidad penal derivada de los actos ilícitos cometidos en obediencia a las órdenes o mandatos de los superiores desde el debate que suscita la cuestión de los mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho.

II. EL MANDATO VINCULANTE

Los mandatos antijurídicos obligatorios pertenecen al grupo de los mandatos vinculantes, en tanto que generan un deber de obedecer capaz de justificar al subordinado vía eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7 del Código Penal. Por ello hay que fijar en primer lugar la noción de mandato vinculante.

El mandato vinculante es aquel que actualiza un deber impuesto por el Derecho. A su vez, para poder hablar de un deber impuesto por el Derecho o deber jurídico, no solo debe presuponer su enunciación expresa en el ordenamiento jurídico sino también debe estar valorado desde éste lo suficientemente como para prever alguna *salvaguardia jurídica*, normalmente en forma de sanción. Coincido con QUERALT⁴, en que de otra forma no existiría un auténtico deber jurídico ya que éste no se concibe sin sanción material.

Por ello, el mandato vinculante se correspondería con el mandato cuya desobediencia es tipificada por el Código Penal y que conforme al artículo 410 del vigente Código Penal comprendería los siguientes presupuestos:

1. Que se imparta en el seno de las relaciones de subordinación de las que cabe predicar en el Derecho un deber de obediencia. Estas relaciones son la política⁵, la laboral⁶ y la jerárquica⁷.

⁴ “Todo lo más constituiría un deber moral, que el Derecho penal, social y democrático no está llamado a proteger”: QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, ob. cit., p. 65. De la misma opinión, HANS KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MÁYNEZ, E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 69.

⁵ Si atendemos a los artículos 556 y 634 del vigente Código penal, sí cabe reconocer la eximente en la obediencia política u obediencia de los administrados a las autoridades y agentes de la autoridad.

⁶ Habida cuenta el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995 de 14 de marzo que establece que los trabajadores tienen como deberes básicos: “Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” y el artículo 54 que en su letra b) del párrafo 2 prevé el despido disciplinario procedente cuando se produce “indisciplina o desobediencia en el trabajo”.

⁷ Entendida como tal la que incluye a los funcionarios públicos del Estado, Comunidades Autónomas, las Diputaciones Provinciales o los Ayuntamientos, así como a los miembros de las Fuerzas Armadas, insertos en

2. Que se ajuste a los mínimos de legitimidad exigidos por el Derecho. El vigente artículo 410.1 considera atípica la desobediencia cuando la orden no se ajusta a los requisitos formales y competenciales. Luego, sin los presupuestos formales y competenciales no cabe salvaguarda jurídica –castigo penal– ni por tanto orden vinculante capaz de generar un deber de obediencia.
3. Que su contenido material se mantenga dentro de los límites de juricidad/antijuricidad fuera de los cuales, el ordenamiento jurídico rechaza el deber de obediencia, lo que llevará a preguntarse si cabe deber de obediencia sólo en la orden legal o si también se extiende a la orden aparentemente legal, e incluso a la orden ilegal, es decir si cabe hablar de mandatos antijurídicos obligatorios.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MANDATO VINCULANTE

Habida cuenta que el concepto de mandato vinculante se acuña desde la formulación del delito de desobediencia, la evolución histórica de nuestro *ius positum*, está marcada por una progresiva restricción del mandato antijurídico obligatorio:

1. El Código Penal de 1848⁸ todavía no oponía condición alguna al mandato reputando obligatorios con carácter general todos los mandatos del superior⁹.
2. Los Códigos penales de 1870 y 1932 introdujeron dos condiciones a la obligatoriedad de las órdenes administrativas: que no infringieran, clara, manifiesta y terminantemente, un precepto constitucional, y que concurrieran la competencia del superior y las formalidades legales¹⁰ del mandato.

la estructura jerárquica de la Administración. Esta relación de subordinación se señala desde la ley en múltiples preceptos, así, para el militar, el artículo 45 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas o el primer inciso del apartado 10 del artículo 4 de la Ley 39/2007 de 19 de noviembre de la carrera militar; para el Guardia Civil, el artículo 16 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; para el funcionario público en general, el punto 3 del artículo 54 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la el artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y para los miembros de la Fiscalía, el último párrafo del artículo 25 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

⁸ En el Código penal de 1848, los mandatos del superior eran siempre obligatorios como podía desprenderse de su artículo 277 que establecía: “El empleado público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores incurrirá en las penas de inhabilitación perpetua especial y arresto mayor” y del artículo 278 que añadía: “Las penas del artículo precedente son aplicables al empleado que, habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que aquellos hubieren desaprobado la suspensión”.

⁹ DÍAZ PALOS, F.: “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”, *Estudios jurídicos en honor del profesor OCTAVIO PEREZ-VITORIA*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 197.

¹⁰ Véase Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 abril de 1983: Considerando 15-bis.

3. El código de 1944, dando un paso más con la introducción del antiguo artículo 369, excluyó del mandato vinculante aquel que constituyeran una infracción clara, manifiesta y terminante de cualquier ley para todo funcionario, y de cualquier otra disposición general para los funcionarios públicos constituidos en Autoridad¹¹.
4. El vigente Código Penal de 1995, dando una nueva vuelta de tuerca, suprime la referencia a “funcionarios públicos constituidos en Autoridad”, con ello dejan de ser vinculantes para todo funcionario (esté constituido en autoridad o no) las órdenes que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

Sin embargo, esto no ha impedido que el vigente artículo 410 deje todavía abierta la puerta a la admisión de los mandatos de contenido antijurídico obligatorios en el segmento de ilicitud no manifiesta¹². Aunque, como señala DIAZ PALOS¹³, el ámbito de estos mandatos quedaría muy reducido en la práctica, aparentemente y siendo fiel a la letra del precepto penal se colige la obligatoriedad de ciertos mandatos antijurídicos que son aquellos que manteniendo los presupuestos formales y competenciales, constituyen una infracción de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general sin llegar a ser tal infracción, manifiesta.

¹¹ ANTÓN ONECA afirma que “El sentido de la reforma de 1944 ha sido, por consiguiente, ensanchar las facultades del subordinado para examinar la legalidad de la orden y resistir al cumplimiento de las ilegales” ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1949, p. 273.

¹² COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON *Derecho penal parte general*, 5ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 480. Además, cabe reseñar, que el artículo 27 de la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal parece contener una previsión de mandato antijurídico obligatorio que se extendería incluso al mandato manifiestamente ilícito al exigir al subordinado la ejecución de las órdenes con independencia de que sean manifiestamente ilegales o no, si una vez hecho uso de la remonstratio dichas órdenes son ratificadas*: “El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera”.

¹³ DIAZ PALOS, F., “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida” ob. cit., p. 198. RODRÍGUEZ DEVESA, comenta: “La esfera, pues, de los mandatos antijurídicos que son obligatorios es sumamente reducida y se contrae a los casos en que el superior es competente para dar órdenes de la clase en cuestión sin ser manifiesta su ilegalidad: detenciones ilegales, violaciones de domicilio o de correspondencia serán, por lo común, la materia de aquellos mandatos [...]”: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., Dykinson, Madrid, 1985, p. 541.

IV. EL DEBATE SOBRE LOS MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS

Respecto de los mandatos antijurídicos obligatorios, muchos autores¹⁴ han defendido que su sustrato de ilegalidad material no les impide generar un deber de obediencia –siempre que concurren los demás requisitos: relación de subordinación y legitimidad–. De las diferentes posturas que han argumentado la existencia en nuestro Derecho de los mandatos antijurídicos obligatorios, cabe considerar como más representativas, las siguientes:

1. Teoría de la nulidad del acto administrativo. CERESO MIR¹⁵, defiende la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios con su teoría de la nulidad del acto administrativo. Conforme al artículo 62 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las

¹⁴ Defienden la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios entre otros: ALIMENA, B.: *Principios de Derecho Penal*. Tomo I, Volumen II, Traducido por CUELLO CALÓN, E., Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1915, p. 118; CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría Jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 73, renunciando a su anterior criterio en “De los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, ob. cit., p. 350, nota 115; 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. 34; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª edic., Dykinson, Madrid, 2002, p. 899; MUÑOZ CONDE F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, 7ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, ps. 339 y 340; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, BOSCH, Barcelona, 1986, p. 224; SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., BOSCH, Barcelona, 1990, p. 736; DÍAZ PALOS, F., “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida” ob. cit., ps. 199 y 200; QUINTERO OLIVARES “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Num. 3, Julio-Septiembre, Barcelona, 1981, p. 634; DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho Penal Español-PG*, vol 1, Revisada y corregida por Cobo, 2ª edic., Madrid, 1976, p. 854; PORRES JUAN-SENABRE, E., “Consideración general de la obediencia debida como eximente”, en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 12, julio-diciembre, 1961, p. 124; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., *Obediencia jerárquica en el Derecho penal*, Valparaíso, 1969, ps. 143 y ss; LANDECHO VELASCO, C. M., *Derecho penal español, Parte general*, 6ª edic., Tecnos, Madrid, 2000, p. 305; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código penal comentado*, coord. Por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., AKAL, Torrejón de Ardoz, Madrid, 1990, p. 55; CALDERÓN CERESO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Tratado de Derecho penal, I, Parte General*, Deusto, Barcelona, 2005, p. 188; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho penal, Tomo II, Parte Especial*, 4ª edic., Aranzadi S.A., Lizur Menor (Navarra), ps. 520 y 521; CORDOBA RODA, J. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1976, p. 397; JUANATEY DORADO, C., *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 126; ALAMILLO CANILLAS, F., “La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida” en *Centro de Albacete de la Universidad a distancia*, Anales, Separata, núm. 2, 1980, p. 25 y ss. o MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 7ª edic., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 492. En Alemania: HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, [trad. de OLMEDO CARDENETE, M.], 5ª edic., Comares, Granada, 2002, ps. 353 y 354; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, [trad., CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GOMEZ DE MURILLO, J. L.], 2ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 551; GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, [trad., CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.], Thomson/Civitas, Navarra, 2005, p. 218; CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, [trad. de LUZÓN PEÑA, D., DÍAZ, M., GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, J.], Civitas, Madrid, 1997, p. 742.

¹⁵ CERESO MIR, J.: *Derecho Penal, Parte General*, B de F Ltda, Montevideo, [Euros Editores S.R.L. en Buenos Aires], licencia de publicación de Tecnos, 2008, p. 626.

administraciones públicas y del procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, el único mandato antijurídico obligatorio que cabría es el referido a los actos administrativos o procesales que solo son anulables por existir defectos no manifiestos de forma o incompetencia por razón de jerarquía¹⁶. Conforme a lo anterior, los actos administrativos o procesales anulables que mandan cometer una infracción cuya consecuencia reviste naturaleza de sanción y que no encajan en los supuestos nulos de pleno derecho y por tanto no obligatorios del artículo 62.1.d) –actos constitutivos de infracción penal–, podrían originar mandatos antijurídicos obligatorios. Cabe anticipar en relación a la teoría de la nulidad del acto administrativo de CERESO, que al dejar muy claro que los supuestos del artículo 62.1.d) –actos constitutivos de infracción penal–, único que interesa lógicamente a esta obra como ya adelanté, son nulos de pleno derecho y por tanto no obligatorios, su argumento no sirve al ámbito de nuestro estudio¹⁷.

2. Teoría de la desobediencia punible. RODRÍGUEZ DEVESA¹⁸, autor más representativo de esta teoría, también defiende la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios cuando pesa una sanción o pena en caso de desobediencia, que son aquellos en los que la infracción de la ley no es notoria¹⁹, porque, señala, si el incumplimiento de un mandato está sancionado con una pena, la obligatoriedad de la orden deriva de la norma que conmina con pena el no obedecer, como ocurría con el antiguo artículo 369 –hoy artículo 410 del vigente Código penal–.
3. Teoría de la apariencia. Otra línea de defensa de los mandatos antijurídicos obligatorios ha sido la de la justificación del subordinado basada en la teoría de la apariencia²⁰ o presunción de legalidad de las órdenes de los superiores dictadas con las formalidades legales y requisitos competenciales y siempre que no sean manifies-

¹⁶ En contra, ALVAREZ GARCÍA que esgrime al antiguo artículo 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, –hoy sustituido por el vigente artículo 57.1 de la Ley 30/1992– que decía: “Los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”. ALVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, 1987, ps. 257 y 258. También se opone a la teoría de la nulidad, MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte General*, 7ª edic., ob. cit., ps. 495 y ss.

¹⁷ De la misma opinión, MORILLAS CUEVA, C. *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1984, ps. 80 y 81.

¹⁸ 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. 34. El mismo autor: *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., p. 550.

¹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., p. 541.

²⁰ Siguen esta teoría en España MUÑOZ CONDE F., y GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, parte general*, ob. cit., ps. 339 y 340; MIR PUIG, S.: *Derecho penal, Parte General*, 7ª edic., ob. cit., p. 494; DÍAZ PALOS, F.: “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida” ob. cit., p. 199; OCTAVIO DE TOLEDO, E., y HUERTA TÓCILDO, S., *Derecho penal, Parte General. Teoría del delito*, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, ps. 268 y ss; ALVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, 1987, ps. 256 y ss; JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia a la autoridad*, ob. cit., p. 115 o CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, ob. cit., p. 898 y en Alemania

tamente ilegales. *Dicha teoría subrayando el principio de subordinación y jerarquía que inspira la actuación administrativa, pone el acento en la necesidad de evitar un excesivo poder de inspección de la orden por parte del subordinado que obstaculice el normal desarrollo de la función pública*²¹. Por tanto la orden de contenido ilícito no manifiesta sería obligatoria y actuaría como causa de justificación.

4. *Teoría de la habitualidad*. Por último, QUERALT JIMÉNEZ²² pretendió ligar a la antigua eximente de “obediencia debida” los efectos de una causa de justificación a través del concepto de *clase de orden*, generadora, según dicho autor, de un auténtico deber de obediencia. QUERALT concluye que cuando lo ordenado ejecutar por una orden concuerda con las competencias del subordinado y se enmarca dentro de las relaciones habituales entre el que manda y el que obedece, la orden automáticamente se entiende de la *clase* de orden vinculante al generar una apariencia de legalidad.

Estas argumentaciones son revisables. De entrada, algunas de las teorías presentan premisas cuando menos discutibles. La teoría de la apariencia olvida que nuestro Derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo como veremos más adelante y además, tal interpretación, al extraerse exclusivamente de una interpretación a *sensu contrario* del delito de desobediencia, no la convierte en obligatoria. En su complicada teoría de la habitualidad, QUERALT, parece admitir que el uso o costumbre juega como fuente del Derecho en el orden penal cuando en realidad el deber de obediencia solo lo puede generar la ley y no de la comprobación empírica como pretende a través de la confrontación “eficacia versus validez”. Además esta *clase* de orden podrá facilitar el error del subordinado, pero no permite colegir que la apariencia de legalidad lleve a la legalidad o a la obligatoriedad.

En cualquier caso y como se demostrará, incluso la aparente nitidez y corrección de las posturas más sólidas, como la de la teoría de la desobediencia punible de RODRÍGUEZ

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 354 y STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, ob. cit., p. 217.

²¹ Especialmente en el ámbito militar: J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II Teoría Jurídica del delito*, 6ª edic., 1998, ob. cit., p. 309. ALVAREZ GARCÍA, ha llegado incluso más lejos al asimilar la orden ilegal pero aparentemente legal, como orden realmente legal hasta que no se anule o declare su nulidad: ALVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 271. Sin embargo, decir que un acto ilegal pero aparentemente legal es realmente legal, aunque produzca efectos por no haberse anulado, no solo es contradictorio sino que además olvida que el subordinado no está vinculado a la orden como luego veremos y menos todavía existe un deber de obedecer como pretende el autor. Además una vez que se anula, la orden nula de pleno Derecho ha de entenderse que no existió nunca produciendo efectos retroactivos: ineficacia *ex tunc*: VILLAR PALASI, J. L., y VILLAR EZCURRA, J. L., *Principios de Derecho Administrativo II*, 3ª edic., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1993, p. 158. En Alemania, también la teoría de la apariencia ha tenido defensores: HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., ps. 353 y 354; o GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, ob. cit., p. 218.

²² QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, ob. cit., p. 224.

DEVESA, tropiezan con el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico que da entrada a ciertas reglas de grado superior que hacen que el principio de subordinación y jerarquía solo quepan dentro de la ley, dejando sin sanción la desobediencia a las órdenes ilegales.

En cuanto a la dirección contraria, es decir, el rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios²³, la absoluta vinculación de los poderes públicos a la legalidad, suele ser el argumento más esgrimido por los autores que rechazan los mandatos antijurídicos obliga-

²³ Rechazan los mandatos antijurídicos obligatorios entre otros: MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 86 y *Derecho penal español. Parte Especial*, coord. COBO DEL ROSAL, M., Dykinson, Madrid, 2004, p. 860; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON *Derecho penal parte general*, ob. cit., p. 532; VIVES ANTÓN, T. S. “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1980-1981, ps. 131 y ss; 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; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, ob. cit., p. 275; CALDERÓN SUSIN, E., *Comentarios al Código penal militar*, Civitas, S. A., Madrid, 1988, ps. 421 y ss; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, Revisado y puesto al día por CARMAGO HERNÁNDEZ, Tomo I. P. G. Vol 1º, 18ª edic., Barcelona, 1980, ps. 404 y 405; FERRER SAMA, A., *Comentarios al CP*, Tomo II, Murcia, 1946, ps. 261 y 262; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VI: “La culpabilidad y su exclusión”, Losada S. A., Buenos Aires, 1962, p. 826; CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen I Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 189; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 441; RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, La Ley Penal, Madrid, N° 7, Julio-agosto 2004, p. 26; MAQUEDA ABREU, M. L., “La desobediencia de los funcionarios públicos”, *Conferencias, Instituto Andaluz de Administración Pública*, [Separata], Sevilla, 1998, p. 11; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención “por obediencia debida” [...]”, *Actualidad Penal*, N° 15, 1997, ps. 320 y 347; FRANCISCO PACHECO, J., *El Código penal, comentado y concordado*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 196; LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 284; SERRANO GOMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., *Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, 10ª edic., Madrid, 2005, p. 794 y ÁLVAREZ GARCÍA, “Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” en CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ORTS BERENGUER, E. (dir.) / CUERDA ARNAU, M. L. (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, 2009, p. 170. También la jurisprudencia se ha pronunciado rechazando los mandatos antijurídicos obligatorios. Por su elocuencia, reproduzco un pasaje de la Sala Segunda de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 octubre de 1998: “[...] no cabe hablar de obediencia debida (tampoco de cumplimiento de un deber) ni como eximente completa ni como incompleta. Quien sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por ninguna de tales eximentes, ni tampoco puede verse favorecido por una atenuación en la sanción correspondiente. Véanse las Sentencias de esta Sala de 16 mayo 1983, 25 febrero 1986, 1 julio 1987, 20 noviembre 1989, 5 noviembre 1990, 20 diciembre 1990, 19 mayo 1995 y 24 junio 1997. Esta última dice literalmente así: “en modo alguno cabe hablar de obediencia debida cuando se tenía conciencia de la ilicitud del propio comportamiento y del que observaban los que, en su caso, hubieran dado la pretendida orden”. También esclarecedoras resultan las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 marzo de 1994 “[...] el mandato tiene que ajustarse a pautas estrictas de legalidad y justicia, en cuanto que no es admisible el beneplácito del ordenamiento jurídico con órdenes desprovistas de toda fundamentación y justificación legal” y la de 30 enero de 1995 que dice: “[...] es doctrina reiterada de esta Sala que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego de toda orden que reciba de su superior, ya que las órdenes ilícitas no le vinculan [...]”. Con todos estos extractos no cabría otra interpretación que aquella por la que nadie queda vinculado por una orden ilegal aún cuando no lo sea manifiestamente.

torios²⁴. Efectivamente, el subordinado sometido a una relación jerárquica reconocida por el Derecho, se ve inmerso en un deber general de sometimiento a la ley, al Derecho y a la Constitución, vía artículo 1.1 de la Constitución española que señala: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [...]”²⁵ y más específicamente, artículo 9.1 que dice: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y artículo 103.1 que añade: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”²⁶.

Sin embargo, afirmar que de esta mera vinculación se deduce que no hay mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho, podría ser tildada de precipitada. No sería impensable interpretar que cuando el artículo 9.1 de la Constitución, proclama la vinculación de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, considera parte de este *resto del ordenamiento jurídico* el mandato antijurídico obligatorio a través de la propia ley penal como medio para proteger determinados bienes jurídicos, como es el principio de jerarquía²⁷.

²⁴ JUANATEY DORADO afirma que quienes rechazan los mandatos antijurídicos obligatorios lo hacen al considerar que choca frontalmente con los principios constitucionales sobre los que se asienta un Estado de Derecho: JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia a la autoridad*, ob. cit., p. 114. Aunque también se han rechazado los mandatos antijurídicos obligatorios desde otros argumentos, tales como el que de aceptarse dichos mandatos, la concepción objetiva de la antijuridicidad, quebraría en su lado opuesto (la justificación), pues habría deberes que sin apoyarse en valor alguno, serían capaces de enervar el injusto representado por lesiones o puestas en peligro típicas de bienes jurídicos: COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON *Derecho penal parte general*, 5ª edic., ob. cit., p. 479.

²⁵ Ésta cláusula, conduciría por sí sola a afirmar la imposibilidad de que valga exigir el cumplimiento de órdenes o decisiones contrarias al ordenamiento jurídico: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho penal, Tomo II, Parte Especial*, ob. cit., p. 520.

²⁶ Esta vinculación se refleja a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo citarse la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, señala en su artículo 5: Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes: *Adecuación al Ordenamiento Jurídico*, especialmente: a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico; El artículo 6 de la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, dice: “Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente”; La *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* dice en su artículo 53: “Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico” o la reciente *ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar que en su artículo 4.1. regla primera, establece que la disposición del militar “[...] ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución [...]”*.

²⁷ Por ello, considero insuficiente la argumentación de CARBONEL MATEU, para quien en los casos de órdenes antijurídicas no manifiestas, la obligación del subordinado de desobedecer deriva de un conflicto de intereses que ha de solventarse a favor del prevalimiento de la Ley y del Derecho conforme a la Constitución: CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, ob. cit., p. 189.

V. TOMA DE POSTURA

Ha de partirse de que la cuestión de los mandatos antijurídicos obligatorios comprende la colisión de dos deberes, el deber de obedecer que resulta del artículo 410 del Código Penal, y el deber genérico de abstenerse de cometer infracciones conminadas con sanción desde el *ius puniendi* del Estado²⁸. La paradoja es tal que una misma conducta, desobedecer órdenes ilícitas no manifiestas resulta por un lado típica y antijurídica vía artículo 410 como medio de proteger el principio de jerarquía, y por otro lado justificada por el artículo 20.7²⁹ que, dando entrada el artículo 9.3 de la Constitución Española, demanda un deber de acatar la legalidad y, por extensión, de abstenerse de cometer infracciones penales.

Si nos fijamos, al fin y a la postre, el sustrato del problema de los mandatos antijurídicos obligatorios no es otro que el de una antinomia entre normas³⁰ y entre intereses³¹ donde para obedecer una norma hay que infringir otra, o donde para no dañar un interés hay que dañar otro. En tanto que estamos ante una colisión normativa, esta antinomia jurídica ha de resolverse primariamente en el terreno de la coherencia del ordenamiento jurídico, conforme a criterios de teoría general del Derecho y en tanto que estamos al mismo tiempo ante una colisión de intereses, habré de valorar la posible vigencia de los mandatos antijurídicos obligatorios en el terreno de los intereses tutelados por el Derecho.

²⁸ El deber de no cometer delitos se ve reforzado con un deber de evitar la comisión de delitos en forma de deber de tutela del funcionario militar para “contener” los delitos de los inferiores –Sobre estas tuteladas véase 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, ps. 751 y 752–, del funcionario público de evitar un delito cuando es requerido –artículo 412 del Código penal–, del funcionario policial en su misión de prevenir e investigar la comisión de delitos –artículo 104 de la Constitución Española– y del deber de los particulares, con base en la solidaridad humana de impedir determinados delitos –artículo 450 del Código penal–.

²⁹ COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON añaden a la justificación vía cumplimiento de un deber, el estado de necesidad como causa de justificación, pues: “[...] el mal representado por el cumplimiento de una orden ilegal será siempre mayor que el que pudiera producir su incumplimiento”: *Derecho penal parte general*, 5ª edic., ob. cit., p. 484.

³⁰ La antinomia o contradicción entre normas ha sido reparada por DÍAZ PALOS, F., “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida”, ob. cit., p. 202.

³¹ MANTOVANI expresa esta idea señalando: “El problema nace, pues, de una antinomia existente en el Estado de Derecho, entre la exigencia que el ejecutivo comporta en el cuadro fijado por el derecho y la exigencia de vinculatoriedad de ciertas órdenes para el ejercicio eficaz de la acción ejecutiva”: MANTOVANI FERRANDO, *Diritto Penale. Parte Generale*, PADOVA, 1979, p. 224.

1. Los mandatos antijurídicos obligatorios en el terreno de las antinomias jurídicas

RODRÍGUEZ DEVESA³² manifestó que en los mandatos antijurídicos obligatorios, el mismo enunciado encierra ya una contradicción que denuncia la existencia de una antinomia “porque, si se trata de mandatos antijurídicos “obligatorios”, quiere decirse con ello “jurídicamente” obligatorios, esto es, conformes a Derecho en una de sus dimensiones al menos”.

Los numerosos autores que se han pronunciado sobre los mandatos antijurídicos obligatorios no llegan a ponerse de acuerdo a pesar de echar mano comúnmente del mismo Derecho positivo para argumentar y defender sus posiciones. Ello es debido a que el Derecho positivo por sí solo no permite dar con una solución satisfactoria al problema habida cuenta que el mandato antijurídico obligatorio, como veremos, tiene el perfil propio y específico de la antinomia jurídica. Por ello, la colisión normativa que subyace en el problema de los mandatos antijurídicos obligatorios, demanda contemplar el problema desde el punto de vista de la coherencia del ordenamiento jurídico mediante las reglas de la teoría general del Derecho³³.

Dicho lo anterior, primeramente hay que preguntarse si, como parece, estamos ante una antinomia jurídica para lo cual hay que comprobar si concurren los tres presupuestos de cualquier antinomia jurídica: a) incompatibilidad lógica, b) pertenencia de ambas normas al mismo ordenamiento y c) coincidencia de los ámbitos de validez³⁴.

Respecto del primer presupuesto, incompatibilidad lógica, por un lado estamos ante prohibición de cometer infracciones conminadas con sanción desde el *ius puniendi* del Estado –deducida del sometimiento del funcionario a la Constitución y resto del ordenamiento jurídico– y por otro ante la obligación de cometer dichas infracciones incluso bajo amenaza de sanción penal –obligación de obedecer una orden de cometer una infracción conminada con sanción desde el *ius puniendi* del Estado si la orden es dada con los requisitos formales y competenciales y no es manifiestamente ilegal– de lo que hay que colegir que estamos ante la demandada incompatibilidad lógica³⁵.

³² RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., p. 535.

³³ El sistema jurídico no es sólo un conjunto unitario de normas sino que constituye un sistema ordenado en el que el concepto “coherencia” del sistema se conecta con la ausencia de “antinomias”, las cuales se definen como inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas: BETEGÓN CARRILLO, J., y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Mc Graw Hill-Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997, p. 269.

³⁴ ALMOGUERA CARRERES, J. *Lecciones de Teoría del Derecho*, 2ª edic., Reus, Madrid, 1999, ps. 314 y ss.

³⁵ El tipo de incompatibilidad sería de la clase *mandato y prohibición*. BETEGÓN CARRILLO, J., y otros, distinguen las siguientes clases de incompatibilidad: mandato y prohibición, mandato y permiso negativo y prohibición y permiso positivo: *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 272.

En cuanto al segundo de los elementos de la antinomia jurídica, la pertenencia de ambas normas al mismo ordenamiento, las normas incompatibles, el artículo 20.7 del Código Penal, puesto en relación con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española y artículo 410 del Código Penal, pertenecen al mismo ordenamiento jurídico. Conforme al principio de unidad del ordenamiento jurídico, éste es algo más que un mero conjunto o agregado de normas, es una totalidad normativa organizada, estructurada, con muchas subestructuras u ordenamientos menores, los cuales han de tener unidad de sentido para poder ser un todo sistemático y eficaz, y esa unidad de sentido la proporciona la Constitución, en la que se proclaman los valores superiores del ordenamiento jurídico³⁶. Conforme al principio de unidad del ordenamiento jurídico, la Constitución no puede ser comprendida como un ordenamiento jurídico independiente del resto, sino que forma parte de él, y por tanto, el sistema de fuentes fuerza a los Tribunales de Justicia dado su rango legal máximo y el carácter interpretativo de su contenido a aplicar la Constitución de forma inmediata y directa³⁷, y también cuando una norma inferior colisiona con la norma fundamental.

En cuanto al tercer requisito, coincidencia de los ámbitos de validez, la teoría del Derecho viene distinguiendo 4 ámbitos de validez:

- a. Espacial –ámbito territorial–.
- b. Temporal, –espacio de tiempo a lo largo del cual las normas en conflicto mantienen su validez: interesando en este punto el Derecho vigente–.
- c. Personal –sujetos sobre los que las normas en conflicto ejercen sus efectos entrando en este caso los funcionarios dentro de su objeto de aplicación–.
- d. Material –tipo de objeto al que se refieren las normas y caen bajo su radio de acción–.

Resulta fácilmente deducible que coinciden todos los ámbitos de validez con excepción del material, único que podría plantear problemas. En este sentido, cabría entender que el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad general y el de los funcionarios a la legalidad penal no son vinculaciones coincidentes desde el punto de vista material, lo que conduciría a rechazar la antinomia jurídica. Sin embargo, la vinculación a la legalidad ha de comprenderse única una vez defendida la unidad del ordenamiento jurídico.

En todo caso el perfil de la validez material dibujada por los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución y el artículo 410 del Código Penal, es el de la una antinomia de las calificadas del tipo total-parcial³⁸, es decir, a partir del elemento básico común a las dos normas incom-

³⁶ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, Tomo I, 2ª edición, Atomo Ediciones, Madrid, 1988, p. 67.

³⁷ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, ob. cit., ps. 62 y 63. También Alvarez García, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 251.

³⁸ Véase ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 319 o BETEGÓN CARRILLO, J. y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 272.

patibles del mismo ordenamiento, –vinculación a la legalidad del funcionario–, encontramos que una de ellas, el artículo 410 del Código Penal, define su ámbito de validez extendiéndose a tramos de legalidad material en los que no colisiona con la otra norma, artículo 20.7 puesto en relación con los artículos 9.3 y 103.3 de la Constitución, como son las órdenes legales y las órdenes manifiestamente ilegales, estas últimas excluidas expresamente de la obediencia a que el subordinado queda compelido.

Para resolver la antinomia jurídica en el tramo de legalidad material que genera la colisión normativa, las órdenes de ilegalidad no manifiesta, hay que acudir, a tres formulas posibles: a) criterio temporal, b) criterio jerárquico y c) criterio de especialidad, pudiendo obviarse desde este momento el criterio temporal –la norma posterior deroga la anterior–, pues, como afirma ALMOGUERA CARRERES, es el más débil y cede siempre ante cualquier otro criterio con el que entre en conflicto³⁹.

En cuanto a los otros criterios, conforme al criterio jerárquico no hay duda que toda norma constitucional prevalece ante cualquier otra del resto del Ordenamiento jurídico, luego la vinculación a la juricidad y en concreto la prohibición de cometer delitos prevalecería frente a la obligación de cometerlos, mientras que conforme al criterio de especialidad⁴⁰, habría que deducir la solución inversa pues el artículo 410, de mayor carácter específico, prevalecería frente a los preceptos constitucionales.

En definitiva estamos ante un conflicto de criterios por el que el criterio jerárquico colisiona con el criterio de especialidad⁴¹. En el terreno de los conflictos de criterios y de las antinomias reales, se ha aludido que en estos casos no hay reglas seguras que permitan aclarar cuándo puede hacerse una interpretación restrictiva de la norma general y cuándo no puede hacerse⁴². Sin embargo, ALMOGUERA CARRERES⁴³ cuando alude al caso de conflicto entre el criterio jerárquico y el criterio de especialidad señala que es el juez el que

³⁹ ALMOGUERA CARRERES, J. *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 326.

⁴⁰ Aplicando el razonamiento de ALMOGUERA CARRERES, J. –*Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 324– al caso que nos ocupa, la especialidad de la norma es fruto de un juicio comparativo que se realiza entre dos normas caracterizadas por un elemento común, de forma que los elementos de una de las normas –que en nuestro caso estarían en la prohibición de cometer actos antijurídicos cualesquiera que estos sean y con independencia de su gravedad o de su carácter manifiesto o aparente deducida de los preceptos constitucionales–, se reencuentra en la otra norma de una manera particular añadiendo un elemento ulterior –en nuestro caso, el artículo 410 añade un elemento ulterior como es que la prohibición de cometer actos antijurídicos, que en principio sigue vigente, se suspende solo en la franja de las infracciones penales no manifiestas ordenadas con los requisitos de forma y competencia correspondientes–.

⁴¹ Se trataría de una antinomia de las llamadas de segundo grado por los estudiosos de la teoría general del Derecho: BETEGÓN CARRILLO J., y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 279.

⁴² BETEGÓN CARRILLO J., y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 281. Dichos autores apenas aportan soluciones satisfactorias, aludiendo únicamente a que en principio cuantos más escalones jerárquicos separen la norma superior de la inferior, más dificultades habrá para realizar una interpretación restrictiva, lo que llevado al caso que nos ocupa tampoco adelanta nada pues no puede afirmarse que existan muchos escalones normativos que separen la Constitución de la ley orgánica.

⁴³ ALMOGUERA CARRERES, J., *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 326.

decide que criterio debe prevalecer, atendiendo al tipo de conflicto, valores en presencia, intereses en juego, etc “salvo que se trate de una antinomia muy llamativa desde el punto de vista jerárquico (por ejemplo porque una de las normas tenga rango constitucional)” y CÁMARA VILLAR⁴⁴ termina de rescatarnos del dilema cuando confirma que el criterio jerárquico se suele imponer generalmente sobre el criterio de especialidad. Por ello, y partiendo de la base que en el Estado Constitucional la posición de la ley en el ordenamiento ha de reinterpretarse sobre todo a la luz de la supremacía de la Constitución⁴⁵, opino que la antinomia jurídica que nos ocupa debe solucionarse dando prioridad al criterio jerárquico frente al de especialidad y por ello, otorgando a las normas constitucionales examinadas preferencia frente a la regulación penal del delito de desobediencia.

El principio de legalidad –expresamente reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución– entendido en sentido amplio⁴⁶, significa la exigencia de que la Administración actúe conforme a la legalidad. Sin embargo, siguiendo a BETEGÓN CARRILLO⁴⁷, en esta acepción amplia, el término “legalidad” no hace referencia a la ley formal –de lo contrario, el artículo 410 del Código Penal, por si solo, daría suficiente cobertura de “legalidad” que necesitarían los mandatos antijurídicos obligatorios– sino que se identifica con el *bloque de legalidad*; es decir, no solo a la ley sino también con el reglamento y con la propia Constitución⁴⁸, lo que se traduce en la necesidad de la prohibición de actos administrativos antijurídicos.

Abundando en lo anterior, GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁹, señala que “no hay en Derecho español ningún “espacio franco o libre de Ley” en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de “someterse a Derecho”, han de ser “conformes” a Derecho”; HANS KELSEN, cuando tratando el *acto antijurídico estatal* explicaba: “Cuando un individuo viola una norma jurídica, no es órgano del Estado. La imputación al estado no comprende acciones u omisiones que tengan el carácter de actos antijurídicos. Un acto antijurídico que represente una violación del orden jurídico nacional, no puede ser interpretado como acto antijurídico estatal, no puede ser imputado al Estado porque la sanción –que es la reacción jurídica frente al acto antijurídico– es interpretada como acto del propio Estado. Este no puede, hablando en sen-

⁴⁴ CÁMARA VILLAR G., y otros (coord. BALAGUER CALLEJÓN F.), *Manual de Derecho Constitucional*, Vol I, Tecnos, 2ª edic., 2007, Madrid, p. 97.

⁴⁵ BETEGÓN CARRILLO J. y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 299.

⁴⁶ También llamado principio de juricidad: BETEGÓN CARRILLO J. y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 299.

⁴⁷ BETEGÓN CARRILLO J. y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., ps. 299 y 300. También ALVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 250.

⁴⁸ No comparto con PORRES JUAN-SENABRE la opinión de que son materialmente ilegales las ordenes que contravienen otras órdenes superiores: PORRES JUAN-SENABRE, E.: “Consideración general de la obediencia debida como eximente”, ob. cit., p. 132.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho administrativo I*, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 442.

tido figurado, “querer”, al mismo tiempo, el acto antijurídico y la sanción”⁵⁰ y en similares términos, SILVELA: “Si el superior no puede mandar de esa manera, el inferior no puede entonces obedecerle, no debe obedecerle, porque no obra como autoridad legítima, sino como individuo que supedita la ley a sus hechos”⁵¹.

También, el que fuera de la ley no hay espacio a la autoridad lo demuestra el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Conforme a este principio, se prohíbe toda actividad de los poderes públicos contraria a las normas⁵² y dentro de ella habría que considerar las órdenes ilegales. QUERALT⁵³ advierte lo anterior al señalar: “La orden ha de ser ejecutoria, ha de constituir una aplicación de la norma a un caso concreto y no una innovación del ordenamiento jurídico”, y VIVES ANTÓN⁵⁴ afirma en similares términos: “el ordenamiento jurídico se enfrentaría a una inusitada paradoja: habría una zona en que la orden jerárquica, la decisión del superior que no debería ser sino la concreción de la norma al caso particular llegaría a prevalecer sobre la norma misma”.

Resuelta esta antinomia jurídica mediante la proscripción de los mandatos antijurídicos obligatorios, en mi opinión, la sujeción general de los individuos y de los poderes públicos vía artículos 9.1 y 103.1 a la Constitución, cobra una mayor presencia frente a las infracciones penales, dada la gravedad de la antijuridicidad penal, dentro de la antijuridicidad general en el Derecho. No en vano, la Constitución Española propugna un Estado de Derecho al que dota de garantías en forma de derechos fundamentales e inviolables y principios básicos del propio ordenamiento jurídico frente al poder del Estado cuando entre otros supuestos, lesione o ponga en peligro bienes jurídicos mediante el uso irregular de la estructura jerárquica de la Administración y entre los mecanismos y garantías básicos que el ordenamiento jurídico arbitra a favor de los ciudadanos para evitar el uso irregular del poder del Estado se encuentra el principio de vinculación de los poderes públicos a la legalidad⁵⁵.

⁵⁰ HANS KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. de GARCÍA MÁYNEZ, E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 237.

⁵¹ SILVELA, L., *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. 1ª Parte, 2ª edic., Madrid, 1903, p. 138.

⁵² TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, Tomo I, ob. cit., p. 77.

⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., voz “Obediencia debida”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, ob. cit., p. 4490.

⁵⁴ VIVES ANTÓN, T. S., “consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, ob. cit., p. 143.

⁵⁵ La preeminencia de la juricidad en el Estado de Derecho frente a los mandatos ilícitos se ha hecho valer por VIVES ANTÓN, T. S., “consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida”, ob. cit., ps. 143 y 144 o por MORILLAS CUEVA apoyándose en otros tantos autores como KELSEN, SOLER, MANTIVANI Y STRATENWERTH: MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida, aspectos legales y político criminales*, ob. cit., p. 86. JIMÉNEZ DE ASÚA, señala: “Pero nosotros que consideramos como una plaga, más que como un peligro, el despotismo administrativo, creemos que debe recabarse la supremacía de la ley, que es la supremacía del Derecho: *Sub lege rex*. El mandato contrario a las leyes no debe obedecerse”, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 826. MAQUEDA ABREU señala que la “Constitución, consagra la primacía de la ley sobre el principio de autoridad” MAQUEDA ABREU, M. L., *La desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 11. RUEDA GARCÍA, L., poniendo en relación los artículos 410 y 20.7 de Código penal vigente explica: “[...] la obligación del funcionario de cumplir la ley constituye un deber de mayor entidad que el de someterse a las

2. Los mandatos antijurídicos obligatorios en el terreno de los bienes tutelados

En el terreno teleológico, a igual solución ha de llegarse a través de los bienes tutelados que buscan proteger ambas normas, –principio de jerarquía en el artículo 410 del Código Penal y principio de juricidad⁵⁶ en el artículo 20.7 del mismo texto penal⁵⁷.

No le falta razón a ÁLVAREZ GARCÍA⁵⁸ cuando defiende que el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia 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. CARBONEL MATEU⁵⁹, va más allá, al señalar que “El “Deber de obediencia” está precisamente en función del servicio que la Administración 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”.

Sentado lo anterior hay que preguntarse si con el rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios, el bien jurídico que se protege en el delito de desobediencia resulta desamparado. Para contestar esta pregunta hay que partir de que el problema del bien jurídico principio de jerarquía, no es otro que el de fijar sus límites: qué debe entenderse aquí por jerarquía; qué condiciones debe satisfacer el principio de jerarquía que persiga la consecución de un interés general de forma que el incumplimiento de las órdenes sea merecedor de reproche penal.

Llegados a este punto, se puede adivinar que si el principio funcional de jerarquía solo tuviera su espacio en el segmento de licitud de la orden, entonces este bien jurídico, necesario para que la administración pública pueda atender en condiciones los fines o misiones que se le encomiendan, es decir, la consecución de un interés general, no se lesionaría ni se pondría en peligro cuando se desobedece una orden ilegal aunque ésta no sea manifiesta.

órdenes del superior que, en ningún caso, podrá emitir mandatos contrarios al ordenamiento”: RUEDA GARCÍA, “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, ob. cit., p. 26. Incluso RODRÍGUEZ DEVESA, defensor del mandato antijurídico obligatorio, reconoce que el órgano administrativo debe ser fiel portavoz de la voluntad legal, pues la ley, dice, se sirve del funcionario para transmutarse en realidad: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., ps. 531 y 532.

⁵⁶ O principio de legalidad.

⁵⁷ MORALES PRATS habla de un conflicto de intereses entre el principio de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho y el principio de jerarquía: MORALES PRATS, F., *Comentarios al Nuevo Código penal*, (dir. por QUINTERO OLIVARES, G. y coord. por MORALES PRATS, F., Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, p. 138.

⁵⁸ ALVAREZ GARCÍA, J.: *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., ps. 223 y 236.

⁵⁹ CARBONELL MATEU, J. C., *Comentarios al Código penal de 1995*, ob. cit., p. 188.

El problema de la fijación de los límites del bien jurídico principio de jerarquía, se puede debatir en terrenos diferentes:

1. En el terreno de los derechos fundamentales del hombre, es claro que el fin último de la Administración es servir a los intereses generales de la sociedad y no hay mayor interés general que el que se respete y se garantice los derechos fundamentales del hombre. No le falta razón a FERNÁNDEZ GARCÍA⁶⁰, quien considera que el Derecho tiene autoridad legítima capaz de generar obediencia cuando cuenta con la autoridad moral que le otorga el ser un Derecho justo y lo es cuando respeta y garantiza los derechos fundamentales del hombre. Si la autoridad solo cabe respecto de la orden que respeta y garantiza los derechos fundamentales del hombre, el subordinado sólo debe obediencia a la autoridad del Derecho que le prohíbe cometer actos ilegales que puedan coartar estos Derechos fundamentales y no a la que se los ordena.
2. En el terreno del Derecho natural, señala AMEZUA⁶¹, que aunque en el Derecho moderno la ley tiene su validez por meros requisitos formales de legalidad, sería ineficaz un Derecho reiteradamente enfrentado a las convicciones morales de sus destinatarios, de ahí la deseable convergencia entre los valores recogidos en las normas jurídicas con los “valores superiores” que propugna la Constitución Española y el respeto a los derechos humanos. Si en el terreno del derecho de resistencia, de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia, la desobediencia a las normas está en principio justificada cuando las normas del Poder no son representativas de los valores que admite la sociedad, más aún la desobediencia a las órdenes que no son representativas del Derecho.

RODRÍGUEZ PANIAGUA⁶², señala que a diferencia del deber moral, el deber jurídico no necesita ser reconocido por cada uno en particular sino que se apoya en un orden objetivo de valores estableciendo la siguiente prelación de deberes jurídicos: primero el que dimana del conocimiento evidentemente conocido de ese orden objetivo de valores, segundo la presunción del conocimiento de ese orden objetivo que normalmente se concede a la autoridad y en tercer lugar en caso de desconocimiento o de duda de los valores a realizar, el único valor que queda entonces como evidente: el del orden, asegurado por el acatamiento a la autoridad. En cambio, en el caso de que este valor choque con valores superiores evidentemente reconocidos, o de que la presunción de conocimiento otorgada en principio a la autoridad se

⁶⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid, 1987, ps. 55 y 56. Comenta este autor: “[...] sostener que alguien tiene autoridad entre nosotros es lo mismo que sostener que debe ser obedecido”.

⁶¹ AMEZUA AMEZUA, L. C., “Desobediencia al Derecho y objeción de conciencia”, en *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español. Libro conmemorativo del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Burgos, Aldecoa, Burgos, 1996, p. 214.

⁶² RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., “Anuario de filosofía del Derecho”, *El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho*, Tomo XIV, Madrid, 1969, p. 81.

manifieste como infundado, han de prevalecer las exigencias del orden objetivo de valores directamente reconocidas, es decir, el Derecho natural.

3. En el terreno del Derecho positivo, a igual solución se llega dado que como ya hemos visto cuando examinaba el 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 Derecho⁶³.

Sin embargo, los defensores de la teoría de la apariencia se resisten a afirmar que fuera del Derecho no cabe principio de jerarquía, pues ello llevaría a dejar en manos del subordinado y no en el superior la decisión de ejecutar las órdenes, otorgando un excesivo poder de inspección al subordinado que dificultaría el ejercicio de la autoridad, negándose incluso el reconocimiento de autoridades⁶⁴. No es cierto. Nuestro Derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo 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 eficaz⁶⁵. Aceptado lo anterior, un deber de obediencia circunscrito exclusivamente a órdenes justas o legales, preserva el principio de jerarquía en la medida que resulta exigible⁶⁶ y mantiene el sistema coherente en toda su extensión.

⁶³ 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, 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*, ob. cit., p. 218.

⁶⁴ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia a la autoridad*, ob. cit., p. 117.

⁶⁵ ALVAREZ 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: ALVAREZ GARCÍA, J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., p. 265. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON 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 edic., ob. cit., 1999, p. 484.

⁶⁶ En contra, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON 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 manifiestamente antijurídicas: *Derecho penal parte general*, 5ª edic., 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.

Con lo dicho hasta aquí, queda suficientemente argumentado que no caben mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro Derecho y tanto en el ámbito civil como en el militar, como veremos más adelante y como acertadamente ha declarado la novedosa Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2004 dictada en el recurso de casación número 52/2003⁶⁷ con la que se extiende el mandato antijurídico no solo al que implica una infracción penal –concepto de mandato antijurídico con el que he venido trabajando a o largo de estas líneas– sino cualquier otro que contradiga cualquier norma del ordenamiento jurídico.

Quiero subrayar que el rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios no puede llevar, sin embargo, a minusvalorar el principio jerárquico hasta extremos en los que el respeto absoluto a la legalidad puede causar males inadmisibles⁶⁸ entre los que nunca estarán el menoscabo de la simple disciplina u obediencia cuando se manda cometer infracciones penales⁶⁹. En el mandato antijurídico, el principio de jerarquía prevalece frente al principio de juridicidad bajo la cobertura del estado de necesidad, cuando aquel principio no pueda ceder frente a consideraciones más banales de legalidad conforme a una lógica ponderación de bienes.

No en vano, ha sido práctica habitual defender una dudosa obediencia debida en casos que esconden claras situaciones de necesidad. No es otra cosa que una situación de necesidad la que alude HANS-HEINRICH JESCHECK⁷⁰, al afirmar: “la razón de que haya instrucciones antijurídicas que son, sin embargo, obligatorias, radica en que, en casos de poca relevancia, el legislador valora más el deber de obediencia del inferior frente a superior, como principio ordenador fundamental de toda actividad supraestatal, que el deber de obediencia frente al ordenamiento jurídico (colisión justificante de deberes –énfasis del autor–, cfr. Supra § 33 V 1 a). No obstante, el superior continúa sujeto al principio de legalidad del poder ejecutivo (art. 20 III GG), pero, si acepta una insignificante infracción jurídica en aras del servicio [...] el rápido cumplimiento de la orden no puede frustrarse por el hecho de que el inferior tenga que comprobar previamente si la infracción se encuentra justificada

⁶⁷ Sobre dicha Sentencia véanse los comentarios de RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, ob. cit., ps. 24 y ss.

⁶⁸ Y a ello se refiere CEREZO MIR cuando afirma que para invocar la causa de justificación del número 7º del artículo 20 del nuevo Código penal, es necesario que el deber de obediencia sea de rango superior o igual al de abstenerse de realizar la acción prohibida o de ejecutar la acción ordenada, en los delitos de omisión.

⁶⁹ Por ello, disiento de QUERALT –QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, ob. cit., ps. 413 y ss.– al afirmar la justificación en los casos de órdenes ilegales al ponderar la función y legitimidad del superior en el deber de obediencia, pues en mi opinión, estas no representan intereses jurídicos que puedan “aguantar” un envite en colisión de intereses frente al mal que implica la comisión de una infracción penal, sin perder de vista que además, justamente la ilegalidad del mandato vuelve tal función y legitimidad del superior, “ilegítimas”.

⁷⁰ HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 355 y en similares términos, CLAUS ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, ob. cit., p. 744.

por alguna razón [...]”, o la que describe QUERALT⁷¹ que evoca sin quererlo al estado de necesidad cuando señala que la orden de tirar a matar, aún mediando acometimiento, ha de entenderse ineficaz, es decir no vinculante, salvo en aquellos casos, que dada la naturaleza del delito a reprimir, esté en juego la vida y/o libertad de terceros inocentes y sea la última posibilidad de acabar con la situación antijurídicamente creada.

Sin embargo, lo anterior es muy excepcional y normalmente la orden ilícita es arbitraria, busca ocultar una irregularidad e incluso causar un mal y a la postre su desobediencia resulta superflua para los bienes o intereses tutelados en la mayoría de los casos. Por ello, incluso de aceptarse mandatos antijurídicos obligatorios, la negativa a obedecerlos debería quedar impune si como señala MAQUEDA ABREU⁷² en tal desobediencia punible, el riesgo de disfunción que incorpore la desobediencia sí debe ser relevante, por exigencia del principio de intervención mínima⁷³.

Por tanto y bajo la cobertura del estado de necesidad a modo de regla correctora, creo poder afirmar que la consecución de un interés general no se lesionaría ni se pondría en peligro cuando se desobedeciera una orden ilegal aunque ésta no sea manifiesta, lo que lleva a sostener que el principio funcional de jerarquía solo tiene su espacio en el segmento de licitud y que con el rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios, el bien jurídico que se protege en el delito de desobediencia no resulta desamparado.

VI. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO MILITAR

Bajo la sugestiva expresión *límites de la obediencia* el apartado undécimo del número 1 del artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar y el “idéntico” 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 deja lugar a la duda 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”. Se destierra por tanto cualquier deber de cometer delitos, comunes o militares, por lo que debe concluirse que no hay orden vinculante de cometer delitos sean manifiestamente ilegales o no.

⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Coacción directa y justificación”, *Revista jurídica de Catalunya*, Núm. 3, Barcelona, 1983, p. 660.

⁷² MAQUEDA ABREU, M. L.: “La desobediencia de los funcionarios públicos”, *Conferencias, Instituto Andaluz de Administración Pública*, p. 7.

⁷³ Aunque hay quien se posiciona en contra como QUINTERO OLIVARES, G., desde la consideración al delito de desobediencia como infracción de un mero deber: QUINTERO OLIVARES “el delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, ob. cit., ps. 632 y 633, la teoría que comprendía los delitos de desobediencia como meras infracciones de deberes, ha quedado superada: ROLDÁN BARBERO, H., “El delito de desobediencia funcional”, *La ley-Actualidad S. A.*, Tomo de Jurisprudencia I, 1996, Madrid, p. 1799.

Además, la regla de la inexistencia de deber de obedecer ya no a órdenes que mandan cometer delitos sino a órdenes que atenten a la legalidad en general, se ve apuntalada en otros muchos preceptos⁷⁴. Sin ir más lejos cabe aludir a las referencias a la actuación del militar conforme al ordenamiento jurídico del apartado quinto del número 1 del artículo 4 de la Ley de la Carrera Militar que de forma análoga a los principios recogidos para el empleado público en la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, 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”.

Esta nueva vuelta de tuerca por la que el deber de obedecer no solo cesa en la comisión de delitos sino en cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico se ha hecho valer a través de la interesante Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 31 de marzo 2004 cuyo fundamento de derecho tercero señala: “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, mencionada anteriormente al tiempo de referirme a los mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito común, el Tribunal Supremo considera que el subordinado no comete delito de desobediencia militar si desobedece una orden que contravenga *cualquier* norma del ordenamiento jurídico.

En contra de este planteamiento, LÓPEZ SÁNCHEZ⁷⁵ estima que las órdenes militares que, no revistiendo gravedad penal, conllevan un ataque a cualquier norma del ordenamiento jurídico, deben ser obedecidas. Para defender su postura, advierte que en estos casos la desobediencia se castigaría por el delito común de desobediencia del artículo 410.2 del Código penal común.

⁷⁴ Véanse los artículos 55; 56; 60; y 67 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, y la regla quinta del apartado 1 del artículo 4 de la ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. 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 ilegales.

⁷⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*; Dykinson, Madrid, 2007, p. 140.

En mi opinión, este autor no lleva razón. En primer lugar porque 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 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.

Y en segundo lugar, aunque fuera de aplicación el citado artículo 410 del Código Penal común, los argumentos que largamente se expusieron para rechazar los mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito común, servirán también lógicamente en el ámbito militar. Sin animo de ser reiterativo, también en el ámbito militar el principio de legalidad exige que la Administración actúe conforme a la legalidad lo que se traduce en la necesidad de la prohibición de actos administrativos antijurídicos y el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos prohíbe toda actividad de los poderes públicos contraria a las normas y dentro de ella habría que considerar las órdenes ilegales.

Y como con el delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal común, el artículo 102 del Código Penal militar tampoco está castigando toda desobediencia a las órdenes de los superiores sino únicamente aquella que daña o pone en peligro el bien jurídico que trata de proteger. Teniendo en cuenta el bien jurídico que se trata de proteger en el artículo 102, no existe daño alguno para el principio de jerarquía cuando la desobediencia recae sobre órdenes ilícitas. Esta desobediencia no mermarán las condiciones que permiten llevar a cabo las funciones constitucionales que tienen asignadas las Fuerzas Armadas, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, 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 Derecho⁷⁶.

Por tanto en el ámbito militar, la orden ilícita no podrá nunca integrar el concepto de orden vinculante quedando rechazados también aquí los mandatos antijurídicos obligatorios. Cabrá sin embargo exculpación o justificación, según, en la obediencia a los mandatos antijurídicos a través del estado de necesidad cuando tal obediencia resulte igual o menos perturbadora para el Ordenamiento jurídico que la desobediencia, es decir, cuando el mal típico que se genera con el cumplimiento de la orden ilícita es de igual o menor gravedad que el que se evita con dicha ejecución.

⁷⁶ 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.

VII. CONSECUENCIAS DEL RECHAZO A LOS MANDATOS ANTIJURÍDICOS OBLIGATORIOS

El rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios fundamenta la responsabilidad del subordinado que ejecuta la orden de cometer una infracción penal no manifiestamente ilegal.

La obediencia ciega, la cual presupone la completa ausencia de examen de la legalidad de la orden por parte del subordinado⁷⁷ no tiene hoy respaldo alguno, siquiera en el campo militar⁷⁸. SOLER⁷⁹, partiendo de la colisión de la voluntad del órgano con la voluntad de la ley se apresura a dar mayor significación a ésta última, haciendo ineludible conceder una facultad de examen al subordinado como fórmula para vincular en la mayor medida posible el contenido de la orden a la citada voluntad legal.

Rechazados los mandatos antijurídicos obligatorios ha de reclamarse un deber de examen⁸⁰ de la orden siempre⁸¹ que explica la facultad de suspensión de la ejecución de la orden

⁷⁷ Esta idea la expresaba ya SILVELA a principios del siglo XX, al justificar, sobre la base de la obediencia ciega, a quien es mandado por un juez detener a un inocente: “De la justicia propiamente dicha no puede entender el que ha de cumplir el auto, sin colocarse en el lugar del superior que ha de juzgar. De ahí que no solo puede obedecer sin incurrir en pena, sino que si quiere excusar la justamente declarada para la desobediencia, debe hacerlo sin género de duda”: SILVELA, L., *El Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, ob. cit., p. 138.

⁷⁸ CUELLO CONTRERAS afirma que “nadie puede pensar que en un estado de Derecho existe algo así como una obligación de cumplir ciegamente la orden del superior, ni en la policía ni en el ejército [...]”: CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª edic., ob. cit., p. 900. También, véase RODRÍGUEZ DEVESA *Derecho penal español, Parte General*, 9ª edic., ob. cit., p. 546.

⁷⁹ SOLER, S., *Derecho penal argentino*, 6ª reimpresión, Tomo I, Buenos Aires, 1982, ps. 259 y 260.

⁸⁰ Respecto del fundamento jurídico del deber de examen, véase QUERALT I JIMÉNEZ, J. J., *La obediencia debida en el CP, análisis de una Causa de Justificación*, ob. cit., ps. 237 a 239.

⁸¹ MUÑOZ CONDE no lleva razón cuando afirma: “[...] el deber de examen es un deber limitado en la medida en que respecto de la orden del superior juega la presunción de legalidad”. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 341. En mi opinión, la apariencia de legalidad, que existe de hecho en la mayoría de las órdenes, no genera una presunción de legalidad que deba guiar al subordinado en su conducta, sino sólo apariencia que le puede inducir a error. DÍAZ PALOS, recuerda que los mandatos antijurídicos obligatorios existirán si por el Derecho positivo se niega en todo o en parte el “derecho de examen”: DÍAZ PALOS, F.: “En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida” ob. cit., p. 198. Por otro lado, este deber absoluto de examen se ha proclamado ya desde antiguo: ALIMENA, B., *Principios de Derecho Penal*, ob. cit., ps. 120 y 126. El rechazo a los mandatos antijurídicos obligatorios de nuestro Derecho con el consiguiente deber de examen de todos los mandatos u órdenes de los superiores, ha sido reflejado por la jurisprudencia, como ocurrió con la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 noviembre 1990 al señalar: “[...] el funcionario subordinado jerárquicamente tiene el deber de examinar si la orden que recibe es justa o antijurídica ya que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego a toda orden que reciba del superior, porque si la orden es injusta no vincula al subordinado [...]” o en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 febrero 1986 que señala: “es esencial para estimar la obediencia debida que el mandato sea legítimo [...] por lo que al subordinado corresponde el deber siempre de examinar si la orden que recibe es justa o injusta”. En contra y como vimos, véase Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 noviembre de 1989 en p. 59. Puede suceder

por parte del subordinado del artículo 411⁸² del Código penal y que llevará a la aplicación de las reglas del error de prohibición para el caso en que dicho examen no lleve al subordinado a una correcta representación de la ilicitud del mandato⁸³.

Desveladas las claves en torno al contenido y extensión de legalidad material sobre el que se pueda sujetar al subordinado a lo mandado, puede definirse la orden vinculante como aquella que se imparte en el seno de las relaciones de subordinación reconocidas por el Derecho –laboral, política y jerárquica–, que se ajusta a los mínimos de legitimidad –que se reducen a los requisitos formales y competenciales– y que es lícita –es decir, no antijurídica– desde el punto de vista de la legalidad material⁸⁴. Fuera de estos casos el subordinado no debe obedecer, aún cuando no supiera que la orden es ilícita⁸⁵.

VIII. CONCLUSIONES

No cabe hablar de obligación o deber de obedecer actos ilícitos, no cabe hablar de mandatos de contenido antijurídico obligatorio, el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad lo impide.

que al respecto la cuestión sea dudosa y que en ese caso RUEDA GARCÍA apunta hacia la existencia de un amplio derecho de examen en cuya virtud el subordinado se encuentra facultado para valorar el contenido de la orden con la finalidad de formar criterio sobre su coherencia, no solo con las normas con rango de ley o de carácter general, sino con el ordenamiento en su conjunto: RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, ob. cit., p. 26. No coincido con ÁLVAREZ GARCÍA en hablar de un deber de examen de la orden respecto de las órdenes manifiestamente ilegales y en cambio una posibilidad de control de mera legalidad en el resto de órdenes ilegales, –ÁLVAREZ GARCÍA, “Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” ob. cit., p. 183–, mas el deber de examen se extiende, en mi opinión, a las órdenes de ilegalidad no manifiesta.

⁸² Dicho artículo señala: “La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.

⁸³ Si no hay deber de examen, hay obediencia ciega y si hay obediencia ciega, la ilicitud de la orden resulta irrelevante y por consiguiente el error sobre dicha ilicitud. RUEDA GARCÍA, expresa esta idea al afirmar la existencia de un amplio derecho de examen que “Del mismo modo se produce una intensificación de la relevancia del error sobre la naturaleza legal o ilegal, en el sentido de contraria o conforme al ordenamiento, de la orden recibida [...]”: RUEDA GARCÍA, L., “El concepto de ilicitud de la orden en las infracciones contra la disciplina militar”, ob. cit., p. 26.

⁸⁴ No cabe hablar de mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito laboral al no poder entenderse comprendida en el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario la orden de realizar una conducta ilegal y menos una conducta constitutiva de delito: CEREZO MIR J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, 1990, ob. cit., p. 71. También la Sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo de 7 noviembre de 2001, rechaza los mandatos antijurídicos obligatorios en el ámbito laboral: “Tampoco la relación laboral impone un deber de obediencia que excuse la realización de acciones conocidamente delictivas”.

⁸⁵ En contra ÁLVAREZ GARCÍA, “Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, ob. cit., p. 187.

En el terreno de las antinomias jurídicas, las reglas de la teoría general del Derecho dan mayor peso al deber general de no cometer ilícitos en detrimento del delito de desobediencia tipificado en el artículo 410 del Código Penal, del que parece inferirse que el subordinado está en ciertos casos obligado a cometer delitos. La antinomia se resuelve mediante el principio de jerarquía normativa que hace prevalecer el artículo 20.7 del Código Penal puesto en relación con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española.

Y a igual solución se llega desde el terreno de los intereses tutelados por el Derecho pues a la Administración no se le encomiendan fines o misiones al margen del Derecho. El rechazo de los mandatos antijurídicos obligatorios se ajusta a la letra de la Constitución toda vez que estos resultan asonantes en los ordenamientos jurídicos propios de los Estados de Derecho.

Frente a los argumentos utilizados por la doctrina para defender la existencia de los mandatos antijurídicos obligatorios, su rechazo no menoscaba la efectividad de la Administración ya que nuestro Derecho cuenta con suficientes mecanismos para impedir un poder de inspección extremo o abusivo por parte del subordinado si atendemos al efecto disuasorio del propio delito de desobediencia, ni pone en entredicho el principio de autoridad o jerarquía que prevalece frente al principio de juridicidad bajo la cobertura del estado de necesidad, cuando aquel principio no pueda ceder frente a consideraciones más banales de legalidad conforme a una lógica ponderación de bienes.

Con esta solución, se defiende también un deber de examen siempre de la orden por el subordinado, tanto en el caso de las órdenes manifiestamente ilegales que hoy sólo resultan relevantes en la medida en que refuerzan el conocimiento de la antijuridicidad, como en el resto de las órdenes ilegales, agudizándose la relevancia del error sobre la naturaleza legal de la orden; he reformulado el artículo 410 del Código Penal en una interpretación respetuosa con la Constitución y he podido precisar el contenido material de la orden vinculante acorde con el Derecho vigente, que es aquella que se imparte en el seno de las relaciones de subordinación reconocidas por el Derecho –laboral, política y jerárquica–, que se ajusta a los mínimos de legitimidad –que se reducen a los requisitos formales y competenciales– y que es lícita –es decir, no antijurídica– desde el punto de vista de la legalidad material.