



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

“Análisis de los límites de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber en el ámbito castrense.

En especial, el deber de obediencia”.

“Analysis of the limits of exemption to act in compliance with a duty in the military field.

Particularly, the duty of obedience”.

Autor/es

MARTA ALDAZ CASALOD

Director/es

MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTIN

Facultad de Derecho / Universidad de Zaragoza

Año académico 2019-2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1 Cuestión tratada en el TFG y modalidad del TFG escogida.....	4
1.2 Razón de elección del tema del TFG y justificación de su interés	6
1.3 Objetivos básicos de investigación a desarrollar	6
1.4 Metodología de trabajo	7
2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO PENAL MILITAR	8
2.1 Definición, delimitación y relación con el Derecho Penal Común. Los principios de especialidad y complementariedad	8
2.2 Las eximentes en el Código Penal Español: Marco jurídico general y particularidades en el Derecho Penal Militar	12
2.2.1 Las causas de justificación	13
2.2.2 Las eximentes en el ámbito de la culpabilidad	16
3. OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LAS FUERZAS ARMADAS	17
3.1 Concepto, naturaleza y fundamento de la eximente general	17
3.2 Normativa relativa a los deberes militares. En especial, la disciplina y el deber de obediencia	20
4. EL DEBER DE OBEDIENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE	24
4.1 Antecedentes: Referencia a la obediencia debida en el Código Penal Militar de 1985. El Anteproyecto del CPM de 2013	24
4.2 Naturaleza de la obediencia jerárquica como eximente penal. Breve comentario sobre la problemática de los mandatos antijurídicos obligatorios.....	28
4.3 Requisitos de la causa de justificación: Obrar en cumplimiento del deber de obediencia.....	33
4.4 Referencia a la responsabilidad de los superiores jerárquicos	40

5. JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA EXIMENTE DEL DEBER DE OBEDIENCIA: LA COLISIÓN ENTRE LEGALIDAD Y AUTORIDAD EN EL ÁMBITO MILITAR....	42
5.1 Límites y consecuencias del exceso en el cumplimiento del deber de obediencia.....	43
5.2 El ejercicio de la violencia en el ámbito estrictamente castrense.....	47
6. LA OBEDIENCIA DEBIDA EN DERECHO INTERNACIONAL	52
7. CONCLUSIONES.....	55
8. BIBLIOGRAFÍA	58

ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos.
CE	Constitución española de 1978.
<i>cit.</i>	<i>Citatum.</i>
CP/1995	Código Penal Común regulado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
CPM/2015	Código Penal Militar regulado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre.
CPM/1985	Código Penal Militar regulado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. (Disposición derogada).
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
<i>edic.</i>	Edición.
etc.	Etcétera.
FAS	Fuerzas Armadas.
FFCCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem.</i>
LODN	Ley Orgánica de Defensa Nacional.
LODDFAS	Ley Orgánica de los derechos y deberes de las Fuerzas Armadas.
LOCOJM	Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.
LORDFAS	Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.
nº.	Número.
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum.</i>
p., pp.	Página, páginas.
RROO	Reales Ordenanzas.
s., ss.	Siguiente, siguientes.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta).
TFG	Trabajo Fin de Grado.
TS	Tribunal Supremo.
T.	Tomo.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Cuestión tratada en el TFG y modalidad del TFG escogida

En el presente trabajo se va a estudiar los requisitos y límites de la eximente de responsabilidad criminal relativa a obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, recogido en el artículo 20.7º del Código Penal Español. Más concretamente, centraremos nuestro análisis en la aplicación de esta eximente en el ámbito estrictamente castrense. Se aclara por Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 60/1991, de 14 de marzo (ECLI:ES:TC:1991:60) que lo estrictamente castrense queda limitado a «aquellos delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas [...], como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión».

En la actualidad los miembros de las Fuerzas Armadas están siendo desplegados por todo el territorio español en la lucha contra la pandemia por el Covid-19. Esta grave crisis sanitaria implica que, en no pocas ocasiones, las Fuerzas Armadas deben realizar entre otras, tareas de apoyo logístico a la Administración sanitaria y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en sus labores de protección de la seguridad ciudadana¹. En esas situaciones puede presentarse la necesidad de que las FAS en patrullas mixtas con las FFCCSE salgan a las calles a restablecer el orden público mediante el uso de la fuerza. Sin embargo, las FAS no sólo desempeñan labores de actuación policial (caso atípico)², en las que resulta imprescindible diferenciar entre actuaciones ajustadas a la legalidad y en consecuencia amparadas bajo la causa de justificación penal del cumplimiento de su deber, y las que quedarían fuera, dando lugar a un comportamiento ilícito, sino que también cumplen con otras funciones.

En términos generales, las Fuerzas Armadas españolas tienen encomendado la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, la defensa de su integridad

¹ La misión militar que ha puesto en marcha el Ministerio de Defensa para combatir la expansión del Covid-19 se denomina «**Operación Balmis**» en homenaje al médico militar español Francisco Javier de Balmis, quien fue el responsable de la expedición que llevó la vacuna de la viruela a América y Filipinas. El desarrollo de esta operación se ha centrado en cuatro áreas de trabajo: seguridad, apoyo logístico, capacidades sanitarias y de desinfección, y planificación e instalación de hospitales de campaña.

² Su referencia normativa aparece en el artículo 98 de la Ley Orgánica de los Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas: «El militar pondrá todo su empeño en preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos durante la actuación de las Fuerzas Armadas en supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas».

territorial y el ordenamiento constitucional³. En este sentido, el profesional militar ejerce funciones operativas, técnicas, logísticas y administrativas en sus cometidos de preparación para el combate, operaciones de paz y ayuda humanitaria, operaciones de evacuación y rescate en el extranjero o territorio hostil y de instrucción, adiestramiento y formación militar y en valores. Estas funciones deben ser cumplidas de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía predicables de toda la Administración Pública, al que se refiere el artículo 103 de la Constitución Española y el que determina la relevancia del cumplimiento de los deberes militares. De todas las obligaciones que se imponen al militar, el deber de obedecer las órdenes del mando constituye su primer deber en la medida en que «el actuar en cumplimiento de una orden, protege el principio militar de la obediencia debida que, a su vez, es pilar de las instituciones armadas y un bien jurídico tutelado por la ley (militar)»⁴.

En el marco de la obediencia debida se pueden diferenciar dos tipos de deberes cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad penal: el deber del superior de dar órdenes con el fin de mantener la disciplina entre sus subordinados y el deber del subordinado de obedecer lo mandado. Cuando el cumplimiento exacto de estos deberes concretos pueda dar lugar a una lesión de un bien jurídico protegido por la ley penal, el superior jerárquico o subordinado podrán adoptar dos posturas distintas: incumplir su deber e incurrir respectivamente en un delito contra los deberes del mando y de desobediencia o, cumplir con su deber y causar un daño a dichos bienes.

En el último escenario habrá que distinguir si el sujeto activo actuó dentro de la legalidad y, por tanto, queda amparado por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber o, por el contrario, su actuación no pueda quedar justificada. Esta distinción se va a ir deshilando a lo largo de este trabajo, estableciendo parámetros jurídicos, claros y precisos de la legalidad de las actuaciones militares, a partir del marco jurídico general y abstracto que ofrece el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es, por ello que, la tipología elegida para este trabajo tiene una orientación investigadora compuesta de dos partes. Por un lado, desde una dimensión teórica realizaremos una revisión e interpretación crítica bibliográfica, y por otro, desde un plano eminentemente práctico se estudiará la doctrina jurisprudencial sobre el tema

³ Véase el artículo 8.1 de la Constitución Española: «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

⁴ CORONADO LÓPEZ, C., «El eximente de responsabilidad en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente... en la justicia penal militar», en *Derecho y Realidad*, nº. 14, Colombia, 2009, p. 19.

elegido. Esta labor de concreción es la que nos va a permitir estimar si el cumplimiento exacto del deber militar es o no legítimo y ajustado a Derecho en la situación concreta.

1.2 Razón de elección del tema del TFG y justificación de su interés

Nos ha parecido interesante abordar esta causa de exclusión de responsabilidad penal en el ámbito del Derecho Militar por dos razones principales. En primer lugar, por un motivo académico, ya que no se estudia particularmente en el Grado de Derecho, salvo en un capítulo del manual de Derecho penal, Parte Especial dirigido por Carlos María Romeo Casabona, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar⁵. Y, en segundo lugar, la autora de este trabajo pretende desarrollar su carrera profesional dentro del Cuerpo Jurídico Militar. Por lo tanto, este trabajo le puede proporcionar una aproximación a este ámbito del Derecho penal.

Respecto a la justificación del interés de este trabajo, cabe decir que se trata de un tema de actualidad que viene motivado por la aprobación del nuevo Código Penal Militar en 2015. La filosofía de este renovado Código se relaciona estrechamente con su naturaleza de ley penal especial que, por tanto, implica que deben acogerse en su regulación situaciones relevantes desde un punto de vista jurídico penal, que no tienen cabida en el Código Penal Común de 1995 por su especificidad castrense. Dentro de las novedades incorporadas por nuestro legislador en el mencionado CPM/2015 se pueden citar, entre otras, la supresión de la causa de justificación de la obediencia debida contemplada expresamente en el art. 21 del anterior CPM/1985, por entender que queda incluida en el régimen general de la eximente de obrar por cumplimiento de un deber del artículo 20 apartado 7º CP/1995.

1.3 Objetivos básicos de investigación a desarrollar

Nuestro principal objetivo ha sido examinar la aplicabilidad de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber en la jurisdicción militar, atendiendo a la importancia que tiene, entre otros, el deber de obediencia en la jerarquización de la disciplina militar. Como señaló en su día la STS nº. 29/1992, de 6 de junio (ROJ: 4673/1992) «el deber de obediencia es más riguroso para los militares que para los funcionarios administrativos y judiciales a los que obliga la obediencia debida en ciertos casos».

⁵ URRUELA MORA, A., «Capítulo 39: El Derecho Penal Militar», en *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), Comares, Granada, 2016, pp. 885-893.

Para alcanzar dicho propósito, se ha estructurado nuestro trabajo de la siguiente manera. Se ha comenzado delimitando el concepto de Derecho Penal Militar y sus relaciones con del Derecho Penal Común. Después, se ha identificado en la normativa militar la existencia del deber jurídico de obediencia y, como paso previo al desarrollo de nuestra tesis, la consideración del deber de obediencia incluido en la eximente general del art. 20.7º CP/1995, se ha indicado la problemática que reside en la Administración militar respecto a la existencia de mandatos vinculantes pese su ilicitud. La vinculación del subordinado militar a la orden de su superior nace de la presunción de juricidad del que goza todo mandato militar. Por tanto, el subordinado que ejecute un mandato actúa en cumplimiento de su deber y, en definitiva, de conformidad a Derecho. En este sentido, el ordenamiento jurídico penal debe prever una protección para el subordinado que cumpla con su deber de obediencia. La doctrina penal discute sobre si esta protección debe evaluarse en la esfera de la justificación o de la exculpación. Ya adelantamos que este es uno de los temas más complejos y que más debate ha generado tras la eliminación del apartado segundo del artículo 8 del Anteproyecto del nuevo CPM, que mantenía la obediencia debida como causa específica de exención de responsabilidad penal en el ámbito castrense. Volviendo a la estructura del trabajo, el siguiente paso dado ha sido examinar en la doctrina jurisprudencial la naturaleza y trascendencia de la orden militar y del deber incumplido, así como la posible ilicitud de aquello que el subordinado se ve compelido a cumplir. Y, finalmente, se ha trasladado la cuestión de la obediencia debida al ámbito internacional con la ayuda del Estatuto de Roma. El planteamiento de la justificación o valor exculpatario de la obediencia jerárquica o debida en relación con la comisión de crímenes internacionales ha constituido y sigue constituyendo uno de los problemas de mayor relevancia en el ámbito del Derecho penal internacional.

1.4 Metodología de trabajo

Para la realización de este trabajo, se ha seguido la siguiente metodología. En primer lugar, para la parte analítica y de conocimiento del estado de la cuestión se han estudiado las monografías, artículos y revistas que se han ocupado de la cuestión a tratar, evaluando con ánimo crítico los pronunciamientos doctrinales y recordando las cuestiones fundamentales de la asignatura de Derecho Penal General. En segundo lugar, para la exploración jurisprudencial se ha utilizado como herramientas el buscador del

CGPJ y la base datos de Aranzadi, seleccionando aquellas Sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala Segunda y Quinta del Tribunal Supremo de mayor interés para extraer conclusiones propias sobre esta eximente.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO PENAL MILITAR

2.1 Definición, delimitación y relación con el Derecho Penal Común. Los principios de especialidad y complementariedad

Debemos partir de la base de que en España el Derecho Penal Militar sigue siendo uno de los más desconocidos en la sociedad. Por ello centraremos la primera parte de este trabajo en su definición, y relación con el Derecho Penal común. Además de que, la posición que adoptemos respecto a la relación existente entre el Derecho penal y el Derecho penal militar influirá determinadamente en la configuración y conceptualización de la eximente de obrar en cumplimiento de un deber militar.

Para aproximarnos a la disciplina jurídica del Derecho Penal Militar, nos hemos marcado las siguientes coordenadas. En primer lugar, la definición del Derecho Militar como una ordenación jurídica propia de las Fuerzas Armadas, constante en todas las épocas y ordenamientos a lo largo de la existencia del Derecho histórico español⁶. En segundo lugar, el carácter complementario del Derecho Penal militar respecto al Derecho Penal común (como un Derecho Penal especial). Y, en último lugar, el reconocimiento de la Jurisdicción Militar en el artículo 117.5 de la Constitución como una jurisdicción especial en el ámbito de su competencia.

QUEROL Y DURÁN⁷ define el Derecho Militar como «el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización, funciones y mantenimiento de las instituciones armadas para el cumplimiento de sus fines, en orden a la defensa y servicio de la patria». Como rama del Derecho militar⁸, el Derecho Penal militar es aquel

⁶ Pueden ser citados como precedentes: RROO para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus Ejércitos de 1768. RROO para la Armada de 1748 y 1793. Código Penal de 1848. Código penal reformado de 1850. Código Penal de 1870. Código Penal para el Ejército de 17 de noviembre de 1884. Código Penal de la Marina de Guerra de 19 de agosto de 1888. Código de Justicia Militar de 1890. Código Penal de 1928. Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Código Penal, Texto refundido aprobado por Decreto 3096/1973. Código Penal de 1985.

⁷ QUEROL Y DURÁN, F., *Principios de Derecho Penal Militar*, T. II, Naval, Madrid, 1948, pp. 17 y ss.

⁸ Otras ramas son el Derecho Procesal Militar, el Derecho Penitenciario Militar, el Derecho Disciplinario Militar, etc.

ordenamiento dotado de preceptos que tipifican por ley: delitos, estados peligrosos, penas y medidas de seguridad en el ámbito marcial. La doctrina de la Sala de lo Militar del TS destaca que nos hallamos ante una manifestación específica del ordenamiento punitivo, con sustantividad propia derivada de sus contenidos [...], los delitos militares, las propias reglas procedimiento y el mantenimiento de una Jurisdicción especial enmarcada en el seno de la Potestad Jurisdiccional única del Estado (FJ 1º, STS de 25 de mayo de 1999 (ROJ: 3633/1999)).

La sustantividad (o *prius lógico*) del Derecho Penal Militar reside, por tanto, en la regulación del delito militar. El artículo 9 CPM/2015 establece una definición formal de delito militar como «aquellas acciones u omisiones dolosas o imprudentes recogidas en el Libro Segundo del Código Castrense», pero también constituyen delito militar otras conductas típicas que previstas en la ley penal común y cometidas por un profesional militar supongan una especial afección a los intereses de la estructura castrense⁹. En definitiva, dos son los aspectos esenciales que definen alternativamente el delito militar¹⁰: en primer lugar, la tipificación completa y señalamiento de una pena en el CPM/2015. Y, en segundo lugar, la protección de un bien jurídico tutelado por la ley penal militar frente a la actuación de un miembro de las FAS en abuso de su condición.

El Derecho Penal Militar español regulado en la actualidad en el CPM/2015 (vigente por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre), constituye un Derecho Penal de carácter especial, complementario del Derecho Penal común. El legislador no ha optado por regular una ley penal de carácter integral que cuente con su propia Parte General ni tampoco como uno excepcional. La disciplina militar constituye un bien jurídico protegido por la ley penal militar de forma especial y permanente (nada excepcional o transitorio).

A lo largo de la tradición jurídica, se han expuesto distintos criterios que buscan fundamentar la especialidad del Derecho Penal Militar: desde aquellos relacionados con el ámbito territorial, temporal o profesional hasta otros relativos a elementos especiales que contienen respecto de la ley penal común, como es la protección de bienes jurídicos

⁹ De conformidad con el artículo 9.2 del CPM/2015, estos son los **Delitos de traición**, **Delitos contra las personas y bienes protegidos** en caso de conflicto armado y **Delito de rebelión** en caso de conflicto armado internacional.

¹⁰ Así, en URRUELA MORA, A., «Capítulo 39...», *cit.*, p. 887; en DE LEÓN VILLALBA, F.J., JUANCES PECES, A. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 182 y ss.

estrictamente castrenses¹¹ o que su aplicación corresponda a una Jurisdicción especial distinta de la ordinaria, la Jurisdicción Militar. De hecho, RODRÍGUEZ DEVESA manifestó al respecto que el Derecho Penal Militar surge para «robustecer la independencia de una jurisdicción distinta de la ordinaria»¹². Es más conveniente decir, como manifiesta HIGUERA, que el Código Penal Militar es una ley especial porque «tiene como sustrato último la ley penal común»¹³. En este sentido, JUANES PECES señala que la ley penal militar regula sólo las especialidades militares¹⁴.

El CPM/2015 continúa con la senda marcada por su antecedente legislativo. Si el CPM/1985 constituyó la reforma que se demandaba en el Derecho Penal Militar para responder a las exigencias constitucionales, el nuevo CPM supone un hito en la configuración de un Derecho Penal Militar en España plenamente coherente con los principios de especialidad y complementariedad¹⁵. Así pues, únicamente recoge aquellos preceptos que no tienen cabida en el texto común o que, aún pudiendo tenerla requieren de una cierta precisión para su incorporación dentro del ámbito estrictamente castrense. Una prueba de ello es que, el CPM/1985 contenía 197 artículos, mientras que el actual apenas alcanza los 90 artículos¹⁶. Además, en el nuevo CPM/2015 no se introduce cláusula de salvaguardia¹⁷ por la que se impida la referencia al CP común en alguna materia militar, todo lo contrario, las remisiones del CPM/2015 a las normas penales comunes son reiteradas. De hecho, el artículo 1.2 CPM/2015 establece que: «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal». A la misma conclusión llegamos con el artículo 9 CP/1995: «Las disposiciones de este Título (refiriéndose al Título preliminar) se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las

¹¹ Véanse, por ejemplo, la disciplina, el valor, la lealtad, el deber de presencia, los deberes del mando, la prestación o eficacia del servicio, etc.

¹² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1985, pp. 34 y 35.

¹³ HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 34.

¹⁴ JUANES PECES, A., «Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar», en *Revista La Ley Penal*, nº. 7, 2004, p. 6.

¹⁵ URRUELA MORA, A., «Capítulo 39...», *cit.*, p. 886.

¹⁶ La menor extensión del nuevo Código se debe a que en el terreno de la técnica legislativa también se ha demandado **la necesidad de una complementariedad entre el ilícito penal e ilícito administrativo**. En plena coherencia con el principio de intervención mínima y el criterio de última ratio penal, aquellas conductas que constituyan infracción en LORDFAS no podrán ser perseguidos por la potestad punitiva.

¹⁷ Como sí que introducía el CPM/1985 en su artículo 5: «Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código».

restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente».

En conclusión, el Código Castrense se inspira en los mismos principios que el Código Penal Común y, por tanto, dentro de la especialidad del fin asignado la Jurisdicción Militar deberá tener presente en todo caso los preceptos del CP/1995 que regulen los principios fundamentales y garantías penales, teoría jurídica del delito, teoría de la pena, su fundamento, cumplimiento y clases.

A la hora de hablar de las relaciones entre el Derecho Penal Militar y el Derecho Penal Común es preciso indicar cómo se resuelven los posibles concursos de leyes¹⁸. En opinión de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, la supletoriedad de la ley penal común no debe traducirse como una aplicación automática del CPM en caso de conflicto de leyes. Por el contrario, la regla de especialidad que resuelve un concurso de leyes (artículo 8 CP/1995) expresa que el precepto penal especial será aplicable si introduce efectivamente algo distinto (o *aliud*) en relación con la norma común¹⁹. Además, en el apartado *in fine* del artículo 12.1 LOCOJM se dispone que la Jurisdicción Militar aplicará el CP/1995 cuando la acción u omisión constitutiva de delito militar lo sea también de un delito común con una pena más grave.

En último lugar, queda por referirnos a la Jurisdicción militar, que al amparo del principio constitucional de unidad jurisdiccional está integrada dentro del Poder Judicial. El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo del Poder Judicial, LESMES SERRANO pronunció, recientemente, que «ya no cabe duda alguna respecto de la vinculación de la Jurisdicción Militar, con sus singularidades consustanciales, con el Poder Judicial»²⁰. Su cometido es la Administración de Justicia en una serie de

¹⁸ Mejor llamado conflicto aparente de leyes penales porque, a diferencia del concurso de delitos, una de las normas penales excluye de aplicación al resto. Este se plantea cuando uno o varios hechos se pueden incluir en varios preceptos penales de los que se aplicará uno de ellos porque agota el desvalor y el reproche que el ordenamiento jurídico proyecta sobre la conducta. Así, ESCUCHURI AISLA, E., «Capítulo 22: El concurso de leyes y de delitos», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, pp. 331-338.

¹⁹ En relación con el **principio de especialidad en la solución de conflicto de leyes penales**, en ESCUCHURI AISLA, E., *ibid.*, p. 337; en DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, pp. 69 y 70.

²⁰ Intervención del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo del Poder Judicial, el Excmo. Sr. D. CARLOS LESMES SERRANO, en el Acto de Apertura del año judicial en la Jurisdicción Militar, 29 de octubre de 2019.

materias especiales determinadas por las leyes y por la propia Constitución, como es el delito militar o los estados de sitio²¹.

2.2 Las eximentes en el Código Penal Español: Marco jurídico general y particularidades en el Derecho Penal Militar

La relación de complementariedad entre la ley penal militar y la penal común, permite extender la Teoría General del delito al ámbito penal-militar, aplicando las mismas categorías y conceptos.

La Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta humana para ser considerada delito y, por tanto, sea sancionable con una pena. El concepto analítico del delito se compone a priori «de una definición puramente formal que se complementa de unas valoraciones materiales». Por un lado, al amparo del principio de legalidad debe quedar definido el hecho en una ley penal como punible (**Tipicidad**); y, por otro lado, debe presentar un juicio de desvalor que recaiga sobre la conducta (**Antijuridicidad**) y otro sobre el autor (**Culpabilidad**). Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que los componentes valorativos esenciales de todo delito (también el delito militar) son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad²². No nos detendremos en el primero de ellos, más allá, de manifestar que «la realización de un hecho típico a través de la vulneración de una norma penal (mandato, prohibición)» determina la consecución de un injusto penal²³. Por el contrario, en los siguientes párrafos nos centraremos en los efectos que produce la ausencia de los elementos de la antijuridicidad o de la culpabilidad para explicar el fundamento de las eximentes penales.

Las eximentes son aquellas circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, recogidas en el artículo 20 CP/1995. Tienen como efecto que un hecho constitutivo de delito no pueda ser sancionado penalmente, bien porque el hecho en cuestión está justificado o bien porque el autor no puede ser declarado culpable.

²¹ Véase, por ejemplo, el artículo 4 LOCJOM: «La jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes, así como las que establezca la declaración de estado de sitio».

²² Así, en RUEDA MARTIN, M.A., «Capítulo 5: El concepto del delito», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, p. 81; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 189-191.

²³ FLORES MENDOZA, F., «Capítulo 14: La antijuridicidad. Las causas de justificación», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, p. 213.

2.2.1 Las causas de justificación

De conformidad con el principio de unidad del ordenamiento jurídico español, emplearemos «un concepto de antijuridicidad unitario»²⁴ aplicable a toda ley penal, común o especial, y por tanto también al Derecho Penal Militar.

El juicio de antijuridicidad constituye el tercer elemento del concepto analítico del delito y se define como la contrariedad de un hecho a las normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico.²⁵ Pero, la simple contradicción objetiva entre el injusto penal y el Derecho en su conjunto no agota su significado, sólo su dimensión formal. La antijuridicidad también tiene un contenido material que supone la ofensa o la puesta en peligro del bien jurídico que la norma quiere proteger²⁶. Con este fundamento, una acción típica y antijurídica se compone de un desvalor de acción (antijuridicidad formal) y otro desvalor de resultado (antijuridicidad material)²⁷.

Como el Derecho penal militar sólo debe intervenir cuando sus intereses más relevantes han sido lesionados o puestos en peligro, debemos aclarar qué se entiende por intereses militares o bienes jurídicos estrictamente castrenses. La antijuridicidad que afecta a la esfera militar se caracteriza por una pluriofensividad, pudiendo concurrir en el injusto material tanto un menoscabo de la disciplina, la jerarquía y la unidad militares como el perjuicio de algún bien jurídico-penal (ya protegido en la legislación común), quedando ambos afectados por la conducta realizada²⁸.

En una mayor concreción, cabe decirse que la Sala Quinta del TS «*fuera la antijuridicidad material*» de las conductas que se llevan a cabo por sujetos que poseen la condición de militares aun cuando estos no se hallan en el ejercicio de sus funciones. Lo que implica que se acepta la aplicación del CPM/2015 pese a que no se haya producido una efectiva lesión o puesta en peligro de intereses de carácter militar²⁹. Esto

²⁴ DE LEÓN VILLALBA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 93; FLORES MENDOZA, F., «Capítulo 14...», *cit.*, pp. 213-221.

²⁵ FLORES MENDOZA, F., *ibid.*, pp. 213-221; En el mismo sentido, en QUINTANAR DÍEZ, M., et al (dirs.), *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, 2020, p. 111: La antijuridicidad se entiende como «un juicio de valoración de la tipicidad y de la disconformidad a Derecho».

²⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...cit.*, pp. 284-289.

²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El contenido de la Antijuridicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 19 y 20; FLORES MENDOZA, F., *op. cit.*, pp. 213-221.

²⁸ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, p. 117. No obstante, el **concepto de pluriofensividad en el ámbito militar** implica el predominio de los intereses militares en comparación con la protección de bienes jurídico-penales. De lo que se deduce que, el delito militar no se concibe como el delito compuesto creado por la dogmática penal.

²⁹ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, pp. 77-78.

se denomina en la doctrina jurisprudencial como teoría de la *relación jerárquica permanente*, en el sentido de que: «*con independencia de todo conocimiento, [...] el militar de empleo jerárquicamente más elevado siempre ha de ser tenido por superior, por lo que la intervención del mismo en un hecho antijurídico impide transmutar el ilícito en una simple disputa de carácter privado puesto que mientras se es militar, el comportamiento de la persona está sometido a las normas que conforman tal status y no puede sustraerse a ellas por su propia voluntad*. Como consecuencia, se entiende que la condición de superior es permanente y de carácter objetivo, proyectándose fuera o dentro del servicio, *de forma que el bien jurídico de la disciplina debe mantenerse como protegido en todo momento en las relaciones jerárquicas mientras se tiene la condición de militar*, con independencia del momento o situación en que se produzcan los hechos enjuiciados y de la intención manifestada por los sujetos que intervienen en la realización de las conductas³⁰.

La teoría de que la relación jerárquica castrense es siempre permanente lleva a configurar toda conducta típica realizada por un militar como un ilícito de naturaleza castrense, como si se tratará de una presunción que difícilmente es descartada³¹. Lo anterior se debe a que el Derecho penal militar está fuertemente vinculado a la protección penal de la disciplina, la jerarquía y la cohesión de las Fuerzas Armadas³².

Con las precisiones anteriormente realizadas, conviene continuar aclarando que nuestro ordenamiento jurídico contempla para ocasiones extraordinarias que el injusto penal de una acción (u omisión) típica quede excluido o al menos, neutralizado por la autorización de una norma permisiva. Esto se explica debido a que la ley penal no sólo se compone de mandatos y prohibiciones, sino también de una tercera clase de normas que permiten o autorizan la realización de determinados comportamientos típicos en situaciones muy concretas. De las normas permisivas se derivan otra clase de tipo, distinto de lo injusto, que se les denomina técnicamente tipos de causas de justificación³³.

³⁰ Véase, por ejemplo, STS de 8 de octubre de 2001 (ROJ: 7684/2001).

³¹ La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ha acogido esta posición jurisprudencial en diversas sentencias, por ejemplo, STS de 29 de octubre de 2001, de 12 de julio de 2007 y de 16 de octubre de 2012.

³² El merecimiento de protección penal de los intereses militares sobre los que se construye el Derecho Penal Militar podría llegar a justificarse desde un punto de vista constitucional. La jerarquía, disciplina y unidad constituyen los presupuestos del principio de eficacia de la Administración reconocido en el art. 103 CE.

³³ FLORES MENDOZA, F., «Capítulo 14...», *cit.*, p. 214.

Las causas de justificación recogidas en el CP/1995³⁴ también son introducidas en el ámbito penal militar. Pensemos en un determinado comportamiento que sea típico (como *propinar una bofetada*) pero que, en ciertas circunstancias ese acto no sea contrario a Derecho (que un Sargento dando cumplimiento a su deber militar de mantenimiento del orden y la disciplina propine una bofetada a un soldado que se muestra con actitud desafiante y provocativa). El fundamento de esa autorización se basa en la protección de un bien jurídico al que se le otorga una mayor importancia que al bien jurídico-penal que se está lesionando. Es decir, basándonos en la idea de protección del bien jurídico preponderante³⁵, el mantenimiento de la disciplina y del orden militar merecerían mayor protección que una lesión de escasa entidad a la integridad física. De este modo, la acción típica cometida por el Sargento quedaría amparada por la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber militar excluyéndole de responsabilidad penal.

No obstante, el ámbito de actuación de las causas de justificación se encuentra estrictamente delimitado, pues deben confluir todos sus elementos objetivos y subjetivos. Y si, «faltara algún elemento inesencial de su tipo objetivo o subjetivo, no será suficiente para excluir la antijuridicidad ni eximir toda la responsabilidad penal, pero sí para disminuirlas»³⁶. Estas son las denominadas eximentes incompletas, que aparecen reguladas en el catálogo de atenuantes genéricas del artículo 21.1 del CP/1995. Su especialidad radica en una disminución del injusto que se traduce en una responsabilidad penal atenuada (ex art. 68 CP/1995).

Como conclusión, una acción típica será antijurídica salvo que exista una norma permisiva en la legislación penal militar (o por remisión, en el CP/1995) que excluya total (causa de justificación) o parcialmente (eximente incompleta) la responsabilidad penal.

³⁴ El catálogo de las mismas se compone por la legítima defensa (art 20.4º CP), el estado de necesidad (art. 20.5º CP) cuando concurren determinados requisitos, obrar en cumplimiento de un deber y en el ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo (art. 20.7º CP). Además, fuera de este artículo, encontramos el consentimiento del ofendido, y ya fuera del CP, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que regula un sistema de plazos que declara la atipicidad del aborto cuando se realiza hasta la semana número catorce de la gestación, y dos causas de justificación independientes entre la semana catorce y la vigésimo primera o segunda.

³⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, 9ª edic., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 169.

³⁶ FLORES MENDOZA, F., «Capítulo 14...», *cit.*, p. 218.

2.2.2 Las eximentes en el ámbito de la culpabilidad

Para culminar con la estructura del delito, por último, el sujeto activo (en nuestro caso el profesional militar) debe merecer la consideración de culpable. No basta con que se haya realizado una acción prevista en la Ley penal militar y no justificada por otras normas del ordenamiento jurídico, si la misma no se atribuye a una persona que se considere culpable³⁷. La culpabilidad se configura como un juicio de reproche individual que se dirige al autor de una acción típica y antijurídica, fundado en la capacidad del sujeto activo de actuar de modo distinto a la situación concreta. En este sentido supone, en primer lugar, un elemento intelectual asociado al conocimiento o cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de su conducta. Este elemento faltará si, por ejemplo, el sujeto activo desconoce la ilicitud de la conducta y no era objetivamente posible conocerla (lo que define el error invencible de prohibición del art. 14.3 CP/1995 con efectos excluyentes de responsabilidad penal). El segundo elemento es uno volitivo relacionado con la exigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho pues, en ciertas circunstancias no se puede esperar que el sujeto activo adecue su comportamiento a lo exigido por el Derecho³⁸. En definitiva, los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho. De tal forma que, faltando alguno de ellos el sujeto activo no podrá ser considerado como culpable³⁹.

Finalmente, se introduce muy brevemente cómo se adaptan los elementos de la culpabilidad en la especialidad del Derecho Penal Militar. El CP/1995 y el CPM/2015 responden a un mismo concepto de culpabilidad. Por tanto, las causas de inculpabilidad del CP/1995 son directamente aplicables en el contexto militar. Es decir, por ejemplo, la incapacidad del autor para conocer la ilicitud del hecho o para adecuar su comportamiento a dicha comprensión (imputabilidad) es, en todo caso, la conclusión de una valoración normativa-judicial válida para todo el ordenamiento jurídico, incluido el militar.

³⁷ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, p. 135.

³⁸ RUEDA MARTIN, M.A., y URRUELA MORA, A., «Capítulo 19: Las causas de irreprochabilidad», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, pp. 289-290.

³⁹ Las causas que excluyen la culpabilidad son la minoría de edad (19 CP), la anomalía o alteración psíquica (20.1ºCP), la intoxicación plena por consumo de alcohol y drogas o la actuación bajo el síndrome de abstinencia (20.2º CP), el error invencible sobre la licitud del hecho (art. 14.3 CP), el estado de necesidad (art. 20.5º CP), el miedo insuperable (20.6º CP) y el encubrimiento entre parientes (art. 454 CP).

Si bien es cierto que los artículos 35 y 40 del CPM/1985⁴⁰ recogían un especial tratamiento «en la graduación de la pena en función de la personalidad del culpable»⁴¹, al amparo del actual CPM en el normal desenvolvimiento de la actividad militar (fuera de los casos de guerra o estado de sitio) se siguen los mismos criterios de culpabilidad que en la Jurisdicción Ordinaria. Sin cláusula de salvaguarda de la norma militar, nada impide ahora una remisión en bloque a todo el régimen de individualización de la pena (arts. 66-71CP), con la especialidad de la introducción en el sistema penológico la pena de revocación de ascensos.

3. OBRAR EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER POR LAS FUERZAS ARMADAS

3.1 Concepto, naturaleza y fundamento de la eximente general

El artículo 20 CP/1995 expresa que estarán exentos de responsabilidad penal, en su número 7º: “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Aquí en realidad hay dos causas de justificación: por un lado, el obrar en cumplimiento de un deber y, por otro lado, el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Aunque no coincidan exactamente estas dos causas de justificación, puede llegar a existir un solapamiento en el contenido de ambas cuando el sujeto sea agente de la autoridad y tenga la obligación de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando métodos violentos en aras de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva⁴².

Centrándonos en el obrar en cumplimiento de un deber, éste se ocupa de aquellas situaciones de colisión de deberes que tienen relación con el ejercicio de la función pública⁴³, con el cumplimiento de deberes que implica la realización de actos de coacción o de violencia, y, por último, con el cumplimiento de órdenes antijurídicas.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 40 expresaba que «La pena... inferior en grado se determinará... partiendo del grado mínimo y restándole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día». Con el avance que supone el CPM de 2015 en la constitucionalidad del régimen jurídico militar, esto ya está olvidado. De acuerdo, a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas no existe ningún obstáculo que impida reducción alguna.

⁴¹ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, p. 201.

⁴² Así, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Aranzadi, 2011, p. 2.

⁴³ Sin perjuicio, como ha señalado la doctrina científica, de aquellos supuestos en los que son ciudadanos corrientes quienes estarían amparados por la eximente en cumplimiento de un deber cuando realicen un comportamiento objetivamente tipificado como delito, por ejemplo, el deber de detención en ciertos casos

El cumplimiento de un deber puede conllevar la lesión típica de bienes jurídicos protegidos, es más, dichas lesiones o puestas en peligro están a veces no sólo permitidas sino ordenadas por el Derecho, so pena, de incurrir responsabilidad penal. Por ejemplo, el subordinado militar que comprobando la ilicitud de una orden decide desobedecerla, podría estar incurriendo en un delito militar de desobediencia del art. 44 CPM/2015; o el superior que por no extralimitarse en su autoridad incumple el deber de mantenimiento de la disciplina, podría estar cometiendo un delito contra los deberes del mando del art. 64 CPM/2015. De este modo, el que realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes, en la que el sujeto sólo puede cumplir con uno, implicando necesariamente que infrinja el otro. El deber de omitir la acción prohibida (o de realizar la acción ordenada en los delitos de omisión) entra en conflicto con otro deber jurídico de cualquier otro sector del ordenamiento. Es, por tanto, presupuesto básico de esta eximente, en opinión unánime en la moderna Ciencia del Derecho Penal⁴⁴, que sobre el sujeto recaiga una norma prescriptiva que le obligue a actuar aún cuando esté menoscabando bienes jurídicos protegidos. La conducta exigida ha de constituir un deber jurídico específico; por contra, no bastará con la existencia de un deber general de actuar, ni estarán amparados otros deberes que no estén consagrado por la ley (como el deber moral o ético).

Para que en la situación concreta la conducta sea lícita deberá cumplirse el deber que tutele el interés preponderante, o si ambos fueran equivalentes será suficiente con cumplir cualquiera de ellos, salvo que se trate por un lado de un deber de actuar y por otro lado un deber de omitir, en este caso prevalecerá el de omitir al considerarse el menos gravoso⁴⁵. Como puso de manifiesto ARMIN KAUFMANN, siempre tendrá prevalencia el deber de omisión sobre el deber de acción porque el cumplimiento de un deber de acción siempre es más gravoso, y por ello, la infracción de actuar es menos

recogido en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, en MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, p. 490.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16: El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016, pp. 242 y ss.

⁴⁵ La ponderación de los deberes jurídicos remite a la **ponderación de los intereses en conflicto**. En resumen, pueden darse tres situaciones de conflicto: i) ante bienes desiguales, prevalece el de mayor rango o prevalente; ii) ante bienes iguales y concurriendo dos deberes de acción, actúa justificadamente siempre que cumpla cualquiera de los dos, ya que, si no fuera así, llevaría a pensar que hay situaciones en las que no es posible comportarse conforme a Derecho (*ad impossibilia nemo tenetur*); y iii) antes bienes iguales y concurriendo un deber de acción y otro de omisión, prevalece el de no actuar (*neminem laedere*). Así, en HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *ibid.*, p. 243.

grave que la infracción del deber de omitir⁴⁶. En todos estos casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por el cumplimiento del deber jurídico de mayor o igual interés, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el Ordenamiento jurídico⁴⁷. Este esquema se deriva de la interpretación del precepto del art. 20.7º CP/1995 de acuerdo con el principio de interés preponderante, no en vano, mayoritariamente se sostiene en la doctrina que este principio fundamenta a la eximente de obrar en cumplimiento de un deber.

Asimismo, en la realización de esta causa de justificación hay que dar entrada al principio del respeto de la dignidad humana. Pues, aún cuando el sujeto actúe cumpliendo un deber de rango superior o igual su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana, por ejemplo, cuando se utilice a un ser humano como un mero instrumento o se atente de otro modo gravemente contra su dignidad⁴⁸. En definitiva, la dignidad humana es otro de los principios que se ha de tener en cuenta a la hora de examinar la colisión de deberes en la situación concreta⁴⁹.

Los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son innumerables, pues el cumplimiento de cualquier deber jurídico puede dar lugar a su aplicación⁵⁰. La jurisprudencia ha confirmado que, a la postre, esta eximente tiene naturaleza de *«cláusula general de justificación que cumple una misión de cierre del sistema jurídico [...] que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales»*⁵¹. Esta eximente cumple con la función armonizadora y se enlaza con

⁴⁶ Véase, en CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», en *Sección Doctrinal. Aranzadi*, 1987: Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 143 y 152.

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...cit.*, p. 293.

⁴⁸ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte general*, T. II, 6ª edic., Tecnos, 1998, p. 295

⁴⁹ En este sentido, merece ser destacada la **previsión del art. 616 bis, en relación con los delitos de genocidio y de lesa humanidad**: «Lo dispuesto en el artículo 20.7º de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título».

⁵⁰ Dentro de los deberes se pueden citar deberes públicos (obligación de denunciar, arts. 259 y 264 LECrim), privados (patria potestad, art. 154 CC), como también los denominados deberes profesionales, entre los que se mencionan el que tienen Abogados y Procuradores de no revelar actuaciones procesales o, la obligación de detener consignada en el art. 492 LECrim respecto a la autoridad o agente de policía judicial.

⁵¹ Entre otras, Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: STS nº. 1262/2006, de 28 de diciembre (ROJ: 8273/2006), STS nº. 46/2014, de 11 de febrero (ROJ: 250/2014), STS nº. 608/2019, de 11 de diciembre (ROJ: 3910/2019) expresan literalmente: *«Es doctrina jurisprudencial consolidada la que establece que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o*

la idea básica de unidad del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de un deber jurídico que viene impuesto por otros sectores del ordenamiento jurídico (Derecho Administrativo Militar, Derecho Civil, Derecho Laboral, etc.) no puede dar lugar a la comisión de ilícitos en el Derecho Penal⁵². Porque si no es así, como adecuadamente expresa MORALES PRATS el sistema jurídico podría convertirse en un ente esquizofrénico con capacidad de hablar al unísono con dos voces contradictorias, una para imponer deberes y otra para castigar el cumplimiento de aquéllos⁵³. En consecuencia, el art. 20.7º CP/1995 resuelve el conflicto de leyes a favor de la norma no penal, justificando el deber cuyo cumplimiento lesiona el bien jurídico protegido. La decisión a favor de la norma no penal se deduce del carácter de *última ratio* de la intervención jurídico-penal, por el que se establece que sólo debe recurrirse al Derecho Penal en la prevención y el castigo de los hechos más lesivos para los bienes jurídicos más importantes de la vida social⁵⁴.

3.2 Normativa relativa a los deberes militares. En especial, la disciplina y el deber de obediencia

Las Fuerzas Armadas españolas, pertenecientes al Ministerio de Defensa, están compuestas por los miembros del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército de Aire, entre los que también se integran los Cuerpos Comunes formados por el Cuerpo Militar de Intervención, el Cuerpo Militar de Sanidad, el Cuerpo de Músicos Militares y el Cuerpo Jurídico Militar. Aunque el Instituto de la Guardia Civil quede integrada dentro de las FFCCSE cumpliendo funciones de policía, seguridad ciudadana y orden público, también ostenta naturaleza militar.

En el desempeño de su profesión, los componentes del Cuerpo castrense han de enfrentarse a situaciones en las que cumpliendo con su deber (el del subordinado de obedecer las órdenes militares y el del superior de mantener la disciplina) realicen

cargo constituye, según lo señalado desde hace tiempo la doctrina penal, una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales puede verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicas sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada».

⁵² HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16...», *cit.*, p. 240.

⁵³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal...cit.*, p. 1.

⁵⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...cit.*, p. 488.

acciones con las que infrinjan el deber general de prevenir y reprimir lesiones de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal y que están tipificadas como delito, ya sea de forma dolosa o imprudente, en el CPM/2015 y CP/1995. Por ejemplo, el deber de obediencia puede entrar en conflicto con el deber de declarar que pesa sobre los testigos, el deber de denunciar que incumbe a todos los ciudadanos y el deber de impedir determinadas infracciones administrativas o delitos, pensemos en el subordinado que debe obedecer una orden constitutiva de delito grave, como ocurrió el 23 de febrero de 1981 cuando el Teniente Coronel Antonio Tejero dio órdenes de asaltar el Congreso de los Diputados durante la votación para la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno (constitutivo de delito grave de rebelión del art. 472 CP/1995). Por otro lado, el deber de mantenimiento de la disciplina que ha de cumplir el superior militar puede entrar en conflicto con el deber de no atentar la integridad física y moral, la dignidad o los derechos de la persona a no ser obligado o coaccionado, bienes jurídicos tutelados por el delito militar de abuso de autoridad del art. 45 y ss. CPM/2015 (en concreto el de modalidad de maltrato de obra es el más frecuente) y, paralelamente en la legislación penal común en los delitos de lesiones del art. 147 CP/1995, de malos tratos de obra del art. 147.3 CP/1995 y de coacciones del art. 172 CP/1995.

El cumplimiento del deber que se justifica en cada una de las situaciones anteriores ha de ser conforme a Derecho, es decir, es necesario que el modo de obrar se ajuste a lo establecido en la Constitución y en el restante ordenamiento jurídico, con especial observancia de los principios básicos que rigen el uso legítimo de la violencia en el ámbito castrense: proporcionalidad, congruencia y oportunidad (principios que estudiaremos detenidamente en el epígrafe de análisis jurisprudencial). Razón por la cual si se excede de los mismos la actuación militar será antijurídica y no podrá quedar amparada por esta causa de justificación. Este requisito de conformidad a Derecho del que actúa al amparo de esta eximente, puede plantear dificultades interpretativas pues casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico al margen de la penal⁵⁵. Por tanto, para determinar si un militar actuó en el cumplimiento de su deber se deberá acudir a la legislación castrense, que a continuación procedemos a estudiar.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...cit.*, pp. 319-320.

El cumplimiento del deber en el ámbito castrense adquiere especial significación dado que constituye un valor (**sentido del deber**)⁵⁶ que deben seguir todos los miembros del Ejército y la Guardia Civil⁵⁷ en el cumplimiento de sus funciones. El artículo 8.1 de la Constitución Española determina que: «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», y en su apartado segundo menciona que una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional⁵⁸.

Los principios a los que responde la organización de las Fuerzas Armadas son los de jerarquía, unidad y eficacia⁵⁹. En concreto, el principio de eficacia opera como una directriz organizativa esencial para la Administración Militar que implica articular a la disciplina como medio necesario para satisfacer los objetivos y misiones constitucionalmente asignadas. La disciplina militar constituye un bien jurídico protegido por la ley penal militar y se entiende como el conjunto de deberes que se impone al militar su permanencia en el servicio. Se trata de un factor de cohesión que protege el acatamiento y fiel observancia a la jerarquía y del orden legalmente fijado para las FAS y la Guardia Civil, así como la subordinación a los superiores jerárquicos y la obediencia a los mandatos lícitos que estos emitan⁶⁰.

Los deberes encomendados a los militares vienen establecidos a modo de reglas de comportamiento en el art. 6 de la LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de las Fuerzas Armadas. La cuestión del deber de obediencia se recoge en las reglas 8ª, 11ª y 12ª, en las que resumidamente relacionan el concepto de disciplina militar con la obligación a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado. Así, la disciplina se

⁵⁶ Por ejemplo, uno de los artículos del credo legionario, relativo al espíritu de disciplina, dice: «*Cumplirá su deber, obedecerá hasta morir*».

⁵⁷ La Sala de lo Militar en jurisprudencia consolidada (véase, SSTs de 24 de octubre de 1996 (ROJ: 5797/1996), y de 13 de septiembre de 2001 (ROJ: 6751/2001)) confirma que los **miembros de la Guardia Civil**, así como los alumnos en formación, son militares y, por tanto, están sujetos a la disciplina militar y al Derecho Penal Militar, «como corresponde a la naturaleza militar del Instituto al que pertenecen».

⁵⁸ Por complementar, el **art. 2 LODN** expresa lo siguiente: «La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

⁵⁹ Véase el artículo 103.1 CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

⁶⁰ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, pp. 385-390.

compone de un doble significado, por un lado, una expresión colectiva relativa al acatamiento a la Constitución y, por otro lado, una manifestación individual relacionada con el cumplimiento de las órdenes recibidas. De hecho, los militares deberán obedecer las órdenes que, conforme a derecho, se les den y, sólo quedan exceptuadas de su obediencia cuando entrañen la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Paralelamente, en la regla 10ª se establece que el deber del superior jerárquico en el mantenimiento de la disciplina entre sus subordinados prevé el deber de exigirles obediencia cuando los actos que ordenen no sean contrarios a las leyes o constituyan delito⁶¹.

Además, en el cumplimiento exacto de sus obligaciones los miembros de las FAS deben guiarse por lo dispuesto en las Reales Ordenanzas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. Si las mismas históricamente recogían el conjunto de normas que sistematizaban el régimen militar, ahora pueden constituir un Código de conducta de los militares.

La cuestión que nos atañe respecto al deber de obediencia se menciona en los artículos 44, 45 y 48 RROO que vienen a mantener la línea del art. 6.1 LODDFAS. El primero de ellos, recoge otra definición de disciplina militar, diciendo que se trata de un conjunto de reglas que persiguen el mantenimiento del orden y la subordinación entre los miembros de las Fuerzas Armadas y, añade que «es virtud fundamental del militar que obliga a todos por igual. Es deber y responsabilidad del militar practicar, exigir y fortalecer la disciplina».

Por su parte, el art. 45 expresa que el militar obedecerá las órdenes, mandatos relativos al servicio «en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan [...]». También deberá atender los requerimientos que reciba de un militar de empleo superior referentes a las disposiciones y normas generales de orden y comportamiento».

No obstante, a pesar de que la disciplina militar exige con mayor rigor el deber de obediencia en la organización y estructura castrense, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza «un deber absoluto de obediencia ciega, pasiva o automática».

⁶¹ En este sentido, el artículo 55 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas: «El sentido de la responsabilidad es indispensable para el buen ejercicio del mando y por él se hará acreedor a la confianza de sus superiores y subordinados. La responsabilidad en el ejercicio del mando militar no es renunciable ni puede ser compartida. Los que ejerzan mando tratarán de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Todo mando tiene el deber de exigir obediencia a sus subordinados y el derecho a que se respete su autoridad, pero no podrá ordenar actos contrarios a las leyes o que constituyan delito».

Respecto a sus límites, el art. 48 señala como tales la ejecución de acto constitutivo de delito, en particular contra la CE, personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado. En tales circunstancias, el subordinado militar no estará obligado a obedecerlas. Se debe recalcar la importancia de este precepto en relación con los mandatos antijurídicos, por cuanto únicamente recoge como límite taxativo la ejecución de delitos, sin mención alguna al resto de las normas no penales. A continuación, complementa que, «en todo caso, el subordinado asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión», a sabiendas de su ilicitud.

El referido deber de obediencia viene proclamado constantemente por la normativa militar, a modo de ejemplo, cabe añadirse la LO 12/2007, de 22 de octubre, reguladora del Régimen disciplinario de la Guardia Civil (arts. 7.15, 8.5 y 9.3); en la LO 11/2007, de 22 de octubre, de derechos y deberes del Cuerpo (art. 16); Ley 29/2019, de 28 de noviembre, de personal (art. 7.1.9), en la Ley de la Carrera militar 39/2007, de 17 noviembre (art. 4.2); LO 8/2014, de 4 diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, etc.

En resumen, para cumplir con las funciones encomendadas asegurando los principios constitucionales de eficacia, jerarquía y unidad, los miembros de las Fuerzas Armadas deberán responder a un cumplimiento exacto de las órdenes dadas (deber de obediencia).

4. EL DEBER DE OBEDIENCIA EN EL ÁMBITO CASTRENSE

4.1 Antecedentes: Referencia a la obediencia debida en el Código Penal Militar de 1985. El Anteproyecto del CPM de 2013

Para comprender con mayor exactitud que el deber militar de obediencia queda comprendido en la eximente general del art. 20.7º Código Penal español, debemos estudiar en primer lugar la eximente penal que históricamente resolvía en el ámbito militar el conflicto entre el deber de evitar lo ilícito y el deber de obedecer, la eximente de la obediencia debida.

«Al Ejército no le toca ni puede tocarle el examinar la razón de la orden que le pone en movimiento. Su obediencia lo exige por constitución. La menor deliberación acerca del objeto de su destina destruirá en sus fundamentos la institución militar. Por lo mismo, es un axioma que la fuerza es esencialmente obediente» (AGUSTÍN DE ARGÜELLES).

Con tales términos se hacía referencia al tema de la obediencia debida en los debates previos a la aprobación de la Constitución de 1812. No obstante, ya en el preámbulo del CPM/1985 se estableció que el problema de la obediencia debida se resuelve al margen del viejo concepto de una obediencia ciega, «para exigir en el inferior que obedece, una especial atención a que sus actos no comporten conductas delictivas»⁶².

En una primera aproximación al concepto de la obediencia debida se puede afirmar que se trata de una institución que se ha ido construyendo con base en aportes normativos, doctrinales y jurisprudenciales, como también del Derecho Internacional con el Estatuto de Roma. Por obediencia debida se puede entender aquella acción del inferior de acatar las ordenes emanadas de la voluntad de la persona que tiene potestad para mandar, o en su caso, de la voluntad del legislador a través de una ley. A efectos penales, se traduce en lo siguiente: «el subordinado que rinde obediencia a un superior jerárquico, se descarga de culpa (a lo que nosotros añadiremos que también le excluye de antijuridicidad), siempre y cuando no se trata de un delito evidente»⁶³.

El CPM/1985 regulaba la obediencia debida en el art. 21, del siguiente modo: «No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia debida a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la CE»⁶⁴. Su presupuesto básico radicaba en la orden militar, pero no cualquiera, sino aquella que cumplía con los siguientes requisitos. El primer requisito se refiere a su procedencia pues, la orden debe haber sido dictada por un superior jerárquico competente⁶⁵. El segundo requisito es uno material, la orden debe versar sobre actos del servicio⁶⁶ que impliquen un mandato relativo a las atribuciones que legalmente le corresponde dentro de sus cometidos

⁶² JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civita, Madrid, 1987, p. 209.

⁶³ CABANELLAS, G., *Diccionario jurídico elemental*, 16ª edic., Editorial Heliasta, Argentina, 2003, p. 275.

⁶⁴ La fórmula empleada por el Código Penal Militar español de 1985 ha sido estudiada por la Doctrina científica española, que ha analizado fundamentalmente si el adverbio «*manifiestamente*» va referido solamente a los actos que sean contrarios a las Leyes o usos de guerra, o por el contrario va referido también además a los actos que constituyen delito, en particular contra la CE. El Tribunal Supremo en la STS nº. 791/1983, de 22 de abril (ROJ: 1173/1983), en relación con los hechos que culminaron con el asalto y posterior ocupación del Congreso de los Diputados el 23 de febrero de 1981, ha manifestado que el adverbio manifiestamente no va referido a la frase «o constituyan delito».

⁶⁵ Así, el art. 19 CPM/1985: «A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta».

⁶⁶ Así, el art. 15 CP/1985: «A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde».

específicos al subordinado que recibe la orden, «tanto en su cometido técnico como en el propio de su empleo y destino» aclarado en STS de 12 de marzo de 2004 (ROJ: 1719/2004). El tercer requisito ocupa un papel primordial pues exige la existencia de un deber jurídico de obediencia. Lo que implica dos consecuencias, por un lado, que debe estar recogido en una norma jurídica y, por otro lado, que la orden sea lícita, es decir, conforme a Derecho. En este contexto, se debe tener presente que en el Derecho Penal Militar no existen mandatos antijurídicos obligatorios, es decir, la orden del superior de realizar una conducta ilícita. Lo anterior debe matizarse, porque pueden existir órdenes militares que se caractericen por una ilegitimidad formal (no material o de contenido), refiriéndonos a órdenes anulables o irregulares que adolecen simplemente de un defecto de forma o de competencia. En tales casos, parece primar el deber de obedecer a los superiores jerárquicos debido a la trascendencia de esta clase de órdenes en la disciplina militar. Pues, la desobediencia de órdenes anulables o irregulares «produciría o llevaría consigo desde luego unos efectos negativos perniciosos perjudiciales de toda índole, que superarían a la obediencia de las mismas»⁶⁷. Por el contrario, una orden que constituya delito será nula y, por tanto, no podrá quedar justificado por la obediencia debida el subordinado que actúe ejecutándola.

Una vez se confirme el deber de obediencia, éste ha de ser de rango superior o igual al de omitir la acción prohibida o realizar la acción ordenada (en los delitos de omisión) de conformidad con el principio de interés preponderante y, no debe suponer un grave atentado a la dignidad humana. Nadie puede, por ejemplo, escudarse en una orden para eximir su responsabilidad en el maltrato a un prisionero⁶⁸.

Obsérvese cómo en la obediencia debida se plantea la misma situación problemática representada ex ante por un sujeto activo que ha de cumplir con un deber (causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber): una colisión de dos deberes.

Por último, se requiere de un elemento subjetivo, esto es, la voluntad del subordinado de dar cumplimiento a la orden debida. Ha de actuar con ánimo de cumplir con el deber de obediencia o de actuar conforme a Derecho.

En conclusión, el fundamento de la antigua eximente no sería la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios (que no existían manifiestamente en el Derecho Penal Militar

⁶⁷ HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Curso de Derecho Penal...cit.*, p. 357.

⁶⁸ En este sentido, la **Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** adoptada en el año 1984 y plenamente en vigor desde 1987 en su artículo 2.3 expresa que: «No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura».

de entonces ni el de ahora), sino el principio fundamental del deber primordial de carácter general de obediencia del que se nutre el Código Castrense.

Tras la supresión de la eximente de obediencia debida en el Código Penal de 1995 después de casi doscientos años de pervivencia⁶⁹, se originó un debate sobre la oportunidad de suprimirla en el Código Penal Militar⁷⁰. Distintas fueron las voces que se posicionaron en torno a este debate. Algunos autores como SUÁREZ LLANOS mantuvieron en sus tesis la diferencia entre la obediencia debida y el cumplimiento de un deber; argumentando que en un escenario de un conflicto bélico no se puede dar entrada a los requisitos del cumplimiento de un deber: existe una mayor libertad en la forma de la orden y, dada la apremiante necesidad de actuar, la capacidad de examen de la orden por el subordinado es muy limitada, junto con que se refuerzan (aún más si cabe) la disciplina, y por extensión la obediencia⁷¹. Y, además, la infracción de un deber merece mayor pena en las leyes castrenses. Otro grupo de autores, como PÉREZ DEL VALLE y RODRÍGUEZ VILLASANTE, abogaron por sustituirla por el tratamiento de error de prohibición en sede militar.

Nuestra posición, siguiendo la opinión de JUANES PECES⁷², es aquella que mantiene que la obediencia debida quedó vacía de contenido en tanto en cuanto los supuestos encuadrables a priori en lo que pudiera ser la eximente de obediencia debida, habían quedado cubiertos por la eximente genérica de cumplimiento de un deber, con la particularidad de que los deberes militares son más exigentes que en el ámbito común. Lo que da una impronta específica a esta eximente cuando se proyecta en el ámbito castrense.

En el mismo sentido se posicionó el Consejo General del Poder Judicial con motivo de informar en la tramitación parlamentaria del nuevo CPM. En dicho informe formuló serios reparos al art. 8 del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Código Penal Militar de 2013 en el que, tras definir orden, establecía: «Será punible toda acción u omisión de una infracción penal ejecutada por un militar en cumplimiento de una orden, salvo que a) no conozca de su ilicitud penal; y b) la orden no fuera manifiestamente ilícita». Este

⁶⁹ El Código Penal común de 1973 enumeraba en art. 8 n.º. 12 como causa de justificación: «El que obre en virtud de obediencia debida».

⁷⁰ HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J., «A vueltas con la obediencia debida. ¿Mandatos antijurídicos obligatorios?», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 22, 2011, pp. 145-170.

⁷¹ En palabras de J. Assua: «el soldado bajo las armas contrae deberes particulares y sus deberes son más rigurosos aún en tiempo de guerra que en tiempo de paz».

⁷² DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, pp. 176 y ss.

artículo venía a consagrar la obediencia debida como causa de exención de responsabilidad, «acogiéndose al sistema de responsabilidad del ámbito internacional por el que se reconoce la obediencia debida como eximente penal en el artículo 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional». No obstante, el Pleno del CGPJ⁷³ argumentando que, por un lado, no existen mandatos antijurídicos obligatorios por disposición del art. 103 CE y por otro, que la lesión a un bien jurídico protegido por el cumplimiento de una orden podría reconducirse por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber si la orden es legítima (o en su caso, por el error de prohibición del art. 14.3 CP), estimó que esta circunstancia también debería desaparecer del Derecho Penal Militar. Finalmente, el legislador consideró procedente la citada observación del CGPJ y, terminó por eliminar el mencionado apartado con lo que ello suponía, la supresión de la eximente de la obediencia debida en el nuevo CPM.

4.2 Naturaleza de la obediencia jerárquica como eximente penal. Breve comentario sobre la problemática de los mandatos antijurídicos obligatorios

La doctrina discute sobre si se trata de una causa de justificación o, una causa de inculpabilidad. Incluso, en el preámbulo del CPM/1985 no quedó claro si quien obra cumpliendo órdenes militares ilegales (por constituir ilícito disciplinario o penal) quedan exentos de responsabilidades por actuar justificadamente o, porque no puedan ser considerados culpables⁷⁴. El hecho de que nos decantemos por una u otra opción⁷⁵ determinará la viabilidad de comprender el deber de obediencia dentro de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber del art. 20.7º CP/1995.

⁷³ Informe al ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR, elaborado el 7 de octubre de 2013 en Madrid. Véase Consejo General del Poder Judicial (2020). Consejo General del Poder Judicial. Disponible en:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Aprobado_el_informe_del_CGPJ_al_Codigo_Penal_Militar [consultado 27 de abril de 2020].

⁷⁴ En el Preámbulo del CPM/1985 se refería a la obediencia debida como «...causa de justificación del cumplimiento de los mandatos antijurídicos del superior, excepcionada por la notoriedad de su ilicitud, pero complementada por la posible concurrencia del error o de la coacción, regulados conforme a la legislación común». Lo anterior nos induce a pensar que la eximente de la obediencia debida podría estar situada en un punto medio entre la esfera de la justificación y la exculpación.

⁷⁵ Además, su consideración como causa de justificación permitirá convertir el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, con las siguientes consecuencias importantes: a) Frente a un acto justificado no cabe legítima defensa, ya que ésta presupone una agresión antijurídica; b) La participación (inducción, cooperación necesaria o complicidad) en un acto justificado del autor está también justificado; c) El autor del hecho justificado no se le pueda imponer una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del Ordenamiento jurídico; y d) La existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuridicidad. Así, en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...cit.*, pp. 293-294.

El debate originado en torno la naturaleza jurídica de la eximente de la obediencia debida se encuentra estrechamente relacionado con la cuestión de la obligatoriedad de órdenes militares ilegales o, dicho de otra forma, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios en la Administración militar. Para un sector de la doctrina, existen mandatos antijurídicos obligatorios de forma que, puede llegar a existir un deber de cumplir una orden antijurídica que lleve a plantearse frente al subordinado jerárquico una colisión de dos deberes, el deber de obediencia y el deber de respetar el ordenamiento jurídico. Cuando el deber de obediencia sea de mayor o igual valor, el subordinado actuará de forma justificada, y el superior podrá ser autor mediato detrás del instrumento que actúa justificadamente⁷⁶, si el superior jerárquico ha creado la situación y ostenta en dominio del hecho aunque no realice la acción típica. Por el contrario, para el otro sector de la doctrina penal sólo son obligatorias las órdenes que son conformes a Derecho, por lo que no existen mandatos antijurídicos obligatorios, y sólo se puede producir la exculpación por la creencia errónea en la obligatoriedad de una orden por parte del subordinado que la recibe y cumple⁷⁷. Esta postura construye la eximente de la obediencia debida en sede del error de prohibición del art. 14 CP/1995 de la siguiente forma (teoría del error inverso). El sujeto actúa creyendo que concurren todos los presupuestos de la situación justificante, pero no es así, la orden no es obligatoria y, por tanto, no existe el deber de obedecerla. Cuando falta un elemento esencial de una causa de justificación, la conducta es antijurídica. Si falta dicho elemento tampoco se puede aplicar la correspondiente eximente incompleta, puesto que en ellas se exige la carencia de los elementos inesenciales y la concurrencia de los esenciales. Nos queda analizar, entonces, si podemos resolver el problema del error sobre los elementos esenciales de una causa de justificación en el ámbito de la culpabilidad. El Código Penal español en su artículo 14.3 acoge la problemática del error de prohibición o creencia errónea, de modo que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal excluye de responsabilidad penal, mientras que si el error es vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados. El error invencible con efectos exculpatórios no podrá alegarse cuando la antijuridicidad penal de los actos de cumplimiento de la orden es evidente, manifiesta o palmaria, lo que

⁷⁶ PÉREZ DEL VALLE, C., «Aproximación a los problemas dogmáticos de la Obediencia en el Derecho Penal Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, nº. 68, Madrid, 1996, p. 42.

⁷⁷ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, pp. 174-175.

sucede cuando puede ser advertida (y, vencida) por cualquier persona⁷⁸. En este sentido, la Sala de lo Militar en STS de 5 de marzo de 2010 (ROJ: 1279/2010), en supuesto de abandono de destino justificado, señaló que para excluir el error (error vencible) no se requiere que el sujeto tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, sino que basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, *«lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno»*.

Teniendo presente las dos posturas, procedemos a analizar la doctrina jurisprudencial de la Sala Quinta del TS respecto a la problemática de los mandatos antijurídicos obligatorios. A raíz de la vigencia del art. 103 CE a cuyo tenor «la Administración Pública actúa con pleno sometimiento a la ley y al Derecho», no caben en nuestro Derecho penal militar mandatos antijurídicos obligatorios y, por tanto, parece indicarse que no cabe exigir obediencia de órdenes militares ilegales, dejando inoponible el obrar en cumplimiento del deber de obediencia como causa de exención de responsabilidad penal. En líneas anteriores, hemos adelantado que esto ha de matizarse pues, en una Administración estrictamente jerarquizada como es la organización castrense la disciplina, como factor de cohesión de todos sus actos, puede favorecer (con límites) la existencia de estos mandatos antijurídicos. En consecuencia ante dicha existencia hay que considerar lo siguiente. Primera, no es posible admitir de forma absoluta la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues en ningún caso se protege la obediencia en sí misma, sino el interés general del buen funcionamiento de la Administración y demás organizaciones jerarquizadas, cuando se considere este interés preponderante. Segunda, el Derecho no puede exigir que el subordinado sepa la ilicitud del mandato, porque ello requeriría revisar la orden, algo absolutamente incompatible con el principio de jerarquía, el que si se negará anquilosaría la Administración Pública y Militar. Y, tercera, al emanar la orden del superior competente, el mandato goza de la presunción de juricidad, dicho con otras palabras, los mandatos dictados por lo superiores competentes están cubiertos por la presunción de legalidad (*imperium auctoritas*). Por consiguiente, la orden antijurídica vincula al subordinado hasta donde llega esta presunción.

⁷⁸ RUEDA MARTIN, M.A., y URRUELA MORA, A., «Capítulo 19...», *cit.*, pp. 292 y ss; DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, pp. 172-176.

Todas estas ideas aparecen recogidas en la denominada Teoría de la Apariencia aplicada por la doctrina⁷⁹. De conformidad con esta teoría, si la orden tiene apariencia de licitud resulta de obligado cumplimiento. Lo cual no sucede cuando quien dicta la orden carece de competencia, o se hubiera prescindido totalmente de los elementos esenciales de su procedimiento, o el contenido intrínseco de la misma fuera constitutivo de infracción penal⁸⁰. En definitiva, a salvo de la manifiesta ilicitud el subordinado deberá obedecer todo mandato de su superior, aunque adolezca de algún defecto formal u otro tipo de ilegalidad (órdenes irregulares o anulables). La Sala Quinta del TS se inspira precisamente en la teoría de la apariencia para separar la manifiesta ilicitud de la apariencia de legalidad bajo la distinción entre órdenes ilícitas (ilegalidad material) y órdenes ilegítimas (ilegalidad formal).

Las primeras son aquellas órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyen delito⁸¹. Para determinar cuando una orden entraña la comisión de un delito de una forma manifiesta, atendiendo a la propuesta MIR PUIG⁸², seguimos el criterio general que se maneja a efectos de imputación objetiva en la Teoría de la Adecuación. Es decir, el tribunal juzgador deberá delimitar el punto de vista de un hombre medio en el momento de recibir la orden y con los conocimientos especiales que pueda tener el subordinado en esta situación. Lo que comporta la necesidad de examen *ex ante*, cuya intensidad varía en función de las circunstancias subjetivas o personales (rango jerárquico, orgánico o funcional, nivel de instrucción o preparación) y objetivas (carácter de la orden)⁸³.

⁷⁹ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político criminales», en *Nuevo Foro Penal*, nº. 53, Salamanca, 1991, p. 337. Por aplicación de la **teoría de la apariencia** una infracción tendrá cualidad de evidente, en cuanto un funcionario medio situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esta vulneración, con independencia de cuáles pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto.

⁸⁰ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16...», *cit.*, p. 246.

⁸¹ Entre otras, en STS nº. 31/1992, de 11 de junio (ROJ: 4673/1992) se dijo: «*en el supuesto de que la orden entrañase la ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes y usos de la guerra o que constituyesen delito, en particular contra la Constitución, lo que se plantearía no sería el derecho sino el deber de desobedecerla...*».

⁸² MIR PUIG, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 05-05, 2003, pp. 1-19.

⁸³ El **nivel de exigencia del deber de examen** no es obviamente igual cuando lo que se ordena constituye una infracción administrativa, un delito grave, una violación de derechos fundamentales o la ocupación militar del Congreso de los Diputados para «Salvar a la Patria» (cfr. STS nº. 791/1983, de 22 de abril (ROJ: 1173/1983)).

Respecto al segundo tipo de órdenes, abundante jurisprudencia de la Sala Quinta del TS⁸⁴ relaciona la legitimidad de una orden con el cumplimiento de los requisitos formales conforme a la lectura conjunta de los arts. 5, 6 y 8 CPM/2015. De forma que la orden legítima es aquella que está emitida por un superior competente en forma adecuada y relacionadas con el servicio y con las funciones que tiene legalmente encomendadas el inferior. Por el contrario, si la orden adolece de algún defecto en relación con esa legitimidad así entendida debe considerarse como ilegítima.

En virtud de la peculiaridad de las Fuerzas Armadas como una Administración jerarquizada y del concepto de disciplina que debe guiar su actuación, amén de la teoría de las apariencias, el subordinado deberá obedecer toda orden militar que adopte una apariencia legal adecuada y, únicamente podrá desobedecerla cuando la magnitud de su ilicitud sea tal que su desvalor, es decir, su antijuridicidad, resulte patente o evidente para cualquier persona. Ello se comprende dado que la posibilidad de valoración por parte del subordinado del mandato ordenado se limita «a su relativa licitud o ilicitud penal a razón de que el acto que se ordena sea o no constitutiva de delito». Porque, «de permitir o autorizar al inferior un juicio de valor acerca de su legitimidad, ante de decidirse a cumplirla, pondría en peligro este superior valor castrense (de la disciplina)»⁸⁵.

Podemos concluir que en lugar de manifestar que no existan órdenes antijurídicas obligatorias, parece más conveniente decir que no serán vinculantes los mandatos abiertamente delictivos, los que la Sala de lo Militar denomina órdenes ilícitas. Fuera del supuesto de manifiesta ilicitud, el resto de las órdenes militares deberán ser obedecidas so pena de incurrir en responsabilidad penal (delito de desobediencia del art. 44 CPM/2015) o responsabilidad disciplinaria (infracción grave del art. 7.1. a) LORDFAS)⁸⁶.

⁸⁴ Entre ellas, la STS de 11 de febrero de 2008 (ROJ: 1927/2998) se dijo: *«el concepto de orden legítima supone una exigencia mayor que la falta de contradicción entre la misma y la ley penal o las leyes penales, supone que la orden esté de acuerdo con la legalidad vigente en su conjunto»*.

⁸⁵ Concretamente, en voto particular del magistrado EXCMO. SR. D. ÁNGEL CEREZO CALDERÓN, al margen del pronunciamiento de la Sala Quinta del TS en STS nº. 32/2018, de 22 de marzo (ROJ: 1132/2018).

⁸⁶ Véase, por ejemplo, STS de 31 de mayo de 1999 (ROJ: 3808/1999) *«Fuera del supuesto de ilicitud, la orden siempre ha de ser atacada»*. Ello sin perjuicio de que cuando el subordinado que cumple la orden alberga dudas acerca de su adecuación al Derecho, *«pueda formular objeciones después de cumplirla, o consignando reclamación o queja en la papeleta de servicio, o incluso emitir parte disciplinario en relación con lo ordenado»*, tal como se afirma en STS nº. 32/2018, de 22 de marzo (ROJ: 1132/2018).

En resumen, al discutir la naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida hemos encontrado distintas posturas. En mi opinión, aceptando que existen mandatos obligatorios no manifiestamente antijurídicos, entonces, el deber de obediencia en la Administración Militar debe ser examinado en el tipo de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber. Es un supuesto particular que justifica la realización de una conducta típica por haber obedecido debidamente una orden obligatoria de la autoridad. Así pues, en opinión de LOPEZ SÁNCHEZ⁸⁷, se pueden distinguir dos tipos de órdenes ilegales que el militar debe obedecer, sin perjuicio de que obre justificadamente. Por un lado, las órdenes en que la vulneración del precepto penal no sea manifiesta (del CPM). Y, por otro lado, aquellas otras menos graves en las que su contenido suponga un ataque a las leyes no penales que ordenan la actuación militar (por ejemplo, de la ley reguladora del régimen disciplinario de las FAS).

En definitiva, en el normal desenvolvimiento de la actividad militar donde los superiores jerárquicos dicten órdenes conformes a Derecho o en su caso, no manifiestamente ilícitas y concurren los demás requisitos estaremos pues, ante supuestos de aplicación de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, justamente del deber de obediencia con los límites fijados en el CPM, la LODDFAS y las RROO, que van a estudiarse a continuación.

4.3 Requisitos de la causa de justificación: Obrar en cumplimiento del deber de obediencia

Siguiendo con la tesis expuesta procedemos a analizar cuáles son los requisitos que han de darse para que la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber comprenda los casos de obediencia debida en el ámbito castrense.

Las causas de justificación se componen de elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además, que el autor conozca esa situación e, incluso, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción⁸⁸.

⁸⁷ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, 2007, p. 139.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...cit.*, p. 297. También CEREZO MIR, J., afirma en *Curso de Derecho...cit.*, p. 186: «desde el momento en que nuestro Código se inspira en una concepción de lo injusto que distingue un desvalor de la acción y un desvalor de resultado, es necesario apreciar elementos subjetivos de justificación».

De esta forma, para que la obediencia pueda estar amparada en la causa de justificación del número 7º del art. 20 CP/1995, tienen que darse los siguientes presupuestos objetivos. Ha de tratarse de una orden militar relativa a actos de servicio, que no viole manifiestamente el ordenamiento jurídico y que se imparta por el superior en el seno de las relaciones de subordinación de las que cabe predicar en el Derecho militar un deber de obediencia:

A) EXISTENCIA DE UNA ORDEN MILITAR RELATIVA A ACTOS DE SERVICIO

En el examen de este primer requisito van a distinguirse dos aspectos: en primer lugar, el concepto de “*existencia de una orden militar*” y, en segundo lugar, el concepto de “*actos de servicio*”.

La existencia de una orden es un requisito de carácter especial por el que se ampara «el emprendimiento de la acción típica por parte del sujeto»⁸⁹. De forma general, la orden se define como un mandato, consistente en una voluntad exteriorizada que se dirige a otro a fin de que se realice una determinada conducta, por existir entre ellos una relación de jerarquía reconocida legalmente⁹⁰. En el Derecho Penal Militar el concepto de orden reviste gran importancia, ya que no sólo es presupuesto de la obediencia, sino también criterio delimitador del delito de desobediencia, referencia imprescindible para la Ley Disciplinaria y pilar básico de la funcionalidad de las FAS⁹¹.

El art. 8 del CPM señala que es orden: «todo mandato relativo al servicio que un superior militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le corresponden, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta». A lo que se añade, que toda orden debe abarcar su conformidad al Derecho tal como expresa la regla undécima del art. 6 LODDFAS. El artículo 4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera militar, y el art. 45 de las RROO, ambos recogen una definición de “*orden*” similar a la establecida en el CPM.

Sobre la forma adecuada exigida en una orden militar, la Sala Quinta ha considerado en diversas sentencias, entre otras STS nº. 99/1994, de 3 de noviembre (ROJ: 15997/1994), que la orden debe ser emitida a través de un medio o instrumento correcto (aunque lo sea a través de otro subordinado), por el que se permita al subordinado conocer sin duda

⁸⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16...», *cit.*, p. 246.

⁹⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal...cit.*, pp. 28 y 135.

⁹¹ CALDERÓN SUSÍN, E., «Comentario de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar», en *Revista General de Derecho*, 1984, pp. 345 y ss.

alguna cuál es la voluntad del superior que debe actuar, siendo por lo demás la forma verbal la usual y la escrita la excepcional⁹². A tal efecto, la jurisprudencia entiende que puede reputarse como medio idóneo incluso la transmisión de una orden mediante comunicación telefónica o, a partir de, como afirma STS de 9 de julio de 2004 (ROJ: 4985/2004), «*otros medios de comunicación proporcionados por los avances de la técnica*». Además, a la hora de valorar la concurrencia de esta eximente, se debe destacar a este respecto que, en tiempos de guerra, dada la perentoriedad de las acciones militares las órdenes se transmiten verbalmente, pasando a un segundo plano las formalidades normalmente exigibles.

Habiéndose cumplido su requisito de forma debe evaluarse que el mandato que haya sido emitido por el superior militar vaya dirigido a una persona concreta, el subordinado. En este sentido la Sala Quinta del TS dice literalmente «lo que caracteriza a la norma, es su generalidad o universalidad, en el sentido de que no va dirigida a una persona concreta ni a una situación o actuación particular; el mandato del art. 8 ha de ser particular o singular, personal y dirigido directamente del superior al inferior». No podrá ser confundida, por tanto, una orden con una instrucción genérica, además, las consecuencias jurídicas que se derivan de su respectiva inobservancia son bien distintas. El incumplimiento de una instrucción entraña un delito contra los deberes de servicios del art. 74 CPM/2015⁹³, mientras que, la negativa a cumplir un mandato concreto supone un delito contra la disciplina del art. 44 CPM/2015⁹⁴.

⁹² DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, p. 179.

⁹³ El **artículo 74 CPM/2015** expresa que: «El militar que no cumpliera una consigna general o por imprudencia dejare de observar una orden recibida será castigado, en situación de conflicto armado o estado de sitio, con la pena de prisión de cuatro meses a tres años. En los demás casos, si concurriere dolo o imprudencia grave y se causare grave riesgo o daño para el servicio, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.

No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados».

⁹⁴ El **artículo 44 CPM/2015** expresa que: «1. El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratase de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

2. Cuando la desobediencia tenga lugar en situación de conflicto armado, estado de sitio, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, o en circunstancias críticas, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión.

3. No obstante, en ningún caso incurrirán en responsabilidad criminal los militares por desobedecer una orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción manifiesta, clara y terminante de una norma con rango de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados.

La expresión de orden como todo mandato relativo al servicio conduce inexorablemente a la necesidad de definir, en segundo lugar, qué se entiende por acto de servicio. Pues, en determinados casos, la Sala de lo Militar no ha apreciado a efectos penales o disciplinarios⁹⁵ la existencia de una orden militar por no afectar ésta al servicio, por ejemplo, en la STS de 3 de febrero de 2004 (ROJ: 590/2004) se dice literalmente que: *«Entendemos que existe un concepto estricto de servicio, el profesional, otro mas amplio, el funcional y otro grupo de actividades o actuaciones que pueden ser ajenas al servicio o que en casos específicos afectan al mismo de donde se deduce la dificultad para declarar con rotundidad en algunos casos que "un determinado mandato" de superior a subordinado no es orden porque no afecta al servicio, al margen de la gravedad»*.

La definición legal de actos de servicio se recoge en el art. 6 CPM/2015, en el que se expresa que actos de servicio son «todos los que tengan relación con las funciones que correspondan a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos». Con el propósito de delimitar qué se entiende por funciones y cometidos de las FAS, este precepto nos obliga a examinar una copiosa legislación militar tan abundante que, en opinión de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO⁹⁶, se ha de considerar como un concepto jurídico indeterminado que precisa de una labor jurisprudencial de concreción. De esta forma, el concepto de servicio podrá ser interpretado de un modo extensivo o restrictivo.

La Sala Quinta del TS sigue en esta materia un concepto amplio. De hecho, para la STS nº. 47/1989, de 29 de septiembre (ROJ: 15293/1989) acto de servicio se trata de *«un conjunto de actividades, con función propia, encaminadas al cumplimiento del objetivo cometido legalmente dispuesto»*. De manera que no se admite diferenciación alguna entre situación de servicio y acto de servicio porque entiende que los períodos alternos de actividad y no actividad no llegan a desvirtuar la naturaleza de acto de servicio.

4. A los efectos del presente artículo se entenderá por superior a quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria».

⁹⁵ El **concepto de acto de servicio** ha sido utilizado por la jurisprudencia como uno de los criterios más trascendentales para diferenciar entre el ilícito penal y disciplinario, en especial para aquellas infracciones contra la disciplina y relacionadas con el concepto de orden. Dependiendo de la interpretación que realice el tribunal de la entidad de la afección al servicio podrá constituir un tipo de infracción disciplinario o en su caso, si cabe reproche penal un delito. Entre ellas, se destaca inexactitud en el cumplimiento de las órdenes como falta leve, la falta de respeto o subordinación como falta grave, el realizar reiteradamente actos contrarios a la disciplina y subordinación debida a los superiores como falta muy grave y negarse a obedecer o no cumplir las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio como delito del art. 44 CPM/2015.

⁹⁶ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, p. 139.

No obstante, QUEROL Y DURÁN⁹⁷ advierte una mayor precisión en el concepto de acto de servicio, teniendo como requisitos primero, que el sujeto ejecute una determinada actividad, luego no bastará con que se encuentre de servicio. Y, segundo que la actividad venga impuesta por un deber profesional recogido en la Ley, reglamentos u órdenes generales.

Dentro de su amplio abanico de posibilidades, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del TS ha previsto que los casos de obligada comparecencia a fin de someterse a reconocimiento médicos o para el trámite de audiencia de un expediente administrativo se consideran supuestos de actos de servicio que corresponde al sujeto activo del delito o infracción administrativa, como por ejemplo en STS de 31 de marzo de 1995 (ROJ: 1930/1995). Habiendo aceptado un concepto amplio de acto de servicio, resulta lógico que este no quede reducido únicamente a la esfera de la actividad laboral. En definitiva, aquella orden que se ha de obedecer en virtud de la obediencia debida ha de ser un mandato concreto, personal, terminante, relativo a actos de servicio y expresión de una relación de jerarquía reconocida legalmente, que a continuación será explicada más detenidamente.

B) EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE QUIEN DICTA LA ORDEN Y QUIEN DEBE CUMPLIRLA

El deber jurídico de obediencia que es constante en la organización castrense se fundamenta en la también permanente relación jerárquica existente entre quien dicta la orden y quien debe cumplirla. De hecho, como señala LÓPEZ SÁNCHEZ la importancia de la obediencia jerárquica en el mundo castrense se centra en que es un dispositivo legal de actuación en el mismo que «se erige en el nexo de unión existente o dimanante de una relación jerárquica, por la que el subordinado asume el deber profesional de cumplimentar las órdenes de su superior, en esa relación, y procede a su ejecución»⁹⁸.

A estos efectos, resulta clarificador las palabras que manifiesta el Sala de lo Militar del TS en la STS nº. 9/1994, de 16 de febrero (ROJ: 15926/1994) sobre la figura del superior, *«no es otra cosa que la expresión de la relación jerárquica y funcional de subordinación en la que no sólo ha de contarse con la presencia del militar de mayor empleo o especial función o cargo, sino también con la de un inferior en términos*

⁹⁷ QUEROL Y DURÁN, F., *Principios...cit.*, p. 260.

⁹⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal...cit.*, p. 133.

militares y de la misma forma que ha de exigirse en el dolo del autor del conocimiento de la condición de superior, no menos exigible es la consideración propia de que es inferior». Por tanto, no sólo se precisa que el superior sea competente para dictar la orden en cuestión, sino también es imprescindible que «el destinatario de la orden tenga el deber de obediencia respecto del que ha dictado la orden»⁹⁹.

Que la orden tenga que ser dada por un superior a un subordinado nos lleva a plantearnos «un primer problema no exento de dificultad, este es, basta con que la orden la de un superior sin mayores concreciones o es necesario también que la orden esté dentro de su ámbito de competencia»¹⁰⁰. Mientras que la anterior jurisprudencia en concordancia con lo recogido en el art. 12 CPM/1985 se inspiraba en el concepto de autoridad jerárquica *per se*, ahora la doctrina más actual acoge una doble definición de superior, atendiendo tanto a un concepto de autoridad como otro funcional o de cargo. Parece ser esta la interpretación más lógica del precepto, en relación con la base de los cimientos de la disciplina militar, «en la que destaca el ejercicio potencial del mando y la protección del empleo jerárquicamente más elevado». En este sentido, de conformidad con el art. 5 CPM/2015 pueden existir dos categorías de superior¹⁰¹: el militar que, respecto de otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado sin necesidad de especial relación jerárquica de autoridad o mando o, el militar que ejerce autoridad, mando o jurisdicción en virtud de cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria. Los términos autoridad, mando o jurisdicción idénticos en su significado, abarcan el ejercicio de potestades administrativas en el ámbito de sus competencias, algunas de ellas, son «el derecho y el deber de tomar decisiones, dar órdenes y hacerlas cumplir»¹⁰².

En definitiva, se puede concluir que la orden para que incorpore el deber de obedecerla podrá ser emitida por un superior bien sea por razón de un empleo militar más elevado en las Fuerzas Armadas (las más altas autoridades militares) o en el Instituto de la Guardia Civil e incluso dentro de las clases de tropas (el superior inmediato dentro de su

⁹⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16...», *cit.*, p. 246.

¹⁰⁰ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, pp. 176-190.

¹⁰¹ Por el contrario, a efectos del delito militar de desobediencia (art. 44.4 CPM/2015), superior sólo puede ser quien lo sea en la estructura orgánica u operativa, o a quien ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria, y no quien ocupe simplemente empleo jerárquico más elevado sin ejercer mando o autoridad. Se trata de una excepción a la definición recogida en el art. 5 CPM/2015.

¹⁰² DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, p. 126.

competencia) y, por último, por razón de la función militar desempeñada, por ejemplo el servicio de centinela en STS de 9 de diciembre de 2008 (ROJ: 7022/2008)¹⁰³.

C) QUE LA ORDEN NO TENGA CONTENIDO MANIFIESTAMENTE ILÍCITO

Para que la orden militar relativa a actos de servicios, emitida por un superior competente en la forma adecuada y dentro de las funciones encomendadas al subordinado pueda comprenderse dentro de la situación justificante del cumplimiento de un deber, no puede revelar manifiesta ilicitud en el sentido que se ha indicado en el apartado que resuelve la cuestión de la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios (epígrafe 4.2). Se debe recordar que el deber de obediencia descansa en la existencia de mandatos vinculantes (órdenes), como también que aplicando la teoría de las apariencias el deber de obediencia no queda desvirtuado por la existencia de un mandato “*antijurídico*” siempre y cuando no viole manifiestamente el ordenamiento jurídico ni imponga una conducta contraria a la dignidad humana o al Derecho internacional humanitario¹⁰⁴. Ante una orden no manifiestamente antijurídica, pervive el mandato antijurídico obligatorio y con él, el conflicto entre el bien jurídico penal de la disciplina militar o bien jurídico de la relación jerárquica y la necesidad de respeto al ordenamiento jurídico.

En conclusión, cuando la orden militar no reúna sus requisitos formales (competencia del superior y forma adecuada) o su requisito material (apariencia de legalidad) o falten ambos, el mandato no será vinculante, por lo que, si obedeciera no podría quedar amparado en la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber de obediencia porque no existía el deber de obedecer la orden. Dicho con otras palabras, cuando se ejecute la orden por un subordinado profesional, instruido y con experiencia, capaz de determinar que la citada orden pertenece a la categoría de manifiestamente ilícitas, por tener plena conciencia de esa antijuridicidad manifiesta no estará exento

¹⁰³ Pese a que la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del TS determina que el concepto de centinela debe ser resuelto caso por caso por el Tribunal Juzgador, el art. 4 CPM/2015 introduce los requisitos de su definición: a) que se trate de un militar; b) que se encuentre en acto de servicio de armas; c) que haya recibido y cumpla con una consigna; d) que su cometido sea guardar un puesto confiado a su responsabilidad y e) que porte a la vista el arma de fuego que por su cometido le corresponda.

¹⁰⁴ De acuerdo con el contenido del art. 48 RROO: «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».

de responsabilidad «al despreciar la autorización penal de desobedecer»¹⁰⁵. Lo anterior nos conduce a examinar, por último, el elemento subjetivo de justificación. El mismo no contempla diferencia alguna con lo dispuesto para la obediencia debida como eximente específica en cuanto a que el destinatario de la orden debe obrar con ánimo o voluntad de cumplir con un deber jurídico de obediencia.

4.4 Referencia a la responsabilidad de los superiores jerárquicos

Hablar del carácter justificante del obrar en cumplimiento del deber de obediencia y, al mismo tiempo, de responsabilidad del superior puede suponer una contradicción de difícil solución: si la conducta del subordinado que obedece el mandato vinculante por cumplir con un deber se convierte en lícita, a priori tampoco debería atribuirse responsabilidad por ella al superior que dio la orden.

Frente a estas objeciones, no puede olvidarse que «el subordinado no es sino un instrumento, tanto en el caso en que se admita la justificación en los mandatos obligatorios pese a ser contrarios a derecho, como en aquéllos en los que el subordinado no puede conocer la antijuridicidad de la orden (error de prohibición invencible)»¹⁰⁶. Si hemos dicho que el deber de examen es muy restringido, a causa de esta limitación el subordinado actuará como instrumento del superior (autor mediato). Cuando el militar que ejerce mando dé órdenes abiertamente contrarias a la legalidad, al margen de incurrir en falta disciplinaria¹⁰⁷, por aplicación de la teoría de autoría mediata¹⁰⁸ podrá ser responsable penalmente de las infracciones que haya cometido su subordinado obedeciéndole. Por tanto, los casos de obediencia lo son también de autoría mediata si se dan los requisitos de instrumentalización del subordinado. Entre ellos, cabe destacar la necesidad, matizada por ROXIN¹⁰⁹ y luego discutida por la doctrina penal, de que el aparato de poder que hay detrás actúe como un todo al margen del Derecho. Sin

¹⁰⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal...cit.*, p. 141.

¹⁰⁶ PÉREZ DEL VALLE, C., «Aproximación...», *cit.*, pp. 52-53.

¹⁰⁷ Será **grave** cuando: «Dé órdenes que sean contrarias al ordenamiento jurídico o que se refieran a cuestiones ajenas al servicio» (art. 7.9º LORDFAS). Y, **muy grave** cuando: «Adopte acuerdos u ordene la ejecución de actos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la defensa nacional, al interés público o a los ciudadanos, así como la obstaculización grave al ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales y de carácter profesional» (art. 8.3º LORDFAS).

¹⁰⁸ La autoría del hombre de atrás de ROXIN fue concebida con el objeto de crear un nuevo criterio del dominio sobre el hecho. Roxin no admitía la aplicación de la causa de justificación de la obediencia debida (deber de obediencia) en los Juicios de Núremberg, por lo que, construyó la autoría mediata basada en gran medida en el factor de fungibilidad del ejecutor material del delito: en caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla no podrá impedir el hecho pues, será sustituido. Por su parte, MUÑOZ CONDE en *Derecho Penal...cit.*, p. 412, construye esta teoría de forma paralela a las situaciones justificantes.

¹⁰⁹ En ROXIN, C., *Autoría y dominio de hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

embargo, la tendencia seguida por la Corte Penal Internacional en recientes pronunciamientos (Decisión de confirmación de cargos en el Caso de Katanga) no exige que la organización actúe habitualmente al margen de la legalidad¹¹⁰. Desde otra perspectiva, cuando no exista un instrumento, se resolverá con las reglas generales que rigen la autoría y la participación.

La responsabilidad del superior por ejercer mando aparece, además, consignada en la regla 10ª del art. 6.1 LODDFAS («La responsabilidad en el ejercicio del mando no es renunciable ni puede ser compartida») interpretado por el TS en STS de 31 de mayo de 2004 (ROJ: 3750/2004) de la siguiente manera: *«quien ejerce como mando en un acto de servicio y adopta las decisiones, asume la consiguiente responsabilidad adicional que de tal posición se deriva. Ese plus de responsabilidad que se conecta inmediatamente al bien jurídico protegido, incrementándose el reproche penal por el mayor desvalor de conducta, y eventualmente del resultado, por parte de quien resulta esperable una mayor exactitud y diligencia en la prestación del servicio»*. No obstante, lo anterior es bien distinto a afirmar que quien ejerza mando deberá ser responsable en todo caso, y quien obedezca quedará exento porque, como hemos visto, el deber de obediencia no es permanente, sino que sólo se superpone frente a otros deberes jurídicos cuando respete los límites delimitados por las leyes.

Por aportación del Derecho Penal Internacional, también se admite la responsabilidad de los mandos o eslabones intermedios en la cadena militar cuando reciban la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. La doctrina entiende que su comportamiento no se limita a transmitir la orden criminal, sino que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan «una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos»¹¹¹.

Otra de las cuestiones más debatidas en Derecho Penal Internacional, lejos del cumplimiento del deber de obediencia y en una mayor conexión con el deber concreto de mantenimiento de la debida disciplina, es la atribución de responsabilidad a los superiores jerárquicos que consienten o no impiden la comisión de violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario por parte de sus

¹¹⁰ OLÁSULO ALONSO, H., «El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría inmediata», en *Revista Española de Derecho Militar*, nº. 91, 2008, pp. 59-61.

¹¹¹ Así, en DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, p. 171 en relación con los casos de los Guardias de Fronteras del muro de Berlín.

subordinados. Estas conductas típicas¹¹² aparecen recogidas en la modalidad de comisión por omisión, y son doblemente incriminadas: a nivel internacional en el art. 86.2-87 del Protocolo I (1977) del Convenio de Ginebra y en el art. 28 del Estatuto de Roma y, a nivel interno en el art. 615 bis CP/1995 (pues el legislador no consideró como suficiente la regulación de la comisión por omisión del artículo 11 CP). En el CPM/2015 no aparece ninguna referencia a la responsabilidad del mando militar por la comisión de crímenes de guerra en tiempo de conflicto armado, tampoco aparecía en el CPM/1985 en el que sólo se contemplaba delitos contra las leyes y usos de guerra cometidos por el subordinado militar (arts. 69 a 78). En su caso, el legislador del CPM/2015 ha preferido acudir a la técnica de remisión al CP/1995 (arts. 608 a 614 bis) para definir el grupo de delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado como militares (correspondiendo, por tanto, su enjuiciamiento a la Jurisdicción Militar) cuando sea un profesional militar quien incurra en alguna de conductas allí previstas (art. 9.2 CPM/2015).

5. JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA EXIMENTE DEL DEBER DE OBEDIENCIA: LA COLISIÓN ENTRE LEGALIDAD Y AUTORIDAD EN EL ÁMBITO MILITAR

Las relaciones militares, el funcionamiento y estructura jerárquica de las FAS tienen notables particularidades, y algunas de ellas, son de gran complejidad, como ocurre, en los escalones más bajos de la jerarquía donde los mandos y subordinados conviven y coexisten en una mezcla de *camadería* y *disciplina* que en algún supuesto puede acarrear situaciones conflictivas, entre legalidad y autoridad, de difícil solución»¹¹³. Por ello, se considera necesario examinar caso por caso la operatividad de esta eximente.

¹¹² Se puede resumir el mecanismo de la responsabilidad de los superiores en la concurrencia de los requisitos siguientes: a) Que se trate de un superior o persona con autoridad efectiva sobre sus subordinados. b) Que el superior supiera o debiera haber sabido que el crimen se iba a cometer o se estaba cometiendo. c) Que el superior poseyera la autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la conducta criminal. Así, en DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, pp. 260-275.

¹¹³ Así, en DE LEÓN VILLALBA, F.J., *El Código Penal Militar...cit.*, p. 829.

5.1 Límites y consecuencias del exceso en el cumplimiento del deber de obediencia

En la confrontación de dos deberes jurídicos (deber general y orden específica), no basta fijarse en su apariencia de legalidad y su resultado lesivo, sino que precisa atender todas las circunstancias que concurren: **la naturaleza y trascendencia de la orden y del deber incumplido, como también la posible ilicitud de aquello que el subordinado se ve compelido a cumplir**. Así, en este apartado se enumeran una serie de pronunciamientos jurisprudenciales que fijan los límites de la vigencia del deber de obediencia cuando éste implica la consecución de una falta disciplinaria o injusto penal. Con anterioridad se debe apuntar que, a pesar de que el régimen sancionador penal (regulado en CPM) y el sancionador administrativo (regulador en LORDFAS) se diferencian en términos de grado, responden al mismo planteamiento y llegan a aplicar los mismos conceptos y principios o muy parecidos, es más, la Sala Quinta del TS aplica el régimen de la eximente general del art. 20.7 CP/1995 tanto en sus competencias penales (delitos militares) como administrativas (infracciones disciplinarias cometidas por las Fuerzas Armadas y Guardia Civil).

La jurisprudencia de la Sala Quinta del TS apreciaba la antigua eximente de la obediencia debida en términos excesivamente limitativos, siempre, fuera del supuesto de manifiesta ilicitud de la orden. Así, la STS de 31 de mayo de 1999 (ROJ: 3808/1999) afirmaba que *«aun cuando en el Código Penal Común vigente haya desaparecido dicha eximente, lo que se sostiene por el artículo 21 del Código Penal Militar (se refiere al CPM/1985) no es la supresión de la eximente de obediencia debida, sino que no podrá apreciarse como eximente la obediencia a una orden ilícita en el sentido que recogía el art. 34 RROO/1978 (cuando entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución...)»*. Lo que se compadece con la justificación del cumplimiento de un mandato que no se revele manifiestamente antijurídico. No obstante, con la reciente STS nº. 32/2018, de 22 de marzo (ROJ: 1132/2018) se observa un cambio en la doctrina jurisprudencial en relación con los límites del deber de obediencia como causa de justificación. Tras hacer hincapié en las diferencias indiscutibles entre los sistemas autoritarios y democráticos, la mayoría del Alto Tribunal establece que lo que procede en un Estado democrático como el nuestro es un sistema legal la obediencia debida, por el que el deber de obediencia como causa de justificación no puede amparar el

cumplimiento de una orden, incluso, cuando meramente (ya no manifiestamente) transgrede el ordenamiento jurídico y añade que: «*la obligación de desobedecer se extiende a cualquier orden contraria al ordenamiento jurídico, no sólo delitos*» (FJ 2º).

Los hechos de esta sentencia relatan que el jefe de una Pareja de Guardia Civiles¹¹⁴ ordenó a su subordinado retirar la señalización y no realizar el control de alcoholemia a pesar de que tenían asignado el citado servicio. El auxiliar de la Pareja cumpliendo con la orden de su superior permaneció en el interior del vehículo en el tiempo que debería haber realizado el control de tráfico, por lo que, a priori parece incurrir en una falta leve consistente en «incomparecencia a prestar un servicio, ausencia de él, desatención o colocación en situación de no ser localizado para prestarlo» recogido en el art. 9.2 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Sin embargo, la mayoría de la Sala consideró que de los hechos probados no cabe extraer de modo inequívoco la consecuencia de haberse cometido la falta leve de desatención en el servicio, apoyándose para ello en el contenido de la resolución sancionadora y en el ***principio in dubio pro reo***, «*el vehículo no tenía etilómetro y tuvieron que esperar al de la Pareja saliente que les advirtió de la existencia de problemas de funcionamiento en el mismo*». Apartándonos de esta argumentación pues la misma no contempla que exista el deber de obedecer por parte del auxiliar en la medida que el contenido del mandato de su superior infringe un precepto del ordenamiento jurídico (ley disciplinaria), consideramos al igual que el Presidente de la Sala, el EXCMO. SR. D. ÁNGEL CEREZO CALDERÓN, que el hecho acreditado de permanecer en el interior del vehículo oficial durante el tiempo en que debió atenderse un control de alcoholemia en carretera, es desatención del servicio encomendado, si bien la responsabilidad disciplinaria recae en el jefe de pareja, «*porque era éste quien ejercía el mando durante la duración del mismo, y porque en función del deber que tenía de controlar la situación, era quien debía tomar las determinaciones respecto de montar el dispositivo de control o mantenerse dentro del coche, por otras razones*». En el caso concreto, existe una orden procedente del mando (superior por función que ocasionalmente desempeñaba) dictada en la forma adecuada (directa, personal y taxativa) y relativa a actos del servicio (cometido específico de la Guardia Civil) que por no entrañar infracción manifiesta del ordenamiento jurídico resulta de obligado cumplimiento para

¹¹⁴ La “Pareja” es una forma en la que los guardias civiles suelen patrullar, es decir de dos en dos, en la que el jefe de pareja es superior del auxiliar de la misma y que entre ambos existe una relación jerárquica y un deber de obediencia que incumbe al auxiliar.

el subordinado¹¹⁵ y, por tanto, su acatamiento se incluye en la causa de exención (justificación) de actuar en cumplimiento de su deber.

A pesar de que la comisión de cualquier infracción en obediencia debida queda hoy conducidas a la eximente de cumplimiento de un deber del art. 20.7 CP, hemos de matizar que, el deber de obedecer no constituye una barrera que pueda amparar todos los comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico, sino que en ciertos casos la ley valora más el deber de obediencia del subordinado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en STS de 31 de mayo de 2004 (ROJ: 3750/2004) la Sala estimó la exención de responsabilidad disciplinaria de un Guardia Civil que se hallaba prestando servicio de vigilancia de costas, deber genérico que tuvo que interrumpir por mandato del Jefe de Pareja para que le acompañará en un Servicio de Inspección. En la ponderación de estos dos deberes, deber de servicio de vigilancia y deber de obediencia, la Sala ha primado el último, *«porque al tratarse de una orden que reúne todos los requisitos entre otros, relativa a actos servicio, emanada del superior y con los caracteres de legítima y no manifiestamente ilícita, ha de respetarse [...], la orden siempre ha de ser acatada, sin perjuicio de formular objeciones, después de cumplirla, en ello está la base del valor de la disciplina, y de permitir o autorizar al inferior un juicio de valor acerca de su legitimidad, antes de decidirse a cumplirla, pondría en peligro ese superior valor castrense»*. Por el contrario, en STS de 7 de marzo de 2003 (ROJ: 1571/2003) la Sala no apreció como justificada la falta de incumplimiento del horario de un servicio cometida por un Sargento destinado en la Intervención de Armas y Explosivos de la Comandancia de la Guardia Civil por obedecer las órdenes del Comandante Segundo Jefe de la Comandancia relativas a la retirada de unos adhesivos de un arma. En este caso, la Sala entendió que no era factible asumir en modo alguno el reconocimiento de dicha causa de justificación porque lo que hace el sujeto activo en la conducta analizada es preterir el cumplimiento del deber principal, que es la ejecución del servicio. En ningún caso, la orden sobre policía de armamento podía calificarse como preferente, ni urgente ni, desde luego, de entidad

¹¹⁵ Es comprensible pensar que en la situación representada ex ante sobre el margen de apreciación de la ilicitud de la orden el subordinado confíe en la corrección del juicio del superior y la consecuente conformidad a Derecho de sus actuaciones: Cfr. STS de 12 de diciembre de 2013 (ROJ: 6383/2013) y STS de 9 de diciembre de 2015 (ROJ: 5137/2015). De manera que, *«la eventual responsabilidad por el cumplimiento de las órdenes de los superiores que no entrañen la ejecución de actos constitutivos de infracción penal será exigible a quien actúe en el ejercicio del mando mientras que respecto de los subordinados en la relación jerárquica, resultará aplicable la obediencia debida en cuanto causa de justificación de la antijuridicidad de la conducta ordenada»*.

bastante para no acudir en cumplimiento del horario al servicio establecido. No era necesaria la ejecución de la conducta típica realizada atendiendo a los límites consagrados por la doctrina jurisprudencial de proporcionalidad y necesidad racional.

En resumen, el deber de obedecer órdenes antijurídicas ciertamente tiene unos límites, pero el que actúa dentro de estos límites lo hace justificadamente. La existencia de estos límites impide que el deber de obediencia suponga carta blanca para comportamientos que sean manifiestamente contrarios al ordenamiento. De lo anterior se deduce que la obediencia de una orden del mando militar cuyo contenido implique una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico ha de considerarse como un exceso del cumplimiento del deber que, excluye de toda justificación.

En los supuestos en los que lo ordenado constituya infracción manifiesta, es decir, evidente, notoria y palmaria del ordenamiento jurídico, el subordinado a sabiendas de su ilicitud o debiendo conocerla no podrá quedar justificado por el cumplimiento de un deber concreto de obediencia. Así, por ejemplo, aquel mandato militar que ordena el registro e inspección, con o sin consentimiento de sus moradores, de todos los alojamientos ubicados en los Pabellones de Oficiales, Suboficiales y Tropa, tal como afirma la STS de 9 de julio de 2015 (ROJ: 3644/2015) *«no debe cumplirse y, cumplido no cabe ampararse en que se recibió la orden, no existe la eximente de obediencia debida ante una orden que conculca claramente el ordenamiento jurídico»*, en la medida que supondría la vulneración del derecho fundamental y deber de respeto de la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE. A la misma conclusión llegamos si examinamos el tipo de delito militar de desobediencia, en su apartado 3º excluye de responsabilidad penal por desobediencia a aquel militar que desobedezca una orden manifiestamente delictiva o manifiesta, clara y terminantemente ilícita. El hecho de no cumplir la orden resulta atípico ya que la necesidad de mantener, en el ámbito militar, la incolumidad de la obediencia como exigencia de la conservación de la disciplina (bien jurídico protegido) en estas situaciones no sufre daño alguno. Y, ello porque la desobediencia aquí no merma 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 (y la militar es una especie

dentro de ella) no se le encomiendan misiones al margen del Derecho. Tampoco en estas circunstancias, cabe hablar propiamente de colisión de deberes pues, el subordinado puede (y debe) desobedecer la orden manifiestamente ilícita o con contenido delictivo, no incurriendo, por ello, en responsabilidad ni penal ni tampoco disciplinaria.

Llegando a este punto, se concluye con la idea de que el particular deber militar de obediencia queda comprendido en el planteamiento de la eximente general del artículo 20.7 CP/1995, pero sólo a los efectos excluyentes de responsabilidad disciplinaria, es decir cuando el mandato recogido en la orden militar incurra en una falta disciplinaria, no así cuando la orden sea constitutiva de delito.

5.2 El ejercicio de la violencia en el ámbito estrictamente castrense

En el ámbito de la eximente del art. 20.7 CP/1995 cobra especial significado el uso de la fuerza. Al tratarse de una «cuestión no exenta de dificultad», como afirma VILLALBA¹¹⁶, es objeto de una atención especial al margen de los requisitos del deber de obediencia. Por ejemplo, imaginemos que dos soldados obedeciendo las órdenes de su Teniente ejecutan *trato de prisioneros*¹¹⁷ sobre otro soldado, abalanzándose sobre él por sorpresa, sujetándole, atándole las manos con los cordones de sus botas, echándole agua por el cuerpo... Parece razonable que los subordinados actúen amparándose en la confianza de la corrección del juicio del superior y en la consecuente conformidad a Derecho de sus actuaciones y mandatos, con mayor razón como afirma STS de 3 de noviembre de 2008 (ROJ: 5789/2008) «*si el ejercicio de trato se desarrolló en unas maniobras y, con la presencia de sus superiores, que en ningún momento pusieron objeciones a su actuación, más bien, al contrario, se la confirmaron, tanto conminando ante ellos repetidamente a la víctima a dejarse reducir y atar, como con su presencia aquiescente durante los hechos llevados a cabo*». No obstante, para que queden justificados estos (malos) tratos en el cumplimiento de un deber han de respetarse otros límites, no basta con la existencia de una orden militar que cumpla con los requisitos de forma y la apariencia de legalidad.

¹¹⁶ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, p. 162.

¹¹⁷ El trato de prisioneros es una de las técnicas militares comunes en el STANAG, Standardization Agreement o Acuerdo de Normalización de la OTAN, para el endurecimiento de las tropas de los países firmantes del acuerdo. Se trata de un ejercicio de instrucción realizado en el desarrollo de unas maniobras convencionales que consiste en adiestrar a las tropas en el comportamiento que deben asumir si fueran capturados e interrogados como prisioneros en caso de combate.

Doctrina y jurisprudencia han ido estableciendo los límites dentro de los cuales tiene cabida el uso legítimo y correcto de la fuerza o violencia en el ámbito castrense, como también, que la controvertida cuestión sobre la licitud de la violencia en el ámbito militar se relaciona en mayor medida con el cumplimiento de otro deber militar, distinto del de obediencia, el deber del superior de mantener la disciplina entre los subordinados.

Los militares que están revestidos de autoridad han de asumir plenamente el deber de mantener el orden y la subordinación entre los miembros de las FAS y, de practicar, exigir, fortalecer y potenciar la disciplina¹¹⁸. Este deber, cuando su cumplimiento exige el uso de la fuerza, puede entrar en conflicto y eventualmente prevalecer, sobre el deber que igualmente tiene el mando militar, de respetar la vida, integridad física y la dignidad del inferior. En la colisión de estos deberes, el art. 6 LODDFAS (reglas 5ª y 6ª) se erige principio material sobre el uso de la fuerza estableciendo un empleo legítimo, gradual y proporcionado y, en respeto de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, cumpliéndose así, el mandato constitucional contenido en el artículo 10 CE y en otra normativa específica castrense como el art. 11 RROO: «Ajustará (el militar) 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 tiene 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».

Respecto a sus límites, a través de doctrina consolidada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹¹⁹, se establece que la fuerza ejercida por un funcionario o autoridad en el cumplimiento de su deber ha de ajustarse a lo siguiente:

- a) Que el sujeto activo sea una autoridad (o un superior en el ámbito castrense).
- b) Que esté autorizada para hacer uso de medios violentos en el ejercicio de sus funciones.
- c) Que su concreta actuación se haya producido en el ejercicio de sus funciones.

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, en el artículo 9 RROO: «El militar desempeñará sus cometidos con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica y operativa de las Fuerzas Armadas, que define la situación relativa entre sus miembros en cuanto concierne a mando, subordinación y responsabilidad. Los que ocupan los diversos niveles de la jerarquía están investidos de autoridad en razón de su cargo, destino o servicio y asumirán plenamente la consiguiente responsabilidad. La autoridad implica el derecho y el deber de tomar decisiones, dar órdenes y hacerlas cumplir, fortalecer la moral, motivar a los subordinados, mantener la disciplina y administrar los medios asignados».

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, en la STS (Sala Segunda) n.º. 464/2002, de 14 de marzo (ROJ: 1810/2002).

- d) Que concurra un determinado grado de resistencia o actitud peligrosa por parte de la víctima.
- e) Que sea necesario el uso de la violencia (necesidad en abstracto). Porque sin tal violencia no le hubiera sido posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbía.
- f) Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, o sea, que se utilice el medio menos peligroso, y menos lesivo posible según las circunstancias concretas del caso (necesidad en concreto).
- g) Proporcionalidad de la violencia en relación con la situación del caso concreto.

A efectos de apreciar la eximente en cuestión, en definitiva, la jurisprudencia aprecia como límites que concurran los principios de necesidad, proporcionalidad, congruencia y oportunidad¹²⁰ y a su vez, distingue, entre necesidad abstracta y necesidad concreta del empleo de la fuerza, de manera que, según el Tribunal Supremo, si no existe una necesidad abstracta de recurrir a la fuerza, no puede operar la eximente ni como completa ni incompleta. Tampoco ampara abusos o extralimitaciones, por tanto, aún existiendo necesidad en abstracto de acudir al uso de la fuerza no cabe un empleo desproporcionado en comparación con la actitud del infractor, el medio utilizado y su contundencia. Cuando se rebase la racional legitimidad del medio utilizado, sólo se permitirá la eficacia de la eximente degradada a efectos sólo atenuantes¹²¹ o, incluso no se apreciará. Por ejemplo, en STS nº. 44/2018, de 3 de mayo (ROJ: 1811/2018), la Sala Quinta del TS desestimó la petición del recurrente acerca del examen de la eximente incompleta ex art. 21.1º CP/1995 en relación con el art. 20.7º por obrar en cumplimiento del deber de mantenimiento de la disciplina en atención a la conducta de dos subordinados, así estableció: *«La inexistencia ya no de deber, obviamente, sino de derecho que ampare el típicamente injusto proceder del hoy condenado, que se declara frontalmente contrario a las normas de comportamiento que rigen la relación entre militares, que imponen DEBERES de respeto y cortesía absolutamente incompatibles con su proceder, lo que comporta una denegatoria respuesta tácita a la pretensión formulada»*. En este caso, la Sala no consideró que la actuación de dos soldados, en modo alguno, había sido indisciplinada, a uno se le disparó accidentalmente su arma y

¹²⁰ Así, en OLMEDO CARDENETE, M., «Artículo 20.7», en *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (dir.), T. II, Edersa, Madrid, 1999, p. 523; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16...», *cit.*, pp. 243-244.

¹²¹ DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Derecho Penal Militar...cit.*, pp. 154-155.

el otro olvidó su equipo personal y, por tanto, no alcanzaban la intensidad que, eventualmente, pudiera justificar la violencia ejercida por su superior. Es más, no se estimó ni siquiera necesario el “*dar un golpe en el pecho*” a los soldados para reestablecer la disciplina, porque ésta no había sufrido daño alguno.

En relación con la causa de justificación basada en obrar en cumplimiento un deber del apartado 7º del artículo 20 del Código Penal, la jurisprudencia de la Sala de lo Militar¹²² afirma que: *«es obvio que el art. 20.7 del C.P da cobertura legal al principio de que quien obra conforme a Derecho no se comporta antijurídicamente, y, de acuerdo con él, define como causa eximente de la responsabilidad, justificatoria de la conducta del sujeto, el cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»* pero, se exige que el uso de la violencia sea absolutamente necesario porque sin ella no hubiera sido posible cumplir con la obligación que al superior le incumbía en el caso y en el momento concreto en que la utilizó. Aunque las Reales Ordenanzas impongan al superior no disimular jamás las faltas de insubordinación y ser firme en el mando, ello no puede amparar en ningún caso los malos tratos como forma de mantener la disciplina, *«el mando militar tiene a su disposición otras vías alternativas para garantizar la disciplina militar, que no se apartan de las exigencias de ecuanimidad, comedimiento y prudencia»*.

La disciplina militar se mantiene y garantiza mediante la aplicación de la Ley de Régimen Disciplinario y, en su caso, del Código Penal Militar, ambas dos, normas vigentes que contienen previsiones suficientes para que el mando, en casos de indisciplina, pueda adoptar las medidas pertinentes e imponer las sanciones adecuadas, sin acudir a medios absolutamente prohibidos que no pueden estar amparados por el cumplimiento del deber. En este sentido, se pone el ejemplo de un caso límite en el que: *«se le ordenó a un soldado que se reintegrara a la formación, lo que no fue obedecido en principio siendo necesarias varias reiteraciones, y que al continuar el soldado en su actitud de hablar y hacer peticiones en voz alta, le ordenó callar, y al no hacerlo y desobedecer nuevamente al Alférez, éste optó por la única solución legítima que tenía, arrestarlo y mandarlo a prevención, orden que tampoco fue cumplida. Ante esta nueva desobediencia y para poner fin a la actitud desafiante y provocativa creada por el soldado, que podría inducir a que el resto de sus compañeros que se encontraban en*

¹²² Véase, por ejemplo, STS de 28 de febrero de 2013 (ROJ: 1103/2013).

formación se sumaran a su comportamiento indisciplinado, *se empleó la violencia cuando otros medios ya habían fracasado*». Ni en estas circunstancias, la Sala apreció legítimo el uso de la violencia como tampoco, procedente la eximente de cumplimiento del deber de mantenimiento de la disciplina y, así expresa en STS de 15 de febrero de 1997 (ROJ: 1043/1997): *«En primer lugar, y en cuanto a la alegada necesidad de mantener la disciplina de la fuerza a su mando, la obligación impuesta por el art. 137 del Código Penal Militar (en el actual artículo 64 del CPM/2015) no legitima la utilización para ello de cualquier medio, sino que obliga al militar al mando a que, en dicho ejercicio, **pondere la situación y utilice los medios legítimos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición**, sin que, salvo en situaciones de extrema gravedad que no puede apreciarse concurriera en el supuesto fáctico, y que en todo caso sería imprescindible resultara indiscutiblemente acreditada, se hiciera absolutamente necesario el uso de la fuerza, momento en que, acreditada la necesidad, se iniciaría la valoración de su proporcionalidad y adecuación*». Respecto al caso concreto, se concluyó que *«la violencia utilizada fue innecesaria, o al menos dicha necesidad no queda acreditada para estimar que fuera el medio adecuado para garantizar el cumplimiento del deber que al Oficial de Cuartel correspondía*» pues, al no tratarse una situación de extrema gravedad y teniendo a su disposición otros medios legítimos para cumplir con su deber, entre ellos, los previstos medios humanos de apoyo a su función (guardias de orden, de seguridad interior y de prevención), falta la apreciación de su necesidad y, por ende, el obrar en cumplimiento de un deber no puede actuar ni como eximente, ni como atenuante de la responsabilidad.

Caso contrario es el que se relata en la STS de 9 de octubre de 2000 (ROJ: 7177/2000), en la que: *«el Brigada responsable de línea de tiro golpeó a un soldado con el puño en su casco y le empujó a la vez que le quitaba el cetme con el que estaba apuntando a su compañero de la izquierda*». Ante una **situación de extrema gravedad** como el peligro concreto para la vida e integridad de un soldado, el empleo de la violencia se acreditó como absolutamente necesaria porque sin ella no hubiera sido posible cumplir con la obligación encomendada y, además, la violencia concreta utilizada fue la menor posible para la finalidad pretendida, es decir, que **el medio utilizado se usó del modo menos lesivo posible**, teniendo en cuenta para ello las circunstancias concretas del caso. Por tanto, concurriendo la eximente completa de obrar en cumplimiento de un deber en la

conducta del Brigada, éste quedó exento de responsabilidad penal del delito de abuso de autoridad del art. 46 CPM/2015, en su modalidad de maltrato de obra.

En resumen, el uso de la fuerza debe considerarse absolutamente necesario y proporcionada en el cumplimiento del deber de mantenimiento de la disciplina militar, según las circunstancias concretas de cada supuesto. En el caso de exceso en el uso de la fuerza o extralimitación en el cumplimiento del deber concreto no se apreciará la eximente del art. 20.7º CP/1995 ni en forma completa como tampoco incompleta.

6. LA OBEDIENCIA DEBIDA EN DERECHO INTERNACIONAL

Aunque es el Derecho penal militar el medio más singular del deber de obediencia, el Derecho penal internacional también resulta de máximo interés.

En supuestos de hostilidades como en un conflicto bélico o, en operaciones que comportan la utilización de la fuerza armada (por ejemplo, operaciones de imposición y mantenimiento de paz) la exigencia del deber de obediencia se acentúa como también lo hace la dificultad para el subordinado de reconocer la criminalidad de la orden. Es, por eso, que ha de ser completado todo lo visto con las reglas del Derecho Internacional de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario.

Las primeras reglas humanitarias surgen de la guerra misma, a las que el CPM/1985 y RROO/1978 (art. 34) se refería como *usos de guerra*.

La codificación del Derecho Humanitario Internacional se impulsó, sustancialmente, con los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio. Obviando las posibles críticas que puedan derivarse de su constitución ad hoc, marcaron unas líneas de orientación importantes en términos de punibilidad de las acciones u omisiones que ejecuten los inferiores jerárquicos en virtud de una orden obligatoria. En este sentido, se estableció que «el hecho de que el acusado haya obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico no le eximirá de responsabilidad, pero podrá ser determinante de disminución de la pena si el Tribunal lo estima justo»¹²³. A lo que añade la Asamblea General de la ONU de 31 de diciembre de 1950 que «el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al

¹²³ HERZOG, J.B., *Núremberg. Un échec fructueux*, Librairie Générale de Droit et de la Jursiprudence, R. Pichon et R. Durand, Paris, 1975.

derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción» (Principio IV).

Tras los conflictos bélicos, se consagraron las normas de Derecho Internacional humanitario en los Convenios de Ginebra de 1949 y sucesivos Protocolos Adicionales de 1977. No obstante, el Derecho de Ginebra omitió el problema de la comisión de crímenes internacionales en obediencia a las órdenes de los superiores, dejando a las legislaciones nacionales la solución que se considerasen oportuna.

La más reciente codificación internacional de la eximente por obediencia se encuentra en el art. 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, con la que finalmente se ha culminado la cuestión de la obediencia como eximente militar.

Además de tipificar los crímenes más graves de trascendencia internacional, el Estatuto de Roma¹²⁴ admite, separándose de sus precedentes, los efectos eximentes y no meramente atenuantes del deber de obediencia dentro de unos límites. La comisión de un crimen de competencia de la Corte en cumplimiento de órdenes superiores no excusa de responsabilidad a menos que, exista obligación legal de obedecer derivada de la relación jerárquica, el subordinado desconozca la ilicitud de la orden y, que razonable y objetivamente no sea manifiesta su ilicitud. En ningún caso, podrá quedar exento de responsabilidad aquel subordinado que cometa delito de genocidio o crímenes de lesa humanidad, porque las órdenes de cometer tales delitos están consideradas *per se* manifiestamente ilegales. Conviene apreciar que se trata de una presunción *iuris et de iure* (no admite prueba en contrario), luego es de criticar que la misma no casa bien con la tradicional cautela con que un Derecho penal culpabilista, en el que el elemento intencional o *mens rea* es imprescindible¹²⁵.

Es de destacar también que el Derecho Penal Internacional no se pronuncia acerca de la naturaleza de la causa de exención de la responsabilidad penal, limitándose a regular sus límites y el único escenario posible: crímenes de guerra. No obstante, que hayan sido recogido separadamente los supuestos de error (error de hecho y de derecho, o también llamados error el tipo y de prohibición) en el art. 32 nos puede llevar a pensar que la

¹²⁴ Adoptado el 17 de julio de 1998 en Roma y, transpuesto a nuestra normativa mediante Ley Orgánica 18/2003, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

¹²⁵ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., «Los principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Especial consideración de la Obediencia Jerárquica», en *Revista de Estudios de Derecho Militar*, nº. 1, 2016, pp. 159-167.

obediencia jerárquica tiene virtualidad suficiente para apartarse del tratamiento de error de prohibición¹²⁶ como de la causa de justificación del cumplimiento de un deber, al menos en el ámbito de Derecho Penal Internacional.

Como conclusión, el art. 33 fija el problema de la obediencia representado en un conflicto entre el deber de mantenimiento de la disciplina, el principio de no propiciar la impunidad y la regla de ilegalidad manifiesta. Fórmula que recuerda a los requisitos que deben concurrir en la orden militar para que el cumplimiento del deber de obediencia esté justificado de conformidad con las reglas de Derecho penal militar.

¹²⁶ Tenemos presente la remisión del art. 32 *in fine* al art. 33, por la que muchos autores han justificado la identificación de la obediencia debida como un supuesto de error de derecho, en el que el ejecutor yerre considerando que su conducta no constituye un crimen competencia de la Corte Penal Internacional. Pero, en mi opinión que haya sido recogida en un precepto penal distinto supone razón bastante para concluir que la tendencia a nivel internacional es reconocer su especialidad más allá de la referencia a un caso de error y, por tanto, la necesidad de construirla como una causa específica de exención de responsabilidad penal, al contrario que ha ocurrido en la legislación penal española.

7. CONCLUSIONES

Primera

En este trabajo se ha delimitado el Derecho penal militar como un modelo complementario a la ley penal común basado en un concepto de especialidad en términos de rigor militar. Dentro de esta relación de complementariedad se ha aludido a la aplicación en el ámbito militar de la Teoría General del Delito para indicar que concurriendo una causa de justificación (falta de antijuridicidad) el sujeto activo del delito militar (concepción tripartita) quedará exento de responsabilidad penal (eximente completa) o será ésta atenuada (eximente incompleta).

Segunda

El art. 20.7º CP recoge expresamente como causa de justificación y, por tanto causa de exención de responsabilidad penal: quien actúe en cumplimiento de un deber y con plena voluntad de cumplir con él. El marco general del que parte esta eximente es una antinomia normativa entre lo proscrito y lo mandado que amén del carácter de ultima ratio de la ley penal y del principio de unidad del ordenamiento jurídico se resuelve a favor del interés prevalente del cumplimiento de un deber.

La especialidad de esta eximente en el ámbito estrictamente castrense reside en el riguroso cumplimiento exigido para aquellos deberes de mayor arraigo en las leyes militares, como son básicamente el deber de obediencia y de la disciplina. Estos deberes militares están amparados en el Derecho Penal militar y el Derecho Disciplinario militar porque constituyen la esencia de la organización castrense, y su dispositivo legal de actuación en el desempeño de las misiones que encomiendan los artículos 8.1 y 104 de la Constitución Española a las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

Tercera

Tras la eliminación de la eximente específica militar de la obediencia debida en el CPM/2015, la doctrina no ha sido unánime respecto a las consecuencias jurídico-penales de la obediencia de mandatos ilícitos. Se trata de un conflicto entre legalidad (deber de evitar lo ilícito) y autoridad (deber de obedecer) que, además respecto de los militares cobra una especial relevancia.

La principal línea de investigación del presente trabajo ha sido relacionar la falta de antijuridicidad de estos supuestos con la aplicación de la eximente general de obrar por cumplimiento de un deber pues, el deber de obedecer las órdenes del mando es una clase especial del deber.

Cuarta

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, una orden militar resulta de obligado cumplimiento y su obediencia puede quedar amparada en la causa de justificación del art. 20.7 CP/1995, si se trata de un mandato personal, concreto, taxativo, relativo a actos de servicio, con legitimidad formal y apariencia de legalidad que, por la relación jerárquica existente entre superior y subordinado implique el deber de obediencia del último respecto del primero. Los requisitos de esta causa de justificación así expuestos encuentran su fundamento en el valor fundamental que ocupa la disciplina en el ámbito castrense, como también, en el buen funcionamiento de la organización militar, fuertemente jerarquizada, y sometida a un régimen de sujeción especial en el que la exigencia del deber de examen de la orden es muy reducida.

Quinta

Mientras que en el seno de un conflicto armado pueden llegar a ser más recurrentes los ejemplos de órdenes ilícitas obligatorias pues, es en estas situaciones críticas o excepcionales donde reside precisamente la virtualidad del deber de obediencia, no obstante, en un Estado de Derecho donde el servicio militar se desarrolla con normalidad su ámbito de aplicación puede quedar muy limitado. Del estudio jurisprudencial realizado se concluye que la operatividad de esta eximente se reduce a la

exención de responsabilidad disciplinaria porque, una orden de manifiesta ilicitud es aquella constitutiva de delito, pero no de mera infracción administrativa. Lo anterior queda a salvo del empleo legítimo de violencia por el superior jerárquico para mantener o restablecer la disciplina entre los militares a sus órdenes. Aquí la eximente podrá excluir de responsabilidad penal si el uso a la violencia queda acreditado como necesario, congruente y proporcionado en el cumplimiento del deber de la disciplina militar.

Sexta

Dada la existencia del deber de obediencia como piedra angular de la disciplina militar y la necesidad de preservar la supremacía del Derecho, no cabe duda ya de que, una orden ilegal dictada por un oficial superior representa un dilema práctico para el subordinado y un dilema teórico para los sistemas jurídicos nacionales, y, en consecuencia, representa también un dilema para el Derecho Internacional. Pese a que la codificación penal internacional no llega a resolver la cuestión tan debatida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la naturaleza de la obediencia debida, sí que consigue determinar una regla general sobre ésta basándose en el principio de no impunidad por el que sólo se excluye excepcionalmente de responsabilidad criminal en la comisión de crímenes de guerra siempre y cuando concurren una serie de requisitos.

Por las especialidades observadas no sólo en términos del tipo del delito militar sino también en cuestiones de Parte General (pues la extensión de este trabajo mayormente versa sobre una de ellas), **habiendo llegado a las últimas líneas de este trabajo** con cierto conocimiento en el tema queremos, por último, desvirtuar las voces críticas existentes sobre la posibilidad de derogar por completo el Código Penal Militar. Sin duda alguna, la disciplina militar requiere en el plano político-criminal de una regulación especial que venga recogida en su propio cuerpo normativo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Libros:

CABANELLAS, G., *Diccionario jurídico elemental*, 16ª edic., Editorial Heliasta, Argentina, 2003.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte general. T. II*, 6ª edic., Tecnos, 1998.

DE LEÓN VILLALBA, F.J., JUANCES PECES, A. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (dirs.), *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE LEÓN VILLALBA, F.J., (dir.), *Derecho Penal Militar. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

HERZOG, J.B., *Núremberg. Un échec fructueux*, Librairie Générale de Droit et de la Jursiprudence, R. Pichon et R. Durand, Paris, 1975.

HIGUERA GUIMERÁ, J.F., *Curso de Derecho Penal Militar Español*, Bosch, Barcelona, 1990.

JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, *Introducción al Derecho Penal Militar*, Editorial Civita, Madrid, 1987.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Protección penal de la disciplina militar*, Dykinson, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El contenido de la Antijuridicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, parte general*, 9ª edic., Reppertor, Barcelona, 2011.

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

QUEROL Y DURÁN, F., *Principios de Derecho Penal Militar*, T. II, Naval, Madrid, 1948.

QUINTANAR DíEZ, M., et al (dirs.), *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, 2020.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 1985.

ROXIN, C., *Autoría y dominio de hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Aranzadi, 2011.

- Capítulos de libros o colaboraciones en obras colectivas dirigidas o coordinadas:

ESCUCHURI AISA, E., «Capítulo 22: El concurso de leyes y de delitos», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016.

FLORES MENDOZA, F., «Capítulo 14: La antijuridicidad. Las causas de justificación», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., «Capítulo 16: El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016.

OLMEDO CARDENETE, M., «Artículo 20.7», en *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (dir.), T. II, Edersa, Madrid, 1999.

RUEDA MARTIN, M.A., «Capítulo 5: El concepto del delito», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016.

RUEDA MARTIN, M.A., y URRUELA MORA, A., «Capítulo 19: Las causas de irreprochabilidad», en *Derecho Penal Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2ª edic., Comares, Granada, 2016.

URRUELA MORA, A., «Capítulo 39: El Derecho Penal Militar», en *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), Comares, Granada, 2016.

- Revistas:

CALDERÓN SUSÍN, E., «Comentario de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar», en *Revista General de Derecho*, 1984.

CEREZO MIR, J., «La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», en *Sección Doctrinal. Aranzadi*, 1987.

CORONADO LÓPEZ, C., «El eximente de responsabilidad en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente...en la justicia penal militar», en *Derecho y Realidad*, nº. 14, Colombia, 2009.

HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J., «A vueltas con la obediencia debida. ¿Mandatos antijurídicos obligatorios?», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 22, 2011.

JUANES PECES, A., «Relaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar», en *Revista La Ley Penal*, nº. 7, 2004.

MIR PUIG, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 05-05, 2003.

OLÁSOLO ALONSO, H., «El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría inmediata», en *Revista Española de Derecho Militar*, nº. 91, 2008.

PÉREZ DEL VALLE, C. «Aproximación a los problemas dogmáticos de la Obediencia en el Derecho Penal Militar», en *Revista Española de Derecho Militar*, nº. 68, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Los principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Especial consideración de la Obediencia Jerárquica», en *Revista de Estudios de Derecho Militar*, nº. 1, 2016.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político criminales», en *Nuevo Foro Penal*, nº. 53, Salamanca, 1991.

- Legislación:

Constitución Española de 1978.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Código Penal.

Código Penal Militar.

Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil.

Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar.

Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera militar.

Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

- Jurisprudencia:

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC nº. 60/1991, de 14 de marzo (ECLI:ES:TC:1991:60).

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos:

STS de 29 de septiembre de 2001.

STS de 12 de julio de 2007.

STS de 16 de octubre de 2012.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Militar:

STS nº. 791/1983, de 22 de abril (ROJ: 1173/1983) – Ponente: LUIS VIVAS MARZAL.

STS nº. 47/1989, de 29 de septiembre (ROJ: 15293/1989) – Ponente: JOSE LUIS BERMUDEZ DE LA FUENTE.

STS nº. 29/1992, de 6 de junio (ROJ: 4509/1992) – Ponente: BALTASAR RODRIGUEZ SANTOS.

STS nº. 31/1992, de 11 de junio (ROJ: 4673/1992) – Ponente: JOSE JIMENEZ VILLAREJO.

STS nº. 9/1994, de 16 de febrero (ROJ: 15926/1994) – Ponente: JOSE LUIS BERMUDEZ DE LA FUENTE.

STS nº. 99/1994, de 3 de noviembre (ROJ: 15997/1994) – Ponente: JOSE LUIS BERMUDEZ DE LA FUENTE.

STS de 31 de marzo de 1995 (ROJ: 1930/1995) – Ponente: BALTASAR RODRIGUEZ SANTOS.

STS de 24 de octubre de 1996 (ROJ: 5797/1996) – Ponente: FERNANDO PEREZ ESTEBAN.

STS de 15 de febrero de 1997 (ROJ: 1043/1997) – Ponente: JAVIER APARICIO GALLEGU.

STS de 25 de mayo de 1999 (ROJ: 3633/1999) – Ponente: JOSE LUIS BERMUDEZ DE LA FUENTE.

STS de 31 de mayo de 1999 (ROJ: 3808/1999) – Ponente: JOSE LUIS BERMUDEZ DE LA FUENTE.

STS de 9 de octubre de 2000 (ROJ: 7177/2000) – Ponente: JOSE MARIA RUIZ-JARABO FERRAN.

STS de 13 de septiembre de 2001 (ROJ: 6751/2001) – Ponente: AGUSTIN CORRALES ELIZONDO.

STS de 8 de octubre de 2001 (ROJ: 7684/2001) – Ponente: JOSE MARIA RUIZ-JARABO FERRAN.

STS de 7 de marzo de 2003 (ROJ: 1571/2003) – Ponente: AGUSTIN CORRALES ELIZONDO.

STS de 3 de febrero de 2004 (ROJ: 590/2004) – Ponente: JOSE MARIA RUIZ-JARABO FERRAN.

STS de 12 de marzo de 2004 (ROJ: 1719/2004) – Ponente: JOSE LUIS CALVO CABELLO.

STS de 31 de mayo de 2004 (ROJ: 3750/2004) – Ponente: ANGEL CALDERON CEREZO.

STS de 9 de julio de 2004 (ROJ: 4985/2004) – Ponente: JOSE LUIS CALVO CABELLO.

STS de 11 de febrero de 2008 (ROJ: 1927/2008) – Ponente: JAVIER JULIANI HERNAN.

STS de 3 de noviembre de 2008 (ROJ: 5789/2008) – Ponente: FERNANDO PIGNATELLI MECA.

STS de 9 de diciembre de 2008 (ROJ: 7022/2008) – Ponente: JAVIER JULIANI HERNAN.

STS de 5 de marzo de 2010 (ROJ: 1279/2010) – Ponente: JOSE LUIS CALVO CABELLO.

STS de 28 de febrero de 2013 (ROJ: 1103/2013) – Ponente: FERNANDO PIGNATELLI MECA.

STS de 12 de diciembre de 2013 (ROJ: 6383/2013) – Ponente: ANGEL CALDERON CEREZO.

STS de 9 de julio de 2015 (ROJ: 3644/2015) – Ponente: FRANCISCO MENCHEN HERREROS.

STS de 9 de diciembre de 2015 (ROJ: 5137/2015) – Ponente: ANGEL CALDERON CEREZO.

STS nº. 32/2018, de 22 de marzo (ROJ: 1132/2018) – Ponente: JACOBO BARJA DE QUIROGA LOPEZ.

STS nº. 44/2018, de 3 de mayo (ROJ: 1811/2018) – Ponente: FERNANDO PIGNATELLI MECA.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal

STS nº. 464/2002, de 14 de marzo (ROJ: 1810/2002) – Ponente: JOSE MANUAL MAZA MARTIN.

STS nº. 1262/2006, de 28 de diciembre (ROJ: 8273/2006) – Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

STS nº. 46/2014, de 11 de febrero (ROJ: 250/2014) – Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE.

STS nº. 608/2019, de 11 de diciembre (ROJ: 3910/2019) – Ponente: PABLO LLARENA CONDE.

- Recursos de Internet:

Consejo General del Poder Judicial (2020). Consejo General del Poder Judicial. Disponible en:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Aprobado_el_informe_del_CGPJ_al_Codigo_Penal_Militar [consultado 27 de abril de 2020].