

La obediencia jerárquica en el Derecho

SUMARIO

LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. EN EL ORDEN CIVIL.

- A) Jerarquía, subordinación, obediencia.
- B) Circunstancias inherentes al mandato del superior para que deba ser obedecido por el inferior :
 - a) Que se refiera a asuntos propios del servicio.
 - b) Que sea, además, legal.
- C) El problema de las órdenes y mandatos ilegales :
 - a) Ilegalidad en cuanto a la forma.
 - b) Idem en cuanto al fondo: ilegalidad manifiesta e ilegalidad dudosa.—Teoría de la «ostensibilidad de la ilegalidad».
 - 1) Posición de los que la afirman.
 - 2) Idem, íd., niegan.
 - 3) Nuestra posición.

II. EN EL ORDEN MILITAR.

LA OBEDIENCIA DEBIDA EN EL DERECHO PENAL

I. EN EL ORDEN CIVIL.

- A) Enunciado general del Derecho positivo.
- B) ¿Campo de la antijuridicidad o de la culpabilidad?
- C) ¿Error de hecho o de derecho?
- D) Nuestra posición acerca de los distintos supuestos :

- a) Mandatos en asuntos fuera del servicio, o entrañando ilegitimidad en la forma, o manifiestamente ilegítimos en el fondo : DEBER DE DESOBEDECER.—Exceso en la obediencia.
- b) Ilegalidad dudosa en cuanto al fondo : propia circunstancia de «obediencia debida» : error esencial, vencible o invencible.

II. EN EL ORDEN MILITAR.

LA OBEDIENCIA JERARQUICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dentro de la jerarquía administrativa la subordinación es uno de los sólidos engranajes que hacen posible la realización eficaz de la actuación administrativa. Y esta actuación en que, en definitiva, estriba la Administración —«*Verwaltung ist Tat*», decía Kcellreutter— mal podría desarrollarse sin una obediencia —deber consustancial de la subordinación— del inferior al superior, consciente, reflexiva, pronta.

Ahora bien, no quiere decir esto que siempre el inferior deba obediencia al superior. El primero es funcionario y es hombre ; es decir, será necesario tener presente su condición de nexo de unión entre el mandato del superior y las funciones del servicio, la integridad de orden jurídico, el orden moral. En cuanto funcionario, debe obediencia al superior ; en cuanto hombre, es ser consciente, no instrumento ciego que deba obedecer la voluntad del jefe sin atemperarla a otras circunstancias extrínsecas a la función, pero que son esencia de la misma.

Para que la obediencia sea exigida hará falta en primer lugar, pues, que el mandato del superior *afecte a asuntos propios del servicio*. Decía Orlando (1), que fuera del servicio no hay ni inferior ni superior jerárquico. Y Duguit (2) observa que el deber de obediencia del inferior no es una obligación personal, particular, con respecto al superior, sino la obligación general de obrar para desarrollar la función encomendada.

Será preciso, además, *que el mandato sea legal*.

Empero, puede el superior dar un mandato que sea ilegal ya en cuanto a la forma, ya en el fondo mismo. ¿Debe, en este caso, obedecer el inferior ? ¿Queda eximido de su deber fundamental ?

Evidente parece que queda dispensado de él, en el primer caso,

(1) «*Principii di Diritto amministrativo*», 5.^a ed., 1925.

(2) «*L'État, les gouvernants et les agents*», págs. 619 y ss.

siempre que los mandatos no le sean comunicados con las debidas formalidades que la ley determina. Pero cuando la ilegalidad de la orden afecta al fondo, debemos distinguir los casos de la ilegalidad manifiesta, clara, de aquellos en que es dudosa, incierta.

La distinción aparece ya recogida en el Derecho canónico: «*ea quae habent atrocitatem facinoris*», y aquellas «*quae non habent*».

Nuestro Derecho histórico hizo aplicación concreta de la diferenciación. Las Partidas decían: «...cada vno destes, que ficiese daño en cosas de otro por mandado de aquel en cuyo poder estuiesse, non seria tenuto de fazer enmienda del daño que asi fuesse fecho. Mas aquel lo deve pechar, por cuyo mandado lo fizo. Pero si alguno destes deshonorase, o firiese, o matasse a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estuiesse, non se podria escusar de la pena, porque non es tenuto de obedecer su mandado en tales cosas como estas; e si lo obedesciere, e matare, e fiziere alguno de los yerros sobredichos, eue ende auer pena, tambien como el otro que lo mando hacer». (Part. 7.^a, Tít. XV, 1.5.^a).

Pues bien, cuando la ilegalidad es manifiesta, es claro que el funcionario no debe obedecer. Sería monstruoso que se sacrificase el orden jurídico a la integridad jerárquica. Digamos, con Alimena, que sería tiránico pretender que en tal caso el subordinado obedeciera. ¿Dónde se llegaría si se llevase esta opinión a sus últimos extremos? (3). Y aun pensamos que si la subordinación es esencial para la eficaz actividad administrativa, siempre tiene ésta por esencia y substratum el Derecho, y que jamás puede encontrarse en la esfera de la función pública una orden contraria a las leyes.

Mas, cuando la ilegalidad es sólo dudosa, parece ser que el funcionario tiene el albedrío de desentrañar esa incertidumbre, y luego obrar en consecuencia. Si después del examen del mandato llegara a la conclusión de su ilegalidad, se encontraría en el caso anterior: no deberá obedecer; en caso contrario, absorbido de lleno por su fundamental deber de obediencia. «Las lesiones que priven de la vista, y la violación, siempre constituyen delito; pero penetrar en el domicilio ajeno, tomar las cosas muebles de otro, no siempre son delitos... En el primer caso, por consiguiente, el que recibe la orden debe y puede negarse a obedecerla; en el segundo, por el contrario,

(3) «Principios de Derecho Penal», t. I, vol. II, pág. 123, nota.

antes de desobedecerla o de obedecerla, debe hacer una investigación relativa a la legalidad de la orden y la relación jerárquica» (4).

¿Pero es que el subordinado puede analizar, inquirir, acerca de los mandatos del superior y, después, obrar según los resultados? Nosotros creemos, en principio, que sí (luego hablaremos de correctivos). Dice Duguit que el buen funcionamiento de los servicios públicos estará mejor asegurado por la clara noción de que todos los agentes (desde los más elevados hasta los más humildes) son responsables, que, por un sistema de disciplina pasiva, que debilita los caracteres, aniquila la voluntad y atrofia la inteligencia (5).

Alguien ha dicho que con este criterio triunfaría en la reglamentación del Estado la anarquía. Pero ello es inexacto. Creemos con De Luca (6) que cuando de verdad hay anarquía es cuando el inferior sigue ciegamente la orden del superior, olvidando que la esencia de su función está en la ley, y que el superior no tiene un poder subjetivo de mandar, sino un poder objetivo, tenido por la ley de la función.

Manzini no cree que sea esto cierto. «Si el inferior —dice— es el primer juez natural de la propia competencia, no es, sin embargo, juez de la competencia de la función superior en lo que concierne a la interpretación y aplicación de la ley» (7). Pero es preciso objetar con De Luca (8) que el inferior, al examinar si el mandato recibido por el superior es o no legal, negándose a cumplirlo en caso de ilegalidad, no es que se haga juez de la competencia del superior, sino que juzga si el mandato debe ser ejecutado por él; es decir, si esa ejecución entra de lleno en su propia competencia.

Piénsese, por otra parte, que este derecho del funcionario, que nosotros reconocemos, de examinar la ilegalidad del mandato del superior, se contrae:

1.º A aquellas órdenes que llevan en sí elementos o sospechas de ilegalidad, y no a todos los mandatos, en cuyo caso sí que cabría hablar de sufrimiento del principio de jerarquía.

2.º Que siempre cabrá, al accionar la responsabilidad ante los Tribunales por la acción u omisión del funcionario, esgrimir la

(4) Alimena, ob. cit., t. y vol. cit., págs. 120-121.

(5) Ob. cit.

(6) «Principii di Criminologia», vol. II, pág. 41.

(7) «Tratato di Diritto penale italiano», vol. II, págs. 209-210.

(8) Ob. cit., pág. 41.

inexistencia de motivos o dudas de ilegalidad, la extralimitación del funcionario al hacer el examen, etc.

3.º El correctivo de que vamos a hablar.

No obstante lo dicho, hay que reconocer que, llevado a últimos extremos esta facultad del funcionario de examinar las órdenes de ilegalidad dudosa del superior, se producirían dificultades y cuestiones más que otra cosa. Creemos por ello que hay que partir —con respecto al subordinado— de la presunción de licitud de la orden del jefe; pero que si el inferior encuentra sospechas de ilegalidad, su examen deberá contraerse a los siguientes extremos:

a) Competencia: en el superior y en el inferior.

b) Que el mandato se refiera a la relaciones usuales existentes entre ambos. Ya que el mandato de cumplir algo inusitado, exorbitado, con relación a superior e inferior, debe poner en guardia al subordinado, pues, como dice Jiménez de Asúa, «su deber de obediencia no ha de ser mayor que su deber profesional».

c) Que la orden se halle revestida de las solemnidades legales.

Concurriendo estas circunstancias en la orden, el inferior debe obedecer siempre, naturalmente, que no exista una manifiesta y clara ilegalidad.

Esta doctrina de la ostensibilidad de la ilegalidad de la orden no es, sin embargo, unánimemente aceptada. La rechazan Manzini (9), Santi Romano (10), Orlando (11) y Royo Villanova (12). Se dice que en el Derecho no cabe el criterio subjetivo de la evidencia o de la incertidumbre; un acto o es ilegal o no lo es: en un caso no debe obedecerse; en otro, sí.

«La presunción —dice el primero— de mayor capacidad que está a favor de la autoridad superior suprime evidentemente al subordinado la facultad de examinar si la primera había interpretado o aplicado exactamente una regla de derecho». Y Royo Villanova dice: «El mandato contrario a las leyes no debe obedecerse. El funcionario no es un autómatas, sino un ser racional que sabe lo que hace y conoce el alcance de sus actos y omisiones. Por eso consideramos inaceptable la distinción que hacen algunos entre ilegalidad evidente

(9) Ob. cit. vol. II, pág. 209.

(10) «Principii di Diritto amministrativo».

(11) Ob. cit.

(12) «Elementos de Derecho Administrativo», 23 ed., t. I, pág. 180.

y dudosa, que por su indeterminación es contraria a aquella claridad que han de revestir los principios jurídicos. La conocida máxima «ignorantia juris noemine prodest» debe tener en Derecho público la misma eficacia que en Derecho privado. Esto no se opondría a que por equidad se eximiera de responsabilidad criminal a ciertos funcionarios inferiores en quienes por su condición de agentes predomina el carácter pasivo y que por lo mismo no están en condiciones de apreciar la legalidad de las órdenes que reciben».

No obstante, la teoría, que aceptamos, de la ostensibilidad de la ilegalidad, es la comúnmente aceptada por los grandes autores de Derecho administrativo. «Hay casi unanimidad —dice Jiménez de Asúa— al decir que el empleado público no sólo no debe obedecer a una orden ilegal, sino que debe, también, examinar si el acto que el superior quiere hacerle ejecutar es o no ilegal, cuando la ilegalidad entra en la esfera de la competencia que pertenece por la ley al inferior, puesto que estando provisto, como lo está realmente, de personalidad consciente y propia, debe desempeñar sus funciones en conformidad con la ley» (13).

Ahora bien, cuando el problema que estamos tratando lo centramos concretamente en el orden militar o en los institutos armados con fueros militares la cuestión se complica.

Hasta ahora hemos hablado de sujetos en los que cabe un cierto margen de libertad de enjuiciamiento; de individuos que conocen sus funciones y cometidos perfectamente, puesto que para el ingreso en la carrera administrativa, hasta en los puestos ínfimos, es necesario unos conocimientos, una capacidad acreditada en una oposición; de funcionarios cuya obediencia no es rígida.

Pero en los que ahora estamos tratando no se dan estas circunstancias. La palabra obediencia se trueca por esta otra de contextura más recia: disciplina. Disciplina que todavía es más rigurosa en guerra que en paz.

Por todo ello la doctrina y el mismo Derecho positivo —como luego veremos— se inclinan a darles una mayor benignidad que a los civiles.

No obstante, Prins cree que aun en tales circunstancias estos sujetos son ciudadanos dotados de voluntad e inteligencia y, por tanto, conservan su parte de inteligencia. Y por ello, dice, que, si la

(13) Adiciones al «Programa del Curso de D. Criminal», de Carrara, tomo I, pág. 485.

ilegalidad de la orden es dudosa, debe obedecer; pero si es evidente, no puede hacerlo sin incurrir en pena (14).

Empero, puede que tenga razón Alimena cuando dice: «En teoría no puede dudarse del derecho y del deber del soldado de desobedecer cuando lo que se le ordena sea un verdadero delito; pero en la práctica, yo no sabría negar la justificación a un soldado que, no estando seguro de la legitimidad de la orden, la ejecuta por miedo a las consecuencias, aun dudosas, del propio acto.»

LA OBEDIENCIA DÉBIDA EN EL DERECHO PENAL

Es incuestionable la responsabilidad en que incurre el superior que da una orden ilegal. Pero lo que ahora nos interesa es la propia responsabilidad del inferior que ha obedecido un mandato ilegal de su jefe.

El Código penal vigente dice, en su artículo 8:

«Están exentos de responsabilidad criminal:

12. El que obra en virtud de obediencia debida.»

Art. 369. «Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las solemnidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

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

Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios constituídos en autoridad que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general.»

Art. 370. «El funcionario público que, habiendo suspendido por cualquier motivo que no fuere de los expresados en el segundo párrafo del artículo anterior la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que aquéllos hubieren desaprobado

(14) «Science penale et Droit Positif», 1899, págs. 202-203.

la suspensión, sufrirá las penas de prisión menor e inhabilitación especial.»

• • •

La mayoría de los penalistas consideran a la obediencia jerárquica como una causa de justificación, pero esto es verdaderamente erróneo. Atribuirle tal carácter de justificación implicará declarar legítimo el resultado; esto es, considerarlo de acuerdo a Derecho. Por ello creemos nosotros —siguiendo la corriente doctrinal iniciada principalmente en Alemania y seguida entre los penalistas españoles por Ferrer Sama (15)— que la circunstancia de obediencia jerárquica es una *causa de inculpabilidad* en el sujeto, subsistiendo el carácter antijurídico del acto. «Un tal mandato antijurídico del superior jerárquico no puede excluir hacia afuera la antijuridicidad objetiva de la acción del subordinado por más que sea obligatorio para él. Dicha acción continúa siendo objetivamente antijurídica, pero no puede hacerse reproche alguno al que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, obedece la orden. Con otras palabras: el sujeto no actúa culpablemente; el mandato obligatorio constituye para él una causa de exclusión de la culpabilidad» (16).

Por otra parte, la circunstancia de la obediencia jerárquica entra de lleno en el campo del error. Evidentemente, el inferior obró creyendo que realizaba un acto lícito, dentro de su competencia, por el hecho de ordenárselo el superior.

Ahora bien, ¿es error de hecho o de derecho?

Sabida es la clásica diferenciación entre estas dos clases de error y las consecuencias diametralmente opuestas que los clásicos atribuían a ambos. «Error vel ignorantia facti, excusat». «Error vel ignorantia iuris, nocet, non excusat, noeminem prodest». Pero para paliar los artificios de esta escuela surge pronto la doctrina que funde ambas clases de error en una sola, atribuyendo, por tanto, los mismos efectos. En este sentido Liszt (17), Kohlrausch (18), Cuella Calór (19), Frosalli (20), y el Profesor Ferrer Sama (21). Frosalli,

(15) «El error en Derecho Penal», Tesis doctoral, Murcia, 1951, pág. 37.

(16) Mezger: «Strafrecht», parágraf. 30 II, 2.

(17) «Lerbuch».

(18) Von Vezger, ob. cit., parágraf. 42, 3.

(19) «Tratado».

(20) «L'errore», pág. 81.

(21) Ob. cit.

concluye diciendo que la distinción entre derecho (objetivo) y hecho, es puramente convencional, ya que en la realidad el derecho objetivo no es sino un hecho integrado por la existencia de una ley, y, por tanto, si el conocimiento o ignorancia «in genere» de un hecho puede concurrir a determinar la voluntad, igualmente puede concurrir el conocimiento o la ignorancia del derecho objetivo. Así, pues, podemos decir, con Ferrer Sama, «que todo error de hecho viene a ser, en el fondo, error de derecho, como todo error de derecho es, en último término, error de hecho».

Así, pues, admitiendo la fusión de ambos conceptos, poca importancia tiene ya la solución del problema que enunciábamos. Pero si nos obligasen a matizar no dudaríamos en calificar —como lo hace el citado Profesor de la Universidad de Murcia— la obediencia jerárquica como error de significación del hecho, ya que el inferior obedeció conociendo claramente los hechos, pero no el carácter del acto, que creyó legítimo, ya que ejecutaba una orden del superior. Expuesto esto, creemos es interesante, para mayor claridad, ir tratando los diferentes supuestos que analizamos en la primera parte de este trabajo.

a) Evidentemente, los mandatos que se refieran a asuntos fuera del servicio, o que entrañen ilegitimidad en la forma, o manifiestamente ilegítimos en el fondo, no deben ser obedecidos por el inferior. Respecto de ellos, tiene el subordinado un verdadero *deber de desobedecer*, sancionado por el artículo 369, párrafos segundo y tercero. El Tribunal Supremo así lo ha manifestado también en Sentencia de 26 de abril de 1892, expresando que no es debida la obediencia a un mandato administrativo que infringe clara, manifiesta y terminantemente una ley, y la de 23 de septiembre de 1872 asevera que la obediencia debe recaer sobre actos lícitos y permitidos.

Por consiguiente, si el funcionario obedece en estos casos no se le podrá aplicar el eximente 12 del artículo 8. Por eso el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de enero de 1932 no aplica esta eximente al cabo de la Guardia Civil que, habiendo recibido orden de detener a unos sujetos, al alcanzarlos con la vista disparó contra ellos y mató a uno.

Empero, creemos que en estos casos, cuando el funcionario obedece, cabrá aplicar el artículo 565 («el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor»), por las mismas razones por las que se aplica este artículo a los casos en que a la exi-

mente del número 8, artículo 8, le falta alguno de sus requisitos, según dispone el artículo 64.

Jiménez de Asúa (en la ob. cit.) y otros creen que debe aplicarse, por el contrario, la eximente incompleta del artículo 9, número 1. Pero presuponer doloso el delito cometido por el funcionario en estos casos «es —dice Ferrer Sama— contrario a las más diáfanas reglas de la técnica».

En efecto, el funcionario que obedece un mandato ilegítimo por creerlo legítimo —aunque por ser clara y terminante la ilegalidad o ilegitimidad— ¿obró dolosamente? No. En su conducta se hallan todas las características del actuar culposo al no prever lo que otro en sus condiciones hubiera previsto: que el mandato era ilegítimo y que, por ende, debía desobedecer.

b) Caso en que la ilegalidad de la orden sea dudosa. Expresaba Rossi (22) que debe considerarse responsable al que ha recibido una orden y la ha ejecutado, cuando su contenido fuese evidentemente un delito. Ya lo hemos dicho. Pero Rossi se detuvo aquí. Por ello fué por lo que Alimena, profundizando más, vió la posibilidad de que en la orden del superior no entrase claramente un delito, solucionando la cuestión en la forma que hemos expuesto páginas atrás.

Nosotros, sin embargo, considerábamos reducido el examen que puede verificar el subordinado a los tres extremos dichos, y que si después de él no aprecia una ilegalidad manifiesta, debe obedecer.

He aquí, pues, cómo surge la verdadera y propia circunstancia de obediencia debida, ya que, obedeciendo el inferior en estas circunstancias, puede cometer un resultado delictivo. ¿Responderá de él el inferior que lo ejecutó?

Evidentemente que no podrá reprochársele el acto; hay que aplicar de lleno la circunstancia 12 del artículo 8 del Código penal.

Ahora bien, ¿qué condiciones son precisas para que el agente pueda ampararse en esta eximente? La obediencia ha de ser *debida*, dice la causa 12, y no aclara ni especifica más. Pero si acudimos al precepto del 369, primero, hallaremos los requisitos que obligan a la obediencia: que *la orden sea de la autoridad superior, que esté dictada dentro de los límites de su respectiva competencia y revestida de las solemnidades legales*. Por tanto, cuando estos requisitos se den puede decirse que la obediencia del inferior fué debida. Por ello, el Tribunal Supremo ha negado la aplicación de la eximente cuando

(22) «Traité de Droit penale», 3.ª ed., I, c. XIII.

no existía la relación de superior e inferior entre el que ordenaba y el que obedecía (Sentencia de 29 de noviembre de 1892); también ha dicho que la obediencia es debida cuando el que manda lo hace en virtud de sus atribuciones y el que obedece obra dentro de sus deberes (12 de junio 1897), negando que haya derecho a invocar la eximente cuando lo mandado no estaba en las atribuciones del superior ni cuando faltaban las formalidades legales (Sentencias, respectivamente, de 4 marzo 1886 y 29 marzo 1886).

Por otra parte, creemos que el error con que obedece el inferior—error en cuanto a la significación del hecho, repetimos— es esencial y no accidental. En efecto, Ferrer Sama (23) dice que se da éste cuando recaiga sobre circunstancias que necesariamente hayan de ser representadas para afirmar la existencia del dolo. Pero los efectos del error esencial son distintos, según los casos. Ya que a veces excluye el dolo y la culpa (cuando el error sea invencible), y otras excluye el primero, dejando subsistente la segunda (error venible).

Relacionando esto con la materia que nos ocupa, diremos que nos encontramos en el primer caso cuando la orden, aun siendo ilícita en el fondo, apareciese con formas de legalidad, resultando muy difícil desentrañar su ilegitimidad; y en el segundo, cuando la orden presentase tal carácter de ilegalidad, que el inferior la habría podido descubrir fácilmente empleando una mayor atención.

Pues bien, al primero le es de aplicar la eximente del 8, número 12, en toda su amplitud. En el segundo, creemos que hay que aplicar, no la eximente incompleta del artículo 9, número 1, sino el precepto del artículo 565, por las razones que antes exponíamos.

En el orden militar, el deber de obediencia es muchísimo más riguroso que en el civil, como decíamos. Existe también la eximente de obediencia debida. El Código de Justicia Militar dispone en su artículo 172, 2.º, que «se aprecian como causas de exención de responsabilidad criminal las que en cada caso juzguen pertinentes del Código Penal ordinario» los Tribunales militares. Y lo mismo en el Código de la Marina de Guerra, en su artículo 10, número 12, de manera específica. Se apreciará o no según los accidentes de cada caso y teniendo presente si se prestó la obediencia con malicia o sin ella.

Pero creemos pertinente una advertencia. Consideramos equita-

(23) Ob. cit., pág. 38.

tivo que, al tomar en cuenta esta exigente de obediencia en el orden militar, tenga el militar más derecho que el civil a ampararse en esta exigente; hay que concederla con mayor prodigalidad para aquéllos. Ya que la obediencia en el estado militar ocasiona tremendas, fatales consecuencias a veces, cosa que jamás ocurre al civil. Así los artículos 266 y 267, del Código de Justicia Militar, y los 271 a 274, del de la Marina de Guerra, castigan con terrible dureza la desobediencia del soldado y del marino, que, incluso, puede ser la muerte, cuando desobedecieren al frente del enemigo o de rebeldes o sediciosos.

Por ello, aquellas palabras ya dichas de Alimena: «...Yo no sabría negar la justificación a un soldado que, no estando seguro de la legitimidad de la orden, la ejecuta por miedo a las consecuencias, aun dudosas, del propio acto».

MARIANO E. PAÑO LALANA