

OBEDIENCIA DEBIDA JUSTIFICANTE Y OBEDIENCIA NO DEBIDA EXCULPANTE O ATENUANTE

OBEDIÊNCIA DEVIDA JUSTIFICANTE E OBEDIÊNCIA NÃO DEVIDA EXCULPANTE OU ATENUANTE

DIEGO-M. LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal (emér.). Universidad de Alcalá, Madrid. Presidente de honor de la FICP – Fundación Internacional de Ciencias penales.
(<http://www.ficp.es>; contacto@ficp.es)
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3251-237X>
diegom.luzon@uah.es
DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v194i194.373>

Autor convidado

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMEN: En este artículo se analizan las diversas implicaciones penales de la hipótesis en la que el delito se comete en cumplimiento de órdenes emitidas por superiores jerárquicos. Tomando como punto de partida el ordenamiento jurídico español, el autor distingue entre la obediencia a órdenes plenamente legales y la obediencia a órdenes ilegales. A su vez, en la categoría de órdenes antijurídicas se distingue entre las que pueden considerarse obligatorias o vinculantes y las que pueden considerarse no obligatorias o no vinculantes.

PALABRAS-CLAVE: Obediencia jerárquica – Exclusión de la ilicitud – Exclusión de la culpabilidad – teoría de la evidencia – Teoría de la nulidad

RESUMO: O presente artigo analisa as diversas implicações jurídico-penais da hipótese em que um crime é praticado em decorrência do cumprimento de ordens emitidas por superiores hierárquicos. Tomando como ponto de partida a ordenação jurídica espanhola, o autor distingue entre a obediência a ordens plenamente jurídicas e a obediência a ordens antijurídicas. Por sua vez, na categoria das ordens antijurídicas, distingue-se entre aquelas que podem ser consideradas obrigatórias ou vinculantes e aquelas que podem ser consideradas não obrigatórias ou não vinculantes.

PALAVRAS-CHAVE: Obediência hierárquica – Exclusão da ilicitude – Exclusão da culpabilidade – Teoria da evidência – Teoria da nulidade

SUMÁRIO: I. La obediencia debida. Necesidad o no de su regulación expresa y autónoma como eximente. II. Ámbito. Naturaleza y ubicación sistemática como causa de justificación o de exculpación. III. La obediencia debida a órdenes antijurídicas obligatorias. Bibliografía.

I. LA OBEDIENCIA DEBIDA. NECESIDAD O NO DE SU REGULACIÓN EXPRESA Y AUTÓNOMA COMO EXIMENTE^{1*}

La obediencia debida se mencionaba expresamente como eximente ya en el CP 1822 (art. 21: actuar forzado “por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar”) y con la fórmula más simple “el que obra en virtud de obediencia debida” desde el CP 1848 hasta el CP 1944/1973 en el art. 8, 12.º. En cambio, en el art. 20 del actual CP 1995 se ha suprimido su mención expresa por considerarla superflua al entender que, si la obediencia es *debida*, ya encaja en la eximente de cumplimiento de un deber², en este caso de un deber de obediencia a una orden vinculante u obligatoria. Aunque el deber en ambos casos emana de la ley, en el caso normal de cumplimiento del deber éste deriva directamente de una previsión legal ante un supuesto de hecho, mientras que en la obediencia debida la peculiaridad es que se trata de un deber que impone ciertamente la ley, pero a través de un intermediario: la orden o mandato vinculante que imparta una autoridad o un superior. No estamos ante una eximente de obediencia a órdenes u obediencia jerárquica sin más, que podría plantear si a veces es una causa sólo de exculpación cuando la orden no sea jurídicamente estrictamente obligatoria, sino que lo que se plantea es la subsistencia de la obediencia “debida”, que no es sino una variante del cumplimiento del deber (expresamente mencionado en el art. 20, 7.º, y mayoritariamente, en la obediencia funcionarial, de deber en el ejercicio del cargo, contemplado asimismo en ese precepto, pero hay que tener en cuenta que de todos modos el cumplimiento del deber, como el ejercicio del derecho, oficio o cargo, aunque no se incluyeran expresamente como eximentes –como sucede en otros Códigos extranjeros– en el catálogo del art. 20, no dejarían de ser causas de exclusión de la antijuridicidad en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico en lo lícito o permitido³). Lo que sí hay que dejar claro es que la desaparición de su mención expresa en el art. 20 de ningún modo supone la supresión de la obediencia debida como eximente y concretamente como causa de justificación de cumplimiento del deber del art. 20, 7.º (que en algunos casos excepcionalmente supondrá adecuación social, cotidianeidad y absoluta normalidad de la obediencia a la orden y por tanto causa ya de atipicidad⁴). No obstante, una regulación

1. * Publicado inicialmente en Estudios de D. Penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo, Madrid, ed. Universit. Ramón Areces, 2016, 243-262 (en gran parte coincidente mi: Obediencia debida como causa de justificación: la discusión sobre sus requisitos, en Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, 265-280). En esta versión hay algunos añadidos y actualizaciones legislativas y bibliográficas. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.
2. Así p. ej. Queralt, La obediencia debida, 1986, 448; Berdugo/Arroyo/et al., Curso PG, 2.ª 2010, 311; Polaino, Leccs PG II, 2013, 156; Mir, PG, 10.ª 2015/2016, 18/58.
3. Así p. ej. Jescheck/Weigend, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 31 III 1; Roxin, AT, 4.ª 2006, § 14/31 ss.; PG, 2.ª 1997, § 14/30 ss.; Luzón Peña, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 25/5.
4. Cfr. Luzón Peña, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 20/16 ss.

expresa podría tener la ventaja de que la ley la aprovechara para concretar con carácter general los casos en que no hay deber de obediencia a órdenes del superior y aquellos en que sí lo hay, acabando con la fragmentaria regulación actual de la cuestión en algunas leyes sólo para algunos campos de actividad y contribuyendo por tanto a una mayor seguridad jurídica.

II. ÁMBITO. NATURALEZA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN O DE EXCULPACIÓN

1. Ámbito

Su ámbito de aplicación como caso de cumplimiento del deber es el de la obediencia jerárquica, pero no sólo entre funcionarios del inferior al superior, sino, como ha destacado entre nosotros *Queralt*⁵, también en el campo de la obediencia política, o sea obediencia cívica o ciudadana a órdenes de la autoridad. No opera, como veremos *infra* II.2 b1), III.1, la obediencia debida en el ámbito laboral-empresarial, grupal o de una banda o familiar o doméstico.

2. Naturaleza y ubicación sistemática. Obediencia a órdenes plenamente jurídicas como causa de justificación (o incluso de atipicidad). Obediencia a órdenes antijurídicas como causa de justificación o de exculpación

Ciñéndonos en principio a las órdenes de la autoridad (aunque al final –IV– se aludirá también a la naturaleza de la obediencia laboral o familiar), se ha discutido la naturaleza jurídica de la obediencia a las mismas y por tanto la ubicación sistemática de la eximente dentro de las categorías de la teoría del delito. Se pueden distinguir los siguientes supuestos:

a) Obediencia a órdenes plenamente jurídicas. La orden es plenamente conforme a Derecho o jurídica, sin ninguna infracción del ordenamiento jurídico, grave o leve, evidente o no. En tal caso está claro que la orden es obligatoria o vinculante para el funcionario inferior o para el ciudadano, por lo que la obediencia es debida y tal cumplimiento del deber excluye la antijuridicidad de la realización de la conducta⁶ en principio típica. En algunos casos más bien excepcionales, cuando la obediencia suponga el cumplimiento absolutamente normal, habitual y aproblemático de una actuación ordenada de restricción de algún bien jurídico poco importante, como la ejecución de una sanción administrativa de multa, tal exclusión de la antijuridicidad supondrá además adecuación social (y jurídica) y por tanto una causa ya de atipicidad por falta de toda relevancia jurídica. En el resto de los supuestos la obediencia debida a una orden plenamente jurídica supone una causa de justificación, que excluirá no sólo el desvalor de la acción sino

5. La obediencia debida, 1986, 34 s., 75 ss.

6. Así por todos, Cobo/Vives, PG, 5.^a 1999, 479 ss.; Cuello Contreras, PG I, 3.^a, 2002, X/238; Donna, PG, III, 2008, 380; Mir, PG, 10.^a 2015/2016, 18/59,65.

también el del resultado cuando *ex post* resulte que efectivamente se produce el resultado deseado jurídicamente, que será lo normal, pero que puede excluir sólo el desvalor de la acción cuando la orden jurídica que base en un juicio plenamente fundado racionalmente de que concurren los requisitos que legitiman la orden, p. ej. una sentencia condenatoria en lo penal o en lo civil o un auto ordenando una medida cautelar como la prisión provisional, pero *ex post* se compruebe, p. ej. con un recurso de revisión, que se ha impuesto la condena o la medida a un inocente y por tanto se ha producido un desvalor del resultado⁷.

b) Obediencia a órdenes antijurídicas. Para un sector muy extendido en la doctrina antigua las órdenes antijurídicas, que infringen de algún modo el ordenamiento jurídico, no son nunca obligatorias, por lo que no se puede plantear una obediencia debida a las mismas como causa de justificación, aunque sí como posible causa de exculpación por miedo, coacción o presión de quien recibe la orden antijurídica⁸. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, sí que hay algunas órdenes antijurídicas que son pese a ello jurídicamente vinculantes; y por tanto hay que distinguir dentro de las órdenes antijurídicas:

1) Órdenes antijurídicas obligatorias o vinculantes. Hay órdenes antijurídicas, con alguna infracción del Derecho que, pese a ello, como veremos a continuación (III), el Derecho prefiere que sean obligatorias y que sean obedecidas, según unos sistemas cuando no sea evidente o manifiesta la infracción jurídica o según otros sistemas cuando no sea de tal gravedad que haga nula la orden. En tal caso hay obediencia debida, que constituye una causa de justificación⁹ que puede interpretarse que excluye sólo el desvalor objetivo

7. Sobre las características y efectos de las causas de justificación sólo de la acción, pero no del resultado, v. Luzón Peña, Leccs PG, 2.ª/3.ª 2012/2016, 20/23 s., 25/8 s., 20.
8. Así por considerar contradictorio que la obediencia sea conforme a Derecho y en cambio la orden obedecida sea antijurídica y genere responsabilidad en el superior, p. ej., Antón Oneca, DP I, 1949, 272 ss.; Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 2.ª, 1954, 436 ss.; Tratado VI, 1962, 800 ss.; Vives, EPCr V, 1982, 145; Díaz Palos, LH-Pérez-Vitoria, 1983, 200-203; Quintero, DP, PG, 2.ª 1989, 513; Quintero/Morales, PG, 4.ª, 2010, 602 s.; Morillas, PG II-I, 2008, 300 s. (exculpación por error o por estado de necesidad subjetivo); Donna, PG, III, 2008, 380, 383; Villavicencio, PG, 2006, 644 ss., inexigibilidad; Rusconi, PG, 2009, 273 s., caso especial privilegiado como error invencible; Náquira, PG, 2015, 630 ss., inexigibilidad; o por esas razones niegan que haya órdenes antijurídicas obligatorias (pero sin decir tampoco que puedan ser disculpantes): p. ej. Cobo/Vives, PG, 5.ª 1999, 479 ss., 485; Orts/González Cussac, Comp PG, 3.ª 2011, 359 s.; 8.ª 2019, 413 s.
9. Doc. dom. en Alemania: cfr. con ulteriores citas Jescheck, AT, 4.ª [PG 1981] y Jescheck/Weigend, AT, 5.ª 1996 [PG, 2002], § 35 II 3 ss.; Roxin, AT I, 4.ª 2006 [PG I, 1997], § 17/19; Rönnau, LK, 2, 12.ª 2006, antes del § 32/298. Y en España, ya desde la doc. antigua: así p. ej. Pacheco, Silvela, Álvarez Cid, Bernaldo de Quirós, Jiménez de Asúa (en sus Adiciones al Tratado de Liszt, posteriormente cambia), Castejón, Cuello Calón (hasta la 3.ª ed. de la PG) o Quintano, cits. por Jiménez de Asúa, Tratado VI, 1962, 799; en la doc. moderna cfr. por todos, con ulteriores citas, Cerezo, REP 173 1966, 347 ss.; Curso II, 6.ª, 1998, 224 ss., 306 ss.; PG, 2008, 538 ss., 625 ss.; Córdoba, Coment I, 1972, 397 s.; Queral, La obediencia debida, 1986, 413 ss, 448; Bustos, Manual PG,

de la acción por un interés preponderante en la efectividad de la orden, pero que no desaparece el desvalor del resultado porque se hace cumplir un acto con alguna infracción del ordenamiento. Ciertamente cabe también otro entendimiento, el de que la causa de justificación excluye también el desvalor del resultado porque al fin y al cabo se produce el resultado que en su conjunto es valorado por el Derecho como más deseable que se produzca, a no ser que, exactamente igual que en la obediencia a órdenes jurídicas, la orden antijurídica por lo demás se base en un juicio racionalmente fundado *ex ante* de que concurren los presupuestos materiales para dictarla, pero *ex post* se compruebe que tal juicio era erróneo y se produzca un desvalor del resultado.

2) Órdenes antijurídicas no obligatorias o vinculantes. Cuando la antijuridicidad de las órdenes es muy relevante –según los sistemas, por su evidencia o por su gravedad–, tales órdenes de la autoridad o superior jerárquico no son vinculantes, el inferior, sea militar, funcionario o ciudadano, no tiene deber u obligación de cumplirlas y por tanto no cabe invocar la obediencia debida como causa de exclusión de la antijuridicidad¹⁰. No obstante, la presión que supone la orden sobre el inferior o sobre el ciudadano como mínimo disminuye su culpabilidad si la obedece y la cumple, por eximente incompleta de miedo, por atenuante analógica de semi-inexigibilidad o incluso en algunos casos por error de prohibición vencible si el sujeto la consideraba obligatoria; pero en casos extremos de presión o coacción, que pueden ser más frecuentes en el ámbito militar o

4.^a 1994, 343 ss., 345; Rodríguez Devesa/Serrano, PG, 18.^a, 1995, 521 ss.; Paredes, APen 1997, (319 ss.), 331 ss.; Cuello Contreras, PG I, 3.^a, 2002, X/238 ss., y n. 436; Muñoz Conde/García Arán, PG, 8.^a 2010, 341 s.; Luzón Peña, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 306 ss.; Leccs PG, 2.^a/3.^a 2012/2016, 25/117 ss.; Mir, PG, 10.^a 2015/2016, 18/59 ss. En la doc. iberoamericana Fernández Carrasquilla, DP fundamental II, 2.^a 1989, 360; Velásquez, Manual PG, 4.^a, 2010, 471 ss.; Reale Júnior, PG, 4.^a 2013, 196 s. (para la orden no manifiestamente ilegal, pese a tratar la obed. jerárquica entre las causas de exculpación); peculiar Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2.^a 2002, 761 s. sostienen que si hay un deber de actuación porque la orden no es manifiesta o evidentemente antijurídica en su contenido y el inferior no tiene deber de revisarla, hay atipicidad, pero que, no siendo obligatoria, el inferior puede sin embargo cumplirla amparado por estado de necesidad para evitar un mal mayor.

En contra quienes, por entender contradictorio que la obediencia sea conforme a Derecho y en cambio la orden obedecida sea antijurídica y genere responsabilidad en el superior, la consideran sólo causa de exculpación: v. n. anterior.

10. Al igual que puede ocurrir en el ejercicio del cargo sin obedecer una orden, la actuación de la autoridad puede incluso ser ilegítima y no estará justificada por obediencia debida aun teniendo la orden del superior cobertura formal en alguna *disposición legal*, si ésta es nula e inconstitucional por ser absoluta y radicalmente injusta, como, según la opinión que comparto, ocurría con la legislación y su ejecución en el Estado nazi que permitía brutales confiscaciones, confinamientos, deportaciones etc. de los judíos y otros elementos antisociales, y después en la comunista Alemania oriental (RDA) autorizando o imponiendo a los “guardianes o tiradores del muro” disparar a matar a los ciudadanos que intentaban burlar el muro transfronterizo y escapar a la Alemania occidental. Pero para el inferior ciertamente en algunos casos podría darse la atenuación o incluso exclusión de culpabilidad que se indica a continuación en el texto.

policial podrá haber una causa de exculpación o exclusión de la culpabilidad por miedo insuperable, eximente analógica de inexigibilidad individual o en casos excepcionales (más posibles en el caso de simples ciudadanos que en el de militares o funcionarios) por error de prohibición subjetivamente invencible. Hay que advertir finalmente que fuera de la obediencia a la autoridad la situación es idéntica en el ámbito de la obediencia laboral o familiar-doméstica, o sea, del empleado a órdenes del empresario o jefe o del menor (aunque éste sólo responde por la LORPM y no por el CP) o incluso del cónyuge a órdenes del padre o del esposo; tales órdenes de cometer un hecho típico son no sólo antijurídicas (y delictivas, penalmente antijurídicas) sino además siempre no obligatorias, por lo que nunca hay deber de obediencia a las mismas, pero exactamente igual que en el ámbito de la obediencia jerárquica funcional o ciudadana, y por las mismas razones de presión o miedo a la pérdida de empleo o repercusiones laborales desfavorables o a la reacción violenta o muy desagradable del padre o marido, puede atenuar su culpabilidad o excluirla en casos extremos de inexigibilidad individual (o de error de prohibición invencible). Sobre ello v. *infra* IV.

III. LA OBEDIENCIA DEBIDA A ÓRDENES ANTIJURÍDICAS OBLIGATORIAS

1. Existencia o no de órdenes antijurídicas vinculantes u obligatorias

Como ya he anticipado, aunque ha habido posiciones, sobre todo en la doc. antigua, que han negado que pueda haber deber de obediencia a órdenes o mandatos antijurídicos, con lo que, en tal caso a lo sumo cabría exclusión o disminución de la culpabilidad, pero no de la antijuridicidad, sin embargo, es correcta la doctrina contraria, hoy claramente mayoritaria, que admite la existencia de órdenes o mandatos vinculantes pese a tener alguna clase de antijuridicidad.

En las órdenes antijurídicas que pese a ello son obligatorias para el inferior y por tanto generan deber jurídico de obediencia y consiguientemente la conducta del que las cumple es justificada, lícita, estamos ante supuestos de una clara ponderación de intereses en la que *el ordenamiento jurídico considera preponderante y preferente el interés en el cumplimiento de la orden* para el mantenimiento de la disciplina en las relaciones jerárquicas o para el mantenimiento del principio de autoridad en la obediencia ciudadana y en todo caso para preservar la ejecutoriedad de las órdenes de las autoridades y a través de ellas la efectividad de los fines públicos que pese a su vicio persiguen, frente al posible interés que en principio podría haber en no facilitar la efectividad de un acto administrativo que contiene una infracción jurídica, cuando tal infracción no es de las más graves; interés que es hasta tal punto preponderante que el Derecho no ya permite cumplir la orden antijurídica, sino que mantiene la obligatoriedad de su cumplimiento.

Ello ocurre en el Derecho público en el ámbito de la disciplina jerárquica de funcionarios o de civiles en relaciones especiales de sujeción en el ámbito administrativo o judicial o en el ámbito militar cuando la antijuridicidad de la orden no es muy grave y se

considera más importante el mantenimiento de la disciplina como medio imprescindible de un eficaz cumplimiento de las funciones públicas al servicio de la comunidad. Pero desde luego no ocurre ni se admite, como declara reiteradamente la jurisprudencia, en el Derecho privado, en los ámbitos laboral o familiar o doméstica, en los que no hay obediencia debida a órdenes empresariales o paternas antijurídicas, porque el ordenamiento no considera que haya un interés jurídico superior en el cumplimiento y obediencia de órdenes de los empresarios o sus representantes a los trabajadores o de los padres o tutores a los menores (y menos eventuales órdenes del marido a la mujer, que a diferencia de la antigua regulación civil ya no tiene ningún deber de obediencia) frente al interés jurídico general en que se respeten las reglas y prohibiciones jurídicas, y aquí jurídicope-nales, también en el seno de la empresa o la familia; no obstante, como hemos visto, pese a que nunca es causa de justificación, puede atenuar la culpabilidad o en casos extremos ser una causa de exculpación.

2. Teoría o criterio de la evidencia o apariencia

El criterio de la evidencia o apariencia, o la llamada teoría de la evidencia o apariencia, hace depender la no obligatoriedad de la orden o mandato de que su antijuridicidad, la infracción de alguna norma jurídica por parte de la misma en cuanto al contenido, la competencia o la forma¹¹ aparezca para todos como evidente, manifiesta, ostensible o palmaria, es decir de tal claridad que no ofrece duda a nadie. Por el contrario, las órdenes antijurídicas, pero que no sean evidente o manifiestamente antijurídicas, son obligatorias o vinculantes, generan obediencia debida¹² por mucha entidad que pueda tener la infracción de la norma. El criterio de la evidencia puede invocar a su favor la ventaja de la sencillez y claridad y por ello de favorecer la seguridad jurídica, pues en todos los casos en que no esté totalmente clara la antijuridicidad, en la duda se prefiere la disciplina y el principio de autoridad y el destinatario de la orden sabe que está obligado a obedecerla

11. Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2.^a 2002, 761 s., consideran no obligatorias las órdenes evidentemente antijurídicas, pero sólo en cuanto a su contenido; Mir, PG, 10.^a, 2015/2016, 18/61-64, examina primero los requisitos de competencia y de forma, y posteriormente (65 ss.) plantea sólo en cuanto al contenido de la orden la discusión entre la teoría de la apariencia y la de la nulidad. Pero realmente la discusión entre ambas teorías o criterios se puede plantear también respecto de los requisitos de competencia y de forma de la orden.
12. Doc. dom.: así p. ej. Mir, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 550; PG, 10.^a 2015/2016, 18/71 ss., con importantes argumentos; Gómez Benítez, TJD, 1984, 415 ss.; Octavio de Toledo/Huerta, PG, 1986 265 ss.; Queralt, La obediencia debida, 1986, 216 ss.; Álvarez García, El delito de desobediencia, 1987, 256 ss., 260 ss. (pero considera que los actos no manifiestamente antijurídicos realmente no son antijurídicos por la presunción de legalidad); Rodríguez Devesa/Serrano, PG, 18.^a, 1995, 341 ss.; Juanatey, El delito de desobediencia, 1997, 114 ss.; Berdugo/Arroyo/et al., Curso PG, 2.^a 2010, 311; Lacruz López, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.^a 2015, 475 s.; Hernández Plasencia, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 246 (pero tanto Lacruz como Hernández Plasencia citan como órdenes manifiestamente ilícitas precisamente las nulas según la legisl. administrativa); Landecho/Molina, PG, 11.^a 2020, 357; y la gran mayoría de los cits. *supra* en n. 8.

y cumplirla. Como luego veremos (*infra* III.4 b), la doctrina mayoritaria tradicional española ha basado su apoyo a la teoría de la evidencia o apariencia en la exención de pena prevista en el art. 410.2 CP (o en el 369, 2º del CP anterior) para la desobediencia del funcionario a un mandato que suponga una infracción legal manifiesta¹³, pero actualmente se puede encontrar más adecuadamente su base legal en otras disposiciones extrapenales que establecen cuándo hay deber de obediencia y cuándo no.

3. Teoría o criterio de la nulidad

Frente a esto, el criterio o teoría de la nulidad supone la utilización de un criterio no formal, sino de gravedad material de la infracción de la norma en la orden o mandato para delimitar cuándo el mandato no es obligatorio y vinculante y cuándo sí lo es pese a su antijuridicidad¹⁴. Concretamente se parte de la distinción, que se efectúa en Derecho administrativo y procesal, entre actos (administrativos o judiciales) nulos como totalmente inválidos y no vinculantes y actos solamente anulables, que pueden ciertamente ser inválidos (lo serán si son impugnados y se acuerda su anulación, pero también pueden ser convalidados) pero son obligatorios, o actos meramente irregulares, que siguen siendo válidos y obligatorios. Por ello, cuando el acto de la autoridad es una orden o mandato, no habrá obediencia debida a las órdenes antijurídicas nulas de pleno derecho por graves infracciones (vicios) de contenido, competencia o forma, ya que no son obligatorias, mientras que, como sí son obligatorias, hay obediencia debida a las órdenes que por infracciones de normas jurídicas en el contenido, competencia o forma son sólo anulables y con mayor razón a las órdenes antijurídicas con leves infracciones jurídicas de forma que son simplemente irregulares pero no inválidas. Y en consecuencia se aplica la regulación del Derecho administrativo o procesal sobre actos nulos, anulables o irregulares¹⁵.

13. Así p. ej. Gómez Benítez, TJD, 1984, 415; Rodríguez Devesa/Serrano, PG, 18.ª, 1995, 341; Berdugo/Arroyo/et al., Curso PG, 2.ª 2010, 311; Lacruz López, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.ª 2015, 475 s., pero tb. basándolo en 474 s. en preceptos de leyes administrativas y militares; Landecho/Molina, PG, 11.ª 2020, 357.
14. Un peculiar criterio material para decidir cuándo hay justificación defiende Paredes, APen 1997, 332 ss., proponiendo que se atienda a la finalidad material perseguida con la Administración con la orden, lo que exige (338) ponderar en el caso concreto.
15. Defienden la teoría de la nulidad en la doc. alemana Stratenwerth, Verantwortung u. Gehorsam, 1958, 142 ss.; Thiele, JR 1975, 354. En la doctrina española, antes de las posteriores leyes que han ido consagrando el criterio de la evidencia o apariencia (antiguo CJM tras su reforma en 1980, actual CPM de 1985, LOFCS de 1986 y L 7/2007: v. *infra* III.4 b), hemos defendido el criterio de la nulidad Córdoba, Las eximentes incompletas en el CP, 1966, 330 ss.; Coment I, 1972, 389 ss., 397 s.; Cerezo, REP 173, 1966, 319 ss., 340 ss. (aunque en 341 añadía que de la eximente del anterior art. 369, 2º para el delito de desobediencia se deducía que los actos o mandatos evidentemente antijurídicos no son obligatorios; posteriormente, tras la regulación del CPM y la LOFCS sostiene en su Curso que en Derecho español rigen cumulativamente los criterios de la evidencia y la nulidad: Curso II, 6.ª, 1998, 306-309; PG, 2008, 626-629; igual Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 333); Luzón Peña, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 306 ss., siguiendo a Cerezo; Roldán Barbero, LL 1996-I, 1799 ss.; Olmedo Cardenete, en Cobo dir., ComCP, II, 1999, 575 ss.

En Derecho administrativo son actos nulos de pleno derecho¹⁶, y por tanto lo serán los que consistan en mandatos u órdenes, según el art. 47 LPACAP de 2015 (coincidente sustancialmente con los correspondientes arts. de las anteriores leyes: art. 62.1 LRJAP de 1992, que mantenía y ampliaba los supuestos de nulidad del art. 47 LPA de 1958)¹⁷, por razón del contenido, según la letra a) “los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional” y según la letra d) “los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”¹⁸ (además de los mencionados en las letras c y f, que no interesan en el contexto de la obediencia debida); por vicios de competencia según la letra b) “los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”, criterio en que el vicio de fondo coincide con el criterio de la ostensibilidad o evidencia; y por vicios de forma según la letra e) “los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados”. La nulidad de pleno de derecho se aprecia de oficio, pudiendo hacerlo en todo momento la administración (art. 106.1 LPACAP, como los anteriores arts. 102.1 LRJAP y 109 LPA) y no cabe posible convalidación, y no se trata de anulación del acto sino de simple declaración de nulidad *ab initio* del mismo, que por eso mismo no es obligatorio. La anulabilidad del acto, que puede producir su anulación, aunque sólo si es impugnado, pero que también es susceptible de convalidación por la administración (art. 52 LPACAP, como antes el 67 LRJAP y el 53 LPA), se regula en el art. 48 LPACAP (como los anteriores 63 LRJAP y 48 LPA), que en su ap. 1 establece que “Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. Ello rige de entrada para las infracciones de contenido, que son cualesquiera otras infracciones jurídicas que no den lugar a nulidad, y para

Una versión restringida mantiene Javato, en Ruiz Rodríguez/Lorente/Ayuso (coords.), Estudio multidisciplinar, 2016, 199 s.: no son obligatorias las órdenes más gravemente antijurídicas por su contenido: las de cometer un delito. Expresamente en contra de la teoría de la nulidad Mir, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981, 550; PG, 10.ª 2015, 18/71 ss., con importantes objeciones y argumentos a favor de la teoría de la apariencia; Queralt, La obediencia debida, 1986, 216, 218.

16. Exponen tb. la regulación de la legislación administrativa y procesal que se detalla a continuación Cerezo, Curso II, 6.ª, 1998, 226 s.; PG, 2008, 541 s.; Lacruz López, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.ª 2015, 474 ss.; Díez Ripollés, PG, 5.ª 2020, 333. Sobre la regulación anterior, especialmente en los arts. 47 ss. LPA de 1958 cfr. Cerezo, REP 173, 1966, 339 ss.; Luzón Peña, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 278 ss.
17. La LPACAP: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (L 39/2015, de 1-10, que entró en vigor el 2-10-2016) ha sustituido en cuanto a procedimiento administrativo a la LRJAP: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L 30/1992, de 26-11), que a su vez derogó parcialmente la LPA: Ley de Procedimiento Administrativo, de 17-7-1958.
18. En cambio, en el art. 47 1 b LPA era nulo el acto constitutivo de “delito”, aunque había quienes, pese a la definición del CP como concepto contrapuesto a falta, lo interpretaban como equivalente a delito o falta: cfr. Luzón Peña, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 280.

las infracciones de competencia, que son las distintas de la manifiesta incompetencia territorial o funcional, es decir las de incompetencia jerárquica (lo que se confirma en el art. 52.3 LPACAP, que permite su convalidación, igual que antes el 67.3 LRJAP). En las infracciones de forma, no pueden ser las del art. 41.1 e LPACAP (igual el anterior 62.1 e LRJAP) que dan lugar a nulidad, pero también hay limitaciones para que provoquen anulabilidad en los aps. 2 y 3 del art. 48 LPACAP (igual que el anterior art. 63.2 y 3 LRJAP), ya que según el 48.2 “No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados” y según el 48.3 “La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”. Ello significa, como admite la doctrina, que hay infracciones jurídicas de forma no esenciales, que no reúnen los requisitos citados de la nulidad ni tampoco los de la anulabilidad y suponen mera irregularidad del acto, que no lo invalida ni le priva de su carácter obligatorio.

En cuanto a la obediencia a órdenes judiciales rige la regulación del Derecho procesal, que en el art. 238 LOPJ de 1985 declara la nulidad de actos por graves vicios de competencia o de forma al disponer que “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: / 1. ° Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. / 2. ° Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. / 3. ° Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. / 4. ° Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva. / 5. ° Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial. / 6. ° En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.”. Así p.ej. el art. 11.1 LOPJ declara la nulidad (“no surtirán efecto”) de “las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, por lo que hay que entender también nulo el acto que ordene obtener tales pruebas. Al no mencionar el art. 238 infracciones de contenido, hay que entender que no son nulas las resoluciones judiciales, sentencias o autos, por mucho que su contenido sea gravemente antijurídico y en efecto la doctrina procesal considera siempre obligatorias las resoluciones judiciales firmes. No obstante, un sector de la doctrina penal hace una excepción si el contenido de la sentencia o resolución es manifiesta, clara y terminantemente antijurídico, en cuyo caso ya no será obligatorio cumplirla en virtud del actual art. 410.2 CP o del art. 369,2,° del anterior CP¹⁹; ello es correcto hoy, dado que las leyes extrapenales reguladoras de la obediencia debida han consagrado el criterio de la evidencia: v. *infra* III.4 b, pero se deriva del criterio de la evidencia, no del de la nulidad. El art. 242 LOPJ prevé un supuesto de anulabilidad por motivo de forma: “Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”.

19. Así Cerezo, Curso II, 6.^a, 1998, 227; PG, 2008, 542; ya antes en la legislación anterior Cerezo, REP 173 1966, 347 ss.; Córdoba, Coment I, 1972, 397.

4. Valoración de ambas teorías y situación legal

a) Valoración de ambos criterios con independencia de la regulación legal

Valorando en abstracto ambos criterios al margen de si hay toma de posición legal (que, como vamos a ver a continuación, sí la ha habido en Derecho español con sucesivas leyes a partir de 1980 que han tomado posición a favor del criterio de la evidencia), parece preferible la teoría o criterio de la nulidad porque hace depender la no obligatoriedad u obligatoriedad de los actos y mandatos del criterio material de la mayor o menor gravedad de la infracción de normas jurídicas, lo que explica mejor que el criterio formal de la evidencia o carácter manifiesto u ostensible o no de la antijuridicidad, sea ésta grave o leve, el hecho de que en la ponderación de intereses en conflicto se considere de más peso el obstáculo de una infracción grave o muy grave de normas que el interés en que se ejecuten las órdenes de la autoridad, y que en cambio pese más este interés que el obstáculo de que una orden no nula pero antijurídica implique una infracción de normas leve.

Por un lado la teoría de la nulidad en los casos de antijuridicidad no grave de la orden, o sea de anulabilidad o irregularidad, por muy evidente que sea, la considera de poca entidad y sostiene por ello que es obligatoria y sigue habiendo obediencia debida a la misma, optando por la mayor amplitud de la causa de justificación; esto, desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad, y dado que la regulación administrativa y procesal de los actos anulables o irregulares establece su obligatoriedad, se explica mejor si no hay una regulación legal específica que disponga lo contrario para el caso de evidencia; y sobre todo se explica mejor que el criterio de la evidencia desde una perspectiva material: por muy evidente que sea una infracción secundaria y poco relevante, sigue teniendo poco peso en comparación con el interés en la eficacia y ejecutoriedad de los actos sólo irregulares no invalidantes o los meramente anulables o impugnables, pero que, mientras no se acuerde judicialmente su anulación o al menos sus suspensión deben ejecutarse. Por otro lado, en el caso de mandatos antijurídicos nulos aunque no sean evidentes, la teoría de la nulidad excluye la obediencia debida a los mismos, lo que ciertamente supone aquí una restricción de la amplitud de la causa de justificación en comparación con la solución de la teoría de la evidencia, pero es una restricción con plena base legal por la no obligatoriedad de los actos nulos de pleno derecho según la regulación general del Derecho administrativo y procesal, y sobre todo es una solución que se explica materialmente muy bien desde la perspectiva de la ponderación de los intereses, ya que se comprende bien que el interés en el mantenimiento de la disciplina o el principio de autoridad ceda cuando hay un obstáculo de más peso como es el que ello haría prevalecer una infracción muy grave del Derecho, tanto que provoca la nulidad radical del acto, por mucho que en concreto ello no sea evidente y manifiesto. En los casos de nulidad de la orden por su contenido, particularmente por lesionar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales y sobre todo por constituir la orden y su cumplimiento un delito, sería intolerable que la falta de evidencia de ello provocara la obligatoriedad de cumplir la orden (como resulta de la teoría o criterio de la evidencia) cuando esa falta de evidencia se deba a que el superior consigue hábilmente enmascarar frente a la mayoría el carácter delictivo

o vulnerador de derechos fundamentales, pero el destinatario de la orden lo conoce (hay sin embargo una interpretación posible, de que tal carácter sí es evidente, para evitar esta consecuencia intolerable: v. *infra* III.4 b, últ. párrafo). En cambio, en el otro supuesto de no evidencia de la nulidad, el carácter dudoso de la misma para todos ya entra dentro de lo discutible que se siga aquí la solución de la teoría de la evidencia.

Hay que reconocer sin embargo, como ya he apuntado, que la teoría de la evidencia tiene a su favor la claridad y sencillez del criterio y la facilidad de captación por todos los destinatarios de la norma, lo que favorece la seguridad jurídica, lo cual es probablemente la razón fundamental de la continua preferencia de este criterio en la legislación, mientras que la distinción entre nulidad y anulabilidad en los distintos casos es técnicamente más compleja y más difícilmente accesible incluso para los funcionarios. Por otra parte, en contra de la teoría de la nulidad *Mir* sostiene que también son eficaces y obligatorios los actos nulos por el contenido mientras no se declare su nulidad, puesto que gozan de ejecutoriedad igual que los anulables, con lo que sí hay deber de obediencia a los mismos salvo caso de evidencia²⁰. Esta objeción es grave, puesto que, si fuera así, toda la teoría de la nulidad carecería de fundamento. Sin embargo, *Cerezo* con razón rebate esta pretendida equiparación de nulidad y anulabilidad en obligatoriedad, destacando que el que los actos nulos puedan tener ejecutoriedad de facto en tanto no se declare su nulidad por la administración o se impugnen por el particular “no afecta a su radical carencia de obligatoriedad” y subraya que el particular puede alegar nulidad en cualquier momento y sus efectos se retrotraen al momento de realización del acto y sobre todo que según el art. 102.1 LRJAP las administraciones pueden en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el art. 62.1, mientras que el acto anulable es obligatorio mientras no se impugne y anule, pero además como vimos la administración puede convalidarlo²¹.

b) Situación legal actual

No obstante, en Derecho español desde 1980 hay múltiples *regulaciones legales* que, primero en campos concretos empezando por el militar y siguiendo por el policial y finalmente con carácter general para los funcionarios, toman posición expresa sobre cuándo hay obediencia debida y cuándo no y sin excepción **acogen el criterio (o teoría) de la evidencia** como característica que determina la única excepción a la obligatoriedad de la orden del superior²².

No ocurría esto antes de 1980, en que el anterior CP 1944/1973 consagraba en el art. 8, 12.º la eximente de obediencia debida pero no decía cuándo era debida, y tampoco

20. *Mir*, PG, 10.ª, 2015/2016, 18/77-78.

21. Así *Cerezo*, Curso II, 6.ª, 1998, 225 s. n. 61; DP PG, 2008, 540 s. n. 61.

22. Ello me ha llevado a reconocer en mis Lecciones PG, 2.ª/ 3.ª 2012/2016, 25/127 ss., frente a mi anterior defensa del criterio de la nulidad, que actualmente el Derecho positivo español acoge inequívocamente la teoría de la evidencia.

lo decía, pese a que la doc. mayor. entendiera que sí, en el delito de desobediencia de funcionarios su art. 369, 2.º, equivalente al actual art. 410.2 CP 1995, al declarar que “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”, porque cabía entender que tal precepto consagraba sólo una exención de responsabilidad penal –una causa de exclusión sólo de la tipicidad penal– para la desobediencia en tal caso pero sin pronunciarse sobre si la obediencia era debida y podía ocurrir que conforme a las normas generales administrativas o judiciales el mandato pese a su infracción manifiesta de ley fuera obligatorio y por tanto su desobediencia fuera sancionable disciplinariamente aunque no se incurriera en responsabilidad penal²³.

Ahora bien, para el ámbito militar, en primer lugar, en la reforma por LO 9/1980, de 6-11, del antiguo CJM (Código de Justicia Militar) de 1945, se configuró la eximente de obediencia debida definiendo cuándo no es debida y por tanto cuándo sí en el art. 185, 12.º: “El que obra en virtud de obediencia debida. Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de guerra o constituyan delito, en particular, contra la Constitución”; y dicho criterio de lo manifiestamente antijurídico ha sido mantenido en el art. 21 del anterior Código Penal Militar (CPM de 9-12-1985), que remitía a las eximentes del CP y añadía: “No se estimará como eximente o atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución”, e igualmente en el nuevo CPM 2015 (LO 14/2015, de 14-10), al establecer cuándo no hay delito de desobediencia en el art. 44.3: “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.”. Y en 1986, ahora para el ámbito de la actuación policial, el art. 5.1 d LOFCS (LO 2/1986, de 13-3) vuelve a definir cuándo hay y cuándo no obediencia debida en este campo, al establecer dentro de los principios básicos de actuación policial el de “Sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o las Leyes”.

Con la redacción de la obediencia debida militar en el antiguo CJM y en el anterior CPM de 1985 se podía entender ya que “manifiestamente” abarcaba tanto a los actos

23. Así lo interpretaba yo en 1978: cfr. Luzón Peña, Aspectos esenciales leg. defensa, 1978, 307 s., señalando en 306 s. que, como destaca Cerezo (REP 173 1966, 340 n.79), el 369,1º sólo castigaba al funcionario que se negara a dar el *debido* cumplimiento a mandatos, lo que, para saber cuándo es debido, remite a la regulación de los vicios del acto (nulidad, anulabilidad, irregularidad) del Derecho administrativo y procesal.

contrarios a las leyes o usos de guerra como a los que constituyan delito (pues no se vuelve a utilizar el pronombre relativo “que” para la segunda alternativa diciendo “o que constituyan delito”, lo que indicaría que aquí no se exigiría el requisito “manifiestamente”), pero ciertamente también cabía interpretar que para la contrariedad a leyes o usos de guerra se pedía el carácter manifiesto, pero que para el delito, que es más grave, no se exigía ese carácter manifiesto y por tanto que el precepto estaba manejando un criterio mixto que combinaba la no obligatoriedad por evidencia con la no obligatoriedad por nulidad de contenido por gravedad material de la infracción, consistente en la realización de un delito. Pero con la regulación, por cierto, tan sólo tres meses después, de la obediencia debida policial en el art. 5.1.d LOFCS, que invierte exactamente el orden de la frase, queda claro que “manifiestamente” se refiere a todas las hipótesis, pues no tendría sentido que se exija el carácter manifiesto para la infracción más grave, la constitutiva de delito y no para las otras menos graves, las de la constitución o las leyes, pero no delictivas. Y si ello es así indudablemente en el ámbito policial, una interpretación sistemática llevaba a confirmar también que en el ámbito militar la interpretación correcta es la de entender que el carácter manifiesto se exige en todas las infracciones, incluyendo las constitutivas de delito, pues no se entiende por qué iba a regir un criterio de obligatoriedad para los militares distinto del aplicable a los policías²⁴. Ello ha sido plenamente confirmado con la redacción del art. 44.3 CPM 2015.

Tras estas dos regulaciones en el campo militar y en el policial, desde 1986 y durante dos décadas, al no haber hasta 2007 regulación de los límites de la obediencia debida para el resto de la obediencia funcionarial (ni tampoco de la obediencia ciudadana), cabía sostener dos posiciones posibles: una, que en el resto de la obediencia funcionarial y ciudadana, al no haber regulación expresa, regirían las reglas generales del Derecho administrativo y judicial sobre la no obligatoriedad de los actos nulos y obligatoriedad de los anulables o irregulares y por tanto obediencia debida en ese caso por mucho que fueran manifiesta o evidentemente anulables o irregulares, manteniendo así la amplitud de la causa de justificación donde no ha sido legalmente restringida de modo expreso, situación que conviviría con la vigencia del criterio de la evidencia en los campos militar y policial; y otra, entender que no dejaría de ser extraño que en los distintos ámbitos de aplicación del principio de autoridad rigieran dos criterios distintos y que por tanto lo

24. Bajo la vigencia del art. 185, 12.º CJM Morillas, La obediencia debida, 1984, 198 s., consideraba que manifiestamente no se refería a la disyuntiva “o constituyan delito”; igual STS 22-4-1983, A 2300. Tras el CPM 1985 y la LOFCS 1986 Cerezo, Curso II, 1998, 306 s.; DP PG, 2008, 626 s., considera que, pese a que el art. 5.1 d LOFCS excluye de la obediencia debida la ejecución de la orden sólo cuando manifiestamente constituya delito, tampoco debe haber obediencia debida cuando su ejecución constituya delito aunque no sea manifiesto, porque la orden es nula según la LRJAP; su argumento se basa en que hay que interpretar lo mismo que para la obediencia militar en el art. 21 CPM 1985, donde según él el carácter manifiesto no se requiere para el delito, e invoca (p. 307), igual que aquí pero al revés, que no se entendería que rija algo distinto para la policía que lo que rige para los militares.

razonable era extender por interpretación sistemática al resto de los casos de obediencia el criterio de la evidencia que ha preferido la ley para los campos militar y policial en que se había adoptado una regulación expresa de la obediencia a órdenes, no la general de los actos administrativos o judiciales.

En cualquier caso hoy, tras la L 7/2007, de 12-4, del Estatuto básico del empleado público (con texto refundido por RDLeg 5/2015), **se ha extendido el criterio de la evidencia al resto de la obediencia funcional**, ya que su art. 54.3 dispone que los funcionarios “Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”, donde por cierto encajan no sólo las infracciones de leyes penales y de leyes, comenzando por la Constitución, sino también las de reglamentos o principios generales del Derecho. Con lo cual, igual que ya sucedió antes con la legislación militar y policial, los funcionarios ya no tienen deber de obediencia a órdenes manifiestamente antijurídicas, aunque sólo sean anulables, dado que la ley especial, en este caso sobre la obligatoriedad o no de las órdenes, deroga a la ley general sobre obligatoriedad o no de los actos (anulables o nulos). En vista de ello, parece lo más adecuado extender también a la obediencia ciudadana, no regulada expresamente, el criterio de la evidencia mantenido en toda la legislación funcional. Y siendo así, ahora sí es coherente sistemáticamente con toda la legislación sobre obediencia debida sostener que el art. 410.2 CP, aunque sólo prevé una eximente de responsabilidad penal, sin pronunciarse sobre su naturaleza, para el funcionario que no obedece un mandato que constituye una infracción manifiesta “de Ley o de cualquier otra disposición general” (donde también se ha ampliado la infracción evidente de la ley a la de los reglamentos), está reconociendo una causa de justificación por no ser debida tal obediencia.

No obstante, para aprovechar lo más válido de fondo del criterio de la nulidad, es decir que los actos muy gravemente antijurídicos no deberían ser obligatorios, aunque en el caso concreto no sea evidente esa grave antijuridicidad, creo que se debe hacer una *interpretación lo más amplia posible de los supuestos evidentemente antijurídicos, de modo que la mayoría de los mandatos nulos se considere que son también simultáneamente manifiestamente antijurídicos*. Ello no plantea problema en los vicios de competencia puesto que los que provocan nulidad son precisamente los casos de falta manifiesta de competencia; y tampoco ha de haber problema en los casos de nulidad por infracciones de forma, ya que en caso de que se prescindiera totalmente del procedimiento legal o de las normas esenciales de formación de voluntad de órganos colegiados lo que procede es apreciar siempre que la infracción es evidente y manifiesta y no discutirlo en algún caso. Mayores dificultades podrían darse en la nulidad por el contenido delictivo de la orden o su ejecución o por vulnerar derechos fundamentales, ya que puede haber supuestos de no evidencia: tanto en los casos en que el superior se las arregla para que no sea ostensible para todos el carácter delictivo o vulnerador de derechos fundamentales pero éste es conocido por el concreto destinatario de la orden, como en los supuestos en que sea dudoso para la mayoría de destinatarios si la orden entraña un delito o no. En el primer caso es intolerable

que la habilidad del superior para enmascarar el carácter delictivo (o vulnerador del contenido esencial de derechos fundamentales) de la orden la pueda convertir a esta en obligatoria por no ser ello evidente, aunque el concreto inferior, funcionario o ciudadano, reconozca tal carácter delictivo o vulnerador. Pues bien, cabe una interpretación que sostiene que sí es evidente el carácter delictivo o vulnerador y por eso excluye el deber de obediencia, a saber, que **no se trata de lo que es evidente y ostensible sin más para cualquier funcionario o ciudadano, sino de lo que es evidente para el hombre/funcionario ideal colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste** (es decir, *el mismo criterio que se maneja para decidir cuándo hay previsibilidad objetiva o adecuación*); y entonces, si el inferior concreto por la razón que sea conoce o reconoce el carácter delictivo (o vulnerador de derechos fundamentales) en principio oculto o enmascarado de la orden, entonces éste resulta evidente o manifiesto también para el hombre/funcionario ideal colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste. Siendo así, sólo restan los supuestos en que *a priori* era dudoso para la mayoría de destinatarios el carácter delictivo de la ejecución de la orden (lo que no ocurrirá en delitos graves y conocidos para todos, sino en infracciones poco graves y técnicamente complicadas), aunque a posteriori se acabe comprobando que sí era delictivo, carácter que entonces efectivamente no es evidente, por lo que hay obligación de obedecer, lo que no parece tan preocupante dada la poca gravedad y el carácter más bien marginal de los supuestos.

IV. Obediencia no debida exculpante o atenuante

La obediencia a órdenes no obligatorias, por suponer una ilicitud evidente como hemos visto (*supra* III.4 b), por tanto *obediencia no debida o indebida*, no está expresamente prevista entre las eximentes, ya que el art. 20, 7.º sólo admite como eximente la obediencia debida (cumplimiento “del deber”), es decir la causa de justificación, pero ciertamente *la situación de dependencia jerárquica* en militares y funcionarios, o incluso laboral, funcional, grupal o familiar del subordinado, con lo que implica de obligación en principio de obedecer y cumplir las órdenes o mandatos del superior y *en todo caso la situación de inferioridad y presión* que el subordinado tiene siempre frente al superior, pueden constituir al menos *en casos extremos una causa de exculpación por inexigibilidad penal subjetiva* o individual²⁵. Y ello no sólo cuando la obediencia se deba a que el mandato no obligatorio produzca en el inferior, por las amenazas concomitantes explícitas o implícitas de incumplirlo, una situación de miedo insuperable del art. 20, 6.º, sino también cuando, sin llegar a ese punto, le produzca una situación tal de presión, ansiedad y

25. Un sector, cuya posición no comparto, considera que la obediencia jerárquica a órdenes antijurídicas obligatorias es siempre causa de exculpación, no de justificación, por considerar contradictorio que la obediencia sea conforme a Derecho y en cambio la orden obedecida sea antijurídica y genere responsabilidad en el superior: p. ej., Antón Oneca, DP I, 1949, 272 ss.; Jiménez de Asúa, La ley y el delito, 2.ª, 1954, 436 ss.; Tratado VI, 1962, 800 ss.; Díaz Palos, NEJ, XVII, 1982, 774 ss.; LH-Pérez-Vitoria, I, 1983, 200 ss.; Quintero, PG, 2.ª 1989, 513; Morillas, PG II-I, 2008, 300 s. (exculpación por error o por estado de necesidad subjetivo); Donna, PG, III, 2008, 380, 383. Sobre la doc. mayorit. que la considera causa de justificación cfr. *supra* II.2 b1) y n. 8.

conflicto motivacional que le resulte subjetivamente insoportable; en tal caso extremo, al estar prácticamente excluida su posibilidad normal de motivación por la norma ante esa situación extrema de presión y dificultad insoportable, se puede comprender y disculpar su conducta antijurídica por estar en una situación límite de inexigibilidad penal individual en los términos ya explicados, que, tal como ocurre en otros supuestos, puede operar como causa supralegal de exculpación, por analogía a las situaciones motivacionales del miedo insuperable o del encubrimiento entre parientes²⁶. Cuando el conflicto no llegue a ese grado de insoportabilidad, pero sí de presión, disgusto y gran incomodidad para el inferior que recibe la orden ilegal, puede disminuir correlativamente la culpabilidad y apreciarse ello como una atenuante analógica a eximentes incompletas como el miedo o las de semiimputabilidad o a otras atenuantes que supongan culpabilidad atenuada como las 2.^a y 3.^a del art. 21: grave adicción a alcohol o a drogas y arrebató, obcecación u otros estados pasionales.

En Portugal admite también el art. 37 CP la obediencia indebida disculpante como causa de exculpación para todos los funcionarios bajo el presupuesto de no conocer la ilicitud penal no evidente del hecho: “actúa sin culpabilidad el funcionario que cumple una orden sin conocer que ésta conduce a la práctica de un crimen, no siendo eso evidente en el cuadro de las circunstancias representadas por él”. Restringido al ámbito militar, en Alemania el § 5 de la Wehrstrafgesetz o Ley penal militar regula de modo similar ese caso de obediencia en error²⁷.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre obediencia debida a órdenes obligatorias o vinculantes: *Alamillo Canillas*, La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, *Anales Centro Asociado UNED Albacete* n.º 2, 1980, 17 ss.; *Álvarez García*, El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, *Barcelona*, Bosch, 1987, espec. 256 ss.; *Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*,

26. Esta posición ya la he sostenido en Luzón Peña, *Leccs PG*, 2.^a/3.^a 2012/2016, 28/58, y en *Libertas* 2 2014, 249; porque antes en *Leccs PG*, 28/29; *Libertas* 2 2014, 247 s., admito que diversos supuestos de inexigibilidad penal individual no regulados legalmente pueden constituir causas de exculpación supraleales o por analogía con las legalmente admitidas. Ello a su vez porque (*Leccs PG*, 2.^a/3.^a 2012/2016, 5/21) acepto sin restricciones la posibilidad en general de eximentes supraleales o por analogía con las existentes sin que ello vulnere el principio de legalidad penal ni lo establecido en el art. 4.3 sobre que “de la rigurosa aplicación de la ley” resulte penada una acción que no debiera serlo, ya que, como ha puesto de relieve Mir, *Introducción a las bases del DP*, 1976, 319 ss.; *PG*, 10.^a, 2015, 4/42 s., la analogía es una forma de aplicación (concreción) de la ley a la realidad.

27. Cfr. respectivamente *Figueiredo Dias*, *PG I*, 2.^a, 2007, 645 ss.; *Roxin*, *AT I*, 4.^a 2006, § 21/74; *PG I*, 1997, § 21/70.

PEÑA, Diego-M. Luzón. Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 194. ano 31. p. 55-76. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2023.

LH-Vives; Valencia, Tirant, 2009, 159 ss.; *Ambos*, Die strafbefreiende Wirkung des “Handeln auf Befehl” aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht, JR 1998, 221 ss.; *Amelung*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, 329 ss.; v. *Ammon*, Der bindende rechtswidrige Befehl, (Strafrechtliche Abhandlungen, 189), Breslau, Schletter, 1926, reimpr. Frankfurt, Keip 1977; *Antolisei*, PG 7.^a 1977, 217 ss.; ; *Antolisei*, PG 7.^a 1977, 217 ss.; *Arndt*, Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des WStG, GA 1957, 46 ss.; Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrR 1960, 145 ss.; Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.^a, München, Beck, 1966; *Battenberg*, Das auf Befehl begangene Verbrechen (Strafrechtliche Abhandlungen, 189), Breslau, Schletter, 1916; *Berdugo/Arroyo/et al.*, Curso de DP, PG, 2.^a, Barcelona, Experiencia, 2010, 311; *Bettiol*, L'ordine dell'autorità nel diritto penale, Milano, Vita e pensiero, 1934; *Binding*, Handbuch des Strafrechts, I, Leipzig, 1885, 743 ss.; *Brandão*, Justificação e desculpa por obediência em Direito penal, Coimbra ed., 2006; *Bringewat*, Der rechtswidrige Befehl, NZWehrR 1971, 126 ss.; *Bustos*, Manual de DP, PG, 4.^a, Barcelona, PPU, 1994, 343 ss.; *Cerezo Mir*, Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, REP 173 1966, 319 ss. (= Problemas fundamentales del DP, Madrid, Tecnos, 1982, 207 ss.); La eximente de obediencia en el CP español, LH-Fernández Albor, 1989, 175 ss.; Curso de DP español, II, 6.^a, Madrid, Tecnos, 1998, 304 ss.; DP, PG, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2008, 623 ss.; *Cobo/Vives*, DP, PG, 5.^a, Valencia, Tirant, 1999, 479 ss.; *Córdoba Roda*, Las eximentes incompletas en el CP, Univ. Oviedo, Instit. Estudios Jurídicos, 1966, 329 ss.; en Córdoba/Rodríguez Mourullo/Casabó, Comentarios al CP, I, Barcelona, Ariel, 1972, 384 ss.; *Cuello Contreras*, DP, PG I, 3.^a, Madrid, Dykinson, 2002, X/238 ss., pp. 898 ss.; *Dias*: v. Figueiredo Dias; *Díaz Palos*, Obediencia debida, NEJ, XVII, 1982, 774 ss.; En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, LH-Pérez-Vitoria, I, Barcelona, Bosch, 1983, 191 ss.; *Díez Ripollés*, DP, PG, 5.^a, Valencia, Tirant, 2020, 332 ss.; *Doehring*, Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Recht, Berlin, Zürich, Gehlen, 1968; *Dolaptschieff*, Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?, ZStW 58 1939, 238 ss.; *Donna*, DP, PG, III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, 380 ss.; *Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen. Zur Reichweite des Grundsatzes “nullum crimen sine lege” unter besonderer Berücksichtigung der “Mauerschützen-Fälle” und der “sozialethischen Einschränkungen” des Notwehrrechts, ZStW 108 1996, 266 ss.; *Fernández Carrasquilla*, DP fundamental II, Bogotá, Temis, 2.^a 1989, 357 ss.; DP, PG II, Bogotá, Temis, 2012, 582 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto Penale, PG, Bologna, Zanichelli, 7.^a 2014, 289 ss.; *Figueiredo Dias*, PG I, 2.^a, Coimbra ed., 2007, 497 ss., 645 ss.; *Fuhrmann*, Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, München, Beck, 1963; *Gil/Lacruz/Melendo/Núñez*, v. Lacruz; *Gómez Benítez*, TJD, DP PG, Madrid, Civitas, 1984, 415 ss.; *Hassemer*, Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der “Mauerschützen”-Entscheidungen des Bundesgerichtshof und des Bundesverfassungsgerichts, en FG-BGH 50 Jahre, IV, München, Beck, 2000, 439 ss.; *Hernández Plasencia*, en Romeo/Sola/Boldova, PG, 2.^a 2016, 246; *Hirsch*, LK, 11.^a (desde 1992),

Berlin, de Gruyter, antes del § 32/173 ss.; *Hoyer*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen. Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, München, Beck, 1998; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2.^a, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1991 (DP, PG, Madrid, Pons, 1997), 16/11 ss.; *Javato Martín*, El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Granada, Comares, 2005, 103 ss.; El concepto de legalidad de la actuación del funcionario sostenido por el Constitucional Alemán. Su incidencia en la interpretación del § 113-III StGB, RDPP 15 2006, 59 ss.; Art. 410, en *Gómez Tomillo* (dir.), Comentarios al CP, 2.^a, Valladolid, Lex Nova, 2011, 1556 ss.; El delito de desobediencia de funcionario, RGDP 21 2014, (1 ss.) 29 ss.; Intervención policial y orden jurídica obligatoria, en Ruiz Rodríguez/Lorente/Ayuso (coords.), Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial, Valencia, Tirant, 2016, 195 ss.; *Jescheck*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Scheuner/Jescheck (eds.), Bundeswehr und Recht: eine Sammlung von Referaten ..., Köln, Heymanns, 1965, 63 ss.; Strafrecht AT, 4.^a, Berlin, de Gruyter, 1988, § 46; Tratado PG, trad. de la 2.^a y adiciones de Mir y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, § 46; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, AT, 5.^a, Berlin, de Gruyter, 1996 [DP, PG, trad. de Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002], § 46; *Jiménez de Asúa*, La ley y el delito, 2.^a, Buenos Aires, Losada, 1954, 436 ss.; Tratado de DP, VI, Buenos Aires, Losada, 1962, 759 ss.; *Juanatey Dorado*, El delito de desobediencia a la autoridad, Valencia, Tirant, 1997, 103 ss.; *Kreuter*, Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts. Reaktionen auf Verbrechen aus Gehorsam aus rechtsethischer Sicht, Heidelberg, Gütersloh, 1997; *Küper*, Grundsatzfragen der “Differenzierung” zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81 ss.; *Lacruz López*, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso, PG, 2.^a, Madrid, Dykinson, 2015, 472 ss.; *Landecho/Molina*, PG, 11.^a 2020, Madrid, Tecnos, 356 s.; *Lehleiter*, Der rechtswidrige verbindliche Befehl: strafrechtsdogmatische Untersuchung, demonstriert am Beispiel militärischen Befehls, Frankfurt, etc., Lang, 1995; *Lenckner*, Der “rechtswidrige verbindliche Befehl” im Strafrecht – nur noch ein Relikt?, FS-Stree/Wessels, Heidelberg, Müller, 1993, 223 ss.; *Lingens/Korte*, Wehrstrafgesetz, 5.^a, München, Beck, 2012 (hasta la 4.^a, 2000, era *Schölz/Lingens*); *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978, 277 ss.; 2.^a, B. Aires-Montev, BdF, 2002, 277 ss.; Lecciones de DP, PG, 2.^a/3.^a, Valencia, Tirant, 2012/2016, 25/112 ss.; Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH-Bajo, 2016, 243 ss.; Obediencia debida como causa de justificación: la discusión sobre sus requisitos, LH-Queralt, 2021, 265 ss.; *Maier*, Desobediencia debida (A propósito de la llamada ley de “obediencia debida”, DocP 38 1987, 239 ss.; *H. Mayer*, Der bindende Befehl im Strafrecht, FG-Frank, I, Tübingen, Mohr, 1930, 598 ss.; *M. E. Mayer*, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, FS-Laband, 1908, 119 ss.; *Meini*, La obediencia debida en DP: ¿órdenes ilícitas vinculantes?, IeVer-PUCP, 18 2008, 320 ss.; tb. en su: Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de DP Lima, Ara, 2009; *Messina*, L'ordine insinducibile dell'autorità come causa di esclusione del reato, Roma, S. Abete, 1942; *Mir*, DP, PG; Barcelona, Reppertor, 10.^a 2015/2016, 18/58 ss.; *Morillas*, La

eximente de obediencia debida en la PANCP: Una continuidad discutible, RFDUC monogr. 6 1983, 481 ss.; La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales, Univ. Granada, 1984; DP, PG II-1, Madrid, Dykinson, 2008, 294 ss.; Sistema DP, PG, Madrid, Dykinson, 2018, 573 ss.; Muñoz Conde/García Arán, DP, PG, 10.^a, Valencia, Tirant, 2019, 324 ss.; Náquira, DP, PG I, 2.^a, Santiago, Thomson-La Ley, 2015, 630 ss.; Octavio de Toledo/Huerta, DP, PG; Madrid, Castellanos, 1986, 265 ss.; Oehler, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301 ss.; Olmedo Cardenete, Art. 20, 7.º, en Cobo (dir.), Comentarios al CP, II, Madrid, Edersa, 1999, (497 ss.) 575 ss.; Orts/González Cussac, Compendio de DP, PG, Valencia, Tirant, 8.^a 2019, 412 ss.; Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 165 ss.; Paredes Castañón, Reflexiones críticas sobre el alcance de la exención por “obediencia debida” en un DP liberal, APen 1997, 319 ss.; Pérez del Valle, La desaparición de la “obediencia debida” en el CP y su efecto en el DP militar, EDJ 5, 1996, 247 ss.; Lecciones de DP, PG, Madrid, Dykinson, 2016, 187 s.; Polaino, Lecciones DP, PG, II, 2.^a, Madrid, Tecnos, 2016, 180; Queralt Jiménez, La obediencia debida en el CP. Análisis de una causa de justificación (art. 8,12.^a CP), Barcelona, Libr. Bosch, 1986; Obediencia debida, EJB, Madrid, Civitas, 1995, 4489 ss.; Quintero Olivares, El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, CPC 12 1980, 59 ss.= RJCat 1981, 629 ss.; DP, PG, 2.^a, Madrid, Pons, 1989, 512 ss.; PG del DP, con la colabor. de Morales Prats, 4.^a, Navarra, Aranzadi, 2010, 601 ss.; Ragués i Vallès, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, RDPCr 7, 2001, 95 ss.; Reale Júnior, Instituições de Direito Penal, PG, 4.^a, Rio de Janeiro, Edit. Forense, 4.^a 2013, 195 ss.; Rivacoba y Rivacoba, La obediencia jerárquica en el DP, Valparaíso, Edeval, 1969; Rodríguez Devesa, La obediencia debida en el DP militar, REDM 3 1957, 29 ss.; La subordinación militar en Derecho comparado, REDM 11, 1961, 73 ss.; Rodríguez Devesa/Serrano, DP PG, Madrid, Dykinson, 18.^a, 1995, 521 ss.; Roldán Barbero, El delito de desobediencia funcional, LL 1996-1, 1799 ss.; Rönnau, LK, t. 2, 12.^a, Berlin, de Gruyter, 2006, antes del § 32/295 ss.; Rostek, Der rechtlich unverbindliche Befehl. Ein Beitrag zur Effektivitätskontrolle des Rechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1971; Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975, 862 ss.; Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193 ss.; Der strafrechtliche Rechtswidrigkeitsbegriff beim Handeln von Amtsträger – eine überholte Konstruktion, FS-Pfeiffer, Köln, Heymann, 1988, 45 ss.; Strafrecht AT I, 4.^a, München, Beck, 2006 (DP, PG I, trad y notas de Luzón, Díaz y de Vicente, Madrid, Civitas, 1997), § 17/15 ss.; Rusconi, DP, PG, Buenos Aires, Ad Hoc, 2.^a 2009, 272 ss.; Sancinetti, Obediencia debida y Constitución nacional, DocP 39 1987, 467 ss.; Santoro, L'ordine del superiore nel diritto penale, Torino, Giuffrè, 1957; Schirmer, Befehl und Gehorsam, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, 1965; Schnorr, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 293 ss.; Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz, 4.^a, München, Beck 2000; Schöne/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, StGB, 30.^a, München, Beck, 2019, antes del § 32/83 ss.; Schwenck, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts und in der gerichtlichen Praxis, Frankfurt, Bernhard u. Graefe, 1973; Die

Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, FS-Dreher, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1977, 495 ss.; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns (escrito de habilitación), Tübingen, Mohr, 1958; Strafrecht, AT, Köln, Berlin etc., Heymanns, 4.^a 2000, § 9/127; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, AT, 6.^a 2011, § 9/134; *Taipa de Carvalho*, Obediencia hierárquica e responsabilidade jurídica do funcionario, EPCr, XX, 1997, 287 ss.; *Thiele*, Zur Rechtmässigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB, JR 1975, 353 ss.; *Ugaz Heudebert*, La eximente de obediencia debida en el DP, Lima, Ara, 2011; La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida, LH-Villavicencio 1, 2021, 467 ss.; *Velásquez*, Manual DP, PG, Bogotá, Andrés Morales, 4.^a 2010, 469 ss.; *Villavicencio*, DP, PG, Lima, Grijley, 2006, 644 ss.; *Vitt*, Gedanken zum Begriff der "Rechtmässigkeit der Diensthandlung" bei § 113 StGB, ZStW 106, 1994, 581 ss.; Rechtsprobleme des sog. „gefährlichen Befehls“, NZWehrR 1994, 45 ss.; *Vives Antón*, Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida, EPCr V, Univ. Santiago de Compostela, 1982, 131 ss.; v. *Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, 34 ss.; *Wegener*, Befehle Vorgesetzter eine übertretung im Sinne des § 1 Abs. 3 StGB zu begehen, NZWehrR 1959, 132 ss.; *Weigend*, Bemerkungen zur Vorgesetzten verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 116 2004, 999 ss.; *Zaffaroni*, La Ley de obediencia debida, LyE 50 1988, 23 ss.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar*, DP, PG, 2.^a, Buenos Aires, Ediar, 2002, 758 ss.; *Zambrano*, DP, PG, Guayaquil, Murillo, 2017, 617 ss.; *Zúñiga Rodríguez*, La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales, NFP 53 1991, 331 ss. = DerPCUP 46 1992, 193 ss.

Sobre obediencia (no debida) exculpante: *Brandão*, Justificação e desculpa por obediência em Direito Penal, Coimbra ed., 2006; *Díaz Palos*, Obediencia debida, NEJ, XVII, Barcelona, Seix, 1982, 774 ss.; En torno a la naturaleza jurídica de la obediencia debida, LH-Pérez-Vitoria, I, 1983, 191 ss.; *Figueiredo Dias*, PG I, 2.^a, Coimbra ed., 2007, 645 ss.; *Luzón Peña*, Lecciones PG, 2.^a 2012, 58 s., 22 s.; Exculpación por inexigibilidad penal individual, Libertas 2 2014 (www.ficp.es), 232 ss.; LH-Schünemann (Dogmática del DP material y procesal y Política criminal contemporáneas), I, Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, 2014, 343 ss.; Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH-Bajo, 2016, 243 ss.; *Quintero*, PG, 2.^a 1989, 512 ss.; *Quintero/Morales*, PG, 4.^a 2010, 601 ss.; *Ragués i Vallès*, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad? Drazen Erdemovic ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, RDPCr 7, 2001, 95 ss.; *Roxin*, AT I, 4.^a, 2006, § 21/74; PG I, 1997, § 21/70.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Aberratio ictus", erro na execução ou erro de golpe: uma análise comparativa entre os sistemas penais brasileiro e argentino e a necessidade de superação da teoria da equivalência em respeito ao princípio da culpabilidade, de Filipe Maia Broeto – RT 1029/79-100; e
- A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal, de Claus Roxin – RBCCrim 46/46-72.