

Algunas consideraciones sobre la regulación de la obediencia debida

El Artículo 322 del Código Penal regula el delito de *desobediencia* como un tipo especial, en tanto que solo puede ser cometido por funcionarios o empleados públicos, agentes de la autoridad o autoridades públicas. De esta regulación se desprende, a su vez, como una derivación normativa, la obligación de estos funcionarios, empleados o agentes de abstenerse de desobedecer, en los términos establecidos por esta disposición. En consecuencia, están obligados a lo que el entorno jurídico conoce como *obediencia debida*.

Esta circunstancia, considerada generalmente como una causa de justificación compatible con el cumplimiento del deber, ha sido muy polémica entre los estudiosos del derecho, quienes han debatido sobre ella con gran intensidad. Una correcta comprensión del problema debe remontarse al precepto legal donde se origina: el funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que se niegue de manera abierta a cumplir una sentencia, decisiones u órdenes de un superior, dictadas dentro del ámbito de su competencia y con las formalidades legales del caso, será sancionado con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial para el ejercicio del empleo o del cargo por igual tiempo. No incurrir en responsabilidad penal los funcionarios o empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública que no cumplan un mandato que constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria.

Del precepto anterior se derivan tres situaciones. La primera es que las personas mencionadas quedan exentas de responsabilidad penal, si cumplen los mandatos obligatorios (obediencia debida). La segunda se da cuando esas personas se niegan a dar el debido cumplimiento a dichos mandatos. Entonces, incurrir en el delito de desobediencia, el cual, en sí mismo, es de tipo penal. La tercera situación es la exención de responsabilidad penal a quien desobedezca una orden que viola de forma manifiesta, clara y terminante una ley o cualquier disposición reglamentaria.

El mismo precepto establece los requisitos que la obediencia debida debe observar: la orden debe provenir de la autoridad superior y, por lo tanto, existe relación de subordinación entre quien da la orden y quien la acata; la orden está dentro de los límites de la competencia de esa autoridad, es decir, ésta debe dar la orden en el ejercicio de sus funciones y quien la ejecuta también se encuentra en el mismo ámbito; la orden debe ser dada conforme a las formalidades legales, las cuales se encuentran determinadas en la ley que le sirve de fundamento y la orden no debe violar de forma manifiesta, clara y terminante ninguna ley o reglamento¹.

Este comentario se centra en el último requisito, el más intensamente debatido por los estudiosos del derecho, porque puede entenderse que el derecho da luz verde a conductas contrarias a él —mandatos antijurídicos obligatorios—, cuando la

1. Este requisito, ciertamente, parece congruente con los establecidos antes, en tanto en cuanto que, si éstos no se cumplen, la orden se volvería ilegal por infringir las disposiciones legales de las cuales se deriva.

infracción no sea manifiesta, clara y terminante. En apariencia, el ordenamiento jurídico es frágil y antinómico y contradictorio. Existen varias interpretaciones de la cuestión. Una de ellas sostiene que cuando no se ejecuta una acción determinada, basada en un orden que infringe de forma manifiesta, clara y terminante, un precepto de ley o cualquier otra disposición reglamentaria, se excluye la responsabilidad penal, por aplicación del párrafo segundo del artículo 322 del Código Penal. Este artículo opera como justificación para excluir que una determinada acción sea antijurídica, tal como está regulada, o bien su tipicidad².

La segunda interpretación sostiene que cuando el subordinado no cumple una orden ilegal, la cual solo aparentemente no infringe de forma manifiesta, clara y terminante un precepto de ley o una disposición reglamentaria, en principio, incurre en el delito de desobediencia, contemplado en el párrafo primero del artículo 322 del Código Penal. La razón es que no actúa dentro de los límites establecidos por la disposición legal, la cual, en consecuencia, ya sea que se considere como norma que regula una causa de justificación o de atipicidad, no tendría aplicabilidad. No obstante, cabe decir que, desde una perspectiva integral del derecho, aun en este caso, el desobediente puede quedar exento de responsabilidad penal, pues puede alegar a su favor, como muy bien lo señalan Cobo del Rosal y Antón Vives, haber obrado al amparo de la causa de justificación de *cumplimiento de un deber legal*. En virtud del principio de ponderación de intereses, el deber de obedecer las leyes debe prevalecer sobre el de obedecer a la autoridad superior, que no es sino ejecutora de aquélla. En última instancia, puede argumentar la eximente de *estado de necesidad*, pues por aplicación del principio de ponderación de males, el mal representado por el cumplimiento de una orden in-apegada a derecho, siempre es mayor que el que se produciría por su incumplimiento³. En este sentido, aun y cuando se pueda concluir que la ley penal impone

el deber de obediencia de *mandatos antijurídicos obligatorios* (cuando el mismo, en apariencia, no infringe de forma manifiesta, clara y terminante un precepto de ley o cualquiera otra disposición reglamentaria) se puede entender que el mismo es in-operativo, en tanto que existe un mandato posterior de mayor rango (el de obedecer las leyes antes que a la autoridad superior), cuya aplicación es prioritaria. En virtud de él, la desobediencia deviene impune.

La tercera interpretación entiende el párrafo segundo del artículo en cuestión como regulación de la exclusión de responsabilidad penal por cumplir un mandato ilegal obligatorio, cuando éste no constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria. En este caso no habría delito penal, respecto al comportamiento típico derivado —no opera respecto al delito de desobediencia, pues éste no existe, ya que la situación es de obediencia. Esto es así porque la conducta típica realizada es antijurídica, ya que se deriva de una orden ilegal —y de una orden ilegal no se puede derivar una conducta lícita o jurídica, lo cual es una incongruencia jurídica. En este sentido, la exclusión de responsabilidad penal solo puede venir dada por la exclusión de la punición, motivada por razones de política criminal y de seguridad jurídica. De esta manera, el párrafo segundo del artículo 322 del Código Penal contiene, por una parte, una *causal de exclusión de tipicidad* (del delito de desobediencia), cuando excluye la responsabilidad penal por cumplir un mandato ilegal obligatorio, si éste constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria y, por otra, una *causal de exclusión de la punición*, porque excluye la responsabilidad penal de la conducta típica, derivada del cumplimiento de un mandato que constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria.

2. Un considerable sector de la doctrina estima que, en este caso, nos encontramos, ciertamente, frente a un caso de atipicidad, ya que cuando no se obedece una orden, por darse las circunstancias establecidas en el párrafo segundo del artículo 322 del Código Penal (infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria), se desvirtúan las contenidas en su párrafo primero. En otras palabras, el inciso primero de éste artículo regula una conducta típica de desobediencia de un mandato "legal", de lo cual se deduce que, si en el inciso segundo se regulan circunstancias que convierten a aquél en ilegal, como lógica consecuencia, se excluye la tipicidad del hecho (*cf.* Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón S., *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1996, pp. 445-447).
3. *Cfr. ibíd.*, p. 445.



Por razones de coherencia jurídica, el párrafo segundo del artículo 322 del Código Penal debería ser reformado para establecer que los funcionarios o empleados públicos, agentes de autoridad o autoridad pública no incurrirán en responsabilidad penal, por no dar cumplimiento a un mandato, no sólo cuando constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquiera otra disposición reglamentaria, sino también cuando aparente ser legítima. En otras palabras, cuando el mandato constituya una infracción de un precepto de ley o de cualquiera disposición reglamentaria, ya sea de forma manifiesta, clara o terminante, o no, es decir, dicho de forma más consistente y clara, en todo caso, pues con ello se evitarán incongruencias de conciliación difícil o imposible y así se propenderá a uniformar criterios de interpretación. Los mandatos antijurídicos obligatorios no deben ser permitidos por el derecho, pues constituyen meras infracciones de ley, aun cuando hayan sido realizados a la luz de la apariencia de ser legítimos. En todo caso, las actuaciones y los efectos que de ellos se deriven, carecerán de validez, pudiendo, en consecuencia, ser anulados y revocados con pos-

terioridad por la autoridad judicial, con base, precisamente, en su ilegalidad. Entonces, qué sentido tiene autorizarlas. No nos parece suficiente argumentar la necesidad de declarar exento de responsabilidad penal a quien los ejecuta por considerar de mayor interés el deber de obediencia frente al cuestionamiento de órdenes de la autoridad superior, porque a éste se antepone, tal como lo hemos mencionado, un deber todavía superior, el de obedecer las leyes. Así, pues, no se puede obedecer una orden ilegal, ya sea manifiesta, clara y terminante o no, por cumplir con el deber de obedecer a una autoridad superior, porque es más importante atender al deber de obedecer las leyes que mandan no realizar actos antijurídicos. Además, este supuesto tiene la misma finalidad de aquél: la exención de la responsabilidad penal del sujeto activo por invocación de la aplicación de la causa justificante, o bien de cumplimiento del deber, o la del estado de necesidad.

En última instancia, la vía más adecuada para tratar el problema de una manera acorde con el ordenamiento jurídico debería ser la del error (arts. 28 y 69 del Código Penal), de manera que si alguien ejecuta una orden (en apariencia legítima) con error vencible sobre su legitimidad, será responsable penalmente si su conducta se encuentra tipificada como culposa, pero si lo hace con error invencible, queda exento de pena. Por esta vía, incluso, se llega a una justicia mayor y a impedir la impunidad de la actuación imprudente del ejecutor de órdenes sin la diligencia debida, respecto a su legitimidad de la misma, lo cual nos parece más apropiado.

CARLOS EMILIO GÓMEZ PINEDA
Catedrático del Departamento de Ciencias
Jurídicas de la UCA
San Salvador, 2 de junio de 2004.