



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

“El delito de desobediencia de los funcionarios públicos”

Presentado por:

***Mario Caballero Moreno***

Tutelado por:

***Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín***

Valladolid, 15 de noviembre de 2020

RESUMEN: Este estudio va a tener por objeto examinar una serie de cuestiones conectadas con los artículos 410 y 411 del Código penal español. En primer lugar, se abordará el marco histórico del delito de desobediencia cometido por el funcionario público. Posteriormente, se va a proceder a analizar la naturaleza del delito, con la consiguiente indagación de elementos como la autoría o la conducta típica, siempre abordándolos desde un punto de vista tanto dogmático como político criminal. El análisis proseguirá con el tratamiento de la problemática en la diferenciación entre el injusto penal y el injusto administrativo, así como del delito en cuestión en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, para finalizar con uno de los casos de mayor repercusión nacional e internacional como es el del proceso soberanista de Cataluña y su correspondiente jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: delito de desobediencia, funcionario, mandato antijurídico obligatorio

ABSTRACT: The purpose of this study is to examine a series of issues connected with articles 410 and 411 of the Spanish Penal Code. In the first place, the historical framework of the crime of disobedience committed by the public official will be addressed. Subsequently, the nature of the crime will be analyzed, with the consequent investigation of elements such as authorship or typical conduct, always addressing them from both a dogmatic and a criminal political point of view. The analysis will be continue with the treatment of the problem in the differentiation between the criminal unjust and the administrative unjust, as well as the crime in question in the different European legal systems, to end with one of the cases with the greatest national and international impact such as of the sovereign process of Catalonia and its corresponding jurisprudence.

KEY WORDS: crime of disobedience, civil servant, mandatory unlawful mandate

## **Abreviaturas**

CE	Constitución Española.
CP	Código Penal.
CPi	Código Penal italiano.
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

# ÍNDICE

<b>1. Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>2. Evolución histórica del delito en los códigos españoles.....</b>	<b>8</b>
<b>3. Bien jurídico protegido. Naturaleza de la infracción.....</b>	<b>11</b>
<b>4. Análisis de los delitos de desobediencia de funcionario previsto en el CP español.....</b>	<b>15</b>
4.1. El delito del artículo 410 CP.....	16
4.1.1. <i>Sujetos del delito</i> .....	20
4.1.2. <i>La acción típica</i> .....	24
4.1.3. <i>El tipo subjetivo</i> .....	31
4.1.4. <i>Iter criminis, autoría y participación</i> .....	32
4.2. El delito del artículo 411 CP.....	35
4.3. Los mandatos antijurídicos obligatorios.....	35
4.4. Tratamiento del error.....	38
<b>5. Problemática en la diferenciación entre el injusto penal y el injusto administrativo.....</b>	<b>42</b>
<b>6. El delito de desobediencia de funcionario público en los diferentes ordenamientos europeos.....</b>	<b>46</b>
<b>7. Desobediencia y Procés.....</b>	<b>49</b>
7.1. Antecedentes.....	49
7.2. STS de 14 octubre de 2019.....	51
7.3. Consecuencias.....	53
<b>8. Conclusiones.....</b>	<b>54</b>

8.1 Sentido del delito.....	54
8.2 Valoración de la pena.....	54
8.3 Sentido del delito en el marco del Proceso.....	55
8.4 ¿Se podría incluir la desobediencia a la CE como un tipo delictivo específico?.....	56
<b>Bibliografía.....</b>	<b>57</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a proceder a examinar detalladamente la cuestión relativa al delito de desobediencia de los funcionarios públicos contenido en los arts. 410 y 411 CP.

Esta clase delictiva se encuentra dentro del Cap. III, que tiene por denominación “De la desobediencia y denegación de auxilio”, y forma parte del Título XIX, que hace referencia a los delitos contra la Administración pública. Es de suma importancia, por tanto, diferenciarlo del delito de desobediencia cometido por un particular contra la autoridad, tipificado en el art. 556 CP, el cual aparece en el Cap. II, que habla “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”. Dicho tipo de delitos están integrados en el Título XXII, concerniente a los delitos contra el orden público.

Además de analizar la regulación de este tipo de delito, se abordará el concepto de los mandatos antijurídicos obligatorios, es decir, órdenes que tienen la consideración de obligatorias por ser legales con una presunción “*iuris tantum*”, pero que en el fondo son ilegales. ¿Existe un deber de obediencia frente a mandatos delictivos?

Por último, una vez estudiados los aspectos teóricos del delito de desobediencia de funcionario público, haremos hincapié en uno de los casos más renombrados en la historia reciente de nuestro país en relación a este delito, el proceso soberanista de Cataluña “*procés catalán*”, en el cual se produjeron numerosas conductas de desobediencia por parte de ciertas autoridades catalanas, como por ejemplo el proceso participativo sobre el futuro político de Cataluña celebrado el 9 de noviembre de 2014, convocado por el presidente de la Generalitat Artur Mas en oposición al gobierno de España y en contra de la ley.

A modo de conclusión, se llevará a cabo una valoración tanto del propio delito como de su pena, así como el sentido que puede tener este delito en el marco del Procés. Al hilo de ello, se planteará el interrogante de si sería conveniente incluir en el Código Penal la desobediencia a la Constitución como un delito específico.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO EN LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES

En este apartado se nos plantea la cuestión de si históricamente ha existido en nuestra legislación un deber de obediencia por parte del funcionario público frente a órdenes de carácter delictivo provenientes de su superior. ¿Cuándo surge el delito de desobediencia por parte de la autoridad pública?

Para responder a estas preguntas, en primer lugar vamos a hacer referencia al primer Código Criminal español creado en el año 1822 bajo el reinado de Fernando VII, durante el trienio liberal (1820-1823). Esta recopilación se inspiró en las ideas de filósofos de la Ilustración como Beccaria y Bentham. Su vigencia fue muy breve.<sup>1</sup> Con respecto a su contenido, disponía de un título preliminar con trece capítulos. Además se dividía en dos partes, la primera con nueve títulos dedicada a los "Delitos contra la Sociedad", y la segunda con tres que trataban los "Delitos contra los Particulares".

Ya en este Código encontramos en cierta medida el delito de desobediencia cometido por funcionario público. Concretamente, éste aparece en la parte primera, Título VI Cap. VI, con el nombre de *“De los funcionarios públicos que no obedecen ó no cumplen las leyes u órdenes superiores: de los que impiden ó embarazan, ó se conciertan para impedir ó embarazar su ejecucion, ó la de algun acto de justicia; y los que incurren en otras faltas de subordinacion y asistencia al desempeño de sus obligaciones”*. En los arts. 483 y ss. se castiga al funcionario que no cumpla y ejecute una orden, bien por lentitud, omisión o descuido, así como al que difiera ejecutar o hacer ejecutar la orden superior (con una serie de excepciones, como que la orden superior sea opuesta a la Constitución). Además, se establecen agravantes para los casos en los que el incumplimiento o inejecución de la orden superior procediere de *“pura malicia o voluntariedad del funcionario público”*.

El segundo Código Penal en España es el de 1848, que se modificó en el año 1850. Denominado *“Código Pacheco”*<sup>2</sup>, surgió a través de la redacción de un proyecto que llevó a cabo la Comisión General de Códigos en la época absolutista, momento en el que se

---

<sup>1</sup> LÓPEZ REY, Óscar. *El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación*. ADPCP, VOL. LXX, 2018, pp. 361 y 362.

<sup>2</sup> Joaquín Francisco Pacheco fue un político, jurista y escritor español que se desempeñó como Primer Ministro en 1847, perteneciente al Partido moderado.



restablece el derecho Penal del Antiguo Régimen. Se trata de un texto dictatorial basado en el principio de culpabilidad, en virtud del cual el sujeto responderá de sus consecuencias, incluso de las producidas de manera imprevisible o por caso fortuito. Consta de tres libros: el primero contiene disposiciones generales, el segundo habla de los delitos y sus penas, y el tercero de las faltas.

Este Código solo dedica dos artículos al delito de desobediencia de funcionario, por lo que ofrece menor regulación en este sentido con respecto al de 1822. Estos artículos son el 286 y 287, situados en el Cap. V, Título VIII, libro segundo. El primero de ellos señala que *“El empleado público que se negare abiertamente á obedecer las órdenes de sus superiores, incurrirá en las penas de inhabilitación perpetua especial y arresto mayor”*. Por otro lado, el art. 287 establece un tipo agravado castigando al empleado que habiendo suspendido la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que éstos hubieren desaprobado la suspensión. Por este delito se imponía la pena de inhabilitación perpetua especial y prisión correccional.

El Código Penal de 1870 mantiene lo dispuesto en el art. 287 del anterior código, pero modifica el art. 286 (ahora 380). Expresa que *“Los funcionarios 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 formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial y multa de 150 a 1.500 pesetas”*. La principal diferencia con el Código de 1850 se encuentra en los dos párrafos siguientes, ya que menciona dos supuestos que eximen al funcionario de incurrir en este delito: el caso en el que no se dé cumplimiento a un mandato “administrativo”<sup>3</sup> que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional; y el supuesto de incumplimiento de un mandato que vulnere cualquier otra ley. En estas dos situaciones no se incurre en responsabilidad criminal.

El siguiente Código Penal fue el de 1928, promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera. Este texto fue muy criticado e incluso tachado de fascista, debido a la severidad de los castigos que se imponían al reo y la frecuencia con la que se establecía la pena de muerte. Su estructura se compone también de tres libros y un título preliminar.

---

<sup>3</sup> La cuestión del carácter administrativo de los mandatos la trataremos más adelante.

La desobediencia de funcionario se tipifica en los arts. 443 y ss. Se establecen penas de inhabilitación especial de cuatro a dieciséis años y aumenta la cuantía de la multa, pudiendo llegar a las 5.000 pesetas. Se señalan además las dos eximentes a las que nos referimos en el código anterior, pero se suprime la inhabilitación perpetua y la prisión correccional para el tipo agravado.<sup>4</sup>

Posteriormente aparece el Código Penal de 1932, basado en el código de 1870, ya que el Gobierno provisional de la Segunda República anuló el del año 1928. Se suprime la pena de muerte, disminuye el número de agravantes y se establece la libertad condicional. Las medidas de seguridad fueron excluidas del código, instaurándose en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933.<sup>5</sup>

Es en los arts. 374 y ss. (Cap. V) donde se regula el delito de desobediencia de funcionario. El importe de la multa se reduce de 5.000 a 3.000 pesetas, se expresan las exenciones previamente mencionadas, y se prevé prisión menor en sus grados mínimo y medio para el caso en que el funcionario que habiendo suspendido la ejecución de mandatos superiores, las desobedeciere después de que aquellos hubieran desaprobado la suspensión.

Por último, se encuentra el Código Penal de 1944, previo al actual de 1995. Se trataba de una legislación penal autoritaria, fruto de la Guerra Civil, en la que se restableció la pena de muerte, se impusieron penas más severas y se otorgó una mayor protección a la unidad familiar.

Por lo que respecta al delito de desobediencia de funcionario, de nuevo, como en el código de 1928, se prevén multas de hasta 5.000 pesetas (art. 369). Esa sería la principal diferencia, ya que el resto de cuestiones se remiten fundamentalmente al Código Penal de 1932. Además, hay que mencionar que el código franquista establecía en su artículo 8 núm. 12 la eximente de obediencia debida<sup>6</sup>. No obstante, el legislador del código de 1995

---

<sup>4</sup> Art. 444. *“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 la suspensión, incurrirá en las penas de inhabilitación especial de cuatro años a dieciséis y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.*

<sup>5</sup> [https://rodas5.us.es/file/17b47490-8c07-7430-6566-b19c2a8f511c/1/leccion1\\_SCORM.zip/pagina\\_01.htm](https://rodas5.us.es/file/17b47490-8c07-7430-6566-b19c2a8f511c/1/leccion1_SCORM.zip/pagina_01.htm) (Consulta: 6 jul. 2020).

<sup>6</sup> Art. 8º.12. Están exentos de responsabilidad criminal: El que obra en virtud de obediencia debida.

suprime esta eximente. Sin embargo, el profesor JAVATO MARTÍN<sup>7</sup> señala que “*dicha supresión no contribuyó a pacificar la controversia a la que nos referimos, debido a la presencia en nuestro ordenamiento jurídico de disposiciones que legitiman el cumplimiento de órdenes contrarias a Derecho*”.

### 3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN

En primer lugar, a la hora de abordar esta cuestión, debemos centrarnos en analizar si la orden del art. 410 CP se trata o no de una ley penal en blanco. La jurisprudencia define las normas penales en blanco como “*aquellas que solo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten*”.<sup>8</sup>

Son varios los autores que defienden que cuando un precepto penal emplea conceptos como “*orden*” o “*mandato*”, nos encontramos ante leyes penales en blanco que utilizan la técnica del reenvío a otras normas diferentes de las penales.<sup>9</sup> No obstante, otros juristas como PECORARO-ALBANI o ÁLVAREZ GARCÍA adoptan una posición contraria.

Para ALBANI,<sup>10</sup> la norma que emplea la técnica del reenvío es completa y por tanto no puede considerarse como una ley penal en blanco, a pesar de que el precepto o algún elemento del tipo deba establecerse mediante otra clase de norma, ya sea punitiva o no.

Por otro lado, ÁLVAREZ GARCÍA señala que la orden del art. 410 CP supone una norma penal completa, ya que no requiere de otro precepto que establezca el comportamiento objeto de sanción. Dicho autor adiciona que, en el supuesto de que al artículo 410 CP se le considerase como una ley penal en blanco, “*no podría entenderse que haya una pluralidad de bienes jurídicos amparados con la misma norma dependiendo del contenido de la sentencia cuyo cumplimiento se pretenda*”.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio M<sup>a</sup>. *Intervención policial y orden antijurídica obligatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 195.

<sup>8</sup> STS 849/1995 de 7 de julio.

<sup>9</sup> RICCIO, Stefano. *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*. Torino: UTET, 1955, p. 456.

<sup>10</sup> PECORARO-ALBANI, Palazzo. *Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bianco*. Milano: Giuffrè, 1960, pp. 321 y ss.

<sup>11</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 209.

Por último, en lo relativo al estudio de si el artículo 410 CP contiene una norma penal en blanco, destacamos la argumentación de PETRONE.<sup>12</sup> Este autor italiano lleva a cabo la distinción entre normas de tutela genérica y normas de tutela específica. El delito de desobediencia del funcionario se incluye dentro de las normas de tutela genérica, es decir, aquellas que consisten en la infracción de preceptos de carácter administrativo en relación a un abanico global de materias. Considerando a estas normas como penales en blanco, el bien jurídico protegido por ellas dependerá de los intereses perseguidos por las distintas normas administrativas que se relacionan con las mismas.

Con esta tesis puede concluirse que la norma penal no tutela realmente ningún interés jurídico, sino que en cada caso concreto protege un interés distinto, en función del precepto administrativo que se solicite.

Una vez comentado el problema sobre la posibilidad de que el art. 410 CP esté configurado como una ley penal en blanco, vamos a incidir en tratar por un lado cuál es la esencia del delito de desobediencia, y por otro cuál es el bien jurídico protegido como tal, de los artículos 410 y 411 CP.

En relación a la primera cuestión, QUINTERO OLIVARES<sup>13</sup> expresa que este tipo delictivo encuentra su fundamento en una serie de relaciones de jerarquía que dan lugar a la existencia de deberes, y en consecuencia, el delito de desobediencia se configura como “*un delito contra un deber*”. No obstante, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO<sup>14</sup> discrepa acerca de esta visión, y la contrapone argumentando que la esencia de este precepto no puede basarse meramente en el incumplimiento de un deber; este autor duda sobre la existencia de actos delictivos que tengan como contenido solamente la infracción de deberes.<sup>15</sup>

GÓMEZ BENÍTEZ,<sup>16</sup> en concordancia con la teoría de los *Pflichtdelikte*<sup>17</sup> formulada

---

<sup>12</sup> PETRONE, Marino. *La tutela penale degli ordini amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 2 y ss.

<sup>13</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*. Revista jurídica de Cataluña, 1981, pp. 61 y ss.

<sup>14</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 248.

<sup>15</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Las actuaciones en nombre de otro*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 1984, pp. 69 y ss.

<sup>16</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Cívitas, 1984, p. 154.

por ROXIN, considera que “*Todo delito especial alude a una especial situación de deber del autor respecto a determinados bienes jurídicos.*” Considera que los delitos especiales se caracterizan por que el autor es quien vulnera un deber específico extrapenal, de manera que únicamente a quien se encuentre en una situación específica de deber podrá imputársele objetivamente el hecho. Por ello, la mera infracción del deber, independientemente de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se constituye como el criterio específico de imputación al autor.

QUINTERO OLIVARES<sup>18</sup> contradice esta teoría por tres razones: considera que la “*especial posición de deber*” es un criterio discutible en relación a su existencia típica; que en muchos casos no es claro que tenga lugar una situación de deber; y por último, que puede que muchos delitos especiales sean ejecutados únicamente por la propia actividad del autor.<sup>19</sup>

Acerca de la segunda cuestión, es decir, el bien jurídico protegido de los artículos 410 y 411 CP, debemos en primer lugar examinar qué se entiende por bien jurídico protegido. Para ello hay que hacer referencia al objeto de protección, a bienes, ya sean materiales o inmateriales que se encuentran protegidos por el derecho, como por ejemplo la vida, la libertad o el patrimonio.

En este análisis podría plantearse que el delito de desobediencia solamente protege el interés de la obediencia, sin embargo, como bien indica PETRONE,<sup>20</sup> esto supondría reconocer la existencia de una única norma en todo el ordenamiento jurídico que tutele dicho interés. No obstante, esta presunción sería incorrecta, ya que el Código Penal español incorpora diferentes tipos penales que sancionan la desobediencia como comportamiento.

Para determinar cuál puede ser el bien jurídico protegido vamos a destacar el artículo 103.1 CE que establece que “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”. De este precepto puede deducirse que el deber de obediencia encuentra su justificación únicamente cuando se tenga la finalidad de la

---

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1984, pp. 352 y ss.

<sup>18</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*. Barcelona: Cymys, 1974, pp. 102 y ss.

<sup>19</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1975, pp. 23 y ss.

<sup>20</sup> PETRONE, Marino. *La tutela penale degli ordini amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 153.

consecución de intereses generales. En referencia a esto, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO indica que “*La obediencia en sí misma no es un bien, sino un ataque a la libertad del que obedece*”<sup>21</sup>; por lo que el deber de obediencia solamente puede ser exigido ante la presencia de un interés preponderante.

La doctrina italiana discrepa acerca de cuál es el objeto que se tutela en el delito de desobediencia del funcionario. Para PAGLIARO<sup>22</sup> el bien jurídico protegido es el normal funcionamiento de la Administración Pública, en relación a la efectividad y eficacia en el cumplimiento de la función pública. MAGGIORE<sup>23</sup> sin embargo, habla solamente del normal funcionamiento de la Administración Pública. Para RICCIO<sup>24</sup> el objeto tutelado consistiría en el normal funcionamiento de la Administración Pública. Finalmente, TAGLIARINI<sup>25</sup> sostiene que el bien jurídico protegido se constituye por el interés que tiene la Administración en el buen funcionamiento de sus órganos.

Por otro lado, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO<sup>26</sup> considera que el bien jurídico protegido por este delito es la consecución por parte de la Administración Pública de los intereses generales a los que se refiere el art. 103.1 CE, es decir, el servicio que la Administración presta a los ciudadanos.

Al hilo de ello, BAENA DEL ALCÁZAR<sup>27</sup> incide en la importancia que posee la Administración Pública como instrumento necesario para la satisfacción de los intereses generales, debido a la exaltación que los constituyentes hacen sobre este organismo público.

En el mismo sentido, ENTRENA CUESTA<sup>28</sup> habla de una evolución “*de la arbitrariedad estatal a la actividad discrecional*”; señala que toda actuación de la Administración

---

<sup>21</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 249.

<sup>22</sup> PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 295.

<sup>23</sup> MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale. Parte speciale. Delitti e contravvenzioni*. Bologna: Zanichelli, 1960, p. 178.

<sup>24</sup> RICCIO, Stefano. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Napoli: Eugenio Jovene, 1966, p. 451.

<sup>25</sup> TAGLIARINI, Francesco. *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto di atti d'ufficio*. Milano, 1980, p. 227.

<sup>26</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 248.

<sup>27</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *La organización y la función pública* en Comentarios a las leyes políticas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1985, p. 269.

<sup>28</sup> ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 216.

debe estar controlada con el fin de que se persiga el interés público en cada una de sus actividades. Este salto de la arbitrariedad a lo discrecional a que se refiere ENTRENA CUESTA, es explicado por el autor italiano ALLEGRETTI,<sup>29</sup> quien sostiene que inicialmente, en el Estado absoluto, la Administración establecía los fines de su actuación, lo que dio lugar a un conflicto entre la legislación y Jurisdicción y la propia Administración. Consecuencia de ello es la aparición del Estado de Derecho con la consiguiente objetivación de los intereses públicos que debe perseguir la Administración en las normas a través de los principios de nominatividad y tipicidad de los elementos de los actos administrativos.

Por todo ello, para ÁLVAREZ GARCÍA,<sup>30</sup> en el Código penal de 1995, con la tipificación del delito de desobediencia en los artículos 410 y 411 CP “*se protege el principio jerárquico en la organización de la Administración Pública cuando a través de la misma se persiga directamente la satisfacción de un interés general.*”

#### **4. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE DESOBEDIENCIA DE FUNCIONARIO PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

A modo de introducción, ÁLVAREZ GARCÍA,<sup>31</sup> considera que el delito de desobediencia de los funcionarios públicos “*es un delito de omisión propia, con independencia de que el contenido material de la orden requiera una actuación positiva o negativa en el funcionario subordinado*”. Además considera que se trata de un delito especial propio, lo que choca con la doctrina mayoritaria que tilda a este tipo delictivo como especial impropio, con la justificación de que junto a una modalidad para sujetos cualificados, se admite otra para sujetos no cualificados (por ejemplo, la conducta de malversación de caudales públicos del art. 432 coincidirá en numerosas ocasiones con la del hurto).

---

<sup>29</sup> ALLEGRETTI, Umberto. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: CEDAM, 1965, pp. 3 y ss.

<sup>30</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 223.

<sup>31</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 16.

#### 4.1. El delito del artículo 410 CP

Para proseguir con el análisis del delito de desobediencia del funcionario público debemos hacer mención a una serie de conceptos relevantes con el fin de entender esta cuestión: el concepto de orden, de sentencia, de decisión, de mandato del art. 410 CP, y de autoridad superior.

En primer lugar, en cuanto al concepto de orden, se plantea el interrogante de si puede configurarse dicho término como un elemento del tipo objetivo del delito de desobediencia.

BETTIOL<sup>32</sup> define la orden como “*la manifestación de voluntad que se dirige por el titular de un poder de supremacía al subordinado para exigir un determinado comportamiento*”. Se trata por tanto de una definición desde una perspectiva naturalística. No obstante, BETTIOL posteriormente introduce un concepto jurídico, señalando que debe existir una “*relación de jerarquía pública entre dos personas*”.<sup>33</sup>

SANTORO también define la orden desde una concepción jurídica. Considera que “*la orden en sentido técnico es un mandato particular*”<sup>34</sup>, la exigencia de un comportamiento de carácter particular derivada de una potestad que otorga a una persona la capacidad para dictar una decisión que obligue a la otra persona.

La orden podríamos caracterizarla como una especie de “*coacción legal*” con el objeto de fijar las conductas de otros individuos. De esta manera, el superior no puede acudir al margen del Derecho para obligar a obedecer, ya que en este caso no habría una orden, un deber, debido a que no podría imponerse una sanción por su incumplimiento. Y es que “*la amenaza de la sanción es un elemento necesario en el concepto de orden*”.<sup>35</sup>

Para GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>36</sup> la orden es un acto administrativo compuesto de tres elementos: 1- manifestación de voluntad; 2- realizada en el ejercicio de un poder

---

<sup>32</sup> BETTIOL, Giuseppe. *L'ordine dell'Autorità nel diritto penale*. Milano: Vita e pensiero, 1934, p. 32.

<sup>33</sup> BATTAGLINI, Giulio. *Diritto penale parte generale*. Padova: CEDAM, 1949, p. 333.

<sup>34</sup> SANTORO, Arturo. *L'ordine del superiore nel diritto penale*. Torino: UTET, 1957, p. 11.

<sup>35</sup> PALERMO, A. *Ordine giuridico-Ordine dell'Autorità*. Torino: UTET, 1965, p. 115.

<sup>36</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983, pp. 504 y ss.



jurídico; 3- por un órgano de una Administración Pública.

En primer lugar, es una declaración de voluntad, ya sea explícita o tácita, siendo esta última de especial importancia. No obstante, la orden, como acto administrativo, debe constar por escrito si nos atenemos a la Ley de Procedimiento Administrativo. De manera que no rige el principio de libertad de forma como ocurre en el Derecho privado.

Además, la orden debe ser impuesta por un órgano administrativo, por lo que se excluyen los actos jurídicos del administrado, o los actos administrativos dictados por órganos no pertenecientes a la Administración Pública.

Por último, también se requiere que los titulares del órgano que hayan dictado el acto mantengan su imparcialidad, y que la orden “constituya expresión de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”.<sup>37</sup>

En segundo lugar se encuentra el concepto de sentencia. Este término puede entenderse como la resolución judicial que pone fin al proceso. La decisión emitida por un juez o tribunal acerca de su conformidad o no con la pretensión de la parte.

La sentencia se compone de dos elementos: un juicio de carácter lógico y la declaración de voluntad. En el primer elemento aparece el concepto de silogismo judicial, en el que el juez aplica la ley utilizando la norma como premisa mayor, los hechos se juzgan como premisa menor y la conclusión por “*la subsumción de los hechos bajo la norma*”.<sup>38</sup> No obstante, parte de la doctrina rechaza el “*silogismo judicial*” como elemento de la sentencia. Entre ellos, ÁLVAREZ GARCÍA<sup>39</sup> que comparte la posición de GUASP, quien define la sentencia, no como un proceso lógico, sino como la “*expresión de la convicción formada por el Juez por la comparación mental entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o derecho objetivo*”.<sup>40</sup>

El otro elemento de la sentencia es el elemento volitivo, es decir, la declaración de

---

<sup>37</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 60.

<sup>38</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de Derecho procesal civil*. Pamplona: Aranzadi, 1985, pp. 778 y s.

<sup>39</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 73.

<sup>40</sup> GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 512.

voluntad, la cual es calificada de esencial por algunos autores como GUARNERI<sup>41</sup> o CALAMANDREI. Este último señala que “*el elemento esencial no es el elemento lógico, sino el volitivo que el juez pone en su calidad de órgano del Estado*”.<sup>42</sup>

En el ámbito de la jurisdicción penal, el art. 141 LECrim. define las sentencias como las resoluciones de carácter judicial que dicten los juzgados y tribunales “*cuando decidan definitivamente la cuestión criminal*”. Es por tanto, una resolución judicial sobre el fondo.

En tercer lugar, el concepto de decisión que aparece en el punto 1 del art. 410 CP, por lo que se trata de un elemento típico que tiene por objeto que el receptor realice una acción positiva o una omisión.

Existe una correlación entre el término resolución y el de decisión, ya que toda resolución comporta una decisión, de manera que cuando el art. 410 incluye la decisión como elemento del tipo, parece que pretende abarcar cualquier acto que dé lugar a una toma de postura concreta.

ÁLVAREZ GARCÍA sostiene que, en el marco del Código Penal, “*el término decisión incluye la parte dispositiva de las distintas resoluciones judiciales, ya sean éstas providencias, autos o sentencias.*”<sup>43</sup>

En cuarto lugar debemos analizar el concepto de mandato, término que la Real Academia define como la “*Orden o precepto que el superior da a los súbditos.*” En el Código Penal, es en su art. 410 apartado 2º donde nos encontramos este concepto, el cual habla de la exención de responsabilidad criminal por el incumplimiento de un mandato que dé lugar a una infracción manifiesta. Sin embargo, el código de 1870 incluye el calificativo de administrativo: “*no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato administrativo que constituya una infracción...*”. De este precepto se deduce que la causa de atipicidad sólo afecta a los mandatos dictados por la Administración o por un juez o tribunal pero derivado de una potestad administrativa.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> GUARNERI, Giuseppe. *Sulla teoria generale del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1939, pp. 189 y s.

<sup>42</sup> CALAMANDREI, Piero. *La sentenza soggettivamente complessa*. Padova: CEDAM, 1930, pp. 214.

<sup>43</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 104.

<sup>44</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Salamanca: Tomo IV, 1891, p.175.

Este adjetivo se mantuvo en los códigos penales de 1928 y 1932, pero fue eliminada en el de 1944. Suprimida esta calificación, se entiende que el elemento típico de mandato se referirá a los de cualquier clase que pueda dictar el superior.

Por último, respecto al concepto de autoridad superior, en la interpretación del art. 410 CP, debe entenderse este término no como “*autoridad jerárquicamente superior*”, sino como “*autoridad competente*”, ya que la autoridad competente puede ser superior en virtud de organización jerárquica, pero también en virtud de una determinada competencia que se atribuye a una materia.<sup>45</sup>

Por tanto, es el concepto de competencia y no el de jerarquía el que explica las diferentes relaciones jurídicas que surgen entre los sujetos en el ámbito de la Administración.

El tenor del art. 410 CP, en su párrafo primero, dice que “*Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*”

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

Si atendemos a la primera parte del precepto (art. 410 CP), observamos que para la concurrencia del tipo se exige que la autoridad se negare abiertamente a cumplir debidamente las resoluciones judiciales, decisiones u órdenes dictadas por la autoridad superior. En este sentido, el TS indica que “*el tipo básico de desobediencia funcional constituye una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material.*”<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 120.

<sup>46</sup> SSTS 11 octubre 1997 [RJ 7218\1997], 13 junio 2000 [RJ 6597\2000] y 24 febrero 2001 [RJ 2317\2001]

Adicionalmente, la jurisprudencia indica que *“basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor, abarcando tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado.”*<sup>47</sup>

#### 4.1.1. Sujetos del delito

La primera precisión que se puede realizar es que el delito de desobediencia del art. 410 CP tiene como sujeto activo al funcionario público.

El Código Penal distingue entre el concepto de autoridad y el de funcionario público en su art. 24. El párrafo primero manifiesta que *“A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”*

Por otro lado, el segundo apartado trata la noción de funcionario público: *“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”*

El concepto de funcionario que aparece en la segunda parte del art. 24 se caracteriza por dos notas: La primera de ellas hace referencia al hecho de que se exige su incorporación a la actividad pública por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Si la persona no ha sido incorporada por disposición de la ley no puede ser calificada como funcionario a efectos penales. Por tanto, una persona que lleve a cabo funciones públicas de manera arbitraria no puede ser considerada como funcionario.

Sin embargo, en ocasiones, el CP otorga al particular que realiza ciertas funciones (malversación de caudales públicos, por ejemplo) la condición de funcionario a efectos penales. Además, existen otros supuestos en los que no se cometen delitos por parte de los

---

<sup>47</sup> STS (Sala de lo Penal) 263\2001 de 24 febrero [RJ 2317\2001], FJº 3º

funcionarios públicos, sino que se trata de delitos contra la Administración pública, en los que el particular vulnera la integridad de la función pública sin estar incorporado en la misma (por ejemplo, tráfico de influencias). En estos casos no es necesaria la incorporación del sujeto a la actividad pública, a pesar de que éste tenga por objeto infringir el funcionamiento de la Administración.

Dentro de esta primera nota debemos mencionar la figura del “*funcionario de hecho*”. DE LA VALLINA<sup>48</sup> lo define como “*aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario de jure*”.

En efecto, el funcionario de hecho no ostenta las condiciones requeridas para el ejercicio de la actividad pública (no dispone de título académico, por ejemplo), aunque ha sido nombrado conforme a la ley. En este caso, se le van a reconocer efectos penales, de manera que puede cometer delitos en los que se exija esa cualidad, sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse a él mismo o a quien le haya nombrado. Otro supuesto es que el sujeto que no dispone de título se atribuya así mismo la actividad pública. En este caso estaríamos ante un delito de usurpación de funciones. Si el nombramiento no es por disposición de la ley y el particular lo acepta conociendo dicha ilegalidad, se impondría la pena del art. 406 CP.

La segunda nota se centra en la participación del sujeto en las funciones públicas. Puede entenderse función pública como la actividad realizada por personas físicas en nombre del Estado con el propósito de alcanzar los fines esenciales del mismo.

En todo caso, “*el concepto de funcionario público es un concepto funcional que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto*”.<sup>49</sup> En este Título XIX la responsabilidad penal se extiende a sujetos que en ningún caso pueden ser calificados de funcionarios a efectos penales (por ejemplo, en el art. 422, la extensión de las penas de cohecho a los árbitros, jurados, peritos, etc.).

En relación al concepto de funcionario público se encuentra el problema de la

---

<sup>48</sup> DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Sobre el concepto de funcionario de hecho*. Rev. de Administración pública, n°29, 1959, p. 115.

<sup>49</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2009, p. 905.

participación del no funcionario o no autoridad en los delitos cometidos por estos sujetos en el ejercicio de sus cargos. En estos delitos se requiere que el sujeto activo reúna ciertas cualidades personales, por lo que se trata de delitos especiales. Entre los delitos especiales están los propios y los impropios: los delitos especiales propios son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común (prevaricación), mientras que los delitos especiales impropios son aquellos que tienen correspondencia con un delito común (malversación). En los propios, el problema de la participación del no funcionario se soluciona excluyendo la coautoría y la autoría mediata de éste, pero no la hipótesis de participación. Por otro lado, en los impropios el funcionario respondería por el delito especial y el no funcionario por el común, con independencia de su contribución al hecho en particular.

Junto con la responsabilidad penal, al funcionario público se le puede exigir además responsabilidad disciplinaria, la cual puede ser más severa que la penal, llegando a la separación definitiva del oficio público en los casos de infracciones muy graves. El TC admite la posibilidad de la imposición conjunta de una sanción administrativa y una penal en el supuesto de que el funcionario cometa un delito que afecte a la actividad pública.<sup>50</sup>

Destacar también la responsabilidad política derivada en numerosas ocasiones de los delitos perpetrados por los funcionarios públicos. El control y la exigencia de esta responsabilidad compete al Parlamento para garantizar el buen funcionamiento en el ejercicio de la actividad política. “*La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir de la penal*”.<sup>51</sup> Algunos de los delitos del Título XIX pueden ser juzgados por el Tribunal del Jurado debido a su relevancia política y social.

Ya en el Código Penal de 1973 la jurisprudencia, en relación al viejo artículo 369.1 CP, incluía a la autoridad remitiéndose al anterior artículo 119 CP, debido a que entendía que ésta participaba en el ejercicio de las funciones públicas.<sup>52</sup> En 1995 se incorporó de manera específica el concepto de autoridad como sujeto activo del art. 410.1 CP, que se encuentra definido en el art. 24.1 CP.<sup>53</sup> Sin embargo, no basta la mera participación en el ejercicio de

---

<sup>50</sup> STC, de 30 de enero de 1981, FJ.4º

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2009, p. 908.

<sup>52</sup> SSTs de 17 septiembre 1990 [RJ 7322\1990], 26 marzo y 25 mayo 1992 [RJ 2475\1992 y RJ 4336\1992] y 8 febrero 1993 [RJ 939\1993].

<sup>53</sup> Art. 24.1 CP: “*A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas*

la función pública para ser considerado funcionario a efectos penales, ya que el art. 24.2 CP añade que “*se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*”

Es numerosa la jurisprudencia, al igual que la doctrina, que asegura que el concepto de funcionario desde el punto de vista del Derecho penal no coincide con el de la perspectiva del Derecho administrativo, ya que en este ámbito se aborda desde un marco más específico.<sup>54</sup>

El funcionario penal, como bien indica COBO DEL ROSAL,<sup>55</sup> se caracteriza por su participación en el ejercicio de las funciones públicas, sin que sea necesaria su incorporación del en la organización administrativa, ni una vinculación de carácter permanente y profesional; mientras que, desde un punto de vista administrativo, el funcionario se incorpora a la Administración en régimen de Derecho público y de manera permanente, voluntaria, profesional y retribuida.<sup>56</sup>

Desde la perspectiva penalista, LLABRÉS FUSTER y TOMÁS-VALIENTE definen la autoridad como un tipo de funcionario que tiene mando o ejerce jurisdicción propia.<sup>57</sup> El primer atributo, el de “mando”, hace referencia a la capacidad de reclamar obediencia<sup>58</sup> tanto en el ámbito de las relaciones jerárquicas de la Administración como en el de las relaciones que posee ésta con los ciudadanos. Por otro lado, respecto al ejercicio de jurisdicción, la doctrina considera que consiste en la potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario.<sup>59</sup> REBOLLO

---

*de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal’.*

<sup>54</sup> STS 37/2003 de 22 enero; STS 663/2005 de 23 de mayo; STS 1122/2007 de 10 de diciembre; STS 186/2012 de 14 de marzo. A nivel doctrinal, COBO DEL ROSAL, Manuel. *Comentarios al Código penal*. Madrid, 2000, p.36; DEL TORO MARZAL, Alejandro. *Comentarios al Código penal*. Barcelona, 1972 pp. 726/727; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Autoridad y funcionario a efectos penales*. Enciclopedia Penal básica, p. 179.

<sup>55</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel. *Examen crítico del párrafo 3, artículo 119 del Código penal español*. Editorial Reus, 1962, p.237.

<sup>56</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio M<sup>a</sup>. *El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales*. Revista Jurídica de Castilla y León, n<sup>o</sup>23, 2011, p. 154.

<sup>57</sup> LLABRÉS FUSTER, Antoni/TOMÁS-VALIENTE, Carmen. *La responsabilidad penal del miembro del jurado*. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 28.

<sup>58</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan. J. *El concepto penal de funcionario público*. Cuadernos de política criminal, 1985, p. 495; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Autoridad y funcionario a efectos penales*. Enciclopedia Penal básica. Granada: Comares, 2002, p. 180.

<sup>59</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael, “art. 24”..., p. 326/327; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. J. *El*

VARGAS sostiene que no ostentarán la condición de autoridad, aquellos que ejerzan jurisdicción de manera delegada.

#### 4.1.2. *La acción típica*

En términos generales, el núcleo de la conducta típica de este delito es la desobediencia. A simple vista parece un término sencillo de entender. Desobediencia como la falta de obediencia, la resistencia a cumplir algo que se ordena. “*El rechazo activo u omisivo a dar cumplimiento a una orden vinculante y de exigible cumplimiento*”.<sup>60</sup>

Sin embargo, a la hora de abordar el delito de los arts. 410 y 411 CP, debemos detallar más específicamente este concepto; y es que en un primer lugar hay que destacar la diferencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo de desobediencia.

En relación con el tipo objetivo, existen dos modalidades típicas de desobediencia: la negativa abierta (art. 410.1 CP) y desobediencia a una orden reiterada (art. 411 CP).

Por lo que respecta a la modalidad de negativa abierta, la acción de desobedecer consiste en “*negarse abiertamente*”, siendo necesaria una “*acción positiva expresa, clara y terminante*”.<sup>61</sup> No basta el mero incumplimiento u omisión. No obstante, ÁLVAREZ GARCÍA<sup>62</sup> admite la posibilidad de la simple omisión, dice que la conducta típica consiste en un “*no prestar la obediencia requerida*”, en una omisión propia, con independencia de si esa obediencia se concreta en un hacer o no hacer en un supuesto determinado. Sin embargo, coincide con MAQUEDA ABREU<sup>63</sup> manifestando que lo normal será que la desobediencia se exteriorice a través de una conducta positiva.

Los mandatos y decisiones provenientes de las autoridades superiores se configuran como el objeto del incumplimiento, siempre y cuando se dicten en el marco de su propia

---

*concepto penal de funcionario público*. Cuadernos de política criminal, 1985, p. 498; ROCA DE AGAPITO, Luis. *Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales*. Tratado de derecho penal español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 151 y ss.

<sup>60</sup> <https://dej.rae.es/lema/desobediencia> (Consulta: 30 jun. 2020).

<sup>61</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2009, p. 925.

<sup>62</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 186.

<sup>63</sup> MAQUEDA, Abreu. *Desacatos*. México: Ciesas, 1998, p. 7.



competencia y cuenten con todos los requisitos formales exigidos por la ley. Los funcionarios judiciales y administrativos queda vinculados por las resoluciones judiciales, pero las decisiones administrativas obligan únicamente al subordinado de que las da. La imputación particular se llevará a cabo conforme al reparto de competencias eximiendo la responsabilidad del funcionario que se haya opuesto a la desobediencia, en el caso de que el incumplimiento de la resolución judicial derive de un órgano colegiado de la Administración.

Para que la autoridad o funcionario quede vinculado a la resolución judicial, es necesario que ésta posea unas formalidades legales mínimas de apariencia de legitimidad. Ese requisito de la orden constituye un elemento el tipo.

Por otro lado nos encontramos con la desobediencia de una orden reiterada, la cual aparece en el art. 411 CP, precepto que es subsidiario al anterior. El funcionario tiene la potestad de suspender la ejecución de las órdenes recibidas por su superior, con la condición de que dicha suspensión sea puesta a conocimiento del superior (remonstratio). Tendría lugar el presupuesto de esta desobediencia a una orden reiterada si el superior desapruueba la suspensión y ordena proseguir la ejecución. Si el funcionario no reanuda la ejecución estaríamos hablando de una desobediencia meramente pasiva.

En cuanto al tipo subjetivo de desobediencia, tanto en la modalidad de la negativa abierta como en la desobediencia a una orden reiterada es necesario el dolo, no cabe por tanto la comisión por imprudencia. QUINTERO OLIVARES<sup>64</sup> lo justifica haciendo referencia a la característica de ser “abierto” la negativa en el primer caso y la desaprobación del superior en el segundo, “*lo que implica una connotación intencional que no sólo impide la apreciación de la comisión culposa..., sino además exige la concurrencia del dolo directo*”.

Sin embargo, para ÁLVAREZ GARCÍA<sup>65</sup> el argumento no debe basarse en el calificativo de “abierto”, sino en la forma verbal “*se negaren*”, ya que “*el incumplimiento se configura, en este caso, como el resultado de la oposición del subordinado a llevar a efecto aquello que le ha sido ordenado*”. Por tanto, el hecho de negarse determina una característica de la

---

<sup>64</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*. Cuadernos de Política Criminal, 1980, p. 71.

<sup>65</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 187.

desobediencia como oposición del funcionario a cumplir una conducta concreta.

TAGLIARINI<sup>66</sup> sostiene que para que el dolo subsista, se requiere que el agente tenga conocimiento de la orden que supone su deber de actuar, “*que sea consciente de que no subsisten motivos legítimos que obstan la asunción del acto debido y, asegurado tal presupuesto cognoscitivo, haya querido la omisión como fin propio de su actuar*”. Por tanto, el dolo debe comprender tanto el conocimiento sobre la competencia del superior para expedir la orden como el que ésta se ha dictado respetando el ordenamiento.

En 2008, el alto Tribunal se pronuncia en relación a la acción típica, manifiesta que “*La concurrencia del delito de desobediencia depende de que el sujeto activo ejecute la acción típica, no de las afirmaciones aquél haga acerca de su supuesta voluntad de incurrir o no en responsabilidad.*”<sup>67</sup>

Con respecto al término “*abiertamente*”, el TS, en la sentencia anterior, afirma que dicho concepto “*equivale a una negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca*”. A esto hay que añadir que el Tribunal estableció que “*la palabra “abiertamente” ha de interpretarse no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato.*”<sup>68</sup>

Por tanto, cuando tratamos de analizar el significado de desobediencia, debemos atenernos únicamente al referido por el art. 410 CP, el cual establece que desobedecer consiste en “*negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes.*”

Como podemos observar, el Código penal tiene por objeto castigar solamente la negativa abierta, pero esto no quiere decir que desobedecer signifique meramente en negarse abiertamente, sino que se trata de una limitación en la aplicación del tipo.

A efectos del art. 410 CP, negarse abiertamente a cumplir una orden o mandato supone que la desobediencia no consiste en una mera inejecución, sino que se requiere la

---

<sup>66</sup> TAGLIARINI, Francesco. *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto di atti d ufficio*. Milano, 1980, p. 231.

<sup>67</sup> STS (Sala de lo Penal) 54\2008 de 8 abril [RJ 1325\2008], FJ° 3°.2

<sup>68</sup> STS (Sala de lo Penal) 485\2002 de 14 junio [RJ 8612\2002], FJ° 3°

negativa al cumplimiento.<sup>69</sup> En esta dirección, la jurisprudencia ha fallado en numerosas ocasiones señalando que la desobediencia del funcionario no se caracteriza por “*el hecho negativo de su no ejecución*”, sino por la “*negativa abierta*” de éste a dar el debido cumplimiento a decisiones u órdenes de la autoridad superior.<sup>70</sup>

¿Cabe la posibilidad de que dos manifestaciones de la voluntad del funcionario como la remonstratio o el mero retraso en el cumplimiento del acto debido sean suficientes para la constitución del tipo delictivo? Para dar respuesta a esta cuestión analizaremos en primer lugar qué es la remonstratio.

La teoría de la remonstratio fue formulada por GÖNNER,<sup>71</sup> el cual sostenía que cuando un funcionario recibiera de su superior una orden de la que tal subordinado observase una contradicción con respecto a la ley, debería explicar a su superior las causas que le hacen dudar de la legalidad de la decisión. Si, tras ello, al superior no le convencen los motivos alegados por el funcionario y reitera la orden, éste tendrá la obligación de obedecer.

Para BETTIOL,<sup>72</sup> este instrumento jurídico presenta ciertos inconvenientes debido a que daría lugar a la obediencia absoluta. El autor italiano sostiene en primer lugar que, en aquellos casos en los que la orden exija extraordinaria celeridad, la remonstratio no puede ser invocada. En segundo lugar, tal institución no puede resolver supuestos en los que el superior está convencido de que el mandato emitido es ilícito, por lo que cuando el funcionario le plantea una duda sobre la oportunidad del mismo, quien dicta la orden persiste en la pretensión de obediencia.

Por el contrario, ÁLVAREZ GARCÍA<sup>73</sup> discrepa los argumentos de BETTIOL, ya que considera que “*la conclusión de que la remonstratio puede desembocar en obligación de obediencia absoluta no es válida.*” Este autor razona que esta institución tiene por objeto evitar que se

---

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español (Parte especial)*. Madrid: Dynkinson, 1963, p. 1101; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal (Parte especial)*, 6ª ed. Sevilla: Ed. Universidad de Sevilla, 1982, p. 703.

<sup>70</sup> SSTS de 23 febrero 1877, de 12 diciembre 1905, y de 16 abril 1912.

<sup>71</sup> GÖNNER, Nikolaus Thaddäus. *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie*. Landshut: 1808.

<sup>72</sup> BETTIOL, Giuseppe. *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1934, p. 61.

<sup>73</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 156.

dicten órdenes que presenten vicios de legalidad o de oportunidad, a pesar de que el funcionario superior no siempre tendrá la capacidad de modificar un acto jurídico ya emitido.

En conclusión, en respuesta a la pregunta anterior, se entiende que, atendiendo al Código penal vigente, los casos de *remonstratio* son impunes, por lo que no cabría tipo delictivo.<sup>74</sup>

En relación al mero retraso en el cumplimiento del acto debido, es decir, al retardo, éste se produce cuando el subordinado no lleva a cabo el acto debido en la manera preestablecida, pero sin expresar oposición a la ejecución de lo ordenado. Se trata de un caso de desobediencia que se consideraría atípica en relación al art. 410 CP debido a que el funcionario no manifiesta de forma abierta su negativa a obedecer la orden. No obstante, en otros ordenamientos como en el Código penal italiano sí que se tipifica el mero retardo como delito (art. 328.1), castigando al funcionario público que no realice el acto debido en el término prescrito, cuando el acto todavía pudiera ser realizado y desplegar sus efectos típicos,<sup>75</sup> con la pena de reclusión de hasta un año o multa.<sup>76</sup>

Por tanto, sobre la cuestión de si el mero retraso en el cumplimiento del acto debido constituye un tipo delictivo para el ordenamiento penal español, la respuesta es que no; el subordinado no se niega abiertamente de manera que tal conducta es atípica.

Al comenzar a desarrollar el apartado de la conducta típica, dijimos que ésta se caracterizaba por una desobediencia consistente en negarse abiertamente. El concepto de negativa abierta surgió del Código penal de 1848, y fue definida por PACHECO como “*resistencia*” para diferenciarla de la desobediencia del artículo 411 CP.<sup>77</sup>

En relación a esta expresión, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>78</sup> considera que dicha expresión no se limita únicamente a la negativa expresa, sino que además englobaría aquellos casos en los que el funcionario subordinado adopta una

---

<sup>74</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*. Cuadernos de política criminal, 1980, pp. 73 y ss.

<sup>75</sup> Si el acto no pudiese desplegar su eficacia, no estaríamos ante un caso de retardo, sino de omisión de acto de la función.

<sup>76</sup> TAGLIARINI, Francesco. *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio*. Enciclopedia del Diritto, vol. XXX. Milano: Giuffrè, 1980, p. 75.

<sup>77</sup> PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código penal concordado y comentado*, 3ª ed. 1856, p. 437.

<sup>78</sup> STS de 5 abril 1949.

reiterada actitud pasiva, pero sin expresar oposición manifiesta alguna. De manera que la “*negativa abierta*” podría ser tanto explícita como implícita.

En este sentido se expresan juristas como FEIJOO SÁNCHEZ<sup>79</sup> o QUINTERO OLIVARES.<sup>80</sup> No obstante, el sector doctrinal minoritario considera que la presencia de la conducta típica exige de una acción positiva, no bastando el simple incumplimiento o inejecución.<sup>81</sup>

Esta solución interpretativa es la que me parece más adecuada, ya que la negativa abierta se caracteriza por ser una oposición clara, manifiesta y terminante por parte del funcionario subordinado al cumplimiento de órdenes o acuerdos dictados por su superior jerárquico.<sup>82</sup> Es decir, la concurrencia del tipo requiere de la existencia de un acto expreso y directo de desobediencia, que el subordinado manifieste explícitamente su rebeldía al cumplimiento de la orden;<sup>83</sup> no considerándose típica, por tanto, aquella conducta que tenga por objeto una mera obstaculización, incumplimiento o retardo ante el superior.

En lo referente a los presupuestos para la realización del tipo, se exige la concurrencia de dos concretos: Por un lado, la existencia, de una resolución judicial, decisión u orden; y por otro, de un deber para el funcionario público de darles el debido cumplimiento. Deber que se fundamenta en la existencia de una relación de subordinación jerárquica entre quien emite el mandato y la autoridad obligada a obedecer.

Respecto al presupuesto de la obligación por parte de la autoridad para dar el debido cumplimiento a las resoluciones judiciales, hay que destacar la relación de subordinación funcional existente entre los tribunales y la Administración pública, mediante la cual ésta queda sometida a las resoluciones judiciales, como establece el art. 106.1 CE.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> FEIJOO SANCHEZ Bernardo. “*art. 410 a 412*” en Comentarios al Código penal, Madrid: 1997, p. 1106.

<sup>80</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “*art. 410 a 412*” en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (9ª ed.), Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1712 y ss.

<sup>81</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 1007.

<sup>82</sup> Véanse SSTs de 10, 13, 17 y 27 noviembre y de 6, 12, 13 y 15 diciembre 1934.

<sup>83</sup> SCARDIA, Marcello. *Abuso di autorità e rifiuto di atti di ufficio*. Piacenza: Scipione, 1951, pp. 486 y ss.

<sup>84</sup> Art. 106.1 CE: “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*”

En cuanto a la existencia de una resolución judicial, el Código penal de 1995 sustituyó el término “*sentencias judiciales*” del artículo 369 del Código penal de 1973, por el de “*resoluciones judiciales*” para incluir las providencias, autos y sentencias. Esta cuestión aparece expresada en los artículos 141 de la LECrim<sup>85</sup> y 245 de la LOPJ.<sup>86</sup>

Adicionalmente, en la STS 177/2017 de 22 marzo (Caso Homs),<sup>87</sup> se considera al Tribunal Constitucional como un órgano jurisdiccional. La sentencia declara “*La consideración del TC como verdadero órgano jurisdiccional, en la medida en que ejerce la jurisdicción constitucional con exclusividad, está hoy fuera de cualquier duda. (...) Y esa naturaleza de genuino órgano jurisdiccional no se resiente por razón de su específico ámbito competencial. En suma, el TC se constituye como órgano único de una jurisdicción especial a la que se ha atribuido la específica función del juicio de constitucionalidad (...). El poder jurisdiccional es, pues, atributo y carácter esencial del TC.*”

Este criterio jurisprudencial fue asentado previamente por la STSJ Cataluña de 13 marzo 2017 (Caso Mas),<sup>88</sup> en la que se estableció que “*(...) debe reconocerse a dicha resolución categoría normativa bastante para realizar la descripción típica exigida en el art. 410.1 CP, pues se extrae invariablemente de esta providencia del Tribunal Constitucional su naturaleza de resolución judicial.*”

Las causas de justificación se recogen en el art. 20 CP,<sup>89</sup> sin embargo, el art. 410.2 CP recoge una causa de justificación específica. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que

---

<sup>85</sup> Art. 141 LECrim: “*Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán: Providencias, cuando resuelvan cuestiones procesales reservadas al Juez y que no requieran legalmente la forma de auto.*

*Autos, cuando decidan incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los imputados o procesados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, cuando decidan recursos contra providencias o decretos, la prisión o libertad provisional, la admisión o denegación de prueba o del derecho de justicia gratuita o afecten a un derecho fundamental y, finalmente, los demás que según las Leyes deben fundarse.*

*Sentencias, cuando decidan definitivamente la cuestión criminal.*

*Sentencias firmes, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación...*”

<sup>86</sup> Art. 245.1 LOPJ: “*Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:*

*Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.*

*Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma.*

*Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma.*”

<sup>87</sup> STS (Sala de lo Penal) 177/2017 de 22 marzo [R] 2659\2017], FJ° 3°

<sup>88</sup> STSJ Cataluña (Sala Civil y Penal) de 13 marzo 2017 (ARP 459\2017), FJ° 1°

<sup>89</sup> Son causas de justificación tasadas legalmente, las eximentes contempladas en los arts. 20.4 CP (legítima defensa), 20.5 CP (estado de necesidad), y 20.7 CP (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo).

dicha causa no es de aplicación a las resoluciones judiciales. Argumenta que “*la exigencia legal de “dar el debido cumplimiento” no significa otra cosa que cumplir puntual y expresamente lo mandado, que no precisa otra interpretación ajena, siendo de imposible aplicación la causa de atipicidad del párrafo 2º del precepto.*”<sup>90</sup>

Como ejemplo de causa de justificación podemos mencionar la desobediencia que lleva a cabo el subordinado a una determinada orden o resolución judicial en detrimento de otra decisión de índole superior. Sin embargo, no podría aducirse estado de necesidad si la orden fuera vinculante, tan solo podría alegarse error de prohibición vencible con el objeto de atenuar la culpabilidad.

#### 4.1.3. *El tipo subjetivo*

En relación al tipo subjetivo, la doctrina coincide en que el delito del art. 410 CP es un tipo doloso.<sup>91</sup> Debido a la característica de la negativa “*abierta*” se precisa la concurrencia de dolo directo y se imposibilita la apreciación del dolo eventual.<sup>92</sup>

No obstante, ÁLVAREZ GARCÍA<sup>93</sup> hace énfasis, no en el calificativo de “*abierta*”, sino en la forma verbal “*se negaren*”, ya que el incumplimiento podría ser tanto imprudente como doloso, pero cuando se habla de negarse, se da a entender que se trata de un acto voluntario, que sería la oposición de la voluntad del funcionario subordinado a observar un determinado comportamiento. El Código exige que el sujeto se niegue a obedecer la orden y no cabe la posibilidad de que éste se niegue de forma imprudente. Basta, por tanto, para la realización del tipo la mera oposición al cumplimiento de lo mandado, el negarse a cumplir la orden del superior.<sup>94</sup>

La STS 493/1998 de 10 junio habla sobre los dos presupuestos que exige el elemento

---

<sup>90</sup> STS (Sala de lo Penal) 1037\2000 de 13 junio [RJ 6597\2000], FJº 2º

<sup>91</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 704; TAGLIARINI, Francesco. *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto di atti d ufficio*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 219 y ss.

<sup>92</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*. Cuadernos de política criminal, 1980, pp. 73 y ss.

<sup>93</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 187.

<sup>94</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. PPU, 1995, p. 217; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general*. Rafael Castellanos, 1985, p. 105.

subjetivo de este delito. Concretamente, señala “ (...) el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal, y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden (...)”<sup>95</sup>.

TAGLIARINI por su parte, sostiene que “... para la subsistencia del dolo es necesario que el agente haya tenido conocimiento de la orden que implica su deber de actuar, haya comprendido claramente el contenido vinculado de tal actuar, sea consciente de que no subsisten motivos legítimos que obsten la asunción del acto debido y, asegurado tal presupuesto cognoscitivo, haya querido la omisión como fin propio de su actuar”<sup>96</sup>.

Por tanto, en relación al artículo 410 CP, el dolo concurrirá si el subordinado tiene conocimiento de la competencia del superior para dictar un mandato, así como que éste se ha emitido conforme a la ley, lo que exige conocer que la orden no conculca de forma clara, manifiesta y terminante un precepto legal o cualquier otra disposición de ley.

En lo referente al artículo 411 CP, el dolo deberá comprender la presencia de un mandato dictado por el superior, el hecho de que la orden haya sido suspendida motivadamente, el conocimiento de que el superior ha desaprobado la suspensión y reiterado la orden inicial, y que dicha suspensión no encuentre su origen en alguna de las causas que establece el segundo párrafo del artículo 410 CP.

#### 4.1.4. *Iter criminis, autoría y participación*

El delito de desobediencia, por tratarse de una infracción que no da lugar a la producción de un resultado material, sino tan solo a una mera actividad o pasividad, trae consigo la exclusión de la tentativa como modo de ejecución. Sin embargo, JUANETHEY DORADO<sup>97</sup> prevé la posibilidad de apreciar la llamada tentativa inacabada en aquellos casos en los que el subordinado comience a incumplir el mandato, pero que, por causas ajenas a su voluntad, no lleve a cabo todos los actos requeridos para que se produzca el delito.

---

<sup>95</sup> STS (Sala de lo Penal) 493/1998 de 10 junio [RJ 5493\1998], FJ 6°

<sup>96</sup> TAGLIARINI, Francesco. *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto di atti d ufficio*. Milano, 1980, p. 231.

<sup>97</sup> JUANETHEY DORADO, Carmen. *El delito de desobediencia a la autoridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.



Este delito, al tratarse de un delito especial, supone que el sujeto activo debe reunir una o varias cualidades específicas (en este caso debe ser un funcionario situado en una posición de subordinación respecto a quien emite el mandato).

En este ámbito de la autoría, el profesor JAVATO MARTÍN<sup>98</sup> plantea una cuestión que es la referida a la responsabilidad de los órganos colegiados, en virtud de la cual, sostiene que, a diferencia de otras infracciones, únicamente se exonerarán de responsabilidad penal los que voten a favor del acatamiento, de manera que todos aquellos que voten en contra o se abstengan incurrirán en el delito de desobediencia.

En relación al autor mediato “*intranus*” con instrumento “*extraneus*”, la autoría mediata nunca podrá concurrir en el delito del art. 410 CP puesto que no se da una relación jerárquica entre el “*extraneus*” y el superior, y por tanto el primero no tendrá la capacidad de lesionar el bien jurídico, ya que el funcionario superior no puede dirigirse contra éste para imponerle la ejecución de una orden.

En cuanto al autor mediato “*extraneus*” e instrumento “*intranus*”, QUINTERO OLIVARES,<sup>99</sup> deduce que “quien no puede ser autor inmediato tampoco lo puede ser mediato.” Señala como solución establecer normas que en esos casos prevean “la punibilidad de los no cualificados”. Sin embargo, hay autores que creen que en un delito especial un extraño puede ser autor mediato. Ciertamente es que el extraño puede lesionar el bien jurídico mediante el “*intranus*”, pero el ordenamiento penal pretende limitar el marco de los sujetos activos, rechazando en ciertos supuestos el hecho de sancionar.

Con respecto a la coautoría, se descarta tanto la “*extraneus*”, por las mismas causas que en la autoría única del “*extraneus*”; como la “*intranus*”, por tratarse de un delito de omisión propia caracterizado por la imposibilidad de que se realicen al mismo tiempo dos o más actos ejecutivos.

En lo que se refiere a la inducción y a la cooperación necesaria activa y pasiva, no

---

<sup>98</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio M<sup>a</sup>. *El delito de desobediencia del funcionario*. Revista General de Derecho Penal, n<sup>o</sup> 21, 2014, p. 25.

<sup>99</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*. Barcelona: Cymys, 1974, pp. 111 y ss.

existen problemas para admitir estas formas de participación en este delito especial propio, y por tanto, para aplicar la correspondiente pena.

Por último, en relación a los concursos, la jurista LORENTE VELASCO<sup>100</sup> considera que cabe la posibilidad de que se dé un concurso ideal<sup>101</sup> entre el delito de desobediencia y un delito contra el medio ambiente, pero no cabría entre el tipo del art. 410 CP y delitos que precisen de una acción activa.

Cabe observar, que el delito de desobediencia del funcionario es un tipo específico en relación al tipo del art. 556 CP.<sup>102</sup> El elemento diferencial radica en el sujeto activo, ya que, como hemos mencionado en numerosas ocasiones, el del art. 410 CP requiere que el acto sea cometido por una autoridad pública.

Además, podemos plantear la posibilidad de que se dé concurso de delitos entre este tipo delictivo y el delito de prevaricación del art. 404 CP.<sup>103</sup> La STS 80\2006 de 6 febrero<sup>104</sup> niega que pueda aplicarse a un mismo acto ambos delitos sin incurrir en el principio non bis in ídem. La desobediencia se produce por el incumplimiento de una orden dictada (en este caso fundamentado por el perjuicio que causaría la contaminación derivada del funcionamiento de la incineradora a los habitantes del municipio). Mientras, la prevaricación tiene lugar por la renuncia al cumplimiento de dicha orden sin poseer argumentación alguna, y por actuar los acusados (los miembros de la corporación municipal) de una forma puramente arbitraria. Por todo ello, el Tribunal falla señalando que no se puede apreciar un concurso ideal de delitos, ni un concurso de normas; absolviendo a los acusados del delito de prevaricación.

---

<sup>100</sup> LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad*. Granada: Dykinson, 2010.

<sup>101</sup> El concurso ideal en el ámbito penal tiene lugar cuando una acción o un conjunto de acciones cumplen las exigencias de dos o más figuras penales; es decir, constituye simultáneamente dos o más delitos diferentes.

<sup>102</sup> Art. 556.1 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

<sup>103</sup> Art. 404 CP: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.”

<sup>104</sup> STS (Sala de lo Penal) 80/2006 de 6 febrero [RJ 367\2006], FJ 3º

## 4.2. El delito del artículo 411 CP

El art. 411 CP establece que “*La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*”

Este precepto, por tanto, contempla un tipo agravado. En este momento debemos volver a incidir en la teoría de la remonstratio, caracterizada por que el subordinado posee la facultad de suspender la ejecución de una orden si le genera dudas sobre su corrección; el funcionario tiene la obligación de poner inmediatamente en conocimiento de su superior dichas dudas con el objeto de que éste reconsidere su procedencia o, en su caso, la ratifique. En el caso de que el superior desaprobe la suspensión y ordene continuar la ejecución, el funcionario subordinado tiene que obedecer con carácter obligatorio, ya que de lo contrario incurriría en el tipo del art. 411 CP.

Por tanto, según el profesor JAVATO MARTÍN,<sup>105</sup> los elementos de este tipo son la existencia de una orden; que se suspenda su ejecución por la autoridad o funcionario público que la recibe; que se comuniquen los motivos de la suspensión al superior que la emite; que éste desaprobe la suspensión ordenando la reanudación de su ejecución; y que a pesar de ello el inferior desobedezca no dándole el debido cumplimiento.

## 4.3. Los mandatos antijurídicos obligatorios

Los mandatos antijurídicos obligatorios forman parte de los mandatos vinculantes. Para SUÁREZ-LLANOS esta clase de mandatos genera “*un deber de obedecer capaz de justificar al subordinado vía eximente de cumplimiento de un deber del artículo 20.7<sup>106</sup> del Código Penal*”.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio M<sup>a</sup>. *El delito de desobediencia del funcionario*. Revista General de Derecho Penal, n<sup>o</sup> 21, 2014, p. 47.

<sup>106</sup> Art. 20.7 CP. “*Están exentos de responsabilidad criminal...El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*”

<sup>107</sup> HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, Francisco Javier. *A vueltas con la obediencia debida ¿mandatos antijurídicos obligatorios?*

El mandato vinculante debe entenderse como aquel que establece un deber impuesto por el Derecho, aquel cuya desobediencia da cabida a la aplicación del Código Penal. Dicho mandato ha de cumplir con tres requisitos: que surja como consecuencia de la presencia de una relación de subordinación, ya sea política, jerárquica o laboral, que dé lugar a un deber de obediencia; que la orden garantice unos mínimos de legitimidad formales y competenciales, ya que de lo contrario la desobediencia sería atípica; y que su contenido material se encuentre dentro de los límites de jurisdicción/antijurisdicción fuera de los cuales, el ordenamiento jurídico declina el deber de obediencia.

El mandato antijurídico obligatorio ha sufrido una histórica restricción, debido a que ya desde el Código Penal de 1870 se incorporaron dos restricciones al carácter obligatorio de las órdenes administrativas: en primer lugar, que no infringieran, clara, manifiesta y terminantemente un precepto constitucional, y en segundo lugar, que concurrieran la competencia del superior y las formalidades legales<sup>108</sup> del mandato.

El código de 1944 excluyó del mandato vinculante aquel que constituyera una infracción clara, manifiesta y terminante de cualquier ley para todo funcionario, y de cualquier otra disposición general para los funcionarios públicos constituidos en Autoridad.<sup>109</sup>

Finalmente, el actual Código Penal de 1995 suprime la referencia a “*funcionarios públicos constituidos en Autoridad*”, por lo que dejan de ser vinculantes para todo funcionario las órdenes que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto legal o de cualquier otra disposición.

Este concepto de los mandatos antijurídicos obligatorios aparece representado en el contenido del párrafo 2º del art. 410 CP. MIR PUIG, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Y HUERTA TOCILDO,<sup>110</sup> mediante la teoría de la apariencia, sostienen que, tras la interpretación de dicho párrafo, no se da un deber de ejecutar las órdenes antijurídicas manifiestas; sin embargo, el funcionario que se encuentra en una posición de

---

<sup>108</sup> STS de 22 abril de 1983.

<sup>109</sup> ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal, Parte General*. Madrid: Reus, 1949, p. 273.

<sup>110</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. PPU, 1995, pp. 433 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general*. Rafael Castellanos, 1985, pp. 246 y ss.

subordinación sí que tiene la obligación de obedecer los mandatos que, aunque son antijurídicos, no son manifiestos, claros y terminantes previamente al momento de su cumplimiento, con la posibilidad de que la desobediencia de esa orden sea sancionada.

ÁLVAREZ GARCÍA señala que “*la conducta desobediente del funcionario sólo podrá ser considerada como típica a los efectos del art. 410 CP cuando la orden haya sido impartida en la forma legalmente establecida por el que ostente la competencia*”.<sup>111</sup> Por tanto, el funcionario subordinado no tiene la obligación de obedecer aquellos actos que son antijurídicos con carácter manifiesto y que no se han dictado en forma y competencia. Es decir, los actos viciados otorgados por la Administración Pública en el tráfico jurídico pueden quedar exentos de eficacia por la propia actuación del funcionario encargado de la ejecución de los mismos. No obstante, existen actos que despliegan unos efectos imposibles de erradicar, a pesar de que con posterioridad se declare su nulidad.

De esta manera, si el funcionario que ejecuta una orden que no es manifiestamente ilegal, lleva a cabo un tipo penal determinado, su actuación estará justificada por el cumplimiento de un deber, no por la obediencia debida.

VIVES ANTON sostiene que, en el supuesto de que un subordinado desobedece una orden que no es manifiestamente antijurídica, es decir, que infringe la ley pero no de modo claro y terminante, y que se ha dictado respetando los requisitos de competencia y de forma, pero que posteriormente se demuestra que dicha orden es antijurídica, tal sujeto cometerá una conducta típica, ya que “se ha negado a dar cumplimiento a una orden aparentemente legítima y, por lo tanto, ha comprometido el ejercicio legítimo de la autoridad”.<sup>112</sup>

Sin embargo, que la conducta sea típica no quiere decir que también sea antijurídica, ya que el subordinado que desobedece una orden contraria al ordenamiento jurídico en el fondo, pero con apariencia de legitimidad, tendrá la posibilidad de invocar una causa de justificación en su beneficio, que es la del cumplimiento de un deber o, en última instancia, el estado de necesidad, debido a que, en este caso, el incumplimiento de una orden ilegal

---

<sup>111</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 262.

<sup>112</sup> VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*. Santiago de Compostela: Universidad de Alicante, 1981, pp. 144 y ss.

siempre supondrá un mal menor que su acatamiento.

En la doctrina alemana se reconoce la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios. JESCHECK considera que “la razón de que existan mandatos antijurídicos reside en que el legislador valora el deber de obediencia del subordinado respecto al superior en mayor grado que el deber de obediencia al orden jurídico”.<sup>113</sup> Por tanto, este reconocimiento significa que la doctrina alemana está a favor de la admisión de la obediencia debida.

No obstante, hay autores alemanes como MAYER<sup>114</sup> que se oponen a la existencia de obligatoriedad en los mandatos antijurídicos, por lo que no justifican posibles comportamientos típicos realizados en su cumplimiento al no ser obligatorias. Este autor defiende que solamente puede reconocerse valor exculpatario a la obediencia a órdenes antijurídicas cuando se excluya la culpabilidad por vía del error.

En este sentido, DOLAPTSCHIEFT<sup>115</sup> también rechaza la presencia de órdenes antijurídicas obligatorias. Considera que, debido a la imposibilidad de compatibilizar la antijuridicidad con la obligatoriedad, la conclusión no se modifica aunque el problema se enfoque desde el punto de vista de un sistema teleológico.

Para finalizar la cuestión de los mandatos antijurídicos obligatorios, ÁLVAREZ GARCÍA indica que “*el subordinado estará obligado a realizar la conducta que el superior le ha reclamado, hasta el momento en el que se destruya dicha presunción, mediante declaración del órgano competente*”.<sup>116</sup> De esta manera, la conducta del subordinado, al ejecutar una orden que responde a un determinado tipo penal, pero que está cubierta por una presunción de legalidad, se hallaría justificada por el hecho de llevar a cabo el cumplimiento de un deber.

---

<sup>113</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Editorial Comares, 2003, pp. 540 y ss.

<sup>114</sup> ME. MAYER. *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten* (separata del *Festschrift für Laband*), Verlag, JCB Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1908, pp. 121 y ss.

<sup>115</sup> DOLAPTSCHIEFT. *Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?* ZStW, 58 Bd., 2º cuaderno, 1938, pp. 249 y ss.

<sup>116</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 17.

#### 4.4. Tratamiento del error

En esta sección en la que vamos a analizar el tratamiento del error, debemos destacar previamente que existen cinco clases de error en este aspecto: el error sobre la existencia misma de la orden; el error acerca de la obligatoriedad de la orden emitida “*licitamente*” por el superior, en supuestos de colisión de la misma con derechos reconocidos al funcionario encargado de ejecutarla; el error sobre la competencia; el error sobre lo manifiesto de la contradicción de la orden con el “*bloque de legalidad*”; y el error sobre la prohibición.

En primer lugar, en cuanto al error sobre la existencia misma de la orden, se refiere a aquellas situaciones en las que el obligado comete un error sobre la propia existencia de la orden, no de su modalidad, por una interpretación incorrecta de la voluntad del superior que emite la orden. Se trata de supuestos en los que no cabe la posibilidad de que el sujeto lleve a cabo la conducta típica, debido a que el subordinado no conoce de la existencia de tal mandato, es decir, ignora que tiene una obligación. Recordemos que el art. 410.1 CP exige la concurrencia de la “*negativa abierta*” para que pueda tener lugar la comisión del delito.

Además, en aquellas situaciones en las que el obligado no capta la existencia de la orden por negligencia suya, tampoco podría reconocerse la realización de la conducta típica por la falta de “*negativa abierta*”. Sin embargo, sí que podría caber sanción si bastara el mero incumplimiento para que concurra el tipo.

En segundo lugar se encuentra el error acerca de la obligatoriedad de la orden emitida “*licitamente*” por el superior, en supuestos de colisión de la misma con derechos reconocidos al funcionario destinado a ejecutarla.

En este caso, el profesor ÁLVAREZ GARCÍA<sup>117</sup> toma como referencia la desobediencia a una orden del superior, en el ejercicio del derecho de huelga del art. 28.2 CE como ejemplo más representativo de este tipo de error. Plantea dos hipótesis: en primer lugar, que el sujeto obligado crea que sus compañeros de servicio se hallan en huelga por lo que se niega a cumplir las órdenes durante ese tiempo, y en segundo lugar, que el sujeto desconozca que forma parte de los servicios mínimos mientras dure la huelga.

---

<sup>117</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 286 y ss.

En el primer caso, el sujeto cree erróneamente que se ha convocado una huelga en el sector en el que está integrado, por lo que piensa que tiene a su favor una causa de justificación. En este supuesto, al error se le trataría sobre los presupuestos de una causa de justificación, es decir, al error sobre la prohibición.

En el segundo caso, el tratamiento sería el mismo que en la situación anterior, de manera que también nos encontramos ante un supuesto de error sobre el tipo de justificación.

Este autor habla de un supuesto excepcional que sería el de la huelga de celo la cual define como aquella “*en la que no se da una oposición, una “negativa abierta” al cumplimiento del mandato, sino un cumplimiento más lento que en ciertas ocasiones puede dar lugar a que llegue a ser imposible o inútil el cumplimiento de la orden.*” Este sería un supuesto de justificación por ejercicio de un derecho. No obstante, no sería necesario acudir a la aplicación de la causa de justificación debido a que la conducta sería atípica.

Por último, en los casos en los que la orden es de cumplimiento inmediato, si la huelga ha sido realmente convocada, habría una causa de justificación porque prevalece el ejercicio del derecho; sin embargo, si dicha huelga no ha sido convocada pero el sujeto obligado cree lo contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación.

En tercer lugar vamos a analizar el error sobre la competencia. Se trata de situaciones en las que la comisión del error por parte del obligado se produce sobre el elemento del tipo, que es la competencia de la autoridad superior, es decir, incumple el mandato porque el sujeto piensa, erróneamente, que la orden ha sido dictada por persona no competente.

STRATENWETH<sup>118</sup> considera que la exigencia de competencia no se basa solamente en establecer un límite a la autoridad, sino que es la competencia la que otorga validez a la autoridad, con la presunción de que las decisiones que se adoptarán serán justas. Por esta razón, el sujeto que desobedece la orden, porque cree que el que la emite no es competente, pensará al mismo tiempo que la resolución que dirige este superior no posee una

---

<sup>118</sup> STRATENWERTH, Günter. *Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gegotenen Handelns*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1958, pp. 23, 138 y ss.



presunción de justicia.

En cuanto a si el funcionario que comete el error está obligado o no a comprobar la competencia del que emite la orden, STRATENWETH sostiene que si el superior es efectivamente competente, su orden es obligatoria aunque sea antijurídica, ya que goza de la presunción de corrección, por lo que el subordinado yerra sobre un elemento del tipo al no creer obligatorio el mandato que deriva de un órgano que considera incompetente. Por otro lado, si quien emite la orden no fuera realmente competente, la conducta del sujeto obligado sería atípica debido a que la obligación de prestar obediencia depende de que la autoridad que dirige el mandato observe el requisito de la competencia.

Este autor defiende que la desobediencia de la orden se justifica por la incompetencia manifiesta del emisor, sin embargo, ÁLVAREZ GARCÍA<sup>119</sup> argumenta que no es necesario el carácter manifiesto, ya que basta con que exista incompetencia. Dicho razonamiento lo basa en el art. 410 CP que exige la obligación de obedecer aquellos mandatos dictados por el superior siempre y cuando respete los requisitos de competencia y forma, salvo que tal mandato resulte clara, manifiesta y terminantemente ilegítimo.

En el caso de que el error sea sobre los requisitos de forma de la orden se aplicarían los mismos criterios que los establecidos en relación a la competencia.

La cuarta clase de error es el error sobre lo manifiesto de la contradicción de la orden con el “*bloque de legalidad*”. En este momento debe recordarse que toda conducta por la que se produce el incumplimiento de una orden manifiesta, clara y terminantemente ilegal ha de ser considerada como atípica.<sup>120</sup> El ejercicio legítimo de la autoridad, como bien jurídico protegido, no queda vulnerado si el mandato desobedecido por el funcionario es manifiestamente ilegítimo, por lo que los párrafos segundo y tercero del art. 410 CP no contienen especiales causas de justificación.

En este apartado se pueden plantear dos supuestos: primeramente, que el obligado que desobedece piense que el mandato es ilegítimo con carácter manifiesto, cuando

---

<sup>119</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, p. 290.

<sup>120</sup> VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*. Santiago de Compostela: Universidad de Alicante, 1981, p. 183.

realmente dicha orden se encuentra conforme a Derecho. En este caso estaríamos ante un supuesto de error sobre el tipo que, si fuera vencible, exigiría la pena que corresponda por el delito imprudente.

La segunda hipótesis es que el sujeto crea que el mandato se ajusta al ordenamiento jurídico, y en consecuencia, que debe obedecerlo, cuando en realidad la orden es claramente ilegal. En este supuesto, si el error era evitable, el subordinado incurriría en responsabilidad por haber ejecutado el mandato, siendo de aplicación la sanción correspondiente al error sobre la prohibición, debido a que el sujeto ha actuado creyendo estar amparado por una causa de justificación que sería el cumplimiento de un deber. Sin embargo, si la conducta realizada para cumplir el mandato recibido fuera atípica, únicamente podría exigirse responsabilidad disciplinaria.

En último lugar se encuentra el anteriormente mencionado error sobre la prohibición. Se trata de supuestos en los que el sujeto yerra sobre los presupuestos de una causa de justificación; pero también hay casos en los que el error del obligado se comete sobre la existencia misma de una causa justificante, es decir, el subordinado tiene constancia de que el mandato es manifiestamente antijurídico y, por tanto, no obligatorio. No obstante, cree que el acto que realice se encontrará salvaguardado por una causa de justificación al haber ejecutado el hecho en cumplimiento de una orden emitida por el superior.

En este caso no se podría llevar a cabo una aplicación analógica de la tentativa, ya que concurre valor de acción y desvalor de resultado.

## **5. PROBLEMÁTICA EN LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL INJUSTO PENAL Y EL INJUSTO ADMINISTRATIVO**

Como bien sabemos, el delito de desobediencia se regula en el Título XIX, Capítulo III del Código penal. El hecho de que tal desobediencia del funcionario esté tipificada en el ordenamiento penal encuentra su fundamento en que la Administración como ente no puede ser considerada un bien jurídico, por lo que ésta no se configura como el fin de la

tutela penal, sino como el medio,<sup>121</sup> siendo por tanto el bien jurídico protegido la función pública. Este bien jurídico tiene una naturaleza colectiva puesto que tiene como objetivo tutelar un interés de carácter público.<sup>122</sup>

Por otro lado, en el marco del Derecho administrativo sancionador, se recogen una serie de infracciones que castigan la desobediencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones. En este punto nos encontramos con normas de carácter general, que se aplican a los empleados públicos; y normas de carácter especial, que se aplican a un grupo específico, que, debido a las particularidades de la función que estos desempeñan, precisan de una regulación especial. Estas últimas son infracciones las cuales aparecen incorporadas en la normativa especial de algunos cuerpos específicos, como por ejemplo el de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y que contiene en su regulación un abanico de infracciones y sanciones que se aplican con atención al principio de especialidad.<sup>123</sup>

Existen dos normas de referencia que recogen las denominadas infracciones generales. Por un lado, el Real Decreto 33/1986 que regula en su articulado el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.<sup>124</sup> Y por otro, el Estatuto del empleado público que consta de 100 artículos, divididos en 8 Títulos.<sup>125</sup>

El Real Decreto 33/1986, establece una serie de conductas que tienen como consecuencia una sanción administrativa. La selección se lleva a cabo en función de a la naturaleza de la infracción: muy grave, grave y leve. Esta norma tipifica de forma expresa

---

<sup>121</sup> Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª) Sentencia núm. 36/2000 de 16 febrero: “*El bien jurídico que se protege es la consecución de los intereses generales a cuya satisfacción se encuentra abocada la Administración a través del principio jerárquico , (...) la Administración Pública no es más que una organización medial que únicamente encuentra justificación en los fines que institucionalmente lo están asignados, de ahí que se afirme que si el bien jurídico protegido fuera la obediencia emanada del principio de jerarquía bastaría con una única norma en todo el sistema para la protección de semejante interés, en tanto que en nuestro sistema se incluyen distintos tipos penales en los cuales la conducta penada es la desobediencia*”.

<sup>122</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *La función pública como objeto de la tutela penal*. Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 332.

<sup>123</sup> Entre otras: Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía. Esta norma se aplica de forma preferente, y recoge en el artículo 7 diferentes infracciones muy graves, entre otras una referida a la insubordinación; y como grave, en el artículo siguiente, la desobediencia a los superiores directos o la falta de colaboración con otros cuerpos de seguridad.

<sup>124</sup> Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

<sup>125</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

una conducta como falta grave cuyo fundamento será la desobediencia.<sup>126</sup> Las consecuencias jurídicas de la comisión de dicha falta grave se concretan en la suspensión de funciones, el traslado con cambio de residencia, y el apercibimiento.<sup>127</sup>

Por otro lado, el Estatuto del empleado público se configura como la norma que regula el conjunto de relaciones de los funcionarios públicos.<sup>128</sup> En su título aparece incorporado el concepto de empleado público, en el que se integra el funcionario público, titular de la plaza, y el personal estatutario o laboral. Ahora bien, el régimen disciplinario del personal laboral se regirá por la legislación laboral.

El EBEP tiene por objeto de regular todas las reglas que regulan la relación entre el empleado y la Administración. En los artículos 93 a 98 del Título VII nos encontramos con el régimen disciplinario. Clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves. Entre las primeras, las cuales el Estatuto tipifica expresamente, aparece la desobediencia: *“la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico”*. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las infracciones graves y leves, donde el legislador se limita a realizar un desarrollo legislativo y reglamentario de las mismas. En relación a las faltas graves, el Estatuto establece que *“serán establecidas por ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración. 4. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias”*.

---

<sup>126</sup> Artículo 7 Real Decreto 33/1986.: *“Son faltas graves: a) La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades”*.

<sup>127</sup> Artículo 16 Real Decreto 33/1986.: *“Las sanciones de los apartados b) o c) del artículo 14 podrán imponerse por la comisión de faltas graves o muy graves. La sanción de suspensión de funciones impuesta por comisión de falta muy grave no podrá ser superior a seis años ni inferior a tres. Si se impone por falta grave, no excederá de tres años. Si la suspensión firme no excede del período en el que el funcionario permaneció en suspensión provisional, la sanción no comportará necesariamente pérdida del puesto de trabajo. Los funcionarios sancionados con traslado con cambio de residencia no podrán obtener nuevo destino por ningún procedimiento en la localidad desde la que fueron trasladados, durante tres años, cuando hubiese sido impuesta por falta muy grave, y durante uno cuando hubiere correspondido a la comisión de una falta grave. Dicho plazo se computará desde el momento en que se efectuó el traslado”*.

<sup>128</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el artículo 96 del EBEP se enumeran las sanciones,<sup>129</sup> equiparando el régimen disciplinario de los empleados públicos al propio del resto de trabajadores sujetos al Derecho laboral.<sup>130</sup>

Por tanto, las dos normas que tipifican la desobediencia en el marco del régimen disciplinario del funcionario son el EBEP, que la califica de muy grave, incorporando el elemento “*abierta*” en la descripción típica; y el Real Decreto 33/1986 que la considera como grave sin aportar ningún elemento en la descripción del tipo.

GALLARDO GARCÍA<sup>131</sup> entiende que, aunque se trate de la jurisdicción administrativa, la conducta debe poner en riesgo a un bien jurídico, y añade “*no se puede permitir la tipificación de una conducta por la mera desobediencia a un superior, por lo que es necesario poder identificar un objeto de tutela.*”

En cuanto a la posibilidad de duplicidad de sanciones, ambas infracciones, penales y administrativas, presentan coincidencias que permitirían una excepción del principio non bis in ídem. No obstante, esta figura ha dado lugar a numerosas desigualdades materiales, genera inseguridad jurídica, por lo que no puede admitirse esta teoría debido a que puede vulnerar el principio de legalidad.

A la hora de distinguir el delito de desobediencia del funcionario público del art. 410 CP de una mera falta disciplinaria por desobediencia<sup>132</sup> podría pensarse en utilizar el criterio

---

<sup>129</sup> Artículo 96 EBEP: Sanciones: “1. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves. b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años. d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca. e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. f) Apercibimiento. g) Cualquier otra que se establezca por ley.

2. Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

3. El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación”.

<sup>130</sup> MARINA JALVO, Belén. *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y regulación sustantiva*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 56.

<sup>131</sup> GALLARDO GARCÍA, Rosa M. *Desobediencia institucional: un debate sobre el fundamento de la intervención penal y administrativa*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2020, p. 13.

<sup>132</sup> En este sentido de las faltas, nos remitimos de nuevo al artículo 95.2º.i) de la Ley 7/2007, de 12

de la desobediencia abierta, no obstante, este criterio no es válido ya que el legislador administrativo lo incorpora en el EBEP.<sup>133</sup>

De esta manera, como bien señala el profesor JAVATO MARTÍN<sup>134</sup>, será preciso acudir al criterio de las consecuencias de realizar un acto desobediente. La conducta negativa únicamente constituirá un delito en el supuesto de que se produzca una exteriorización, es decir, en el caso de que ocasione un perjuicio para terceros, permaneciendo por el contrario en el marco del derecho administrativo disciplinario si acarrea una mera conculcación de los deberes del oficio, sin efectos externos.

Finalmente, JAVATO MARTÍN abre la posibilidad de que se “*descriminalice*” la desobediencia del funcionario público, quedando la desobediencia del inferior respecto al superior dentro de la Administración pública en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, y reservándose en exclusiva el marco penal la sanción por desobediencia de resoluciones judiciales.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO<sup>135</sup> distingue entre un criterio cualitativo y otro cuantitativo a la hora de deslindar el injusto penal del administrativo. Para este autor, desde un punto de vista cualitativo, el injusto penal consiste en un examen de la acción del funcionario en relación al ciudadano, en cuanto al servicio que ha de prestarle, mientras que la falta disciplinaria atiende a si el funcionario actuó como deseaba el Estado, de acuerdo a “*los deberes nacidos de la relación que lo vincula con él*”. Por otro lado, desde una perspectiva cuantitativa, señala que “*el delito significa el incumplimiento del deber y el ataque al bien jurídico que nace de la relación que une al funcionario y al ciudadano*”.

---

de abril del Estatuto Básico del Empleado público (EBEP), el cual tipifica como falta muy grave la “*desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico*”; así como al artículo 7.1 a) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RRD) aprobado por RD. 33/1986, de 10 de enero, que tipifica como falta grave “*la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades*”.

<sup>133</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 1ª ed. 2008, 2ª ed. 2010 y 3ª ed. 2013.

<sup>134</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio Mª. *El delito de desobediencia del funcionario*. Revista General de Derecho Penal, nº 21, 2014, p. 28.

<sup>135</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 267 y ss.

## 6. EL DELITO DE DESOBEDIENCIA EN LOS DIFERENTES ORDENAMIENTOS EUROPEOS

En esta cuestión cabe destacar que los ordenamientos europeos principales no contienen un delito de desobediencia como el tipificado en los arts. 410 y 411 del CP español. Como bien señala el profesor JAVATO MARTÍN,<sup>136</sup> países como Alemania, Austria, Francia, Portugal o Suiza no disponen en sus respectivos sistemas normativos de un delito específico de desobediencia de funcionarios, ya que esta conducta queda sometida únicamente al Derecho Disciplinario. En los ordenamientos alemán y austriaco, el deber de obediencia encuentra su fundamento en diversas leyes de Derecho público distintas al Código Penal.

El ordenamiento jurídico penal italiano, no obstante, se desmarca de la tendencia general del europeo comparado. En los arts. 328<sup>137</sup> y 329<sup>138</sup> del Código Penal italiano queda tipificado el delito de “*Rifiuto e omissione di atti d’ufficio*”. Dichos preceptos tienen por objeto sancionar aquellas conductas que, ya sea por negativa o por omisión, desobedezcan el cumplimiento de órdenes o resoluciones judiciales.

El párrafo 1º del art. 328 CPi señala que el funcionario o encargado de un servicio público que indebidamente deniega un acto de su profesión que por razones de justicia o de seguridad pública o de orden público o de higiene y sanidad debe ser cumplido sin dilación, será castigado con la pena de reclusión de seis meses a dos años.

En este caso el sujeto activo del delito es el funcionario o encargado de un servicio público. Ambos conceptos quedan definidos en los arts. 357<sup>139</sup> y 358<sup>140</sup> CPi, que lo abordan desde un carácter puramente penal y funcional.

---

<sup>136</sup> JAVATO MARTÍN, Antonio M<sup>a</sup>. *El delito de desobediencia del funcionario*. Revista General de Derecho Penal, n° 21, 2014, p. 2.

<sup>137</sup> Art. 328 CPi. *Rifiuto di atti d’ufficio. Omissione: “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.”*

<sup>138</sup> Art. 329 CPi: *“Il militare o l’agente della forza pubblica, il quale rifiuta o ritarda indebitamente di eseguire una richiesta fattagli dall’Autorità competente nelle forme stabilite dalla legge, è punito con la reclusione fino a due anni.”*

<sup>139</sup> Art. 357 CPi: *“Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.”*

<sup>140</sup> Art. 358 CPi: *“Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.”*

En lo referente a la acción, esta consiste en la denegación indebida de ciertos actos de oficio cualificados que encuentran su fundamento en razones de justicia, de seguridad pública, de orden público o de higiene y sanidad.

La existencia del tipo depende de la presencia de un requerimiento previo de cumplimiento del acto que puede derivar ya sea tanto de un particular, de otro funcionario, o de la orden de un superior jerárquico (siempre y cuando la vulneración del deber de obediencia acarree un perjuicio para terceros).<sup>141</sup>

La conducta típica (rifiuto) puede consistir tanto en una negativa expresa como en una negativa tácita o implícita. La negativa implícita se produce cuando el sujeto activo lleva a cabo actos que demuestran su voluntad de no cumplimiento. Para que dicha negativa ostente relevancia penal debe ser indebida, es decir, que no esté justificada ni legalmente, ni por un acto de la autoridad competente, ni por la absoluta imposibilidad de cumplimiento del acto.

Por último, destacamos que el art. 328 CPi hace hincapié en el carácter urgente del cumplimiento del acto del oficio. La urgencia se determina en función del daño que puede causar la demora,<sup>142</sup> aunque no es imprescindible que se examine tal daño.

A modo de conclusión, hay que recalcar que el tipo penal del art. 328 CPi es más genérico que el vigente tipo penal español, ya que incluye conductas de desobediencia, como puede ser a la administración judicial, pero además otras como la denegación de auxilio o denegación de actos administrativos solicitados por un particular.

Adicionalmente, debemos señalar que el Código Penal español de 1995 suprimió la eximente de obediencia debida, a diferencia de los Códigos Penales de Francia,<sup>143</sup> Italia<sup>144</sup> o Portugal que mencionan expresamente dicha eximente en relación con el cumplimiento del deber.

---

<sup>141</sup> BEVILACQUA, Benedetto. *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. CEDAM, 2003, p. 1063/1064

<sup>142</sup> F.S. FORTUNA. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Giuffrè Editore, 2010, p. 164

<sup>143</sup> Art. 122.4 párrafo 2º CPf: “N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.”

<sup>144</sup> Art. 51 CPi: “L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.”



## 7. DESOBEDIENCIA Y PROCÉS

### 7.1. Antecedentes

El proceso soberanista de Cataluña, coloquialmente conocido como el procés catalán, tuvo su origen mucho antes de que en 2019 el TS dictase sentencia. Y es que para hablar de los orígenes del independentismo catalán debemos remontarnos hasta el siglo XIX, cuando Roca i Farreras, considerado el primer nacionalista catalán independentista,<sup>145</sup> publicó en el año 1886 un artículo en el cual propugnaba que Cataluña tuviera un Estado propio, separado del Estado español.

Sin embargo, no será hasta principios del siglo XX, concretamente en el año 1918, cuando surjan las primeras organizaciones independentistas, como consecuencia de un discurso por parte del aquel entonces presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson en el que reconocía el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Resultado de ello, en julio de 1918 se constituyó el Comité Pro Cataluña presidido por Vicenç Albert Ballester, que fue el creador de la estelada. Esta organización independentista tenía el propósito de difundir por todo el mundo el conflicto catalán, estrategia a la que se sumó la Lliga Regionalista, el partido catalanista por hegemonía. Francesc Cambó, líder de la Lliga, planteó viajar a París para contactar con el gobierno francés con el objeto de defender la “*causa catalana*”, sin embargo, la respuesta de la autoridad gala fue negativa al considerarla un “*problema interior*” de España.<sup>146</sup>

Dos meses después de que se firmara el armisticio que puso fin a la Primera Guerra Mundial, nacionalistas catalanes radicales constituyeron Comité Nacional Catalán en la capital francesa, con el fin de reclamar a los países vencedores que estudiaran el “*pleito catalán*”. El Comité envió una carta al presidente norteamericano Woodrow Wilson en la

---

<sup>145</sup> LLORENS, Carles; CULLA, Juan B. *El somni d'una Catalunya lliure. Cents anys d'independentisme: de la clandestinitat a la consulta*. Barcelona: Sàpiens, 2014, p. 35.

<sup>146</sup> BALCELLS, Albert. *El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*. Barcelona: Parlament de Catalunya, 2010, pp. 67-68.

que solicitaban la revisión del Tratado de Utrecht, con el objetivo de que se permitiera a “*la Nación Catalana, libre e independiente, ocupar en la Sociedad de Naciones el lugar que le corresponde por su pasado glorioso*”. Sin embargo, el “*pleito catalán*” no se incluyó en el orden del día de la Conferencia de París. En enero de 1919, cuando el Comité pretendió organizar en París un homenaje a los voluntarios catalanes que participaron en la guerra, el gobierno francés no permitió que se desplegara la estelada ni que la misma fuera utilizada como acto de propaganda a favor de la independencia y obligó a que la reunión fuera presentada como un homenaje a los “*voluntarios españoles*”.

En el año 1926, durante la dictadura de Primo de Rivera, Francesc Macià, político independentista catalán, planificó la invasión de Cataluña con un pequeño ejército integrado por escamots, con el propósito de proclamar la República catalana. Sin embargo, la policía francesa, que estaba alerta, consiguió detener cerca de la frontera española a la mayoría de los hombres involucrados en la invasión, así como al propio Macià.

A pesar del fracaso de la estrategia de Macià, se produjo una gran propagación del independentismo catalán. El político nacionalista viajó por América Latina, y fue en Cuba, donde en 1928 convocó una Asamblea Constituyente del Separatismo Catalán, de la que surgiría el Partit Separatista Revolucionari Català y que aprobó la Constitución Provisional de la República Catalana.

En 1931, un año después de la caída de Primo de Rivera y del inicio de la Dictablanda del general Berenguer, Macià volvió a Cataluña en la que tuvo lugar una oleada republicana que dio origen a un nuevo partido, Esquerra Republicana de Cataluña.<sup>147</sup>

Macià estuvo al frente de la Generalidad hasta su muerte, siendo sustituido por Lluís Companys, el cual, tras el final de la Guerra Civil, trató de formar un gobierno catalán en el exilio pero fracasó.

Después de la capitulación de Francia ante los alemanes Companys fue detenido y entregado a las autoridades franquistas. Fue sometido a un consejo de guerra que lo condenó a muerte siendo fusilado en el castillo de Montjuic en 1940.

En la época del franquismo toda la actividad nacionalista fue muy reducida y solo

---

<sup>147</sup> UCCELAY- DA CAL, Enric. *Breve historia del separatismo catalán*. Barcelona: B. Penguin Random House Grupo Editorial, 2018, p. 120.

comenzó a recuperarse a principios de la década de los 60 con la entrada en el Front Nacional de Catalunya de jóvenes militantes y gracias también al resurgimiento de las reivindicaciones culturales y políticas en Cataluña.

Durante la Transición, tras la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, se celebraron las primeras elecciones al Parlamento de Cataluña en las que la coalición Convergència i Unió fue la fuerza política más votada, adelantando al PSC-PSOE que hasta entonces había ganado todas las elecciones celebradas en Cataluña.

En 2006, después de la aprobación del nuevo Estatuto de Cataluña, el nacionalismo catalán fue progresivamente en aumento, acompañado de una movilización popular cada vez más importante.<sup>148</sup> Fue en una de esas manifestaciones donde surgió el denominado procés soberanista, en la que los participantes consideraban a Cataluña como una nación con el derecho a decidir.

Sin embargo, el antecedente más directo con la sentencia del 14 de octubre de 2019 se produjo dos años atrás, en 2017, cuando el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley del referéndum de autodeterminación de Cataluña y la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, siendo ambas declaradas ilegales por el Tribunal Constitucional. Al hilo de ello, el 1 de octubre del mismo año se celebró un Referéndum sobre la independencia de Cataluña sin ninguna garantía legal y que previamente fue calificado de ilegal por el propio Constitucional.

## **7.2. STS de 14 octubre de 2019**

El 14 de octubre de 2019, dos años después de la comisión de los hechos, la Sala Segunda del Alto Tribunal dictó sentencia. Condenó al ex vicepresidente del Govern de la Generalitat de Cataluña Oriol Junqueras a 13 años de prisión y 13 de inhabilitación absoluta; y a los exconsellers Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa a las penas de 12 años de prisión y 12 de inhabilitación absoluta, en los cuatro casos por delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación de fondos públicos agravado en razón de su cuantía. Asimismo, condenó por el delito de sedición a la expresidenta del Parlament de

---

<sup>148</sup> AMAT, Jordi. *La conjura de los irresponsables [La confabulació dels irresponsables]*. Barcelona: Anagrama, 2017, p. 51.

Cataluña Carme Forcadell a las penas de 11 años y 6 meses de prisión e igual tiempo de inhabilitación absoluta; a los exconsellers del Govern autonómico Joaquim Forn y Josep Rull a las penas de 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta; y a los líderes de Asamblea Nacional Catalana y Òmnium Cultural, Jordi Sánchez y Jordi Cuixart, a las penas de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta. Los exconsellers autonómicos Santiago Vila, Meritxell Borràs y Carles Mundó, fueron condenados cada uno de ellos como autores de un delito de desobediencia a las penas de 10 meses de multa, con una cuota diaria de 200 euros, y un 1 año y 8 meses de inhabilitación especial.<sup>149</sup>

Se puede observar que en la esencia de todos estos delitos se encuentra la desobediencia como infracción. A raíz de la sentencia se generó un gran debate acerca de si lo hechos cometidos debían ser penados como sedición o como rebelión, sin embargo, la calificación de delito de desobediencia no presentó apenas controversia.

En este sentido, QUINTERO OLIVARES<sup>150</sup> señala que *“los sucesos de Cataluña habrían tenido suficiente respuesta con la aplicación de los delitos de prevaricación, desobediencia y desórdenes públicos, prescindiendo totalmente de las figuras de rebelión y sedición.”*

En la sentencia se puede observar que tan solo tres de los imputados son condenados por la desobediencia del art. 410 CP, sin embargo, el resto de los acusados también han incurrido en dicha conducta pero con el hecho de que el delito de sedición se ha aplicado con preferencia.

La causa de la desobediencia, la conducta típica como tal es clara, haber contribuido con su voto a la aprobación del Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, a pesar de que el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante providencia de 7 de septiembre de 2017, suspendió cautelarmente su aplicación, incluyendo advertencias directas y expresas, notificándola personalmente a los miembros del Gobierno autonómico y a numerosas autoridades y advirtiendo a los alcaldes catalanes y a 62 cargos de la Generalitat

---

<sup>149</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-nueve-de-los-procesados-en-la-causa-especial-20907-2017-por-delito-de-sedicion> (Consulta: 29 sept. 2020)

<sup>150</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La «sentencia catalana» y la desobediencia*. Debate. Cuestiones de Derecho Penal. Revista Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, 2020, p. 6.

de que no podían participar en la organización del 1-O. Posteriormente, la STC 121/2017, de 31 de octubre, declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

En el referido delito de desobediencia, se cumple el requisito indispensable para su exigibilidad que es el de la existencia de una relación jerárquica entre el funcionario subordinado y el superior, configurándose en este caso los miembros del gobierno catalán como los obligados a prestar obediencia y por otro lado, el TC como el superior que emite la orden.

No obstante, surge el problema de que las decisiones del TC no tienen el carácter de resoluciones judiciales en sí, como precisa el art. 410 CP para la apreciación del tipo delictivo. Esto llevó a admitir que esas decisiones adquieren la condición de órdenes de la “*autoridad superior*”, lo cual puede suponer una transgresión de la ley. “*El legislador que modificó la LOTC para resolver la «falta de ejecutoriedad» de las sentencias y otras resoluciones constitucionales con el fin de configurar la idea de «mandato», precisa, pero no suficiente, para configurar el delito, olvidó que, paralelamente, debía modificar también el art. 410 CP para acoger las decisiones del TC.*”<sup>151</sup>

Finalmente, el TS rechazó la causa de justificación que solicitó algún acusado sobre la base de la existencia de una “*colisión de deberes*” entre dar cumplimiento al mandato del pueblo catalán expresado a través del Parlamento y la orden impartida por el TC.

### 7.3. Consecuencias

La sentencia ha generado enormes discrepancias entre los juristas como pocas veces se ha visto antes en la historia reciente. Las acusaciones atribuyeron a los acusados cinco delitos diferentes: sedición, malversación, desobediencia, rebelión y organización criminal, siendo los dos últimos rechazados. La Fiscalía pidió para todos ellos penas que iban desde los siete hasta los 25 años de cárcel. La Abogacía del Estado decidió excluir la rebelión, configurándose por tanto el delito de sedición como el más grave. Finalmente el Tribunal Supremo, en un fallo emitido de forma correcta, calificó los hechos como delito de sedición, estableciendo penas severas, aunque inferiores a las que inicialmente se anunciaban.

---

<sup>151</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La «sentencia catalana» y la desobediencia*. Debate. Cuestiones de Derecho Penal. Revista Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, 2020, p. 10.

Por tanto, el principal debate producido por la sentencia se centraba en si la misma debía ser condenatoria, entre los que abogaban por la rebelión y los que defendían la sedición, o absolutoria, o con condenas menores con exclusión de los dos delitos más graves.

## **8. CONCLUSIONES**

### **8.1. Sentido del delito**

El delito de desobediencia del art. 410 CP destaca en el sistema jurídico europeo por su exclusividad, ya que únicamente se prevé expresamente en nuestro ordenamiento penal, limitándose el resto de los países continentales a otorgar una regulación sancionadora meramente administrativa.

Como hemos podido comprobar con detenimiento, el delito de desobediencia tiene por objeto tutelar como bien jurídico tanto el principio de jerarquía del artículo 103.1 CE, como, sobre todo, el correcto funcionamiento de la Administración Pública y su correspondiente sometimiento a las decisiones de las autoridades superiores, como bien establece el artículo 106.1 CE en relación al control por parte de los Tribunales de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa.

Se trata por tanto de un delito especial impropio cuya redacción en el Código penal es clara, castigando al funcionario público que abiertamente se niegue a dar ejecución a resoluciones judiciales o decisiones provenientes de la autoridad superior. No obstante, siempre habrá que atender a la legalidad del mandato para evitar situaciones de injusticia.

### **8.2. Valoración de la pena**

Brevemente, considero que las penas que impone el legislador por la comisión de este tipo delictivo (pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años en el caso del artículo 410, y penas de

multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años en el caso del artículo 411) no me parecen severas. Podría plantearse la posibilidad de endurecer ligeramente estas sanciones, para evitar sucesos de actualidad de reincidencia delictiva (RECURSO CASACIÓN núm.: 203/2020 <sup>152</sup> o STSJ CAT 6237/2020).

Señala la STS 203/2020 *“La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó el siguiente pronunciamiento:*

*<<Que debemos condenar y CONDENAMOS al acusado, Molt Honorable President de la Generalitat de Catalunya, D. JOAQUIM TORRA I PLA como autor penalmente responsable de un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de MULTA DE DIEZ (10) MESES con una cuota diaria de CIEN (100) EUROS y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas o abonadas, e INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES.>>” A.H. 2º.*

Por otro lado, la STSJ CAT 6237/2020 dispuso en su fallo *“CONDENAR a los acusados Sr. Roman , Sra. Mónica , Sra. Piedad y Sr. Carlos Antonio , como autores responsables del delito de desobediencia descrito en el cuerpo de la presente resolución, a las penas de MULTA de DIEZ (10) MESES con una cuota diaria de CIEN EUROS (100€) euros, con una responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de 1 día por cada dos cuotas insatisfechas, e INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio de cargos públicos electivos y de funciones de gobierno o administración, sean en el ámbito local, provincial, autonómico, estatal o supranacional por tiempo de UN (1) AÑO Y OCHO (8) MESES”.*

### **8.3. Sentido del delito en el marco del Proceso**

Después de analizar la STS 459/2019, de 14 de octubre, podemos deducir que se presenta necesaria una reforma en el Código Penal con el objeto de depurar las responsabilidades de los dirigentes de las Comunidades Autónomas, así como de resolver problemas jurídicos que se han suscitado durante el juicio a los líderes del proceso

---

<sup>152</sup> <https://www.lavanguardia.com/politica/20200928/483722850757/quim-torra-tribunal-supremo-condena-inhabilitacion-desobediencia.html> (Consulta: 29 sept. 2020).

independentista catalán (por ejemplo, la naturaleza de las decisiones del TC).

No obstante, en el bando independentista siempre existirá una fuerte pretensión a la separación, a la irracional desunión de dos territorios; exista o no delito de desobediencia, haya o no reforma en la legislación penal. Siempre habrá quien sostenga que, tras la Sentencia del Tribunal Supremo, vendrá la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Razonamientos que desconocen el funcionamiento del sistema penal español y seguramente también de la jurisprudencia del TEDH. El final está por ver.

#### **8.4. ¿Se podría incluir la desobediencia a la CE como un tipo delictivo específico?**

Perfectamente, como instrumento de reforma del Código penal, cabría plantearse la posibilidad de introducir un nuevo delito en la legislación. Un tipo que solvete las lagunas legales que actualmente existen a la hora de solucionar los problemas de desobediencia a la que determinados sujetos incurren en torno a decisiones no judiciales dictadas por el Tribunal Constitucional. A esto hay que añadir que la Constitución, como bien sabemos, constituye la norma fundamental de nuestro ordenamiento, y en consecuencia no se debe tolerar ninguna clase de desobediencia contra ella.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALLEGRETTI, Umberto. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: CEDAM, 1965.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987.
- AMAT, Jordi. *La conjura de los irresponsables [La confabulación de los irresponsables]*. Barcelona: Anagrama, 2017.
- ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal, Parte General*. Madrid: Reus, 1949.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *La organización y la función pública* en Comentarios a las leyes políticas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1985.
- BALCELLS, Albert. *El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*. Barcelona: Parlament de Catalunya, 2010.
- BATTAGLINI, Giulio. *Diritto penale parte generale*. Padova: CEDAM, 1949.
- BETTIOL, Giuseppe. *L'ordine dell'Autorità nel diritto penale*. Milano: Vita e pensiero, 1934.
- BEVILACQUA, Benedetto. *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. CEDAM, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *La sentenza soggettivamente complessa*. Padova: CEDAM, 1930.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. *Examen crítico del párrafo 3, artículo 119 del Código penal español*. Editorial Reus, 1962.
- DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Sobre el concepto de funcionario de hecho*. Rev. de Administración pública, nº29, 1959.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Autoridad y funcionario a efectos penales*. Enciclopedia Penal básica. Granada: Comares, 2002.
- DOLAPTSCHIEFT. *Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich?* ZStW, 58 Bd., 2º cuaderno, 1938.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- FEIJOO SANCHEZ Bernardo. “art. 410 a 412” en Comentarios al Código penal, Madrid: Cívitas, 1997.
- F.S. FORTUNA. *I delitti contro la pubblica amministrazione*. Giuffrè Editore, 2010.
- GALLARDO GARCÍA, Rosa M. *Desobediencia institucional: un debate sobre el fundamento de la intervención penal y administrativa*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad, 2020.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1984.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 1ª ed. 2008, 2ª ed. 2010 y 3ª ed. 2013.
- GÖNNER. *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie*. Landshut: Krüll, 1808.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Salamanca: Tomo IV, 1891.
- GUARNERI, Giuseppe. *Sulla teoria generale del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1939.
- GUASP DELGADO, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- JAVATO MARTÍN, Antonio Mª. *Intervención policial y orden antijurídica obligatoria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- JAVATO MARTÍN, Antonio Mª. *El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales*. Revista Jurídica de Castilla y León, nº23, 2011.
- JAVATO MARTÍN, Antonio Mª. *El delito de desobediencia del funcionario*. Revista General de Derecho Penal, nº 21, 2014.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Editorial Comares, 2003.
- JUANETÉY DORADO, Carmen. *El delito de desobediencia a la autoridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- LLABRÉS FUSTER, Antoni/TOMÁS-VALIENTE, Carmen. *La responsabilidad penal del miembro del jurado*. Barcelona: CEDECS, 1998.
- LLORENS, Carles; CULLA, Juan B. *El somni d'una Catalunya lliure. Cents anys d'independentisme: de la clandestinitat a la consulta*. Barcelona: Sàpiens, 2014.
- LÓPEZ REY, Óscar. *El Código Penal de 1822: publicación, vigencia y aplicación*. ADPCP, VOL. LXX, 2018.
- LORENTE VELASCO, Susana María. *Delitos de atentado contra la autoridad*. Granada: Dykinson, 2010.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto penale. Parte speciale. Delitti e contravvenzioni*. Bologna: Zanichelli, 1960.
- MAQUEDA, Abreu. *Desacatos*. México: Ciesas, 1998.
- MARINA JALVO, Belén. *El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos: fundamentos y*

*regulación sustantiva*. Valladolid: Lex Nova, 2006.

ME. MAYER. *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten* (separata del Festchrift für Laband), Verlag, JCB Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1908.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. PPU, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *La prevaricación del funcionario público*. Universidad Complutense de Madrid, 1980.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Las actuaciones en nombre de otro*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 1984.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho penal. Parte general*. Rafael Castellanos, 1985.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código penal concordado y comentado*, 3ª ed. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y compañía, 1856.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1981.

PALERMO, A. *Ordine giuridico-Ordine dell' Autorità*. Torino: UTET, 1965.

PECORARO-ALBANI, Palazzo. *Riserva di legge-Regolamento-Norma penale in bianco*. Milano: Giuffrè, 1960.

PETRONE, Marino. *La tutela penale degli ordini amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1980.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de Derecho procesal civil*. Pamplona: Aranzadi, 1985.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. J. *El concepto penal de funcionario público*. Cuadernos de política criminal, 1985.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*. Revista jurídica de Cataluña, 1981.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*. Barcelona: Cymys, 1974.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “art. 410 a 412” en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (9ª ed.), Cizur Menor (Navarra), 2011.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La «sentencia catalana» y la desobediencia*. Debate. Cuestiones de Derecho Penal. Revista Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico, 2020.

RICCIO, Stefano. *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*. Torino: UTET, 1955.

RICCIO, Stefano. *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*. Napoli: Eugenio Jovene, 1966.

ROCA DE AGAPITO, Luis. *Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales*. Tratado de derecho penal español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español (Parte especial)*. Madrid: Dynkinson, 1963.

ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4ª ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1984.

SANTORO, Arturo. *L'ordine del superiore nel diritto penale*. Torino: UTET, 1957.

SCARDIA, Marcello. *Abuso di autorità e rifiuto di atti di ufficio*. Piacenza: Scipione, 1951.

STRATENWERTH, Günter. *Verantwortung und Geborsam. Zur strafrechtlichen Wertung hobeitlich gegotenen Handelns*. Tübingen, Mohr Siebeck, 1958.

TAGLIARINI, Francesco. *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto di atti d ufficio*. Milano, 1980.

TAGLIARINI, Francesco. *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio*. Enciclopedia del Diritto, vol. XXX. Milano: Giuffrè, 1980.

UCELAY- DA CAL, Enric. *Breve historia del separatismo catalán*. Barcelona: B. Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.

VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*. Santiago de Compostela: Universidad de Alicante, 1981.

[https://rodas5.us.es/file/17b47490-8c07-7430-6566-b19c2a8f511c/1/leccion1\\_SCORM.zip/pagina\\_01.htm](https://rodas5.us.es/file/17b47490-8c07-7430-6566-b19c2a8f511c/1/leccion1_SCORM.zip/pagina_01.htm) (Consulta: 6 jul. 2020).

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-nueve-de-los-procesados-en-la-causa-especial-20907-2017-por-delito-de-sedicion> (Consulta: 29 sept. 2020).

<https://www.lavanguardia.com/politica/20200928/483722850757/quim-torra-tribunal-supremo-condena-inhabilitacion-desobediencia.html> (Consulta: 29 sept. 2020).

## Jurisprudencia

STC, núm. 2/1981 de 30 enero.

TS (Sala de lo Penal), sentencia de 22 abril 1983 (RJ 1983\2300).

STS (Sala de lo Penal), núm. 849/1995 de 7 de julio (RJ 1995\5389).

STS (Sala de lo Penal), núm. 1203/1997 de 11 octubre (RJ 1997\7218).

STS (Sala de lo Penal), núm. 493/1998 de 10 junio (RJ 1998\5493).

STS (Sala de lo Penal), núm. 1037/2000 de 13 junio (RJ 2000\6597).

STS (Sala de lo Penal), núm. 263/2001 de 24 febrero (RJ 2001\2317).

STS (Sala de lo Penal), núm. 485/2002 de 14 junio (RJ 2002\8612).

STS (Sala de lo Penal), núm. 37/2003 de 22 enero (RJ 2003\1067).

STS (Sala de lo Penal), núm. 663/2005 de 23 mayo (RJ 2005\7339).

STS (Sala de lo Penal), núm. 80/2006 de 6 febrero (RJ 2006\367).

STS (Sala de lo Penal), núm. 1122/2007 de 10 diciembre (RJ 2007\9120).

STS (Sala de lo Penal), núm. 54/2008 de 8 abril (RJ 2008\1325).

STS (Sala de lo Penal), núm. 186/2012 de 14 marzo (RJ 2012\4591).

STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 13 marzo 2017 (ARP 2017\459).

STS (Sala de lo Penal), núm. 177/2017 de 22 marzo (RJ 2017\2659).

STS (Sala de lo Penal), núm. 459/2019 de 14 octubre (RJ 2019\3900).

STSSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal), núm. 149/2019 de 19 diciembre (ARP 2020\622).

