

El deber de obediencia de los funcionarios públicos

*Alexander Espinoza Rausseo**

1. Recomendaciones

- Se recomienda la regulación detallada del principio de obediencia debida, con el objeto de reforzar el Estado de derecho, a través del control interno y preventivo de los propios funcionarios públicos, en la defensa de la Constitución
- Se recomienda la modificación del artículo 65, numeral 2 del Código Penal.
- También deben ser objeto de reforma las disposiciones que eximen de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior contenidas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar.

1. Contenido:

1. Recomendaciones
2. Contenido:
3. El deber de desobediencia en el derecho internacional
 - 3.1. Prohibición de excluyentes de responsabilidad
 - 3.2. Prohibición de la impunidad
 - 3.3. Programas de educación en derechos humanos
 - 3.4. Prohibición absoluta de justificación de la tortura
 - 3.5. Prohibición de justificación de desapariciones forzadas
 - 3.6. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
4. El deber de desobediencia en Alemania
5. El deber de desobediencia en Argentina
 - 5.1. La autoría mediata
 - 5.2. La obediencia debida como eximente de responsabilidad
 - 5.3. El deber de obediencia
 - 5.4. El error inevitable sobre la ilicitud de la orden
 - 5.5. La coacción
 - 5.6. La ley de obediencia debida
6. El deber de obediencia en Chile
 - 6.1. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho militar

* Doctor en derecho y Magister Legum por la Universidad de Passau, Alemania

- 6.2. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho de policía
- 6.3. El principio de “obediencia reflexiva” en la Administración civil
- 6.4. Adecuación al estándar internacional
7. El deber de obediencia en Colombia
 - 7.1. El principio de obediencia debida
 - 7.1.1. Carácter no absoluto
 - 7.1.2. La orden del servicio
 - 7.1.3. La orden manifiestamente delictiva
 - 7.2. La prohibición de justificación de la tortura
8. El deber de obediencia en Costa Rica
9. El deber de obediencia en Guatemala
10. El deber de obediencia en Honduras
11. El deber de obediencia en Perú
12. El deber de obediencia en Venezuela
 - 12.1. Fundamentos del deber de obediencia
 - 12.1.1. El principio de jerarquía
 - 12.1.2. La disciplina de la Fuerza Armada
 - 12.1.3. El deber de obediencia los cuerpos de policía
 - 12.2. Fundamentos del deber de desobediencia
 - 12.2.1. La nulidad radical de actos violatorios de derechos constitucionales
 - 12.2.2. El deber de cumplir la Constitución
 - 12.2.3. El derecho a la dignidad humana del funcionario
 - 12.2.4. La sujeción directa a la Constitución
 - 12.2.5. El deber de desobediencia de los funcionarios de policía
 - 12.3. La obediencia debida en el ámbito laboral
 - 12.4. La obediencia y la responsabilidad penal
 - 12.5. La obediencia y la responsabilidad penal de militares
 - 12.5.1. La obediencia debida
 - 12.5.2. El delito de insubordinación
 - 12.6. La obediencia y la responsabilidad disciplinaria
 - 12.6.1. El deber de obediencia
 - 12.6.2. Requisitos formales de la orden
 - 12.6.3. La orden de servicio
 - 12.7. La orden de cometer un delito
 - 12.8. La ilegalidad manifiesta
 - 12.9. El deber de advertir la ilegalidad
13. Resumen

2. El deber de desobediencia en el derecho internacional

2.1. Prohibición de excluyentes de responsabilidad

A partir del juicio de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial por el Tribunal de Núremberg, se estableció que no podía eximirse de responsabilidad a un acusado que hubiera obrado según instrucciones de su gobierno o de un superior jerárquico. Aún cuando se sigue reconociendo la importancia de la obediencia debida en los cuadros de las fuerzas armadas o policiales, se opone en todo caso el límite de la legalidad. Es decir, que al subordinado se le exige revisar las órdenes impartidas por el superior y no acatarlas en el caso de que se trate de actos ilícitos, en especial, si se trata de una violación a los derechos humanos. Este derecho-deber está consagrado en los textos internacionales sobre la materia, que ordenan al subordinado poner el caso en conocimiento de un funcionario de mayor rango o de las autoridades judiciales.¹

Este principio está consagrado en diversos instrumentos internacionales. Entre ellos:

1. El Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Artículo 5º): “No se impondrá ninguna sanción a los funcionarios que en virtud de los citados principios se nieguen a obedecer una orden de utilizar la fuerza y las armas de fuego”.

¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Derechos humanos, seguridad ciudadana y funciones policiales. Módulo instruccional. San José, C.R. : IIDH : 2011, pág. 58

2. La Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 4°): “El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no exime de la responsabilidad penal correspondiente”.

3. Los Principios sobre Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias (Principio 3): “Los gobiernos prohibirán a los funcionarios superiores o autoridades públicas que den órdenes en que autoricen o inciten a otras personas a llevar a cabo cualquier ejecución extralegal, arbitraria o sumaria. Toda persona tendrá el derecho y el deber de negarse a cumplir esas órdenes. En la formación de esos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberá hacerse hincapié en las disposiciones expuestas”.

4. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Pena Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 2.3): “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

La estructura jerárquica de las fuerzas policiales permite al superior conocer si bajo su órbita de mando se cometen violaciones a los derechos humanos. No puede alegarse tampoco desconocimiento de estos hechos, y aquí la normativa internacional también hace responsables a ambos funcionarios públicos: a quien comete la violación a los derechos humanos personalmente (el subordinado) y a quien debe supervisar el accionar legal y legítimo de sus subordinados a cargo. En este sentido, se señala que:

En el caso de una orden ilegal (malos tratos a detenidos, torturas, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales u otras violaciones graves de los derechos humanos) el derecho y el deber de desobedecer anteceden al deber de obedecer. Prima el respeto a la ley, la Constitución y a los derechos humanos, sobre la obligación de cumplir con las órdenes de un superior. Es esencial que los agentes pertenecientes a los cuerpos de seguridad conozcan el derecho que les asiste a desobedecer legítimamente este tipo de órdenes y el deber de hacerlo, so pena de incurrir en las responsabilidades correspondientes.

2.2. Prohibición de la impunidad

Caso Barrios:

El 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en el inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras cuatro. Las investigaciones judiciales revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar; eran miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina” que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo.

El Congreso peruano sancionó una ley de amnistía, N° 26.492, que declaró que la amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley N° 26.479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas.²

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso “Barrios Altos” con fecha 14 de marzo de 2001, declaró que, son inadmisibles las dis-

² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009, pág. 307

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

posiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³

Los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.⁴

³ Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 41
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

⁴ Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 43
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

La Corte IDH ha reiterado su criterio, en el sentido que, cuando se trata de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, la impunidad en la que pueden quedar estas conductas por la falta de investigación, genera una afectación bastante alta a los derechos de las víctimas. La intensidad de esta afectación no sólo autoriza sino que exige una excepcional limitación a la garantía de *ne bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones cuando la decisión que se alega como cosa juzgada surge como consecuencia del incumplimiento protuberante de los deberes de investigar y sancionar seriamente esas graves violaciones.⁵

Recordó la Corte que, el “Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” señala que: Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.⁶

En el punto resolutivo 4, la Corte declaró que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 20101 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 44
http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca_18_11_10.pdf

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 20101 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 44
http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/bamaca_18_11_10.pdf

Los alcances generales de esta declaratoria quedaron claros en la resolución de interpretación del mismo caso en donde el Tribunal Interamericano señaló que, la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales.⁷

2.3. Programas de educación en derechos humanos

La Corte IDH ha que para garantizar adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad, los miembros de los cuerpos de seguridad deben recibir entrenamiento y capacitación adecuados. En consecuencia, el Estado debe adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuanto a la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo, conceptos de obediencia debida y la función de dichas instituciones en situaciones como las ocurridas en el presente caso. La Corte condenó al Estado Parte, a implementar, en un plazo razonable, programas permanentes de educación en derechos humanos dirigidos a los miembros de aquellas instituciones, en todos los niveles jerárquicos.⁸

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos Vs. Perú Sentencia de 3 de septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo), párr. 18
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_83_esp.pdf

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006
Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica | N° 6 Noviembre-Diciembre 2016 pág. 892
<http://www.estudiosconstitucionales.com/site2008/index2.php?seccion=legi>

2.4. Prohibición absoluta de justificación de la tortura

El párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes contiene una prohibición absoluta de justificación de la tortura.⁹ Dispone al efecto que, no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

El carácter imperativo de la prohibición de la tortura se ve resaltado por el principio sólidamente establecido que figura en el párrafo 3 del artículo 2, en el sentido de que no puede invocarse en ningún caso la orden de un superior o de una autoridad pública para justificar la tortura. Por lo tanto, los subordinados no pueden ampararse en la autoridad superior y deben responder individualmente.¹⁰

El Comité contra la Tortura ha señalado que es esencial que la responsabilidad de todo superior jerárquico por haber instigado o alentado directamente la tortura o los malos tratos, o por haberlos consentido o tolerado, sea investigada a fondo por órganos fiscales y jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales. Las personas que desobedecen órdenes que consideren ilegales o que cooperan en la investigación de casos de tortura o ma-

(Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 239

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

⁹ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 13

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

¹⁰ Comité contra la Tortura. Observación general N° 2. 39° período de sesiones (2007). Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, párr. 26. En: Observaciones generales aprobadas por el Comité contra la Tortura https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CAT/00_5_obs_grales_CAT.html

los tratos, incluidos los casos en que están involucrados los superiores jerárquicos, deben recibir protección contra toda posible represalia.¹¹

2.5. Prohibición de justificación de desapariciones forzadas

Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de la desaparición forzada¹² establecen claramente que ninguna orden ni instrucción de ninguna autoridad pública, ya sea esta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha señalado que ese principio debe ser debidamente recogido en la legislación nacional. Ninguno de los instrumentos internacionales mencionados prevé que pueda considerarse como circunstancia atenuante el hecho de actuar en cumplimiento de órdenes superiores. Aunque se introdujera en la legislación nacional la posibilidad de reducir la pena por esa circunstancia, esa reducción tendría que ser limitada: de permitirse una reducción demasiado grande, esta contravendría la obligación de imponer "penas apropiadas" que se establece, entre otras disposiciones, en el artículo 4 de la Declaración.¹³

¹¹ Comité contra la Tortura. Observación general N° 2. 39º período de sesiones (2007). Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, párr. 26

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view=1>

¹² Véanse el artículo 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; el artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y los artículos 6.2 y 23.2 de la Convención Internacional. Todas las disposiciones mencionadas establecen asimismo que deberán prohibirse todas las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten desapariciones forzadas; y que no se castigará a ninguna persona que se niegue a cumplir una orden de esa índole. En relación con esa cuestión véase también el artículo 33 del Estatuto de Roma.

¹³ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. A/HRC/16/48/Add.3

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7480.pdf?view=1>

2.6. Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

El artículo 8 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley establece que, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de la ley y el Código y por oponerse rigurosamente a tal violación.¹⁴

El Código establece el deber de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del mismo, de informar de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.¹⁵

El artículo tiene por objeto mantener el equilibrio entre la necesidad de que haya disciplina interna en el organismo del que dependa principalmente la seguridad pública, por una parte, y la de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos básicos, por otra. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley informarán de las violaciones a sus superiores inmediatos y sólo adoptarán otras medidas legítimas sin respetar la escala jerárquica si no se dispone de otras posibilidades de rectificación o si éstas no son eficaces. Se entiende que no se aplicarán sanciones administrativas ni de otro tipo a

¹⁴ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

¹⁵ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley por haber informado de que ha ocurrido o va a ocurrir una violación del mencionado Código. 16

3. El deber de desobediencia en Alemania

La Ley Federal de Funcionarios Públicos (BBG) dispone lo siguiente:

§ 62 Deber de obediencia

(1) Las funcionarias y los funcionarios deben asesorar y apoyar a sus superiores. Tienen el deber de ejecutar sus órdenes de servicio y seguir sus directrices generales. Esta norma no es aplicable en la medida en que las funcionarias y funcionarios no se encuentren sujetos a órdenes, de acuerdo con disposiciones especiales y sólo deban obediencia a la ley.

(2) En caso de modificaciones en la organización las funcionarias y los funcionarios deben obedecer a la institución.

§ 63 La responsabilidad por la conformidad a derecho

(1) Las funcionarias y funcionarios públicos asumen la plena responsabilidad personal por la conformidad a derecho de sus actuaciones de servicio.

(2) Las funcionarias y funcionarios públicos deben hacer valer sus observaciones con respecto a la inconformidad a derecho de las órdenes de servicio, sin demora ante a la o el superior inmediato. Si la orden es mantenida y persisten las objeciones en su contra, deben acudir ante el funcionario próximo superior. Si se confirma la orden, los funcionarios tendrán que ejecutarla y estarán exentos de responsabilidad.

Esto no se aplica si el comportamiento aplicado infringe la dignidad humana o es delito penal o falta administrativa y la penalidad o la contravención es reconocible para la funcionaria o funcionario. La confirmación debe ser extendida por escrito, a petición.

(3) Si la funcionaria o el funcionario superior acuerda la ejecución inmediata de la orden, por existir peligro en la mora y la decisión del superior no puede ser obtenida oportunamente, es aplicable analógicamente el aparte 2, frase 3 a 5.

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>

El deber de lealtad y obediencia de los funcionarios en relación con la Institución es uno de los principios tradicionales de la función pública. Los funcionarios siempre se han visto obligados a adoptar las órdenes de servicio de sus superiores. La competencia para emitir órdenes es el instrumento con el que se concreta la obligación de prestación de servicios de los funcionarios. Sin la posibilidad de emitir órdenes vinculantes a los funcionarios, para la ejecución de las tareas del servicio, la Institución no podría cumplir las funciones que le han sido atribuidas. Por ello, el funcionario se encuentra obligado al cumplimiento de las órdenes de sus superiores, siempre y cuando se encuentren en ámbito de vigencia y de aplicación material de la facultad de emitir órdenes de servicio y no afecten la esfera protegida por los derechos fundamentales del funcionario.¹⁷

La competencia para emitir órdenes es el vínculo necesario para garantizar la legitimidad democrática del ejercicio del poder del Estado y la responsabilidad parlamentaria del gobierno. La necesaria cadena de legitimación es establecida en la Institución a través de la sujeción continua a las órdenes hasta el funcionario de menor jerarquía.¹⁸

De acuerdo con la jurisprudencia, el carácter de superior, a que se refiere el § 62 aparte 1 frase 2 BBG corresponde a aquél funcionario, a quien corresponde impartir instrucciones de servicio. Una modificación a este principio

¹⁷ BVerwG 2 C 24.13 vom 27.11.2014 Rnr. 30

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=271114U2C24.13.0>

¹⁸ BVerwG 2 C 24.13 vom 27.11.2014 Rnr. 31

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=271114U2C24.13.0>

requiere de una disposición legislativa claramente determinada, que permita al funcionario identificar, cuáles son las instrucciones que debe seguir.¹⁹

Quién es el superior jerárquico, es establecido de acuerdo con la estructura organizativa de la Administración Pública. Los superiores jerárquicos se encuentran facultados por la Institución a impartir órdenes a sus subordinados. El funcionario no puede ejecutar las directrices de otras Instituciones o de particulares, sino que se encuentra obligado al cumplimiento imparcial y con lealtad, en beneficio de toda la colectividad.²⁰

En cuanto al deber de advertir al superior la ilegalidad de la orden (Remonstración), la jurisprudencia ha rechazado su función protectora de intereses de terceros, por lo que no podría ser hecha valer por el afectado de la contradicción a derecho en un recurso judicial.²¹

En criterio de *Roxin*, la regulación contenida en el § 63 aparte 2 BBG demuestra que aún no se ha eliminado totalmente en el Derecho vigente el deber de ejecutar acciones punibles. Si el subordinado no puede reconocer la punibilidad, la orden punible sigue siendo obligatoria; ello es materialmente equivocado, pero debe aceptarse en virtud del Derecho vigente. Más importancia práctica tiene el hecho de que, en los casos de divergencia de opiniones entre superior y subordinado sobre la punibilidad de la conducta orde-

¹⁹ VG Göttingen · Urteil vom 27. Juli 2016 · Az. 1 A 263/14, párr. 26
<http://openjur.de/u/897401.html>

²⁰ BVerwG 2 C 24.13 vom 27.11.2014 Rnr. 31

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?ent=271114U2C24.13.0>

²¹ LG Bonn · Urteil vom 15. Januar 2014 · Az. 1 O 302/12, párr. 81

<http://openjur.de/u/672709.html>

nada, por regla general la orden será obligatoria aunque posteriormente resulte que tenía razón el subordinado al suponer que era punible; pues es consustancial a la relación jerárquica que en caso de duda la última palabra la tendrá el superior, al que también le corresponde la mayor competencia material en la mayoría de los casos. Sólo se produce una excepción en caso de "que la decisión del superior ya no sea sostenible en el aspecto fáctico o en el jurídico", y por tanto sea evidente la punibilidad de la conducta ordenada.²²

Según *Roxin*, a orden vinculante supone una causa de justificación para el subordinado, aunque excepcionalmente aquélla sea antijurídica. En tal situación concurre en la persona del subordinado un supuesto de colisión, que hay que juzgar conforme al § 34 (estado de necesidad) y en el que el deber de obediencia entra en conflicto con la prohibición de cometer acciones antijurídicas. En dicho conflicto tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario y el militar, si se trata de infracciones poco importantes, frente al interés en evitar el injusto; en cambio, en caso de infracciones más graves (como pueden ser las que vulneren el Derecho penal o la dignidad humana, pero incluso una parte de las que vulneren el Derecho contravenacional), tiene prioridad el interés en evitar el injusto. Las razones por las que en su caso es prioritario el deber de obediencia son las mismas que han movido al legislador a reconocer parcialmente la obligatoriedad de órdenes antijurídicas cuando sean de escasa gravedad (esto es, el interés en impedir que cualquier subordinado pueda paralizar con sus reparos jurídicos la acti-

²² Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 742

vidad del Estado); entonces, sobre la base de una decisión favorable a la obligatoriedad, la consideración debida al funcionario obligado a obedecer ha de ser decisiva en la ponderación de intereses.²³

El autor citado enfrenta el problema sobre la exclusión de la legítima defensa del ciudadano, en caso de afirmar que la ejecución de la orden ilegal no es antijurídica, de la siguiente forma: Es cierto que la obligatoriedad de la orden antijurídica le priva al ciudadano del derecho a la legítima defensa frente al ejecutor del mandato, derecho que en cambio habría tenido frente a la actuación personal del superior. Pero ello no implica la menor contradicción; pues, al interponer a un tercero obligado a obedecer, se añade a la situación un nuevo elemento de ponderación que hace que se resuelva de modo distinto la decisión sobre la admisión del derecho de legítima defensa. Con ello no se le exige nada intolerable al ciudadano: Primero, porque al mismo le exime del deber de soportar graves daños el hecho de que una orden antijurídica dirigida a menoscabar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (desde la libre disposición sobre la morada hasta la propiedad o la integridad física) de entrada ya no es obligatoria. Segundo, porque el ciudadano tiene en el Estado un deudor seguro y con capacidad de pago respecto de los perjuicios que se le hayan irrogado. Y tercero, porque frente a la ejecución de una orden antijurídica se puede justificar por el § 34 una

²³ Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 743

resistencia defensiva del afectado, si éste actúa enjuiciando correctamente la situación jurídica.²⁴

4. El deber de desobediencia en Argentina

4.1. La autoría mediata

Caso: Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros

Durante los años comprendidos entre 1976 y 1983, el gobierno de facto impuso un plan sistemático de represión ilegal. Uno de los puntos centrales de este plan estatal de represión, que estaba contaminado de las prácticas e ideologías propias del gobierno nacionalsocialista de Alemania de las décadas del '30 y '40 del siglo XX, era el secuestro de personas, su traslado a lugares clandestinos de detención, su sistemática tortura, y, en tales condiciones, su liberación, legalización o muerte.

Los centros clandestinos de detención existentes en el país compartían distintas características comunes, entre ellas, el funcionamiento en lugares secretos, bajo el directo contralor de la autoridad militar responsable de dicha zona; y el sometimiento de las personas allí alojadas a prácticas degradantes, tales como la tortura física y psicológica en forma sistemática, el tabicamiento (estar vendado día y noche y aislado del resto de la población cautiva), la prohibición absoluta del uso de la palabra o de la escritura, en fin, de cualquier tipo de comunicación humana; la asignación de una letra y un número en reemplazo del nombre, el alojamiento en pequeñas celdas llamadas “tubos”, la escasa comida y bebida, y la total pérdida de identidad, entre otras condiciones de por sí aberrantes.

La estructura burocrática y funcional de los centros clandestinos de detención respondía una autoridad militar, que a su vez poseía subordinación operacional, a otras, todas ellas enclavadas en la estructura verticalizada que finalizaba en el General de División, a cargo del Primer Cuerpo del Ejército.

Para cumplir estas tareas, el gobierno nacional se valió generalmente de personal de las distintas fuerzas de seguridad; policías, gendarmes, militares y penitenciarios, quienes se hallaban siempre bajo la tutela de la estructura represiva implementada desde el Primer Cuerpo del Ejército; sin perjuicio de ello, algunos centros en particular contaron para tales tareas con personal civil, contratado o reubicado para tales funciones.

²⁴ Roxin, Derecho Penal Tomo I, pág. 744

Bajo la existencia de un supuesto orden normativo - amparado por las leyes, órdenes y directivas que reglaban formalmente la actuación de las Fuerzas Armadas en la lucha contra la subversión-, las Fuerzas Armadas, en los hechos, se conducían merced a mandatos verbales y secretos.²⁵

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 se pronunció acerca de, cómo habrían de responder quienes tenían facultades de mando como para poner en marcha la ejecución de un plan que controlaban como jefes de la estructura organizada y cuyos instrumentos -personal inferior- resultan altamente fungibles si se plantearan objeciones al cumplimiento de un acto individual. Estimó el tribunal que, dos son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical) y 2) la fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor.

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva hacia abajo con poder de mando autónomo.

De acuerdo a la teoría aplicable, cuanto más arriba está el hombre del escritorio y más lejos de la actuación personal en el delito, mayor será su responsabilidad porque se incrementa su dominio respecto de los hechos.²⁶

²⁵ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pp. 2 y sig.

En términos similares, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 causa nro. 2637/04 caratulada “Vaello, Orestes Estanislao y otros s / privación ilegal de la libertad agravada” del registro de la Secretaría nro. 6 de 23 de noviembre de 2006, pp. 2 y sig.

²⁶ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pág. 612

4.2. La obediencia debida como eximente de responsabilidad

El artículo 34 ordinal 5° del Código Penal de la Nación Argentina²⁷ dispone que no son punibles, el que obrare en virtud de obediencia debida.

El artículo 238 ter del mencionado Código Penal, establece que, el militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años.

En la doctrina se señala que, la eximente contemplada en particular en el art. 34, inc. 5 del Cód. Penal argentino, tiene vinculación con la causal de justificación, por obrar en ejercicio del deber o de un derecho (art. 34, inc. 4°, CP); con la causal de inculpabilidad, si tiene un error inevitable sobre la ilicitud de la orden (art. 34, inc. 1°, CP), o con la causal de disculpa, si la orden implica una coacción, es decir, una amenaza seria de sufrir un mal grave e inminente para el caso de negarse a cumplir la exigencia del superior (art. 34, inc. 2°, CP).²⁸

4.3. El deber de obediencia

La regulación del deber de obediencia debe tomar en consideración por una parte el valor del normal funcionamiento de la administración, puesto que,

²⁷ Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

²⁸ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 263

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/Iye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

la revisión permanente de cada detalle de la juridicidad de una orden, podría entorpecer de modo irrazonable el espontáneo acatamiento de los actos administrativos. Estos valores deben ser conciliados con la vigencia de las instituciones democráticas y el respeto básico de la dignidad humana: la autonomía ética del hombre.²⁹

En el antiguo derecho romano se partía de la distinción entre *crimina atrocia* y *crimina leviora* (crímenes atroces y crímenes leves), para rechazar la eximente de la obediencia, respecto de los primeros casos, y admitirla en los segundos.³⁰

En criterio de *Zaffaroni*, cuando la ley no distingue si la orden a la que se debe obediencia tiene o no contenido antijurídico, no debe hacerse una distinción para excluir a la última de la formulación legal. En el caso en que la orden sea impartida legítimamente y su contenido sea lícito, es deber del inferior cumplirla y, por consiguiente, el caso queda encuadrado en el cumplimiento de un deber jurídico. En el supuesto de ser la orden sólo formalmente lícita, pero de contenido antijurídico, cabe determinar si nos hallamos ante el cumplimiento de un deber jurídico o si ese deber jurídico no existe. Para establecer esto, debemos determinar si existe o no el deber de revisar el contenido de la orden, como parte de un control mutuo de legalidad, tal como suele suceder en la administración, o si predomina el deber

²⁹ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 263

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/Iye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

³⁰ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 264

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/Iye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

de ejecutar la orden, como acontece en el derecho militar. Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, el deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido.³¹

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3 ha señalado que, más allá de si quien recibe la orden tiene o no facultades de revisión del contenido de dicha orden, lo cierto es que, de impartirse una orden manifiestamente ilegal en su contenido (aunque cumpla con las formalidades de rigor), es allí cuando cesa el deber jurídico de cumplirla. Allí cuando se trate de órdenes cuya ilicitud se revela de manera manifiesta, porque por ejemplo se trata de la perpetración de hechos atroces o aberrantes, la limitación del conocimiento del subordinado respecto del contenido de los mandatos recibidos, no obsta su posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta que se le ordena cometer.³²

En criterio de *Sancinetti*, el ejecutor actúa justificadamente en la medida en que la antijuridicidad de la orden no le sea manifiesta y el acto a ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia, en las circunstancias del caso. Si le caben dudas sobre la ilicitud, él tiene el derecho de ampararse en

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV. EDZAR Buenos Aires 1999, párr. 520 <http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho-penal/Tratado%20De%20Derecho%20Penal%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20IV.pdf>

³² Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pág. 624

la presunción general de legitimidad del acto administrativo, aunque estime a la orden posiblemente ilícita. Naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere, de desobedecer la orden, pero, en este caso, se expone a que el juez que posteriormente revise su desobediencia no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su ilegitimidad.³³

En conclusión, el ámbito de la justificación, en los casos de cumplimiento de órdenes de superiores jerárquicos, incluye, si no el deber, al menos sí la facultad de cumplir una orden antijurídica. Aún en casos en que el subalterno no tenga error alguno, y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, mientras: 1) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implicara, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera para el derecho vigente, la desobediencia misma.³⁴

La aplicación del criterio expuesto, para el caso de las violaciones a los derechos fundamentales habidas en la Argentina durante el gobierno militar, daría lugar a un resultado claro. No existen posibilidades, pues: para dudar de la ilegalidad manifiesta de una orden de torturar o matar a personas indefensas constituían hechos ilícitos de la mayor evidencia posible, dado que se hallan proscriptos por la cláusula más pétrea y terminante de la Constitución Argentina, que declara: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes”.³⁵

³³ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 266

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

³⁴ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 267

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

³⁵ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las

4.4. El error inevitable sobre la ilicitud de la orden

El artículo 34 ordinal 1° del Código Penal de la Nación Argentina³⁶ dispone que no son punibles, el que no haya podido en el momento del hecho, por su estado de error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Aunque la orden haya sido manifiestamente antijurídica, o haya implicado cometer un delito de mayor gravedad que la desobediencia misma, el ejecutor de la orden puede quedar impune por efecto de un error de prohibición inevitable. Sin embargo, si la orden es manifiestamente ilegítima, es improbable la concurrencia de un error en casos graves, tales como el homicidio alevoso o la aplicación de tormentos.³⁷

En el caso de hechos aberrantes y evidentemente ilícitos, no está ausente la libertad ni la responsabilidad del autor directo, quien, no podría alegar una exclusión de punibilidad por el tenor de los crímenes ejecutados ya que la antijuridicidad manifiesta de la orden desvirtúa la posibilidad de un error de

Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 269

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

³⁶ Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

³⁷ Sancinetti, Marcelo A. Obediencia debida y Constitución nacional. Doctrina Penal (Teoría y Práctica en las Ciencias Penales), vol. 10: 463-512, pág. 270

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf>

prohibición inevitable y conduce a atribuirle al subordinado el hecho también como suyo.³⁸

Este caso – de la antijuridicidad manífiesta – es el que planteara *Radbruch* respecto de los jueces durante el nacionalsocialismo. Pese a lo manifiestamente antijurídico de aquella legislación, dudaba acerca de la posibilidad de reprochar a los jueces la falta de comprensión del injusto, educados como estaban en las líneas del positivismo legal. En la actualidad, después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la situación de esos jueces hubiese sido distinta, puesto que no podrían ignorar el injusto, alegando un supuesto error invencible de prohibición. En nuestros días, si un juez resolviese por ejemplo, que una autoridad administrativa puede aplicar penas sin proceso, no podría alegar un invencible error de prohibición.³⁹

4.5. La coacción

Puede acontecer que el subordinado sepa que la orden es antijurídica, sea en su contenido como en su forma, pero que no se le pueda reprochar el cumplimiento de la misma, puesto que, de lo contrario, caerían sobre él gravísimas consecuencias. Se trata de un caso de coacción que, según las circunstancias, dará lugar a un estado de necesidad justificante o exculpante. Tal sería el caso del soldado, a quien se obliga a formar parte de un pelotón de fusilamiento, pues de lo contrario él sería uno de los fusilados; o del juez al

³⁸ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 3. Causa nro. 11.758/06 caratulada “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/ privación ilegal de la libertad...”, pág. 625

³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV. EDZAR Buenos Aires 1999, pág. 283 <http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho-penal/Tratado%20De%20Derecho%20Penal%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20IV.pdf>

que se le ordena que dicte una sentencia arbitraria en un régimen de terror, bajo amenaza de muerte para él o para su familia.⁴⁰

4.6. La ley de obediencia debida

El 23 de diciembre de 1986 se sancionó la ley 23.492 —con promulgación el 24 y publicación en el Boletín Oficial del 29 del mismo mes y año—, denominada “Justicia”, conocida públicamente como “ley de punto final” conforme a la cual se dispuso la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049.⁴¹

Seguidamente se dictó la ley 23.521, sancionada el 4 junio de 1987, promulgada el 8 y publicada en el Boletín Oficial el 9 del mismo mes y año, denominada “Ley de obediencia debida”, conforme a la cual se estableció la presunción, sin admitir prueba en contrario, que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos a que se refería el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de “obediencia debida”. Por su parte, también aplicaba una presunción respecto a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zo-

⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal. Parte General. IV. EDZAR Buenos Aires 1999, pág. 283
<http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho-penal/Tratado%20De%20Derecho%20Penal%20-%20Parte%20General%20-%20Tomo%20IV.pdf>

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009, pág. 3
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

na, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se había resuelto judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que habían tenido capacidad decisoria o habían participado en la elaboración de las órdenes. En tales casos se consideró de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.⁴²

La Corte Suprema —por mayoría—, resolvió la constitucionalidad de la ley que declaraba insanablemente nula la autoamnistía. Señalo que eran punibles los hechos cometidos por los oficiales superiores que hubieran revistado a la época de los sucesos como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, o por aquellos que, aun cuando no desempeñasen tales funciones, hubieran tenido capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes ilícitas.⁴³

La Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida y la validez de la ley 25.779, que declaró la nulidad de las leyes citadas. Señaló la Corte que, no es posible admitir que las reglas de obediencia militar puedan ser utilizadas para eximir de responsabilidad cuando el contenido ilícito de las órdenes es manifiesto,

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación. Delitos de lesa humanidad. Secretaría de Jurisprudencia. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009, pág. 4

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

⁴³ Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo Nacional. Camps, Ramón Juan Alberto y otros. 22/06/1987 - Fallos: 310:1162

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

tal como ocurre en los casos de las órdenes que implican la comisión de actos atroces o aberrantes, pues ello resulta contrario a la Constitución Nacional.⁴⁴

Las leyes de obediencia debida y punto final chocan frontalmente con el derecho internacional pues como toda amnistía se orientan “al olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, por lo que se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).⁴⁵

5. El deber de obediencia en Chile

5.1. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho militar

Ejercicio: *Gonzalo Santelices*

Gonzalo Santelices habría participado en la operación “Caravana de la Muerte”, nombre con que se conoció a la comitiva que en octubre de 1973 recorriera varios lugares del país ejecutando sumariamente a individuos detenidos por motivos políticos. La noche del 18 de octubre de 1973, *Santelices* y *Martínez* sacaron desde la cárcel de Antofagasta a 14 prisioneros, los condujeron al desierto en camiones y los formaron, donde los detenidos fueron ejecutados, sin que *Santelices* interviniera en las ejecuciones mismas, habiendo recibido una orden de alejarse y esperar a unos cien metros del lugar en que éstas ocurrieron. Los perpetradores directos se habrían retirado entonces, dejando a *Santelices* y otros compañeros de armas a cargo de trasladar los cadáveres hasta la morgue.

⁴⁴ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768) 14/06/2005 — Fallos: 328:2056, pág. 203 y sig.
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

⁴⁵ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N° 17.768) 14/06/2005 — Fallos: 328:2056, pág. 203 y sig.
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7881.pdf?view=1>

El Código de Justicia Militar de Chile⁴⁶ regula la aplicación del principio de obediencia en materia de los delitos militares, en los siguientes términos:

Art. 334. Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio.

Art. 335. No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior.

Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.

Art. 336. El militar que fuera del caso antes contemplado, dejare de cumplir o modificar por iniciativa propia una orden del servicio impartida por su superior, será castigado:

1° Con la pena de reclusión militar mayor en su grado máximo a muerte, si el delito se hubiere cometido en presencia del enemigo y, con tal motivo, se hubieren malogrado las operaciones de guerra del Ejército nacional o aliado, o favorecido las del enemigo;

2° Con la de reclusión militar menor en su grado medio a reclusión militar mayor en su grado medio, si se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren seguido perjuicios graves;

3° Con la reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, en los demás casos.

Art. 337. El militar que se negare abiertamente a cumplir una orden del servicio que le fuere impartida por un superior, será castigado:

⁴⁶ Decreto 2226. Última Versión de: 05-jul-2016
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18914>

1° Con la pena de reclusión militar perpetua a muerte, si la desobediencia se llevara a cabo en las condiciones señaladas en el número 1° del artículo anterior;

2° Con la de reclusión militar mayor en grado medio a máximo, si la desobediencia se cometiere en presencia de rebeldes o sediciosos y se hubieren producido perjuicios graves o si cometida en presencia del enemigo, no se hubieren producido los efectos a que se refiere dicho número 1° del artículo anterior;

3° Con la pena de reclusión militar menor en su grado mínimo a reclusión militar mayor en su grado mínimo, en los demás casos.

Art. 338. Tratándose de los delitos a que se refiere este Título, los tribunales podrán sustituir las penas de reclusión militar menor por la de pérdida del estado militar.

En la doctrina se afirma que la eximente de obediencia debida opera plenamente, en el caso en que el funcionario comete el delito en la certeza de que la orden es lícita, bien porque no la consideró ilegal o bien porque habiéndola representado, le fue reiterada. Por el contrario, cuando el funcionario está consciente de la ilicitud de la orden, sabe que su cumplimiento implicaría cometer un delito, si no representa la orden y la cumple, puede ser sancionado como coautor.⁴⁷

Esquema del Ejercicio: *Gonzalo Santelices*⁴⁸

En un caso como el de *Santelices*, en que una conducta en sí misma atípica podría fundamentar responsabilidad a título de participación, esto es, de intervención accesoria, la pregunta tendría que consistir en si el hecho de que la ejecución de esa conducta haya sido ordenada por un superior cuenta como eximente en virtud del deber de obediencia. La respuesta depende, entonces, de dos variables: primero, de si la orden fue impartida en uso de facultades legítimas por parte del superior; y segundo, de si la orden tendía notoriamente a la perpetración de un delito. Aquí hay que observar que se trata de variables objetivas, esto es, que dependen de que en las circunstancias da-

⁴⁷ López Navarrete, Patricio. "Consideraciones sobre el deber de obediencia en la función pública chilena" *Revista de Derecho Público* [En línea], Número 13 1972 (19 noviembre 2014), pág. 98

<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34626/36330>

⁴⁸ Según el desarrollo expuesto por Mañalich Raffo, Juan Pablo: Miedo insuperable y obediencia jerárquica. 2007 *Revista de Derecho* Vol. XXI - N° 1 - Julio 2008 Páginas 61-73, pág. 72

<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v21n1/art03.pdf>

das, por ejemplo, la orden de sacar a los detenidos por la noche del lugar de su detención, para trasladarlos clandestinamente hacia un terreno desocupado, haya podido ser impartida legítimamente por el superior correspondiente y haya evidenciado una tendencia a la perpetración de un delito.¹⁸ Siendo éste el caso, bajo la suposición de que el superior haya estado facultado para impartir la orden en cuestión, la afirmación de la justificación del cumplimiento de la orden en virtud del deber de obediencia resulta condicionada por la satisfacción del requerimiento procedimental de la representación de esta circunstancia al superior. La pregunta de si el subordinado advirtió o no que la orden en cuestión tendía –objetivamente– a la perpetración de un delito, constituye, en cambio, una cuestión de imputación subjetiva: no advirtiendo esa tendencia de la orden, y asumiendo por ende la satisfacción de todos los presupuestos objetivos de la causa de justificación, el subordinado habrá actuado bajo un error de tipo permisivo, que excluye el dolo.

5.2. El principio de “obediencia reflexiva” en derecho de policía

El Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile, N° 11⁴⁹ dispone lo siguiente:

Artículo 7°.- El que recibe una orden de superior competente, debe cumplirla sin réplica, salvo fuerza mayor o cuando el subalterno sabe que el superior al dictarla no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, en cuyo caso podrá el subalterno suspender el cumplimiento de tal orden o modificarla, según las circunstancias, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insistiere en mantener su orden, el subalterno deberá cumplirla en los términos que la disponga, debiendo, sí, confirmarla por escrito.

El no representar al superior, con el debido respeto, las observaciones necesarias a aquellas órdenes que tiendan a alguna de las consecuencias señaladas, se tendrá como falta de interés por el servicio, aparte de clasificar esta omisión como falta grave, y sin perjuicio de las demás responsabilidades que de tal omisión puedan derivarse.

⁴⁹ Diario Oficial N° 26.794, de 17 de julio de 1967

5.3. El principio de “obediencia reflexiva” en la Administración civil

La Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo⁵⁰ dispone lo siguiente:

Artículo 62.- En el caso a que se refiere la letra f) del artículo anterior, si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones.

Para que le funcionario quede exento de pena, se requiere que la orden sea representada por escrito y no en forma verbal y que la reiteración se produzca igualmente por escrito. La falta de reiteración haría recaer la responsabilidad de la ejecución sobre el subordinado.⁵¹

La eximente no sería aplicable en el caso de órdenes que no recaigan dentro de la órbita de sus deberes "relativos al servicio" o que no sea inherente a las funciones específicas del cargo; cuando la ejecución de la orden constituya un delito, en cuyo caso el funcionario debe abstenerse de actuar, o cuando no exista una relación de jerarquía funcionaria “dentro” de un servicio.⁵²

⁵⁰ D.F.L. Núm. 29.- Santiago, 16 de junio de 2004
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236392>

⁵¹ López Navarete, Patricio. "Consideraciones sobre el deber de obediencia en la función pública chilena" *Revista de Derecho Público* [En línea], Número 13 1972 (19 noviembre 2014), pág. 100
<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34626/36330>

⁵² López Navarete, Patricio. "Consideraciones sobre el deber de obediencia en la función pública chilena" *Revista de Derecho Público* [En línea], Número 13 1972 (19 noviembre 2014), pág. 101
<http://www.revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/34626/36330>

5.4. Adecuación al estándar internacional

El Comité contra la Tortura ha recomendado al Estado chileno la eliminación del principio de obediencia debida del Código de Justicia Militar, que puede permitir una defensa amparada en las órdenes dictadas por superiores, para adecuarlo al párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.⁵³

Varios miembros del Comité se refirieron a la reserva formulada por Chile respecto del párrafo 3 del artículo 2 de la Convención, en la medida en que la disposición modificaba el principio de “*obediencia reflexiva*” establecido en la legislación interna de Chile. Conforme a esa reserva, parecería que un oficial superior sería la única persona responsable de los actos de tortura, siempre que éste confirmara su orden encaminada claramente a la comisión de actos de esa naturaleza, en respuesta a una manifestación de desacuerdo de un subalterno. La “*obediencia reflexiva*” en la legislación chilena tenía al parecer la finalidad de proteger a los individuos, y en particular a los miembros de las fuerzas armadas, de las consecuencias de sus actos, y no de proteger a la sociedad. Por consiguiente, se pidió una aclaración sobre este principio y sobre las disposiciones jurídicas pertinentes, que parecían ser incompatibles con la Convención.⁵⁴

⁵³ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 91

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

⁵⁴ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional pa-

El representante de Chile explicó la diferencia entre la “obediencia debida”, que significaba que el subordinado que obedecía a una orden de un superior quedaría siempre exento de responsabilidad penal, y la “obediencia reflexiva”, plasmada en la legislación chilena, que significaba que todo subordinado que recibiese una orden de un superior que tendiera notoriamente a la comisión de un delito, tenía a la vez el derecho y la obligación de manifestar su desacuerdo con esa orden. Si el superior reiteraba la orden, el subordinado debía ejecutarla, pero salvaba su responsabilidad.⁵⁵

El Comité contra la Tortura ha reiterado su preocupación por las demoras que retrasan la adopción definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que puede permitir una defensa amparada en las órdenes dictadas por superiores. El Comité ha recomendado al Estado parte que agilice el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares. Asimismo, el Comité reitera al Estado parte que elimine el principio de obediencia debida del Código de Justicia Militar.⁵⁶

ra América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 104

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

⁵⁵ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 108

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

⁵⁶ Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. CAT/C/CHL/CO/5 23 de junio de 2009, párr. 14

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7856.pdf?view=1>

Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura CAT/C/CR/32/5 14 de junio de 2004, párr. 7

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1>

6. El deber de obediencia en Colombia

6.1. El principio de obediencia debida

La Corte Constitucional se pronunció acerca de la validez del artículo 15 del Decreto 0085 de 1989 “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”, el cual disponía que:

“ARTICULO 15°. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito”

6.1.1. *Carácter no absoluto*

La doctrina de la Corte Constitucional ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohija la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede.⁵⁷

La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría

⁵⁷ C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social. 58

6.1.2. *La orden del servicio*

La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. 59

6.1.3. *La orden manifiestamente delictiva*

Pueden identificarse en el derecho y la doctrina comparadas, elementos comunes a los distintos regímenes jurídicos en la materia. La obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. La legislación y la jurisprudencia comparada, por lo general, admiten el deber de

⁵⁸ C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

⁵⁹ C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del contenido de la orden. 60

6.2. La prohibición de justificación de la tortura

El Código Penal (Ley N° 599/2000), regula el principio de obediencia debida cual como causa eximente de responsabilidad, en los siguientes términos:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura

El Comité contra la Tortura ha expresado su satisfacción por la adopción por el Estado colombiano de varias leyes internas relevantes en materia de prevención y represión de los actos de tortura y malos tratos. En particular, es destacable la tipificación de los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada y desplazamiento forzado en el nuevo Código Penal (Ley N° 599/2000). Dicho Código estipula además que la obediencia debida no será considerada como causa eximente de responsabilidad cuando se trate de dichos delitos.⁶¹

⁶⁰ C-578/95

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

⁶¹ Comité contra la Tortura CAT/C/CR/31/1, 4 de febrero de 2004. Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 112

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha expresado su preocupación, en razón de que, a pesar de que diversos mecanismos de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra la propia Comisión de Derechos Humanos, han recomendado la reforma del Código Penal Militar, éste seguía sin ser objeto de aprobación por parte de las cámaras legislativas. La Oficina ha transmitido sus observaciones sobre el hecho de que la versión actual del proyecto no está en conformidad con los estándares internacionales. El proyecto no contempla el principio según el cual la causal justificatoria de obediencia debida no es invocable cuando se observen órdenes cuyo cumplimiento haya producido violación de los derechos humanos o crímenes de guerra.⁶²

7. El deber de obediencia en Costa Rica

7.1. Regulación en el derecho administrativo

La Ley General de la Administración Pública⁶³ regula el deber de obediencia, en los siguientes términos:

Del Deber de Obediencia

Artículo 107.-

1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo.

⁶² Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia. E/CN.4/1999/8 16 de marzo de 1999, párr. 137

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1528.pdf?view=1>

Comité contra la Tortura. CAT/C/CR/32/5 14 de junio de 2004, párr. 143

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3368.pdf?view=1>

⁶³ Ley No. 6227 de 28 de abril de 1978

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/5959.pdf?view=1>

2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato.

Artículo 108.-

1. Deberá desobedecer el servidor cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y

b) Que el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

2. La obediencia en una cualquiera de estas circunstancias producirá responsabilidad personal del funcionario, tanto administrativo como civil, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda caber.

Artículo 109.-

1. Cuando no se presente ninguna de las circunstancias enumeradas en los dos artículos anteriores el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibido.

2. El envío de las objeciones escritas salvará la responsabilidad del inferior, pero éste quedará sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado.

3. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes en definitiva.

4. Quedará a salvo lo dispuesto por el artículo 81.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Artículo 110.-

1. En caso de urgencia el inferior podrá salvar su responsabilidad aún si no ha podido enviar sus objeciones por escrito previamente a la ejecución.

2. En estos casos el inferior podrá hacer verbalmente sus objeciones ante el inmediato superior, pero se requerirá la presencia de dos testigos.

Artículo 170.-

1. El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.
2. La ejecución por obediencia del acto absolutamente nulo se regirá por las reglas generales pertinentes a la misma.

Artículo 176.-

1. El acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado.
2. La desobediencia o el incumplimiento del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil y, en su caso penal, del administrado.

8. El deber de obediencia en Guatemala

El Código Penal regula el deber de obediencia debida, en los siguientes términos:

Artículo 25. Son causas de inculpabilidad:

Obediencia debida: Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.⁶⁴

9. El deber de obediencia en Honduras

El Código Penal⁶⁵ dispone en su artículo 24 numeral 6, lo siguiente:

⁶⁴ Decreto No. 17-73 de 05 de julio de 1973

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0136.pdf>

⁶⁵ Decreto N° 144-83

<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1298.pdf?view=1>

Artículo 24. Se halla exento de responsabilidad penal:

6) Quien ejecute un acto por obediencia legítima, siempre que:

a) La orden emane de autoridad competente;

b) El agente tenga la obligación de cumplirla; y,

c) La acción u omisión ordenada no viole o restrinja el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Honduras forme parte.

10. El deber de obediencia en Perú

10.1. Derechos humanos aplicados a la función policial

El Manual de derechos humanos aplicados a la función policial, establece que el funcionario tiene la obligación de hacer cuanto esté a su alcance para impedir toda violación de la ley y oponerse rigurosamente a tal violación; asimismo, los que tengan motivos para creer que se ha producido o se producirá una violación informarán a sus superiores y, si fuera necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.⁶⁶

Por otro lado, no se impondrá ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de Conducta y de los Principios Básicos sobre el empleo de la

⁶⁶ Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

fuerza y de armas de fuego, se nieguen a ejecutar una orden para emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios. 67

Los funcionarios superiores asumirán la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza o de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso. 68

Finalmente, no podrá alegarse obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas. Estos últimos tendrán responsabilidad además, cuando conozcan –debiendo haber conocido- el uso ilícito de la fuerza o armas de fuego por los policías a sus órdenes, sin adoptar las medidas necesarias para impedir, eliminar o denunciarlo. 69

⁶⁷ Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

⁶⁸ Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

⁶⁹ Ministerio del Interior. Manual de derechos humanos aplicados a la función policial. Lima, Perú, junio de 2006, pág. 78

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24506.pdf>

11. El deber de obediencia en Venezuela

11.1. Fundamentos del deber de obediencia

11.1.1. *El principio de jerarquía*

El deber de obediencia deriva del principio de jerarquía. El superior tiene la autoridad para determinarle al inferior como debe realizarse alguna actividad, a tal efecto el no cumplir con una orden superior implica romper con el principio de jerarquía, se traduce en una actitud renuente, pasiva o remisa a lo ordenado.⁷⁰

El principio de jerarquía se encuentra establecido en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública,⁷¹ según el cual, los órganos y entes de la Administración Pública estarán internamente ordenados de manera jerárquica y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión, evaluación y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

11.1.2. *La disciplina de la Fuerza Armada*

Tanto en la esfera castrense como en otras organizaciones y cuerpos policiales y de seguridad del Estado, la obediencia es la columna vertebral de la disciplina y constituye la expresión concreta de la autoridad del mando; es

⁷⁰ CSCA 21/05/2009 Exp. N° AP42-R-2008-000795

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/mayo/1478-21-AP42-R-2008-000795-2009-896.html>

⁷¹ Gaceta Oficial Extraordinaria: 6.147 de fecha 17 de noviembre de 2014

el máximo deber para todos los integrantes de estas instituciones en relación con los superiores en graduación o categoría dentro de los actos del servicio, es decir, dentro de los límites de la esfera estrictamente profesional.⁷²

11.1.3. *El deber de obediencia los cuerpos de policía*

En materia de función policial, ha sido establecido un elevado deber de obediencia. El mismo adquiere mayor importancia en razón de que, en todo agente policial recae la más alta responsabilidad de resguardo y mantenimiento del orden público, protección a la vida, la propiedad, lo cual debe realizarse con la mayor probidad, rectitud, honestidad, eficiencia, eficacia, y los más altos niveles de disciplina y obediencia.⁷³

11.2. Fundamentos del deber de desobediencia

11.2.1. *La nulidad radical de actos violatorios de derechos constitucionales*

Punto de partida del análisis del marco jurídico venezolano, con respecto al deber del funcionario de no cumplir determinadas órdenes superiores, lo constituye el artículo 25 de la Constitución. La norma citada alude a la nulidad radical de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

⁷² SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

⁷³ CSCA Exp. N° AP42-R-2006-000670

<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/1478-21-AP42-R-2006-000670-2010-1476.HTML>

El artículo 45 de la Constitución establece la aplicación de este principio, en materia del delito de desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes.

La Sala Constitucional ha declarado que la norma transcrita pretende la defensa de la Constitución y su eficaz cumplimiento, disponiendo una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos que la misma establece resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad de dichos actos y la responsabilidad de los funcionarios que los dicten o ejecuten.⁷⁴

Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 25 de la Constitución, en materia de violaciones al derecho a la libertad personal, constituye un criterio minoritario en la Sala Constitucional.

El Magistrado *Marcos Tulio Dugarte Padrón* ha señalado que una aprehensión fuera de los supuestos contenidos en el artículo 44 constitucional, haría que tal actuación o acto sea inconstitucional y nulo de nulidad absoluta, por lo que tal arbitrariedad no puede ser sostenida ni convalidada por autoridad judicial alguna, pues, aquello que nace nulo por inconstitucional no puede ser reconocido por el derecho como válido. En su criterio, el propio artículo

⁷⁴ SCON-TSJ 11/06/2002 Exp. n° 00-1281

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1264-110602-00-1281.HTM>

25 de la Carta Magna, postula la inexistencia jurídica de todo acto contrario a la Constitución y que vulnere derechos o garantías constitucionales.⁷⁵

11.2.2. *El deber de cumplir la Constitución*

El deber de obediencia puede entrar en conflicto con el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los reglamentos, los instructivos y las órdenes que deban ejecutar, establecido en el citado artículo 33, numeral 11 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

La propia Ley del Estatuto de la Función Pública se encarga de fijar los parámetros para resolver el conflicto. Al efecto, el artículo 86, numeral 4, establece como causal de destitución, la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, *salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.*

En términos similares, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone en su segundo párrafo que, el incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad

⁷⁵ Voto salvado en SCON-TSJ 18/09/2009 Exp. N° 08-1111
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1181-18909-2009-08-1111.HTML>
Voto salvado en SCON-TSJ 30/09/2009 Exp. 09-0448
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1186-30909-2009-09-0448.HTML>
Voto salvado en SCON-TSJ 19/05/2010 Exp. 09-1217
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/444-19510-2010-09-1217.HTML>
Voto salvado en SCON-TSJ 03/02/2012 Exp. N°: 11-1207
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/03-3212-2012-11-1207.HTML>
Voto salvado en SCON-TSJ 17/06/2014 Exp.- 11-0984
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/165897-754-17614-2014-11-0984.HTML>

de las funcionarias o funcionarios a quienes sea imputable dicho incumplimiento. La norma deja a salvo lo dispuesto en el artículo 8º, según el cual, los funcionarios públicos están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución e incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, *sin que les sirva de excusa órdenes superiores*.

Según la jurisprudencia, las directrices dictadas por un superior jamás podrán estar por encima de los mandatos previstos en las normas del ordenamiento jurídico; en defecto de esta congruencia, la orden es írrita, ilegal y, en ocasiones, inconstitucional. Por ello, a los funcionarios les asiste en todo momento el deber de mantener la vigencia, principalmente, del ordenamiento jurídico, en especial, de las normas y principios recogidos en el servicio especial que prestan.⁷⁶

11.2.3. *El derecho a la dignidad humana del funcionario*

El principio de dignidad humana, garantizado en el artículo 3 de la Constitución, proscribiera que el sujeto pueda ser tratado como un objeto del Estado. Aceptar que los miembros de la Policía están siempre obligados a obedecer y cumplir las órdenes de sus superiores, con absoluta prescindencia acerca de si dicho mandato es, o no, compatible con el orden constitucional o legal,

⁷⁶ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

admitiría transformarlos en simples instrumentos de la voluntad de sus autoridades, con la consiguiente negación de su dignidad humana.⁷⁷

Una obediencia ciega y absoluta a las órdenes superiores conlleva al riesgo de transformar al subalterno en instrumento pasivo de actos arbitrarios, ilegales e incluso, irracionales; este peligro impone limitar la obediencia debida, la cual es necesaria, innegablemente, pero siempre sujeta los extremos que de forma obligatoria se imponen en virtud de exigencias devenidas por el imperio del derecho, la justicia y, en definitiva, el orden de la sociedad.⁷⁸

11.2.4. *La sujeción directa a la Constitución*

La Constitución y las demás leyes derivadas que forman el sistema jurídico, tienen carácter plenamente vinculante para los funcionarios públicos en general, a tenor de lo previsto en los artículos 7, 137 y 139 de la Constitución, los cuales obligan a, al cumplimiento de la normatividad constitucional, como orden supremo del Estado, y a la Ley. Este principio es igualmente aplicable a los funcionarios de policía, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 332 de la Constitución, en concordancia con el artículo 55, último aparte, y *ejusdem*,⁷⁹

⁷⁷ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

⁷⁸ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

⁷⁹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

11.2.5. *El deber de desobediencia de los funcionarios de policía*

No puede existir y no resulta aceptable, ni aún en los círculos más estrictos de las Fuerzas Armadas, la obediencia ciega, entendiendo por tal, el cumplimiento inflexible de una orden, sin observar su licitud ni razones. Tanto la subordinación como la obediencia han de ser dignas, austeras, circunscritas a los límites de la ley. Se obedece a conciencia. Fuera de los límites de la ley no hay obediencia debida.⁸⁰ El principio de subordinación y disciplina de las Fuerzas Policiales no constituye un deber de acatar ciegamente las órdenes impartidas por sus superiores, al margen de su contenido y alcance.⁸¹

Si bien el artículo 33 numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece el deber de los funcionarios de acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos; sin embargo, dichas órdenes deben ser conforme a la Ley y a la ejecución propia del servicio.⁸²

No cabe permitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia y cumplimiento de órdenes que resulten contrarias a los derechos y garantías fundamentales o, en general, a los fines constitucionalmente legítimos que persigue el sistema de Derecho. De esa manera, tanto quien manifiesta el cumplimiento de una orden ilícita, como quien la ejecuta, infringen el ordenamiento jurídico, en mayor o menor gravedad, y en proporción inmediata a la

⁸⁰ SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

⁸¹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

⁸² CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

importancia del bien jurídico mellado como secuela de la ejecución del acto.
83

La obediencia ciega, y la correlativa irresponsabilidad absoluta del policía subalterno –y cualquier otro funcionario- por efecto de ella, repudian a la Constitución. El subalterno policial está vinculado de forma especial y relevante al deber superior de respetar la Ley y proteger efectivamente los derechos de las personas, como miembro de un órgano de seguridad ciudadana que es; la completa e incondicional obediencia del policía subalterno, muy posiblemente lo convertiría en un peligro de consecuencias catastróficas para la vida institucional y social, atendiendo a las circunstancias vergonzosas que podría en determinados casos permitir, bajo el manto de estar cumpliendo órdenes superiores.⁸⁴

Recuérdese que los miembros policiales, junto a cualquier otro funcionario, juran el cumplimiento irrestricto a la Constitución y a las leyes, y por ello, no se concibe ni puede tolerarse que éstos se aparten deliberadamente de su observancia obligatoria, más cuando de ellos pende la subsistencia armónica y pacífica de la ciudadanía. En efecto, la función primordial y en mayor grado general que corresponde desarrollar el estamento policial es de trascendental importancia para el Estado y la sociedad, en atención a que su accionar garantiza que la ciudadanía ejercite a plenitud sus derechos y liberta-

⁸³ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

⁸⁴ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

des dentro del marco de la Constitución y la ley, y garantizar la supervivencia pacífica dentro del entorno social.⁸⁵

11.3. La obediencia debida en el ámbito laboral

En horas de la tarde se presentó al local de Pollos Arturos, el ciudadano ANDREW, en actitud sospechosa, el cual se dirigió inmediatamente al baño, antes de llegar a él fue interceptado por el acusado ciudadano: FREDDY ENRIQUE, quien se desempeñaba para el momento como delegado de seguridad en el referido local, a los fines de indicarle que le mostrara el ticket de consumo, por cuanto es la normativa de la empresa que para el uso de los baños es exclusivo para los usuarios y consumidores del referido local y de esa manera lograr controlar a los mendigos, buhoneros y transeúntes típicos de la zona y los cuales acuden a los baños de los distintos locales de expendio de alimentos con el objeto de lavar ropa, afeitarse, lavarse los pies e inclusive robar a los usuarios de estos establecimientos, a lo cual el ciudadano AGUILAR HERMOSO ANDREW, le hizo caso omiso siguiendo su ruta hacia el baño, al ver esta actitud el acusado procede a manifestarle nuevamente que no puede usar el baño si no ha consumido dentro del local, generándose así una situación de agresividad y violencia donde el acusado le da un golpe en la cara al ciudadano: AGUILAR HERMOSO ANDREW.”⁸⁶

11.4. La obediencia y la responsabilidad penal

El artículo 65, numeral 2 del Código Penal dispone, que no es punible, el que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal.

El Comité contra la Tortura ha expresado su preocupación por la subsistencia en el Código Penal, de disposiciones que eximen de responsabilidad pe-

⁸⁵ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

⁸⁶ <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2007/agosto/1723-9-2415-2007-.html>

nal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior, incompatibles tanto con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución como con el artículo 2.3 de la Convención. 87

El Comité recomendó derogar las normas sobre exención de responsabilidad penal por obrar en cumplimiento de obediencia debida a un superior, las que no obstante ser contrarias a la Constitución, en los hechos dejan a la interpretación judicial disposiciones incompatibles con el artículo 2.3 de la Convención. 88

11.5. La obediencia y la responsabilidad penal de militares

El Comité contra la Tortura ha expresado su preocupación por la subsistencia en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar, de disposiciones que eximen de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior, incompatibles tanto con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución como con el artículo 2.3 de la Convención. 89

⁸⁷ Comité contra la Tortura Informe sobre el quincuagésimo cuarto período de sesiones Suplemento No. 44 (A/54/44), 26 de junio de 1999. Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 232
<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

⁸⁸ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 234
<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

⁸⁹ Comité contra la Tortura Informe sobre el quincuagésimo cuarto período de sesiones Suplemento No. 44 (A/54/44), 26 de junio de 1999. Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países

El Comité recomendó derogar las normas sobre exención de responsabilidad penal por obrar en cumplimiento de obediencia debida a un superior, las que no obstante ser contrarias a la Constitución, en los hechos dejan a la interpretación judicial disposiciones incompatibles con el artículo 2.3 de la Convención. 90

11.5.1. *La obediencia debida*

El artículo 397 del Código Orgánico de Justicia Militar regula la obediencia debida, como causa de justificación, en los siguientes términos:

Artículo 397. Está exento de pena:

1. El que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.
3. El que obra en virtud de obediencia legítima y debida, siempre que sea ejecutada la orden en los términos en que fue recibida.

Para determinar el grado de culpabilidad en la ejecución de las órdenes, éstas deben ser dadas por escrito, salvo imposibilidad debidamente comprobada.

11.5.2. *El delito de insubordinación*

Los artículos 512 y siguientes del Código Orgánico de Justicia Militar,⁹¹ regulan el delito de insubordinación, en los términos siguientes:

Artículo 512. Incurrir en delito de insubordinación:

en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 232

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1496>

⁹⁰ Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países en América Latina y el Caribe (1988-2005). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Chile, diciembre 2005, pág. 234

<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CATLibro.pdf>

⁹¹ Gaceta Oficial N° 5263 Extraordinario de fecha 17 de septiembre de 1998

1. El militar que viola manifiestamente una orden del servicio o se resista al cumplimiento de ella.

2. El militar que en cualquier forma falte al respeto debido a la autoridad o a la dignidad del superior.

Artículo 513. En los casos del inciso 1º del artículo anterior, la insubordinación será castigada:

1. Con pena de diez a dieciséis años de presidio, cuando ocurre frente al enemigo.

2. Con presidio de tres a seis años, cuando ocurre en formación o en cualquiera otro acto del servicio.

3. Con prisión de uno a tres años, en todos los demás casos.

Artículo 514. En los casos del inciso 2º del artículo 512, la insubordinación será castigada con pena de seis a doce años de presidio:

1. Cuando al frente del enemigo y en presencia de la tropa se ataca, insulta u ofende de palabra o por vías de hecho al superior.

2. Cuando sin estar frente al enemigo pero en presencia de la tropa formada con armas, se le ataca u ofende por vías de hecho.

Artículo 515. Cuando los casos de insubordinación a que se refiere el artículo anterior ocurren en cualquiera otros actos del servicio, la pena será:

1. Doce a veinte años de presidio, si hubiere ocasionado la muerte al superior.

2. Presidio de seis a doce años, si le ofende de obra o por vías de hecho, o se le infiere herida o lesión.

3. Prisión de uno a dos años, si se le falta al respeto en cualquier otra forma.

Artículo 516. Toda falta de respeto al superior se presume cometida en acto del servicio, salvo prueba en contrario.

Artículo 517. Las personas sin carácter ni asimilación militar que en buque, cuartel o establecimiento militar se encuentren prestando algún servicio, incurran en cualquiera de los delitos a que se refiere esta sección sufrirán las mismas penas señaladas en los artículos anteriores, reducidas a la mitad.

Artículo 518. A los fines de la aplicación de las penas previstas en los artículos precedentes, se considerará agravante el grado de dependencia que tenga el infractor con respecto al superior a quien se le haya cometido la insubordinación.

Debe entenderse por insubordinación la resistencia a órdenes dadas por los superiores o, lo que es lo mismo, la negativa a obedecer, sistemática y persistente. Igualmente, no debe confundirse la insubordinación con la indisciplina, ni con la desobediencia.⁹²

Otro aspecto a tomar en consideración para la penalidad de este tipo de conductas es la relación existente entre un superior y un subalterno, esta relación tiene su núcleo en el vínculo de obediencia y de respeto entre Militares, a tal punto que a los fines de aplicación de una eventual pena, es considerada como agravante el grado de dependencia que tenga el Subalterno con el atropello a su autoridad.⁹³

El bien jurídico tutelado en el acto de insubordinación es la disciplina y la subordinación, independientemente del grado o jerarquía que se tenga. La subordinación es parte de la disciplina, pero parte tan esencial que sin ella las otras no pueden conjuntamente existir. Y aunque la subordinación es posible sin la disciplina, porque toda tropa que principia carece necesariamente de ésta, hasta que la va, por medio de aquélla, gradualmente adquiriendo, no puede darse de modo alguno lo contrario, por ser la disciplina una continuada serie de actos de subordinación.⁹⁴

⁹² Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

⁹³ Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

⁹⁴ Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

De acuerdo a lo previsto en el artículo 512 del Código Orgánico de Justicia Militar, el delito de insubordinación describe dos conductas específicas: el militar que viola manifiestamente una orden del servicio o se resista al cumplimiento de la orden, y el militar que en cualquier forma falte el respeto debido a la autoridad o dignidad del superior.⁹⁵

En cuanto al supuesto de la falta al respeto a la autoridad, se debe observar, en primer lugar, la transgresión que hace el subalterno a la jerarquía militar, y en segundo lugar, la relación existente entre el superior y el subalterno.⁹⁶

Esta hipótesis describe la vulneración que hace el subalterno a la jerarquía militar. En este delito militar se debe tomar en consideración el momento de la perpetración, así como los efectos que produce y los antecedentes que lo originaron. Es punible en razón de la alarma y trascendencia que tiene para la disciplina la acción del que en esa forma desconoce y atropella la autoridad del superior, colocando así en peligro a la subordinación como principio fundamental de rango constitucional sobre el que descansa la Fuerza Armada Nacional.⁹⁷

⁹⁵ Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

⁹⁶ Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

⁹⁷ Voto salvado de la Magistrada Úrsula María Mujica Colmenarez, SCP-TSJ 19/06/2013 EXP. NRO. AA30-P-2011-000344

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/junio/229-19613-2013-C11-344%20%20.HTML>

11.6. La obediencia y la responsabilidad disciplinaria

11.6.1. *El deber de obediencia*

El deber de obediencia de los funcionarios públicos se encuentra establecido en el artículo 33, numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según el cual, los funcionarios públicos están obligados a acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos.

La obediencia ha sido definida como la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia; el sometimiento espontáneo al dictado ajeno, bien por sumisión jerárquica impuesta, bien por el cumplimiento del deber.⁹⁸ El incumplimiento del deber de obediencia exigido a los funcionarios, consiste en el desacato a una orden o una instrucción.⁹⁹

La aplicación de la sanción exige la comprobación, a través de medios de pruebas validos, de los siguientes elementos:¹⁰⁰

- En primer lugar, la existencia de una desobediencia a ordenes;
- En segundo lugar, que aquellas órdenes hayan sido impartidas por su supervisor inmediato, no así de otro funcionario aún cuando sea de mayor jerarquía;¹⁰¹
- Tercero, que las órdenes hayan sido impartidas en ejercicio de las competencias que el supervisor tiene atribuidas;

⁹⁸ SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

⁹⁹ CSCA 21/05/2009 Exp. N° AP42-R-2008-000795

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/mayo/1478-21-AP42-R-2008-000795-2009-896.html>

¹⁰⁰ Juzg Sup 1ro Civil y Contencioso Administrativo Región Capital 30/07/2009 Exp. N° 7488

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/junio/2106-30-7488-73-2009.html>

¹⁰¹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

- Cuarto, que las órdenes estén referidas a tareas del funcionario al cual se imputa la desobediencia; y
- Quinto, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas¹⁰² y que las tareas que se ordenó efectuar al funcionario no constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.

11.6.2. *Requisitos formales de la orden*

Caso: Omar Enrique

El funcionario suscribió cinco (5) contratos de compra-venta, para adquirir un inmueble, sin tener competencia para ello. Alega que recibió órdenes verbales del entonces Ministro de Finanzas.¹⁰³

Las instrucciones del superior jerárquico pueden establecer, bien un deber genérico de obediencia, o bien una orden de servicio o de jerarquía en donde se instruye la conducta del subordinado para un caso específico, concreto e individualizado y respecto al cual, éste último debe decidir una acción o conducta o realizar alguna actuación.¹⁰⁴

En algunos casos, la jurisprudencia ha exigido que la insubordinación o la desobediencia se encuentre referida a una orden o instrucción concreta hecha por escrito, a objeto de facilitar la prueba y de evitar la determinación subjetiva de la falta. Por tal motivo, ha sido declarada la nulidad de sancio-

¹⁰² CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹⁰³ SPA-TSJ 13/07/2011 Exp. N° 2010-0712

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00954-14711-2011-2010-0712.HTML>

¹⁰⁴ SPA-TSJ 17/05/2011 Exp. N° 2008-0222

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00661-18511-2011-2008-0222.HTML>

nes impuestas por la falta de insubordinación, en casos en que el lineamiento había sido impartido verbalmente.¹⁰⁵

Sin embargo, estimamos razonable el criterio, según el cual, la orden puede ser verbal o escrita. Tampoco es preciso que el superior la formule, al inferior de forma directa y personal, sino que basta que existan instrucciones precisas de las que este haya tenido –por ejemplo, a través de otras personas del servicio- conocimiento pleno y cabal, o que sea una práctica común a todos los funcionarios de una dependencia administrativa. En consecuencia, puede admitirse en ciertos casos que las órdenes no se documenten por escrito, sino que se expresen en forma verbal, -como por ejemplo las órdenes impartidas en instituciones militares y no militares como las policías, cuerpos de bomberos y de seguridad y administración de desastre-, relativos al desempeño diario de sus tareas funciones y deberes.¹⁰⁶

Se ha afirmado la comisión de la falta de desobediencia, en un caso en el cual, la Fiscalía Quinta de la Circunscripción Judicial del estado Monagas había girado instrucciones de proceder a la retención de un vehículo MARCA FORD, TIPO AUTOBUS, DE COLOR AMARILLO, MODELO F-350, por un accidente relacionado con una investigación penal, el cual debía quedar a la orden de la mencionada Fiscalía. Sin embargo, el jefe de la comisaría ordenó la devolución del vehículo a sus supuestos propietarios.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Juzg Sup 1ro Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección y de lo Contencioso Administrativo Edo Bolívar 27/07/2007

<http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2007/julio/1897-27-10.910-.html>

También en este sentido: SPA-TSJ 13/07/2011 Exp. N° 2010-0712

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00954-14711-2011-2010-0712.HTML>

¹⁰⁶ CSCA Exp. N° AP42-R-2006-000670

<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/1478-21-AP42-R-2006-000670-2010-1476.HTML>

¹⁰⁷ Juzg Sup Quinto Cont-Admin Región Sur Oriental 30/05/2011 Exp. No. 4255

<http://monagas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2011/MAYO/1696-30-4255-.HTML>

11.6.3. *La orden de servicio*

Caso: Edgar Enrique: El recurrente se trasladó a la población de Cúpira para cumplir diligencias personales del Inspector Jefe, en un vehículo recuperado, objeto de investigación.¹⁰⁸

Una orden del servicio es aquella cuyo contexto entraña la ejecución de un acto propiamente del servicio. Por esta clase de actos se comprende tan solo aquel que es inseparable de ese carácter; en el sentido de que el contenido del mandato se halle inspirado en las exigencias del servicio. Si el contenido de la orden es abiertamente ilegítimo y atenta contra los intereses que la institución defiende, no se reputará orden del servicio y el inferior que la deja de observar no podrá ser juzgado por desobediencia.¹⁰⁹

Las órdenes del servicio comprenden o se circunscriben a las funciones y el desarrollo propio del servicio público particular que se ejerce; sus efectos han de estar dirigidos a materializar el carácter o elemento de tipo público especial que corresponde a las atribución del órgano administrativo de que se trate, y no debe contener ni debe referirse a puntos o circunstancias que atenten o desconozcan el desarrollo mismo de la prestación pública, trastornándolo en detrimento de los deberes inherentes al interés general.¹¹⁰

¹⁰⁸ SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

¹⁰⁹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹¹⁰ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

No puede catalogarse como una orden legítima relativa al servicio, la orden emitida por el funcionario superior cuando trae como consecuencia, el incumplimiento de una función propia del servicio prestado.¹¹¹

En cuanto al grado de evidencia de la inexistencia de la orden de servicio, la jurisprudencia ha considerado suficiente el conocimiento del funcionario, que se trataba del cumplimiento de una diligencia personal del emisor de la orden;¹¹² o bien que el funcionario estaba en perfecto conocimiento que la orden era contraria a sus deberes policiales.¹¹³

11.7. La orden de cometer un delito

Ejercicio: Valentín De la Cruz

El Agente del Orden Público, Valentín De la Cruz, cumplió la orden clara y expresa por parte del Cabo Segundo, de no asentar en el Libro de Novedades la actuación realizada por los Funcionarios referida a la detención de dos ciudadanos por una falta contra la Moral Pública. Los detenidos denunciaron que fueron objeto de abuso sexual y extorsión por parte de los funcionarios de policía.¹¹⁴

Ejercicio: Eliezer Isaac

Siendo aproximadamente las 4:00 A.M. encontrándose en labores de patrullaje, los funcionarios se percataron de que un ciudadano estaba apuntando a otro con un arma de fuego, efectuándole inmediatamente a este ciudadano una revisión de personas y de vehículo. El arma de fuego le fue devuelta directamente a la madre de uno de los ciudadanos. El funcionario alegó que, su supervisor le dio instrucciones para dejar en libertad al sujeto.¹¹⁵

¹¹¹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹¹² SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

¹¹³ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹¹⁴ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹¹⁵ Juzg Sup Civil y Cont-Admin Región Centro Occidental 20/01/2011 ASUNTO: KP02-N-2010-0000090

Ejercicio: Salvador S.

El funcionario Salvador S., recibió la orden del Sub Comisario de movilizar la cantidad de 1994 kilogramos aproximadamente de cocaína, que se encontraba en custodia en la Base de Apoyo de Inteligencia N° 402, Valle de La Pascua, Estado Guárico al Parque de Armas de dicha sede, sin autorización previa del Tribunal Penal y sin la presencia del Ministerio Público.¹¹⁶

Ejercicio Marvin Javier

El funcionario recibió dos cadenas de oro, que le habían sido retenidas al ciudadano: Eladannys, pero, cumpliendo instrucciones superiores, no las reflejó en el acta policial por no ser objetos de interés criminalístico, en vista que para el momento no se presentaron facturas de compra de esos objetos.¹¹⁷

La orden de cometer un delito, aunque esté ocasionada por relaciones de servicio, no constituye materia tocante al servicio ni pertenece a la esfera de la autoridad superior.¹¹⁸

La orden de un superior de no informar acerca de un delito puede llegar a constituir un acto delictivo. Se falta así a un deber legal de cumplir con funciones encomendadas, además de afectar el efectivo desempeño de la Institución.¹¹⁹

<http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2011/enero/648-20-KP02-N-2010-000090-KP02-N-2010-000090.html>

¹¹⁶ CSCA 19/05/2010 Exp. N° AP42-R-2008-001803

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/mayo/1478-19-AP42-R-2008-001803-2010-670.html>

¹¹⁷ Juzg Sup Civil y Cont-Admin Región Centro Occidental 06/08/2014 EXP. N° KP02-N-2011-000726

<http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/AGOSTO/648-6-KP02-N-2011-000726-KP02-N-2011-000726.HTML>

¹¹⁸ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹¹⁹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

11.8. La ilegalidad manifiesta

Caso: Edgar Enrique. El actor conocía la procedencia del vehículo empleado, sabía que se trataba de un vehículo recuperado por el organismo, de procedencia dudosa, y no de un vehículo particular.¹²⁰

En cuanto al grado de evidencia de la contrariedad a derecho de la orden, el artículo 86, numeral 4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se refiere a la *infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal*. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva. En ciertos casos ha exigido, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas;¹²¹ Mientras que en otros casos, ha considerado suficiente el conocimiento del funcionario de la irregularidad.¹²²

11.9. El deber de advertir la ilegalidad

Caso: Edgar Enrique. En el curso de la investigación disciplinaria abierta contra el Inspector Jefe, la Administración consideró que el recurrente incurrió en falta contra la obediencia debida al no ceñirse a la verdad al momento de informar hechos que estaba obligado a poner en conocimiento de la superioridad, pues, de la lectura de las declaraciones rendidas ante el funcionario instructor de la causa, se desprende que el recurrente mintió cuando, habiéndose trasladado a la población de Cúpira para cumplir diligencias personales del Inspector Jefe Tony Grillet, dijo haberlo hecho en un vehículo particular, cuando en realidad se movilizó en el vehículo recuperado, objeto de investigación.¹²³

¹²⁰ SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

¹²¹ CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹²² SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

¹²³ SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

En el caso de una orden que resulta a todas luces ilegítima, el funcionario tiene el deber de alertar a la superioridad, de la ilegal orden recibida. El término “superioridad”, debe ser entendido, no como el superior inmediato, en tanto que de él emanaba el ilegal pedido, sino al superior en la línea de mando o a los funcionarios que reciben la guardia al día siguiente. Con tal actuación el funcionario de policía no hubiera incurrido en violación del órgano regular; sino que por el contrario, se hubiera eximido de cometer la falta por la cual fue sancionado.¹²⁴

11.9.1. *Proporcionalidad*

Para que el desacato a una orden o una instrucción sea causal de la sanción de destitución, la orden en cuestión ha de ser clara, concreta y, de tal entidad e importancia que resquebraje el deber de obediencia o altere el elemento jerarquía. De lo contrario podría significar una falta de respeto o una falta de consideración, pero no insubordinación.¹²⁵

12. Resumen

El artículo 65, numeral 2 del Código Penal dispone, que no es punible, el que obra en virtud de obediencia legítima y debida. En este caso, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal.

¹²⁴ SPA-TSJ 11/05/2004 Exp. N° 1997-13523

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Mayo/00438-110504-1997-13523.htm>

CSCA Exp. N° AP42-R-2008-000807

http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/marzo/1478-9-AP42-R-2008-000807-2010-289.html

¹²⁵ CSCA 21/05/2009 Exp. N° AP42-R-2008-000795

<http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/mayo/1478-21-AP42-R-2008-000795-2009-896.html>

Las disposiciones que eximen de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior, contenidas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas y en el Código de Justicia Militar, son incompatibles tanto con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución como con el artículo 2.3 de la Convención.

Punto de partida del análisis del marco jurídico venezolano, con respecto al deber del funcionario de no cumplir determinadas órdenes superiores, lo constituye el artículo 25 de la Constitución. La norma citada alude a la nulidad radical de todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

El artículo 45 de la Constitución establece la aplicación de este principio, en materia del delito de desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes.

La Sala Constitucional ha declarado que la norma transcrita pretende la defensa de la Constitución y su eficaz cumplimiento, disponiendo una consecuencia jurídica para aquellos casos en que los derechos que la misma establece resulten transgredidos por actos del Poder Público, como es la nulidad de dichos actos y la responsabilidad de los funcionarios que los dicten o ejecuten.

Sin embargo, la aplicabilidad del artículo 25 de la Constitución, en materia de violaciones al derecho a la libertad personal, constituye un criterio minoritario en la Sala Constitucional.

La Ley del Estatuto de la Función Pública establece como causal de destitución, la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor o supervisora inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público, *salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.*

En términos similares, la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que los funcionarios públicos están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución e incurren en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, por los actos, hechos u omisiones que en el ejercicio de sus funciones violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley, *sin que les sirva de excusa órdenes superiores.*

Según la jurisprudencia, las directrices dictadas por un superior jamás podrán estar por encima de los mandatos previstos en las normas del ordenamiento jurídico; en defecto de esta congruencia, la orden es írrita, ilegal y, en ocasiones, inconstitucional. Por ello, a los funcionarios les asiste en todo momento el deber de mantener la vigencia, principalmente, del ordenamiento jurídico, en especial, de las normas y principios recogidos en el servicio especial que prestan.

El principio de subordinación y disciplina de las Fuerzas Policiales no constituye un deber de acatar ciegamente las órdenes impartidas por sus superiores, al margen de su contenido y alcance.

El deber de obediencia de los funcionarios públicos se encuentra establecido en el artículo 33, numeral 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según el cual, los funcionarios públicos están obligados a acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos.

La aplicación de la sanción exige la comprobación, a través de medios de pruebas válidos, de los siguientes elementos: En primer lugar, la existencia de una desobediencia a órdenes; En segundo lugar, que aquellas órdenes hayan sido impartidas por su supervisor inmediato, no así de otro funcionario aún cuando sea de mayor jerarquía; Tercero, que las órdenes hayan sido impartidas en ejercicio de las competencias que el supervisor tiene atribuidas; Cuarto, que las órdenes estén referidas a tareas del funcionario al cual se imputa la desobediencia; y Quinto, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas y que las tareas que se ordenó efectuar al funcionario no constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal.

En algunos casos, la jurisprudencia ha exigido que la insubordinación o la desobediencia se encuentre referida a una orden o instrucción concreta hecha por escrito, a objeto de facilitar la prueba y de evitar la determinación subjetiva de la falta. Por tal motivo, ha sido declarada la nulidad de sancio-

nes impuestas por la falta de insubordinación, en casos en que el lineamiento había sido impartido verbalmente.

Sin embargo, estimamos razonable el criterio, según el cual, la orden puede ser verbal o escrita. Tampoco es preciso que el superior la formule, al inferior de forma directa y personal, sino que basta que existan instrucciones precisas de las que este haya tenido –por ejemplo, a través de otras personas del servicio- conocimiento pleno y cabal, o que sea una práctica común a todos los funcionarios de una dependencia administrativa.

La orden de cometer un delito, aunque esté ocasionada por relaciones de servicio, no constituye materia tocante al servicio ni pertenece a la esfera de la autoridad superior.

En cuanto al grado de evidencia de la contrariedad a derecho de la orden, el artículo 86, numeral 4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se refiere a la *infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal*. Sin embargo, la jurisprudencia ha realizado una interpretación extensiva. En ciertos casos ha exigido, que la orden esté revestida de todas las formas legales previstas; Mientras que en otros casos, ha considerado suficiente el conocimiento del funcionario de la irregularidad.

También ha sido establecido por vía jurisprudencial que, el caso de una orden que resulta a todas luces ilegítima, el funcionario tiene el deber de alertar a la superioridad, de la ilegal orden recibida.

En el derecho internacional se le exige al subordinado el deber de revisar las órdenes impartidas por el superior y no acatarlas en el caso de que se trate de actos ilícitos, en especial, si se trata de una violación a los derechos humanos. El deber de desobediencia es especialmente válido, en los casos de uso de la fuerza y las armas de fuego, por funcionarios de ejecución de la ley; en el caso de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias; en los casos de tortura y otros tratos o pena crueles, inhumanos o degradantes. En tales casos existe una prohibición absoluta de justificación.

De igual forma se reconoce la responsabilidad del superior jerárquico, de conocer si bajo su órbita de mando se cometen violaciones a los derechos humanos. La normativa internacional también hace responsable a quien debe supervisar el accionar legal y legítimo de sus subordinados a cargo.

Prohibición de la impunidad supone que, son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas.

Los Estados deben incorporar garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre "arrepentidos", la competencia de los tribu-

nales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.

Los miembros de los cuerpos de seguridad deben recibir entrenamiento y capacitación adecuados. El Estado debe adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuanto a la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo, conceptos de obediencia debida y la función de dichas instituciones en tales situaciones.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del código de conducta, tienen el deber de informar de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

No deben ser aplicadas sanciones administrativas ni de otro tipo a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley por haber informado de que ha ocurrido o va a ocurrir una violación del mencionado Código.

En Alemania, la Ley Federal de Funcionarios Públicos (BBG) dispone que los funcionarios públicos deben hacer valer sus observaciones con respecto a la inconformidad a derecho de las órdenes de servicio, sin demora ante a la o el superior inmediato. Si la orden es mantenida y persisten las objeciones en su contra, deben acudir ante el funcionario próximo superior. Si se

confirma la orden, los funcionarios tendrán que ejecutarla y estarán exentos de responsabilidad. Esto no se aplica si el comportamiento aplicado infringe la dignidad humana o es delito penal o falta administrativa y la penalidad o la contravención es reconocible para la funcionaria o funcionario. La confirmación debe ser extendida por escrito, a petición.

En criterio de *Roxin*, esto demuestra que aún no se ha eliminado totalmente en el Derecho vigente el deber de ejecutar acciones punibles. Sólo se produce una excepción en caso de "que la decisión del superior ya no sea sostenible en el aspecto fáctico o en el jurídico", y por tanto sea evidente la punibilidad de la conducta ordenada.

En el conflicto entre el deber de obediencia y la prohibición de cometer acciones antijurídicas, tiene preferencia el interés en la obediencia del funcionario y el militar, si se trata de infracciones poco importantes; en cambio, en caso de infracciones más graves, tiene prioridad el interés en evitar el injusto.

Entre los elementos de ponderación debe tomarse en cuenta si se ponen en juego bienes jurídicos fundamentales del ciudadano, especialmente los protegidos por el Derecho penal (desde la libre disposición sobre la morada hasta la propiedad o la integridad física); la existencia de un sistema de responsabilidad del Estado, así como la posibilidad de justificación de la resistencia defensiva del afectado.

En Argentina ha sido desarrollado el tema de la autoría mediata, de quienes tenían facultades de mando como para poner en marcha la ejecución de un plan que controlaban como jefes de la estructura organizada y cuyos instrumentos -personal inferior- resultan altamente fungibles si se plantearan objeciones al cumplimiento de un acto individual. Son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical) y 2) la fungibilidad o intercambiabilidad del ejecutor.

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva hacia abajo con poder de mando autónomo.

De acuerdo a la teoría aplicable, cuanto más arriba está el hombre del escritorio y más lejos de la actuación personal en el delito, mayor será su responsabilidad porque se incrementa su dominio respecto de los hechos.

La regulación del deber de obediencia debe tomar en consideración por una parte el valor del normal funcionamiento de la administración, puesto que, la revisión permanente de cada detalle de la juridicidad de una orden, podría entorpecer de modo irrazonable el espontáneo acatamiento de los actos administrativos. Estos valores deben ser conciliados con la vigencia de las instituciones democráticas y el respeto básico de la dignidad humana: la autonomía ética del hombre.

En criterio de *Zaffaroni*, debemos determinar si existe o no el deber de revisar el contenido de la orden, como parte de un control mutuo de legalidad, tal como suele suceder en la administración, o si predomina el deber de ejecutar la orden, como acontece en el derecho militar. Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, el deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido.

En la jurisprudencia, más allá de si quien recibe la orden tiene o no facultades de revisión del contenido de dicha orden, de impartirse una orden manifiestamente ilegal en su contenido, cesa el deber jurídico de cumplirla. Allí cuando se trate de órdenes cuya ilicitud se revela de manera manifiesta, la limitación del conocimiento del subordinado respecto del contenido de los mandatos recibidos, no obsta su posibilidad de comprender la antijuridicidad de la conducta que se le ordena cometer.

En criterio de *Sancinetti*, aún en casos en que el subalterno no tenga error alguno, y considere, por tanto, ilegítima a la orden que efectivamente lo sea, él debería quedar justificado, mientras: 1) se pueda pensar que la ilicitud no podía ser considerada de antemano, por el propio inferior como manifiesta y evidentemente ilícita aun para cualquier observador imparcial y razonable posterior; y si, además, 2) el delito cometido al cumplir la orden no implica-

ra, a su vez, una lesión jurídica de mayor gravedad que la que tuviera para el derecho vigente, la desobediencia misma.

En Chile se establece el principio de “obediencia reflexiva” en derecho militar. El inferior puede suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior. Pero si éste insistiere en su orden, la misma deberá cumplirse.

Para que el funcionario quede exento de pena, se requiere que la orden sea representada por escrito y no en forma verbal y que la reiteración se produzca igualmente por escrito. La falta de reiteración haría recaer la responsabilidad de la ejecución sobre el subordinado.

La eximente no sería aplicable en el caso de órdenes que no recaigan dentro de la órbita de sus deberes "relativos al servicio" o que no sea inherente a las funciones específicas del cargo; cuando la ejecución de la orden constituya un delito, en cuyo caso el funcionario debe abstenerse de actuar, o cuando no exista una relación de jerarquía funcionaria “dentro” de un servicio.

El Comité contra la Tortura ha recomendado al Estado chileno la eliminación del principio de obediencia debida del Código de Justicia Militar, que puede permitir una defensa amparada en las órdenes dictadas por superiores, para adecuarlo al párrafo 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En Colombia, la doctrina de la Corte Constitucional ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio.

La obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. Por lo general, se admite el deber de obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del contenido de la orden.

En Costa Rica, la Ley General de la Administración Pública regula el deber de obediencia, en el sentido que, el servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato; cuando la orden tenga por objeto la realización de actos evidentemente extraños a la competencia del inferior; y cuando el acto sea manifiestamente arbitrario, por constituir su ejecución abuso de autoridad o cualquier otro delito.

Cuando no se presente ninguna de las circunstancias indicadas el servidor deberá obedecer aunque el acto del superior sea contrario al ordenamiento por cualquier otro concepto, pero en este último caso deberá consignar y enviar por escrito sus objeciones al jerarca, quien tendrá la obligación de acusar recibo. El envío de las objeciones escritas salva la responsabilidad del inferior, pero éste queda sujeto a inmediata ejecución de lo ordenado. Cuando la ejecución inmediata pueda producir daños graves de imposible o difícil reparación, el inferior podrá suspenderla, sujeto a responsabilidad disciplinaria y eventualmente civil o penal si las causas justificantes resultaren inexistentes en definitiva.

En Guatemala, el Código Penal regula el deber de obediencia debida, en el sentido que, la obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones: a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.¹²⁶

En Honduras, el Código Penal dispone que, se halla exento de responsabilidad penal, quien ejecute un acto por obediencia legítima, siempre que: a) La orden emane de autoridad competente; b) El agente tenga la obligación de cumplirla; y, c) La acción u omisión ordenada no viole o restrinja el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Re-

¹²⁶ Decreto No. 17-73 de 05 de julio de 1973

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0136.pdf>

pública y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Honduras forme parte.

En Perú, el funcionario tiene la obligación de hacer cuanto esté a su alcance para impedir toda violación de la ley y oponerse rigurosamente a tal violación; asimismo, los que tengan motivos para creer que se ha producido o se producirá una violación informarán a sus superiores y, si fuera necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

Por otro lado, no se impondrá ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de Conducta y de los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego, se nieguen a ejecutar una orden para emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios.

Los funcionarios superiores asumirán la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza o de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.

Finalmente, no podrá alegarse obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas. Estos últi-

mos tendrán responsabilidad además, cuando conozcan –debiendo haber conocido- el uso ilícito de la fuerza o armas de fuego por los policías a sus órdenes, sin adoptar las medidas necesarias para impedir, eliminar o denunciarlo.

