

# LA OBEDIENCIA DEBIDA

Miguel Angel Mejía Linares<sup>1</sup>  
Teniente de Navío  
República de El Salvador

*Requiere conciencia e intelecto conocer cuando,  
la virtud de la obediencia, debe ser sustituida  
por la virtud de la desobediencia.*

## Introducción.

La Obediencia Debida, sin ser ni remotamente uno de los temas centrales del derecho, ha sido de gran preocupación, desde hace mucho tiempo, de los autores de derecho penal y de derecho administrativo. Hay en el tema múltiples dificultades para conocer su esencia y el largo camino para descifrarle ha sido transitado por múltiples ilustres juristas, aportando algunas intuiciones geniales y otros siendo muy modestos.

El trabajo aquí expuesto pretende hacer un discreto aporte al conocimiento de lo que, en la actualidad, la doctrina en general tiende a definir y conceptualizar como obediencia debida. El entendimiento de este concepto es de especial relevancia no solamente en el espectro del derecho, sino en el ámbito mucho más estrecho en que se desarrolla el acontecer diario de nosotros, quienes somos profesionales de la carrera de las armas y desarrollamos nuestras actividades al interior de las instituciones jerárquicas denominadas fuerzas armadas.

\* \* \*

Marzo de 1799, durante la campaña de Napoleón en Egipto.

*"Por todas partes se oían los gritos y los lamentos lanzados por quienes no han podido escapar, que, a su vez, son desollados.*

*Napoleón envía a dos de sus ayudantes de campo para calmar en lo posible el furor de los soldados.*

*Los sitiados les gritan que se rinden si se les garantiza la vida. Los enviados aceptan y conducen aquellos tres o cuatro mil prisioneros hacia el campamento francés.*

*Al verlos llegar, Bonaparte levanta sus brazos al cielo: ¿Qué queréis que haga yo? ¿Tengo víveres para alimentarlos? ¿Tengo barcos para transportarlos? ¿Qué demonios habéis hecho?*

*Bonaparte celebra consejo con todos los generales de división. A los prisioneros se les hace sentar delante de las tiendas. Se les da un poco de pan y galleta y se les ata las manos a la espalda.*

*Así pasaron tres días.*

---

<sup>1</sup> Becario de la República de El Salvador.

*Al cuarto, Napoleón tomó una decisión. La matanza en masa, excepto 400 ó 500 artilleros que pensaba incorporar a sus filas.*

*El Comandante General Berthier intenta demostrar a su jefe la crueldad de aquella orden.*

*¡Basta! responde Napoleón. ¡Haga ejecutar mis órdenes! ¿Entendido?*

*Se llevó a los hombres esposados a la orilla del mar. El primer día -8 de marzo- se les fusiló. Luego, durante tres días más, a fin de economizar pólvora, las bayonetas acabaron el trabajo.*

*El adjunto del pagador del ejército, Peyrusse, escribía a su mujer, con asco e indignación: Que en una ciudad tomada al asalto el soldado desenfrenado saquee, queme y mate a todo el que encuentra, cumple lo ordenado por las leyes de la guerra .....; pero que dos o tres días después de un asalto, con las pasiones calmadas, se tenga la sangre fría de hacer apuñalar a tres mil hombres que se han entregado a nuestra buena fe, es algo que la posteridad considerará con toda justicia una atrocidad y colocará a quienes dieron la orden entre los verdugos de la humanidad.... Entre las víctimas se han encontrado a muchos niños, que al morir se agarraron a los cuerpos de sus padres. Este ejemplo va a enseñar a nuestros enemigos, que no pueden contar con la lealtad francesa y más temprano o más tarde la sangre de esas tres mil víctimas caerá sobre nosotros".*

(Fragmentos de André Castelot; "Bonaparte", traducido del francés por Felipe Ximénez de Sandoval, 2ª ed., Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1982, p.207 y ss).

\* \* \*

## **1. CONSIDERACIONES GENERALES.**

Conceptualización.

### a. Obediencia.

La "obediencia" es el acatamiento prestado por un presunto subalterno a un superior en la jerarquía social, y que ordena a aquel: 1) la cesión de una cosa; 2) la ejecución de una acción; 3) o la profesión de una convicción o expresión de un sentimiento; todos aquellos actos del fuero externo de la conciencia, aunque dirigidos por el interior.

### b. Deber.

Como *verbo*: una "obligación" moral o jurídica, positiva de precepto o negativa de prohibición; como *sustantivo*: el contenido de una obligación, preceptiva o prohibitiva, existiendo deberes morales y jurídicos.

### c. Obediencia debida.

Es aquella obediencia fundamental en las leyes, que procede de legítimo mandato y que no infringe un deber o lesiona otros derecho de más importancia. El obrar en virtud de obediencia debida constituye una circunstancia eximente de culpa, o una causa de justificación, cuando no se acata el mandato del superior, es decir, cuando se desobedece.

Internacionalmente, las legislaciones vigentes enmarcan tres diferentes formas de abordar el tratamiento de la obediencia debida: 1) con carácter negativo (o sea no regularla); 2) mencionarle y no acordarle ningún efecto eximente; 3) reconocerle expresamente una función eximente. Este último marco de referencia será el que abordaremos, ya que es una hipótesis que admite diversos alcances.

A la obediencia debida, independientemente de la naturaleza jurídica que se le quiera otorgar, se trata en todos los casos de una eximente de pena, de una forma de exención de responsabilidad; no debe tratársele como un modo de atrapar conductas delictivas.

d. Derecho.

En esencia, es un instrumento apto para velar la convivencia humana. A fin de concretar dicho propósito debe lograr una cierta ordenación de las actividades del individuo mediante un sistema normativo. Este sistema no sólo establece cuáles son las acciones permitidas, las ordenadas y las prohibidas, sino que también estructura la organización que debe velar por la observancia de lo preceptuado por el complejo de normas jurídicas.

e. Autoridad.

- Socialmente hablando, la superioridad que alguna persona individual o colectiva tenga (o crea tener) sobre los demás (en órdenes teóricos/doctrinales o prácticos/causales) y que aquellos reconozcan de buen grado, en razón del "juicio de valor" de superioridad de la persona que emite ese juicio.
- En el orden político, función o cargo de mando, y la persona investida de él, y acatada por los subalternos. Esta autoridad actúa con leyes "preceptivas" (prohibitivas) o simplemente "permisivas".
- La autoridad divina cuando es reconocida y proclamada por personas que la ejercen en nombre de Dios. Aún la propia conciencia se presta a ser interpretada como procedente de Dios (la "ley natural" o "positiva" como expresión de la ley eterna).

f. Legitimidad, legalidad y lealtad.

- En el sentido amplio (de la raíz etimológica del latín), se considera legítimo un poder recibido por un mandato, un mandato conforme a la ley.
- En la etimología de lenguas modernas, el concepto de ley aparece más diferenciado. Se distinguen: a) la legitimidad (que deriva de la ley supraconvencional) entendiéndose por supraconvencional una ley que no depende de un convenio social, sino de una causa supranatural, como es la ley de Dios, completada de algún modo por la identidad histórico-social; b) la legalidad (derivada de la ley convencional pública), es decir remitida a la ley pública de un grupo social determinado, la ley "positiva" o a una aceptación general; c) la lealtad (derivada de la ley convencional privada), o sea la conformidad a lo privadamente convenido por las personas, por ejemplo la lealtad en el cumplimiento de un contrato.

### Referencias históricas.

a. En el contexto social.

La noción de obediencia, en el sentido de sumisión del hombre a la voluntad de otro o de la divinidad, se encuentra en la casi totalidad de los pueblos salvajes y bárbaros, siendo esta sumisión de orden espiritual y temporal, y estaba íntimamente relacionada con los sistemas religiosos, morales, familiares y forma de gobierno.

La obediencia más generalizada es la debida a la voluntad de los dioses y a la de los caciques/jefes, representantes terrenales de aquellos. Se presentan casos (como los Nuevas Hébridas) que obedecen ciega y automáticamente a las órdenes divinas, convencidos que el desprecio de esas órdenes acarrea desgracias e incluso la muerte.

En la Biblia, dirigiéndose al rey Saúl, el profeta Samuel dijo: "La obediencia vale más que los sacrificios, y el ser dócil importa más que ofrecer carneros bien cebados. Porque el desobedecer al Señor es como un pecado de magia, y como crimen de idolatría el no querer sujetársele" (Libro I de los Reyes, cap. XV, vers. 22 y 23).

Los peruanos (según Garcilaso de la Vega) sostenían que los delincuentes no eran castigados por sus fechorías, sino por desobedecer las disposiciones de los Incas, que debían respetarse como si emanaran de la divinidad.

El deber supremo de todo buen japonés consiste en obedecer incondicionalmente la ordenanzas promulgadas por el *Mikado* (dios y vicario de todos los dioses), sin discutir su justicia o injusticia. (Griffis, *Religions of Japan*, 1902).

En Tonga, la obediencia filial es considerada como uno de los deberes más elementales y sagrados de todos los hombres.

b. En el contexto jurídico.

- Los primeros antecedentes relacionados con el deber de obediencia jurídicamente establecido y regulado se remontan al derecho romano, con el poder casi absoluto que tenía el pater familias sobre todos los individuos que formaban parte de ésta, situación que genera la llamada "obediencia doméstica". En el orden militar las infracciones a los deberes castrenses eran severamente sancionadas, mereciendo frecuentemente la pena de muerte.

El *Digesto* disponía como regla general, que quien obedece a una orden superior no incurre en responsabilidad tanto en relación a los delitos públicos como a los delitos privados.

- En el derecho germánico el quebrantamiento del deber de fidelidad por parte del súbdito se castigaba, por el *volksrecht* (derecho popular), con pena de muerte y confiscación del patrimonio. En tiempos de Carlomagno, debido a la considerable extensión del ámbito de la desobediencia y fidelidad, al no ser posible castigar la desobediencia con la pena capital, la pena quedó enmarcada en la privación de la paz.
- La antigua legislación española, según el *Fuero Juzgo*, distingue con claridad el caso de quien siendo esclavo mata por orden de su señor. Las consecuencias penales eran, para el esclavo doscientos azotes y, para su amo, la decapitación. Esto pone de relieve la intensidad en esa época de la "obediencia doméstica".

En el siglo XIX, el código penal español, ubicando como antecedente lo contemplado en el *Digesto* y las *Partidas* pone un límite a los casos de "obediencia doméstica", destacando dos preceptos importantes: Que los hijos (en poder de su padre), siervos o vasallos, mayores de 25 años, así como los frailes y monjes, no tienen responsabilidad en las cosas que hagan por mandato de aquel en cuyo poder estuviesen, excepto en el caso que deshonrasen, mataren o hirieran a otra persona, porque un hecho como ese no era excusable.

- El derecho canónico antiguo perfiló una clara doctrina en torno a la obediencia debida, señalando la mayor intensidad del mando al cual se encontraba sujeto el soldado, en relación a los supuestos de la obediencia doméstica (esclavos, hijos y cónyuges). Establecía que cuando un soldado actuaba obedeciendo órdenes, se excluía de la responsabilidad penal, pero también dispuso que cuando la orden fuese manifiestamente injusta y contraria

a las leyes, o de su cumplimiento se derivase la comisión de un delito grave, la orden no debía ser cumplida.

- Los precedentes anglosajones, parten de la premisa de que el rey no puede cometer ningún delito y, en consecuencia, siempre responden los inferiores que no pueden remontarse en la cadena de mandos y no pueden alegar obrar por orden del rey, en los supuesto que se cometa un delito. Los carceleros y verdugos que ejecutaban sentencias inválidas, incurrían en hechos delictivos, aún en el caso que la sentencia hubiese sido impuesta por una corte con jurisdicción y el pronunciamiento tuviera toda la apariencia de ser válido.

En el caso de obediencia doméstica, no hay excepciones en favor a hijos o sirvientes que hayan delinquido. No obstante, la mujer que, en presencia de su esposo, haya cometido un delito ordinario (que no fuere de extrema gravedad) se presume que actuó coaccionada. Esto tiene una explicación histórica, ya que fue promulgado como compensación a las mujeres, quienes no estaban comprendidas en el "beneficio de clerecía" que consistía en el derecho que le correspondía a todo hombre que supiera leer, a escapar de la pena de muerte.

### **Facultad de mandar y deber de obedecer.**

- a. El hombre, en los siglos XVII y XVIII enfrentó el dilema de la libertad como síntesis de la arbitrariedad y del absolutismo que propugnaba por superar. Es entonces cuando se advierte que el núcleo de ese problema se centraba entre las relaciones entre el individuo y el Estado. El individuo debía ser libre, pero esa libertad exigía para poder existir y sobrevivir la aceptación común de una autoridad para el mantenimiento del orden social e indispensable para el resguardo y protección de aquellos mismos principios y derechos que enfáticamente se sustentan y, por ello, se llegó a la conclusión de que el individuo sólo podía ser sometido a una autoridad objetiva e impersonal. Es decir, *la única autoridad a la cual el hombre podía ser sometido sin mengua ni menoscabo de su dignidad esencial, era a la autoridad impersonal de la ley.* (En el pensamiento enunciado por Cicerón: "...somos esclavos de la ley para poder ser libres...")

Esta es una de las conquistas imperecederas legadas por el liberalismo, y sobre dicha premisa descansa la mayoría de los sistemas político-jurídicos constitucionales del mundo contemporáneo.

- b. El tema se inscribe en el eterno conflicto suscitado entre la autoridad y el individuo. La cuestión reside en saber y poder establecer el límite justo a la libertad individual, pues ella debe ser la regla, y la historia nos demuestra que ese antagonismo no puede ser resuelto adoptando o inclinándonos excesivamente por uno de los extremos de la opción.

La solución más justa y equilibrada (enunciada por Kant) es la de considerar a la libertad como un fin y a la restricción como un medio, de modo tal que se consagra una completa libertad hasta no ser indispensable imponer una restricción necesaria para permitir el pleno despliegue de las libertades ajenas, y asegurar de esta forma, la libertad individual de todos.

Esto se refleja al estudiar el progreso técnico de la legislación, donde puede observarse cómo del estilo imperativo moral, reflejado en la fórmula "*que nadie haga tal cosa...*" se pasa a la formulación hipotética más neutral de "*si alguien hace tal cosa...*", seguida de la sanción correspondiente.

Sentado el principio rector que la libertad es la regla y la restricción a esa libertad es la excepción, se establece que la mayor o menor cuota de ingredientes autoritarios o permisivos que conformen el perfil de un ordenamiento jurídico determinado, repercutirá en la regulación de la facultad de mandar y del deber de obedecer.

- c. Se establece además, que la facultad del mando tiene validez, y su correlativo deber de obediencia puede ser exigido, en cuanto exista un soporte legal que afirme la pretensión o fundamente la obligación, derivando ambas facetas de un criterio funcional esencialmente objetivo.

## **FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA OBEDIENCIA DEBIDA.**

### **Fundamento del deber de obediencia.**

Cuando una persona tiene una potestad (poder socialmente reconocido) hay un deber moral de obedecerle. Pero...¿En qué medida existe moralmente ese deber?

- a. El deber de obediencia es una consecuencia natural de la existencia del régimen jerárquico. La supremacía jerárquica de los órganos superiores respecto de los inferiores determina la subordinación de éstos a aquéllos. La subordinación implica necesariamente el deber de fidelidad.

Considerado desde el punto de vista de la organización administrativa, el deber de obediencia está necesariamente vinculado a los conceptos de la jerarquía y competencia. Sin la jerarquía no puede explicarse la obediencia, es su justificación jurídica; y sin la competencia no es posible el examen de las limitaciones de ese deber.

- b. El efecto de la orden jerárquica es el deber de obediencia del subordinado; desobedecer la orden es violar la obligación de servir en virtud de la cual ha sido emitida la orden; la violación entraña las consiguientes consecuencias. (Si no hubiere consecuencias el orden jerárquico no sería en sí mismo un orden).
- c. En una organización administrativa, todos los órganos y funcionarios deben estar vinculados por la coordinación y la subordinación, elementos esenciales del orden jerárquico. Este orden jerárquico presupone una subordinación de voluntad a voluntad en una graduación escalonada, constitutiva de la jerarquía, que es una relación entre órganos de diferente competencia; y la supremacía jerárquica de los órganos superiores respecto de los órganos inferiores determina la subordinación de éstos a los primeros. Esta subordinación implica necesariamente el deber de obediencia. Este vínculo de unión de los órganos se conoce como jerarquía orgánica.
- d. Existe otra forma de jerarquía, la individual o funcionaria, que corresponde a las personas físicas que ejercen las atribuciones de los órganos institucionales. A diferencia de la jerarquía orgánica (en la cual el fundamento jurídico está determinado por el órgano independiente del funcionario) en la jerarquía individual, la subordinación se establece solamente dentro de un mismo organismo, con base en su organización interna, perpetuada por la ley y los reglamentos.

(En las Fuerzas Armadas la jerarquía individual asume una importancia capital en razón del orden y la disciplina a que deben sujetarse).

- e. Puede establecerse que el vínculo jerárquico no es suficiente para precisar la determinación jurídica del deber de obediencia. Se requiere además del principio de la competencia, es

decir, que el ejercicio de una actividad del agente superior (órdenes, instrucciones, circulares) para ser legítima, debe ser ejercida dentro de la esfera de atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido.

### **Límites jurídicos al deber de obediencia.**

¿Es suficiente la existencia del vínculo jerárquico y la competencia para que en todos los casos se tenga la obligación de obedecer, so pena que el desobediente incurra en sanciones? Un problema que se ha planteado es saber hasta dónde el subordinado tiene la obligación de obedecer.

En el intento de encontrar límites más o menos precisos al deber de la obediencia del subordinado se han formulado más de una docena de diferentes teorías. En líneas generales, la mayoría de ellas son posiciones intermedias con matices diferenciales que juegan en torno a dos posiciones extremas: a) la obediencia debida *perinde ac cadaver*; b) y la tesis sustentada por Duguit, quien niega la existencia de un deber de obediencia al superior.

Los contenidos concretos de estos enfoques son:

- a. "Doctrina de la Obediencia Absoluta" (también llamada de la Obediencia Ciega o de la Obediencia Pasiva).

Esta doctrina es de origen francés, aunque a nadie se le ha atribuido paternidad. Se le considera un resabio histórico y una abstracción; un punto de referencia conceptual para marcar uno de los extremos del espectro. Según ella, el subordinado debe cumplir estrictamente, sin análisis ni discusión, las órdenes que reciba de sus superiores; deberá cumplir la orden recibida sin poder apreciar su legalidad ni formalidad. Se parte de la idea de una administración centralizada y autoritaria y se ve en el deber de obediencia una obligación especial de los funcionarios, distinta del deber general de obedecer la ley.

La doctrina nació de la idea del poder absoluto, en que la voluntad del soberano es ley y el inferior no incurre en responsabilidad si ejecuta sus órdenes. Se considera que el inferior carece de personalidad propia y que es sólo un instrumento encargado de ejecutar la voluntad del superior.

En nuestros días esto es una exageración, sino una manifiesta irrealidad. Esta irrealidad parte con la premisa que los subordinados son seres humanos. Es obvio que, en un caso extremo, el subordinado debe al menos, reconocer la voz de mando de su superior. De no ser así, ese subordinado sería un robot a disposición de cualquiera que quisiera utilizarlo.

Es de corte netamente autocrática y despótica, y afecta esencialmente el concepto moderno que del estado se ha logrado estructurar en la actualidad. Convierte al individuo en una cosa, negándole la jerarquía de persona. Esta teoría ha sido defendida por algunos autores, quienes consideran que trae consigo una vigorización de la disciplina, ya que la negativa del inferior a ejecutar la orden recibida introduce la anarquía y el caos en los servicios públicos, paralizándolos.

Otros han atacado esta teoría, expresando que de aplicarse se presentarían graves perturbaciones, puesto que llevaría aparejada la ejecución de órdenes ilegales por el sólo hecho de haber sido dadas. Se considera que esta teoría está en plena decadencia.

b. Doctrina expuesta por Duguit.

Es la contrapartida a la tesis anterior (la cual sostendría la obligación de obedecer ciegamente), ya que niega radicalmente la existencia del deber de obediencia al superior. Conforme a ella, ese deber de obediencia al superior, en realidad, no es otra cosa que la obligación general de obrar de acuerdo con la ley. El núcleo de esta doctrina se centra al expresar la absoluta sumisión, de todos los integrantes de la escala jerárquica administrativa, a la ley. Defiende que tanto el superior como el inferior se encuentran obligados a cumplir con las funciones prescritas por los diversos preceptos normativos que regulan esas tareas y que solamente a esas normas deben obediencia. El inferior podrá discutir las órdenes recibidas y negarle toda obediencia si estima que ellas son contrarias a la ley. En definitiva, el inferior es el árbitro indiscutido que decide acerca de la legalidad o ilegalidad de la orden.

Cabe señalar que Duguit señala expresamente una excepción, la del régimen militar, sosteniendo que en este, lo legal, es precisamente obedecer al superior. Establece que en las fuerzas armadas, sus integrantes son siempre irresponsables y no pueden ser obligados a apreciar si los actos que les ordenan son legales o no. Sostiene que lo ideal reside en la existencia de una fuerza armada mecánica, sin inteligencia y a disposición de los gobernantes.

Obviamente, esta tesis merece serios reparos en ambos aspectos. Primero, en cuanto a la regla general (de que no se le debe obediencia al superior sino que a la ley), se olvida que en la mayoría de los casos el objeto de la obligación de servir no se agota en la ley o en el acto administrativo general y abstracto, sino que es mediante la orden del superior como se colma o se integran esas fuentes. El superior siempre está interpuesto entre la ley y el ejecutor. Si no fuera así, la jerarquía administrativa no tendría razón de existir, puesto que en la letra de la ley se encontrarían prescritas todas las soluciones.

En lo atinente a su concepción del deber de obediencia válido para el régimen militar, puede impugnársele todos los reproches que suscita la doctrina de la "obediencia ciega".

c. Doctrina de la Obediencia Relativa.

Entre los enfoques extremos que significan la obediencia ciega y aquella otra que lisa y llanamente niega la existencia del deber de obediencia al superior, se han elaborado doctrinas intermedias, a las cuales algunos autores agrupan bajo el término de obediencia relativa, entendiéndose por ella cuando el inferior puede calificar la orden que ha recibido, esto es, puede negarse a cumplir la orden del superior cuando es ilegal.

El deber de obedecer será más amplio o más restringido según sean más o menos amplias las facultades del inferior en la apreciación de la orden recibida. La obediencia relativa nace en las democracias, donde por encima de la voluntad del jefe de estado está la ley, que debe ser cumplida, la que también determina lo que puede ordenar el superior y debe cumplir el inferior, precisando las responsabilidades respectivas. Por lo tanto, la autoridad del que manda está siempre limitada por la autoridad suprema: la ley; si el subordinado cumple una orden ilegal

responde de sus consecuencias.

Con respecto a esta doctrina han surgido diversas teorías tendientes a precisar el alcance de esta facultad.

### **Teoría de la Reiteración o de la Obediencia Reflexiva.**

De origen germano, fundamentada en la reiteración de la orden recibida. El agente público que considera que la orden es contraria a la ley está en la obligación de hacer las observaciones que correspondan a su superior; si la orden es reiterada, el agente público está en el deber de ejecutarla, y su responsabilidad queda cubierta por la confirmación se trata de un mero enfoque práctico sin fundamento jurídico, ya que no da respuesta a las serias interrogantes que se plantean en relación con el deber de obediencia.

Puede decirse que esta teoría cumple su cometido en todos aquellos casos en que el superior obra de buena fe y la observación del subordinado, cuando es válida, sirve para alertar a quien imparte la orden acerca del error en que incurre. Pero en los casos más graves, cuando un superior actúa deliberadamente persiguiendo un propósito delictivo, esta teoría carece de toda eficacia.

En el ordenamiento legal castrense aparece como tesis de la *remonstratio*.

### **Teoría de la Legalidad Formal (Laband).**

Sostiene que el funcionario inferior tiene el derecho y el deber de someter a un examen previo las órdenes y decisiones de los superiores. Entiende que el derecho del inferior a un examen absoluto e ilimitado entraña una responsabilidad absoluta e ilimitada.

El deber del funcionario de revisar las órdenes recibidas se refiere únicamente a la legalidad formal de las mismas, lo cual implica lo siguiente: a) si la autoridad que dio la orden es competente para impartirla; b) si el funcionario destinatario de la orden es competente para ejecutarla, en relación con la materia, tiempo y lugar; c) si se han satisfecho las formas prescritas por la ley.

De acuerdo con esta teoría el inferior no puede apreciar los motivos, los fundamentos, el contenido propio, ni la oportunidad de la orden que ha recibido. Este valioso desarrollo teórico, sirvió de base para que posteriormente se desarrollaran sucesivos aportes, elaborados por Otto Mayer y Orlando.

Esta teoría ha sido rebatida, afirmándose que si el superior da una orden cuya ejecución requiere un acto contrario a la ley, el inferior, aun conociendo esta circunstancia si la orden satisface los tres requisitos enunciados, debe cumplirla. Puede también ocurrir que el superior no haya advertido la ilegalidad de la orden, pero que la conozca el inferior; aún en este caso, si la orden es legal desde el punto de vista formal, el inferior debe cumplirla.

### **Teoría de la Legalidad Formal y Material (Mayer).**

Va más allá de Laband y autoriza por parte del subordinado a una investigación limitada

respecto al *contenido* de la orden, sin perjuicio al examen ya señalado de la competencia y de las formas.

El derecho (a mandar) del superior se encuentra rígidamente circunscrito a los límites legales. Por ello, el inferior tiene derecho a examinar la orden antes de obedecer para apreciar si se han respetado esos límites o no, cuales son, a su vez, los límites de su deber de obediencia. Al estudiar la orden, además de establecer los requisitos de competencia y de forma, debe estudiarse el contenido, el cual debe referirse a una obligación de servir. Esta obligación excluye aquellas actividades, que por su naturaleza, están fuera del ámbito de la gestión del agente o que se exigen en virtud de un interés personal de aquel que da la orden. Excluye, además, los actos pertenecientes a la vida privada del subordinado.

Lo más significativo de esta teoría, es que fija un tope infranqueable al deber de obediencia, el cual consiste en que el contenido del mandato no puede significar la comisión de un hecho delictivo.

Concretamente, Mayer sostiene que *el linde del deber de obediencia está rígidamente fijado por la ley penal: un acto por el cual un subordinado se hiciera punible no puede haber jamás dentro de la obligación de servir, por tanto, no es posible admitir una orden jerárquica a su respecto.* (Ante casos típicos, los límites del deber de obediencia de Mayer no son tan concluyentes como él pretende).

### **Requisitos de la Obediencia.**

Analizadas las diversas teorías que han pretendido explicar el fundamento y la extensión del deber de obediencia podemos señalar los requisitos que debe cumplir una orden para que sea obedecida. Entre estos requisitos se distinguen los externos y los internos.

Entre los externos tenemos: la relación de dependencia jerárquica entre el que da la orden y el que la cumple; que la orden sea relativa al servicio; y, que el superior jerárquico obre dentro de la esfera de su competencia. Cumplidos estos requisitos, el funcionario que recibe la orden entra al análisis del requisito interno o de fondo: que la orden sea legal.

- a. Relación de dependencia jerárquica entre el que da la orden y el que la cumple. Por esto se entiende que existe relación de dependencia jerárquica entre dos funcionarios cuando se encuentran en relación de subordinación, el uno respecto del otro. Esta relación de subordinación se presenta generalmente en el funcionamiento de la administración pública, sea esta civil o militar, y se materializa en los servicios públicos, tanto en lo que respecta a los organismos en sí, como a los funcionarios o agentes que en ellos laboran.
- b. Que la orden sea relativa al servicio. Esto es, sólo puede tener por objeto el buen funcionamiento del servicio público que se trata y no un interés particular o extraño a él.
- c. Que el superior jerárquico obre dentro de la esfera de su competencia. No sólo es exigible que el funcionario esté investido de un determinado cargo, sino que también debe someterse a la ley y reglamento que regula sus atribuciones. Todo empleado dentro de un servicio tiene determinadas funciones que constituyen su competencia, dentro de la cual, el superior jerárquico debe actuar para que las órdenes que imparta sean obedecidas por el inferior.
- d. Análisis de la legalidad de la orden. El inferior tiene un derecho de control material, vale decir, sobre el contenido de la orden, comprobando si el acto que debe cumplir implica o no

una violación de la ley. Del control sobre el contenido debe resultar la manifiesta ilegalidad del acto cuyo cumplimiento se ordena, lo que permitirá al inferior no cumplirlo, eliminando la presunción de legitimidad de la orden dada por el superior.

### **3. OBEDIENCIA DEBIDA Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO MILITAR.**

Como ya fue abordado, la subordinación jerárquica implica que todo orden jerárquico está fundamentado en la atribución del superior de dar órdenes a su inferior, y en la obligación correlativa de éste de obedecer las órdenes de su superior. Partiendo de este concepto se pueden establecer tres esferas distintas en que se mueve la relación jerárquica: el ámbito administrativo común, el ámbito penal y el ámbito militar.

Las diferencias entre los tres ámbitos estriban en que, en el administrativo común existe una mayor fluidez normativa. En la esfera penal, el problema nace cuando lo ordenado constituye la comisión de un delito, y aparece la figura conocida como "orden vinculante", entendiéndose por ello los "*mandatos antijurídicos obligatorios*".

En el ámbito militar, las órdenes son el nervio de la disciplina y de la eficacia operativa de la institución, la cual requiere de una situación unitaria disciplinada y activa, en la cual cualquier demora puede frustrar el cumplimiento de la misión.

Todos los tratadistas han estado y están conformes en la necesidad de la obediencia en las fuerzas armadas, pero esa unanimidad de opinión difiere cuando se trata de especificar los límites y características de tal obediencia; llegando unos a proclamar para todos los casos una obediencia ciega, muda y pasiva, mientras otros no vacilan en concederle una completa amplitud de límites.

#### **El deber de obediencia en el régimen militar.**

##### **a. Institucionalidad de las fuerzas armadas.**

La existencia misma de las fuerzas armadas en el curso de los siglos y en todos los países del orbe pone de relieve, de forma contundente, que se trata de instituciones de las que ningún estado del mundo actual puede prescindir, so pena de afrontar el riesgo de desaparecer como entidad soberana. Vale decir, que ello implicaría renunciar a su facultad de regular la conducta humana dentro de su propio ámbito jurídico, con exclusión de otro poder extraño.

Las fuerzas armadas no son ya una concreción puramente profesional, sino un órgano del estado instituido para asegurar la existencia del estado mismo y la realización de sus fines. Deben (las fuerzas armadas) cumplir una función protectora y disuasiva. Para su eficiente desempeño requieren de una organización estable, la cual plasma un conjunto de normas jurídicas. Estas normas tienen una raíz constitucional y apuntan en dos direcciones: 1) las que regulan la organización e las fuerzas armadas, 2) y las leyes relacionadas con la disciplina, legislación, tribunales y procedimientos.

Esta legislación que concierne directa y particularmente a la actividad castrense es generalmente denominada *derecho militar*.

b. La disciplina militar.

Las exigencias del régimen disciplinario que existe en la administración pública, se acentúan considerablemente en la fuerzas armadas, ya que deben estar en condiciones de usar el máximo de su poderío en un momento determinado. Este uso de la fuerza requiere la unificación de las voluntades y esfuerzos individuales sus integrantes, quienes deben subordinarse a la voluntad suprema del que comanda, con el fin de obtener unidad de acción, unidad de dirección y de comando. De lo anteriormente expuesto, deriva la necesidad de un régimen disciplinario severo que asegure una obediencia estricta a las órdenes superiores, pues este sistema es la base de toda organización militar.

Las fuerzas armadas, como órgano del estado y de la administración pública que son, reconocen un orden jerárquico (que en ellas se plasma con notoria evidencia). A medida que se asciende en jerarquía se acrecienta el nivel de exigencias y atribuciones. Es decir, a mayor capacidad de mando corresponde una mayor responsabilidad.

c. La obediencia debida en el ámbito militar.

La gravitación que la posición jerárquica tiene al analizar la obediencia debida en la institución militar, es de especial significancia, puesto que es manifiesto que no todos los integrantes de la cadena de mando tienen la misma *capacidad de decisión y esa capacidad de decisión se encuentra íntima y vitalmente vinculada con el problema de la obediencia debida*.

Las fuerzas armadas no solamente accionan en el esquema vertical, sino que también configuran una relación horizontal que genera obligaciones de apoyo y colaboración. Este accionar requiere de elevada moral, espíritu de sacrificio y confianza, no sólo en sus propias capacidades, sino confianza en la capacidad y honestidad de los superiores que imparten las órdenes. Ahora bien, estas órdenes pueden ser acertadas o equivocadas, convenientes o inconvenientes, justas o injustas, y por último, pueden llegar a ser ilícitas.

La vida militar se desenvuelve dentro de parámetros muy estrictos y rigurosos que tienden a imponer la disciplina. Dentro de este marco debe ser interpretada y aplicada la eximente de la obediencia debida en el ámbito militar.

Debe tenerse presente que el militar, como hombre que es, no puede ser reducido a desempeñar un papel puramente material, por cuanto la responsabilidad moral es esencial a su existencia, y nadie puede imponerle el sacrificio de su conciencia.

d. Límites de la obediencia debida en el régimen militar.

- La orden debe provenir del superior jerárquico competente para impartirla.
- Cuando la ley exige determinadas formalidades, éstas deben ser necesariamente satisfechas para que el deber de obediencia sea exigible.
- El contenido del mandato debe siempre referirse a un acto del servicio. Se entiende por "acto del servicio" aquel acto que tenga relación con las funciones específicas que a cada militar corresponde por ser miembro de las fuerzas armadas. Debe señalarse en este punto, que gran parte de los actos que deben realizar los militares por ser miembros de las fuerzas armadas, son penadas en otro tipo de legislación, como es el matar, destruir, lesionar, privar de libertad, etc. Es común que actos de servicio militares constituyan

comportamientos destructivos de personas o de cosas, pues ello hace la esencia de la actividad militar.

- Esta regla debe aplicarse con amplitud, ya que en tiempo de guerra, la condición de hostilidad justifica actos que serían criminales en tiempo de paz o sobre el territorio de la patria. Además, el subalterno no tiene medios para estimar las necesidades del servicio ni las terribles necesidades de la guerra.
- La naturaleza atroz y aberrante del hecho ordenado y ejecutado.
- El grado de capacidad decisoria que el ejecutor tenía en el momento de cumplir la orden.

### **Circunstancias de las órdenes en el régimen militar.**

- a. Dentro del deber de obediencia en el régimen militar pueden distinguirse dos circunstancias distintas, a saber:
- Que las instrucciones de las órdenes emanen de agentes públicos civiles, es decir, que se trate de relaciones entre fuerzas armadas y los poderes civiles.

El objeto esencial de las fuerzas armadas es el de ser un instrumento de coerción, ya que su fin es garantizar principalmente el mantenimiento del orden y de la paz contra toda agresión exterior o de sus órdenes interiores. Para cumplir ese objeto es esencial que las fuerzas armadas estén a disposición de las autoridades civiles.

La controversia respecto a la obediencia debida aplica al ámbito militar. Un enfoque (Gastón Jeze) sostiene que deben aplicar los mismos principios que aplican los funcionarios civiles, pudiendo el inferior apreciar la legalidad, pero no la oportunidad de la medida que tomará el superior.

Otro enfoque es el señalar que en ningún momento podrán los militares examinar la legitimidad de la orden impartida por las autoridades civiles.

- Que las instrucciones emanen de agentes militares, esto es, relaciones de militares entre sí y en el interior de la jerarquía.

La disciplina es la base principal de las fuerzas armadas. Este principio podría apuntar a aceptar que la obediencia pasiva aplicaría en este ámbito o, en caso contrario, implicaría la discusión entre superior y subalterno y la disciplina tendería a desaparecer.

Las diferentes aproximaciones para limitar la obediencia debida entre militares muestran diversos enfoques. Algunos aceptan la doctrina de obediencia pasiva, con limitación de lo absurdo. Otros tienden a admitir esa obediencia pasiva/absoluta, con otras limitaciones, por cuanto un militar no podría cumplir una orden manifiestamente ilegal.

- b. La posición generalizada, contemporánea, tiende a aceptar que en el ámbito militar, debe aplicarse un mismo criterio para cumplir las órdenes, sea que éstas emanen de autoridades civiles o de las autoridades dentro de la misma organización militar.

Se considera que debe existir una apreciación que permita valorar el criterio de los funcionarios, sin que esto signifique demorar el cumplimiento de las órdenes, ya que deben suministrarse los medios que permitan su rápida ejecución.

Aplicar la doctrina de la obediencia absoluta sería perjudicial, porque sólo serviría para someter al inferior, transformándole en un simple instrumento al servicio de un superior.

#### 4. CONCLUSIONES.

- Un deber esencial del agente público es el de la obediencia, en el sentido que el inferior tiene la obligación de cumplir y acatar las órdenes de su superior. Tal obligación requiere que la orden se encuentre inserta dentro de los límites que, el ordenamiento jurídico aplicable a cada caso particular, le reconoce al superior que ejerce la potestad del mando. Esta obediencia constituye la expresión del principio de jerarquía, fundamentada en la necesidad de mantener la estructura orgánica.
- A pesar que los ordenamientos jurídicos contemplan normas que regulan el comportamiento de la administración del estado y de sus agentes, se presentan casos en que se imparten órdenes que exceden las atribuciones y competencias. Ante esto, es necesario determinar los límites de la obediencia. La fijación de estos límites no es generalmente uniforme y se presta a incertidumbre. De lo que no existe duda, es acerca del deber de obediencia del funcionario, como tampoco, que el ejercicio de la potestad del mando debe reconocer límites.
- Las fuerzas armadas aseguran la existencia del estado y la realización de sus fines. Requieren de una organización estable, unificación de voluntades y esfuerzos, así como de un severo régimen disciplinario.

Para impartir órdenes en la organización militar, los superiores deben considerar y disponer no solamente de su capacitación, su calidad, su formación profesional y su experiencia, sino que también deben aplicar su capacidad de análisis, al apreciar e impartir correctamente una orden.

Al subalterno, por su parte, le asiste la obligación de ajustar su comportamiento al ordenamiento jurídico.

Deben, por tanto, existir y ser permanentemente evaluados, el normamiento jurídico, la actividad jurisprudencial, la actividad doctrinal y los procedimientos que, tomando en cuenta las características especiales de las fuerzas armadas, permita a estas instituciones satisfacer los principios de legalidad en su conjunto y las responsabilidades de sus funcionarios.

\* \* \*

#### BIBLIOGRAFIA

- Zaragüeta, Juan: "Vocabulario Filosófico", Ed. Espasa, Madrid, 1955.
- Bercaitz, Miguel Angel: "La Obediencia Debida", Buenos Aires, 1985.
- Universidad de Chile: "Revista de Derecho Público Nº 49", Depto. de Derecho Público, 1991.
- Zaldívar Arata, Oscar: "El Deber de Obediencia", Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1967.
- Fierro, Guillermo J.: "La Obediencia Debida en el Ámbito Penal y Militar", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: "Guerra, Moral y Derecho", Ed Actas, Madrid, 1994.
- D'Ors, Alvaro: "La Violencia y el Orden", Ed. Dyrsa, Madrid, 1986.
- Mackay Barriga, Rafael: "El Delito de Desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1965.