

CONSIDERACIONES SOBRE EL DEBER DE OBEDIENCIA EN LA FUNCION PUBLICA CHILENA

PATRICIO LOPEZ NAVARRETE

Introducción

La Jerarquía como base del deber de obediencia

La multiplicidad de funciones de la Administración Pública exige la actividad de numerosas personas que debe manifestarse en un vasto territorio. Como la acción administrativa debe ser uniforme, es necesario que exista unidad en la actividad a desarrollar y, por ello, el conjunto de órganos de la administración debe ser ordenado y regulado en forma tal que los unos sean dirigidos y controlados por los otros. Es necesario que se formen líneas y núcleos de órganos activos que partan de un centro y converjan en él mismo. Para que la pluralidad de órganos, dentro de la administración pública, no lleve a una dispersión de fuerzas y una disminución de responsabilidad, se recurre a un sistema de coordinación que, además de fijar la competencia, garantiza la unidad en la acción y la correspondencia de ésta con el objetivo perseguido. Esta coordinación presupone una multiplicidad de funciones subdivididas por grado y por competencia, actuando el principio de subordinación del inferior al superior.

Algunos autores entienden por administración "las funciones de aquel complejo orgánico, regido por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones

del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior"; vemos aquí, pues, una relación jerárquica, caracterizada por la obediencia del órgano inferior con relación al superior jerárquico (1).

Otro autor (2) sostiene que por jerarquía debe entenderse comúnmente el principio de la disciplina, que está tanto en la base del complejo sistema de la función pública institucionalmente considerada y ordenada, cuanto en la relación que intercede entre el órgano superior y el órgano inferior. Jerarquía es, entonces, la relación de supremacía de los órganos superiores con respecto de los inferiores y, por ende, la relación de subordinación en que se encuentran estos últimos con respecto a sus superiores jerárquicos.

Del vínculo de subordinación que supone el ejercicio del poder jerárquico, por parte del superior con relación al inferior, surge para éste un deber de obediencia. Estos poderes y deberes están determinados por normas de derecho objetivo, dictadas en consideración al interés colectivo, sin referencia al interés individual y de allí que no sean idóneas para crear derechos subjetivos. El superior jerárquico que no ejerciere su poder de supremacía será pasible de sanciones, y en cuanto al inferior que faltara, dentro de determinadas condiciones, al deber de obediencia, incurrirá en responsabilidad administrativa, y, eventualmente, civil o penal.

Se ha distinguido la jerarquía verdadera o absoluta de la legal. La jerarquía verdadera o absoluta es la que se manifiesta espontánea y necesariamente por la estructura misma de la organización administrativa. La jerarquía legal existe cuando la ley pone una relación jerárquica donde científicamente ella pudiera no existir. También se hace una distinción entre jerarquía total y parcial; la primera existirá en aquellos casos en que el vínculo de jerarquía comprende toda la com-

(1) V.gr. A. Merkl: "Teoría General del Derecho Administrativo", Madrid s/fecha, página 59.

(2) Baldi Papini: "Il rapporto d'impiego pubblico", Padova, 1942, pág. 9.

petencia, en tanto que la segunda se dará si abarca únicamente una parte de ella.

De manera amplia podría decirse que "jerarquía" implica escala de valores, y en el Derecho, especialmente Público, indica un sistema de ordenamiento, cuyo objeto esencial será el de estructurar a través de la distribución de los funcionarios por grados en el territorio estatal, los principios organizativos de coordinación, unidad y competencia. Así, quien está constituido como superior jerárquico está dotado de un poder de supremacía, el llamado "poder jerárquico", que ejercerá sobre los grados ya intermedios ya inferiores, lo cual implicará un deber de subordinación para éstos, un deber de obediencia, sin la cual difícilmente podrá alcanzarse la necesaria coordinación, y sin la cual toda organización devendrá fatalmente anarquía.

I. *El deber de obediencia en la función pública*

Hemos visto que como consecuencia de la subordinación jerárquica surge para el inferior un deber de obediencia; ahora bien, dicho deber está vinculado con dos nociones esenciales a todo complejo organizatorio: la de "jerarquía", y la de "competencia"; la una justificará el deber de obediencia, la otra originará sus límites dentro del ordenamiento jurídico.

1. *Fundamentos del deber de obediencia*

La obediencia jerárquica —dice Díez (3)— se justifica por diversas consideraciones, ya técnicas, puesto que ella es condición de la unidad, continuidad y eficacia de la acción admi-

(3) M. M. Díez: "Derecho Administrativo". Omeba. Buenos Aires. 1963/69. Vol. III, 1967, pág. 401.

nistrativa, ya jurídicas, dado que las decisiones de los superiores jerárquicos significan normas de derecho, debiendo los funcionarios acatarlas —según condiciones—, ya políticas, desde el momento que dicho deber de obediencia es directa consecuencia del llamado “poder de mando” que poseen quienes son cúspide de jerarquía, y por tanto responsables de la marcha misma de los servicios bajo su dirección.

La obediencia citada se hará concreta con motivo de las órdenes que el superior jerárquico dé a sus subordinados, órdenes que harán posible la realización de la función pública misma encomendada al servicio; ellas podrán ser ya de carácter general tales como las llamadas “circulares”, o de carácter particular, como v.gr. las denominadas “instrucciones”.

Cabe observar en este punto que no todos los funcionarios o agentes públicos están sujetos al deber de obediencia jerárquica, y ello será así especialmente en aquellos casos en que la concreta realización de la actividad que desarrollan tenga cierto grado de autonomía, tal como sucede con respecto a los magistrados de justicia quienes en su función jurisdiccional, de dirimir conflictos entre partes, no están vinculados sino al Derecho y la Justicia al dictar sus sentencias; y esto es obvio pues un juez no está jerarquizado en el cumplimiento de sus deberes, si bien como Poder del Estado pertenece en cuanto organización a un ordenamiento en que rige plenamente la jerarquía. Del mismo modo cabría agregar el caso de los llamados órganos colegiales de la Administración, como también el de los funcionarios que ejercen funciones eminentemente técnicas, y en cuya actividad ha de vincularse a la ciencia respectiva: aquí no parece ser posible admitir existencia de órdenes o instrucciones, como tampoco es posible admitirlas dentro de la llamada “administración consultiva” o “asesora”.

De manera general, puede sostenerse que la “subordinación jerárquica” y el consecuencial “deber de obediencia” caben, en principio, únicamente entre agentes públicos que forman parte de la misma rama de la Administración; por ello

que superiores jerárquicos, cúspide de una rama, no podrán impartir "órdenes" a los agentes públicos de otra rama diversa (4), pudiéndose añadir que para que la orden sea obedecida será necesario en todo caso que ella sea la expresión concreta del superior jerárquico en tanto voluntad orgánica, propia del órgano administrativo, y en caso alguno como simple manifestación de un particular (5).

En esta forma, siendo la orden impartida por un superior jerárquico a un subalterno expresión de voluntad orgánica, el inferior deberá en principio obedecerla, y la respectiva desobediencia traerá aparejada la consecuencial responsabilidad disciplinaria del agente remiso en el cumplimiento del mandato.

Los agentes públicos que son cúspide de una organización jerárquica están dotados de poder de mando, y en tal virtud dirigen y organizan el trabajo y la actividad misma de sus subordinados, y ello se efectuará precisamente a través de órdenes, las que serán comúnmente ya escritas, ya orales; así, de este modo ellos orientarán y al mismo tiempo controlarán la actividad de sus subalternos, sometidos a su dirección, a su poder de mando, a sus potestades jerárquicas, a su posición de supremacía.

2. *Formas que puede asumir*

Llegado a este punto parece de conveniencia el preguntarse: ¿Es la obediencia debida al superior jerárquico una obediencia ilimitada? Pues bien, a fin de responder esta pregunta

(4) Como veremos en la segunda parte de estas consideraciones, la Contraloría General de la República adopta precisamente este criterio: véase v.gr. el dictamen 42.310, de 13/7/63.

(5) Más adelante, al describir el régimen positivo chileno, veremos cómo regula nuestro ordenamiento las condiciones que debe reunir toda orden para que ésta sea realmente voluntad orgánica.

es preciso recordar que según la doctrina este deber de obediencia puede suponer una obediencia absoluta, o una obediencia relativa; es "absoluta", se dice, cuando el agente subalterno debe cumplir la orden que le es impartida por su superior jerárquico, sin poder tener un poder de apreciación sobre la legalidad y formalidad de la orden. Esta posición tiene su origen en épocas de absolutismo —y práctica constante, en épocas actuales de regímenes totalitarios— en que se admitía la existencia de poderes absolutos en aquel que detenta la soberanía o el Poder; huelga señalar que su defecto fundamental es el peligro que implica la ejecución de órdenes contrarias a Derecho, no pocas veces simplemente delictuales, y el transformar al agente subordinado en un simple ejecutor instrumental, olvidando que éste será siempre una persona, en consecuencia dotada de razón, y que por lo tanto podrá en toda ocasión advertir el contenido de toda orden que se le imparta, y darse perfecta cuenta de las consecuencias que su acción podrá originar.

Por el contrario, la obediencia se dice "relativa" desde el instante que el funcionario inferior puede calificar la orden que recibe, y el deber de obediencia así será más amplio o más restringido en la medida en que estén precisadas las posibilidades de tal calificación en el derecho positivo; esta posición —obviamente— nace en el sistema político de democracia representativa, y en el llamado Estado de Derecho, donde por encima de la voluntad del jefe —llámese Presidente de la República, Rey, o de otro modo— está la Ley, el Derecho, que debe ser cumplida por todos, incluido, por cierto, aquél.

La obediencia cerrada y la resistencia sin causa —que es el defecto que podría tener la llamada "obediencia relativa"— traen aparejados ciertos peligros, indudablemente; de allí que sea preciso una regulación normativa cuidadosamente elaborada en los ordenamientos jurídicos, que determine con precisión los eventos de posibilidad de resistir legítimamente órdenes, las responsabilidades por la dictación de órdenes ilegales, o por la inejecución de órdenes legales, o aun por los

excesos que se puedan producir en la ejecución de órdenes legales.

Hemos dicho que la competencia del órgano se presenta como una limitación, un "marco", jurídicos, al deber de obediencia, pues no basta que una orden determinada sea dada por un funcionario competente para que el funcionario la cumpla; es preciso también establecer en qué supuestos el agente subalterno puede dejar de cumplir una orden sin que ello pueda significarle responsabilidad. Veámos que la doctrina de la obediencia absoluta determina que el agente inferior ha de obedecer sin limitaciones, deviniendo un mero instrumento del superior jerárquico; ello ciertamente implicará admitir la irresponsabilidad del subalterno, ya administrativa, civil o penal, de ejecutarse la orden, si ella es ilegal. Como ha señalado la doctrina, esta posición "no satisface, ya que el inferior no puede jamás perder su calidad de persona, y de hecho siempre conserva un control racional de cuanto puede ejecutar; ella "subestima la dignidad de la persona humana, convirtiéndola en un ente pasivo, lo que entraña graves peligros" (6). Podría agregarse que si aun en los sistemas militares hay limitaciones al deber de obediencia —como veremos más adelante—, donde verdaderamente podría justificarse de algún modo ese carácter absoluto, con mayor razón deben aplicarse limitaciones concretas al deber de obediencia en la función pública desarrollada por la Administración civil del Estado.

3. *Límites jurídicos al deber de obediencia* (7)

Si admitimos que la posición más adecuada es aquella de la obediencia llamada "relativa" se hace preciso estudiar en qué casos, en qué condiciones, y bajo qué régimen será posi-

(6) M. M. Diez: ob. cit., pág. 404.

(7) Hemos seguido aquí la exposición que hace Diez en su ob. cit., pág. 406 ss., y en su monografía "El deber de obediencia en la función pública". Abeledo. Buenos Aires. 1951.

ble que el funcionario subordinado pueda "calificar" las órdenes que se le impartan, y en consecuencia si hay un verdadero "derecho" a resistir, o en cambio la imposición de un "deber". Si se tratara de un "derecho", el subordinado podría lógicamente no ejercerlo ya porque no lo estima conveniente, u oportuno, ya porque puedan impedírsele razones de tipo moral o de otra índole. Si, por el contrario, el inferior se encuentra en una situación de "deber" en el controlar la orden, ella deberá realizarse en toda ocasión, y podrá su omisión incluso originar responsabilidad en el agente subordinado.

Diversas teorías han ensayado responder a la necesidad de establecer límites jurídicos al llamado "deber de obediencia" de los agentes públicos.

a) *Teoría de la reiteración*

Según ella el funcionario subalterno puede ser eximido de responsabilidad al ejecutar una orden ilegal si habiendo advertido al superior la ilegalidad de la orden impartida, éste confirma su voluntad reiterándola. De allí que, considerando el empleado la orden contraria a Derecho está en la obligación de observarla al superior; si éste la reitera, el inferior debe ejecutarla, quedando exento de toda responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiere corresponderle con ocasión de esa ejecución. "El procedimiento aconsejado por esta teoría —señala Diez— no implica una solución al problema planteado sino simplemente una medida para eludirlo", y ello parece obvio porque si la orden es ilegal no deja de serlo por el sólo hecho de ser reiterada por el superior jerárquico que la dio, y no cabe sino afirmar que un funcionario no "debe" ejecutar una orden ilegal a sabiendas, aún cuando le fuere reiterada, pues no cabe pensar que tiene una 'obligación' de ejecutar actos ilegales (que pueden ser al mismo tiempo delictuales). La única ventaja práctica que podría tener esta teoría llamada de la "reiteración" es la de llamar la atención al superior jerárquico sobre el carácter ilegal de la orden impartida, a fin de que pueda advertir más cuidadosamente si reitera o no dicha orden,

pero en verdad si aún dándose cuenta de la ilegalidad observada el superior actúa, de todas maneras habrá de ejecutar la orden el subordinado (8).

b) *Teoría de la legalidad formal*

Esta teoría fue expuesta por Laband (9), y tiene en cuenta no el contenido de la orden, sino la forma intrínseca de la misma. Esto equivale a sostener que el funcionario inferior tiene el derecho, y el deber, de someter a un examen previo las órdenes e instrucciones que reciba del superior. El deber del funcionario de examinar las órdenes recibidas se refiere únicamente a la legalidad formal de las mismas, y esto importa tres aspectos:

- 1) Que la autoridad que da la orden sea competente para hacerlo;
- 2) Que el inferior sea competente para ejecutarla, y
- 3) Que la orden sea regular en cuanto a la forma.

Para fundamentar el primer aspecto, se sostiene que la obediencia no es debida al superior, sino dentro de la esfera de sus atribuciones; fuera de éstas, es un particular más, por lo tanto sin facultades ni poderes de mando. Los funcionarios no están autorizados para extender, por su propia autoridad, los límites de su competencia; las órdenes que el superior diera excediéndose de su competencia, no serían órdenes oficiales.

En cuanto al segundo aspecto, el funcionario debe examinar con independencia y bajo su propia responsabilidad si sus atribuciones lo autorizan para ejecutar el acto ordenado;

(8) Cierta semejanza con esta teoría presenta la institución de la "insistencia" que contempla la ley orgánica de Contraloría General de la República 10.336 (10/7/64), Art. 10, inc. 1º, que puede ser origen de abiertas infracciones al orden jurídico, al disponer que el Presidente de la República podrá "insistir" sus actos ordenando a CGR. tomar razón de ellos, cuando el órgano de control los observe por ilegales. Aquí se ve el peligro que implica este poder de insistencia, pues si bien traslada la responsabilidad al Gabinete, no por ello el acto deja de ser en ocasiones absolutamente ilegal.

(9) P. Laband: "Le Droit Public de l'Empire Allemand", trad. francesa, París, 1901, Tomo II, pág. 150 ss.

si el acto estuviese fuera de la esfera de sus atribuciones, o si la ejecución le fuese prohibida por reglamentos para él obligatorios, el inferior no debe cumplirla. Al inferior le basta solamente examinar si la orden es lícita, y entra dentro de los límites de sus atribuciones, tanto desde el punto de vista territorial, como desde el punto de vista material (materia y grado).

Por último, la orden debe ser dada en forma legal; no existe una regla general sobre la forma de las órdenes de servicio, las que pueden darse en forma escrita o verbal; todo dependerá de lo que establezca la ley o reglamento, pero si la orden no tuviera los requisitos legales intrínsecos, no es obligatoria para el inferior. Esta teoría puede resumirse de la siguiente manera: "Para que una orden sea obedecida, es necesario que provenga de un verdadero superior jerárquico, que sea comunicada en forma legal al verdadero subordinado, y que concierna a un acto comprendido en la esfera del que ordena y del que ejecuta".

c) *Teoría de la legalidad formal y material*

En esta teoría, el inferior no se limita al examen de la legalidad formal de la orden, pero tampoco realiza un examen riguroso del contenido de la misma; ella tiene la ventaja de que el control del inferior no se limita a examinar únicamente el aspecto intrínseco formal de la orden, sino que también debe analizar el contenido de la misma; en consecuencia, los requisitos que debe reunir la orden de acuerdo a esta teoría para que sea cumplida por el inferior son:

1) Que emane del legítimo superior jerárquico, esto es, que se trate de un funcionario regularmente investido, en un cargo perteneciente a la misma escala jerárquica del que recibe la orden; es decir, que el superior debe obrar en la esfera de su competencia.

2) Que la orden sea relativa al servicio, que ella no sea extraña al interés público, quedando por consiguiente excluidas las materias relativas a la vida privada del subalterno, a su conducta cívica, etc.

3) Que la orden tenga forma legal, o sea, que reúna los requisitos de forma que exige la ley, y

4) Que el inferior actúe en la esfera de su competencia, ya que así como el superior no puede ampliar por sí mismo la esfera de su competencia, tampoco puede hacerlo con la del inferior.

Estas condiciones son de fácil verificación, ya que el inferior jerárquico aun ocupando las últimas gradas de la escala jerárquica, puede apreciar si ellas se han cumplido; no se trata que el inferior haga una investigación de jurista, que, obviamente, no podría realizar en la mayoría de las veces, por ello la violación debe ser evidente, manifiesta, de suerte que el funcionario no tenga dudas acerca de lo ilícito o antijurídico del acto que se ordena.

4. Consecuencias del deber de obediencia: la responsabilidad

Hemos brevemente descrito ya el deber de obediencia de los funcionarios públicos; ahora bien, el ejercicio de su función, y el cumplimiento, o no cumplimiento, de las órdenes de sus superiores traen aparejados a veces, cuando la orden es ilegal, por ejemplo, la responsabilidad del funcionario, que puede ser civil, disciplinaria, o penal; veamos este punto.

a) Responsabilidad civil

Puede suceder que en el ejercicio de su cargo, el funcionario cause un daño injustificado a los derechos de los particulares; en este caso el daño debe ser reparado, es decir, la responsabilidad civil de los funcionarios se traduce en la obligación de indemnizar a las víctimas de los daños y perjuicios que ellos han cometido, a causa de sus actos u omisiones. En el estudio de la responsabilidad civil podemos distinguir diversas situaciones:

a) La orden dada por el superior es regular, vale decir, reúne los requisitos de forma, competencia, versa sobre materia relativa al servicio, el contenido no es manifiestamente ilegal, no es injusta ni arbitraria. En este supuesto, si el inferior cumple la orden, no será responsable, aun cuando el acto cumplido pudiera causar perjuicios. En efecto, la orden era regular y el acto cumplido también lo fue; no es entonces el funcionario el que actúa, sino el "servicio" mismo por intermedio del funcionario que es sólo un órgano, de allí que, en estos casos, la responsabilidad por los perjuicios causados, si los hubiera, correspondería a la Administración.

b) Puede ocurrir que la orden sea regular, vale decir, que reúna los requisitos que señalamos anteriormente, y que el inferior al obedecerla se haya excedido en sus funciones. En este supuesto, el agente inferior será responsable, ya que ha excedido sus funciones como mero agente de ejecución. Si como consecuencia de esa actividad del agente, se ha producido un daño, éste debe repararlo, pues ha actuado en el exceso no ya como agente público, sino como mera persona individual.

c) Otro caso que puede presentarse es aquel en que la orden del superior es regular, pero el funcionario subordinado rehúsa obedecer. Es evidente que en este caso existe responsabilidad disciplinaria, la que veremos más adelante, pero, además, el funcionario inferior puede ser responsable civilmente de los daños que pueda ocasionar a terceros su falta de cumplimiento de la orden.

d) La orden del superior es ilegal, y el funcionario inferior la cumple sin efectuar el contralor correspondiente; en este caso el inferior podrá ser responsable, conjuntamente con el autor de la orden ilegal.

b) *Responsabilidad disciplinaria*

La falta de cumplimiento por parte del inferior jerárquico de una orden legal, impartida por su superior jerárquico, entraña una cuestión de disciplina interior dentro de la jerar-

quía administrativa, y el funcionario culpable incurrirá en responsabilidad disciplinaria; ésta tiene por objeto asegurar la observancia de normas de subordinación, y el exacto cumplimiento de los deberes de la función. El poder disciplinario consiste en la facultad que tiene el superior jerárquico para castigar a los subordinados cuando han cometido una falta de servicio, es por consiguiente represivo y no preventivo, y tiene por objeto esencial mejorar el funcionamiento del servicio público por la enmienda personal del agente público.

c) *Responsabilidad penal*

Es indudable que quien comete un delito, ya sea impartiendo una orden o ejecutándola, debe responder por ello. Para este efecto, todos los sistemas jurídicos, casi sin excepción, establecen las condiciones que deben configurarse, para que se esté en presencia de un delito; ya veremos en el capítulo correspondiente a la legislación chilena lo que nuestro Código Penal establece en esta materia.

II. *El deber de obediencia en Chile*

En general, puede decirse que la teoría de la obediencia reflexiva o relativa ha sido aceptada por nuestros legisladores, si bien con algunas modalidades que la diferencian y la distinguen, en el Código de Justicia Militar, Código Penal, y en el D.F.L. 338/60 o Estatuto Administrativo, cuerpos legales que contienen normas positivas sobre la materia.

Esta teoría de la obediencia reflexiva o relativa, aceptada por nuestra legislación, supone el derecho del inferior de representar al superior la ilegalidad de una orden dada, y este derecho de representación ha sido establecido en beneficio recíproco del servicio y del subordinado; de éste, por cuanto vela por su dignidad y personalidad, y de aquél, por cuanto tiende a acentuar el interés que por la buena marcha y prestigio de la institución misma debe sentir todo funcionario.

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

Es indudable que si en la Administración Pública el personal debe estar jerarquizado y obrar de acuerdo con una dirección única, esta organización jerárquica deviene mucho más importante en el ordenamiento militar, en el cual la jerarquía adopta caracteres particulares, puesto que la unidad ha de ser más firme, mayor la cohesión y el espíritu moral superior; el ejército, como vasto organismo activo, ha de funcionar bajo un mando único en todas sus divisiones y subdivisiones múltiples, lo que implica un vínculo fuerte que mantenga la unidad de criterio, de dirección y de acción.

En la administración militar debe existir un grado de coerción de la voluntad del subordinado, que le impida oponerse a la voluntad del superior; quiere decir, entonces, que en la administración militar el principio de la subordinación jerárquica se lleva a su más alta expresión.

La única manera de hacer eficiente la labor de las instituciones armadas es organizándolas jerárquicamente, y sujetando a sus integrantes al deber de obediencia frente a las órdenes que reciban de sus superiores, y esta característica fundamental que tiene el régimen militar está claramente consagrada en nuestra legislación, y no sólo en el Código de Justicia Militar, sino también en el Reglamento de Disciplina para las fuerzas armadas (10).

Por ejemplo, el Art. 6º del Código de Justicia Militar señala a quiénes se les aplicará el Código, delimitando su campo de aplicación, y para este efecto dice a la letra:

“Para los efectos de este Código, se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en las leyes o reglamentos de planta o dotaciones del Ejército, Armada, Carabineros y Aviación, Oficiales de Reclutamiento, conscriptos, los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; las personas que las sigan en campaña,

(10) Decreto Supremo N° 1.445, D. Of. de 14/XII/1951 (Minist. de Def. Nacional, S. G.).

en el estado de guerra, y los rehenes y prisioneros de guerra”.

El Art. 214, del mismo Código, señala:

“Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

“El inferior, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, solamente será responsable como cómplice, si se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo notoriamente la orden a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del Art. 335”.

Este artículo se refiere a la causal eximente de responsabilidad penal de la obediencia debida, que en la legislación penal militar se designa con el nombre de “obediencia jerárquica”.

Lo relativo al deber de obediencia mismo en el régimen militar lo encontramos en el Título VII “Delitos de insubordinación”, del Código de Justicia Militar (11).

Así, el Art. 334 dice:

“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”.

Esta disposición se refiere al deber de obediencia que tienen los militares respecto de sus superiores o jefes; la obediencia y el respeto a los superiores tienen su origen en la subordinación jerárquica, que como se ha expresado constituye el presupuesto de la existencia de todo cuerpo armado. Este ar-

(11) Sobre la obediencia militar véase más ampliamente P. Ortiz: “Curso Breve de Derecho Penal (Común y Militar)”. Stgo., 1946, pág. 229 ss.

título establece también los requisitos que debe cumplir una orden del superior, para que ella imponga el deber de obediencia al inferior. De él, y de los artículos 335 y 214, que lo complementan, se desprende que estos requisitos son:

- a) que la orden sea dada por un superior;
- b) que sea relativa al servicio;
- c) que haya sido dada en uso de atribuciones legítimas, y
- d) que si la orden tiende "notoriamente" a la perpetración de un delito, haya sido representada por el inferior, e insistida por el superior.

Del estudio de estas exigencias legales hay que concluir que nuestro legislador en materia militar acogió la doctrina de la obediencia reflexiva, salvo en lo que se relaciona con el cuerpo armado en su conjunto, en sus relaciones con los poderes públicos, pues en esta materia se acepta la teoría de la obediencia absoluta, según lo dispone el Art. 22 de la Constitución Política del Estado, que dice: "La Fuerza Pública es esencialmente obediente...".

El artículo 335 dice: "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 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, 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".

Esta disposición se refiere a los cinco casos en que el inferior puede suspender o modificar la orden del superior, dando inmediata cuenta a éste, debiendo el subalterno cumplir la orden en los términos dados, en el caso de que el supe-

rior insistiere. Los cinco casos a los cuales se refiere el Art. 335 son:

1) Cuando el superior al dictar la orden no ha podido apreciar suficientemente la situación;

2) Cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden;

3) Cuando parezca que la orden se ha obtenido por engaño;

4) Cuando con razón de su ejecución resulten graves daños que el superior no pudo prever, y

5) Cuando la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito.

Cabe hacer notar que tratándose del 5º caso, o sea, aquel en que la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, el inferior no "podrá" suspender el cumplimiento de esa orden, sino que "deberá" hacerlo, en razón de que si no lo hace incurre él en delito.

Luego los artículos Nos. 336 y 337 del mismo Código de Justicia Militar establecen las penas contempladas para el militar que se negare abiertamente a cumplir una orden, o que la modificare o suspendiere; estas penas van desde la reclusión militar menor en cualquiera de sus grados (grado mínimo: 61 días a 540 días; grado medio: 541 días a 3 años; grado máximo: 3 años y un día a 5 años), hasta la pena de muerte, si el delito de desobediencia se hubiere cometido en presencia del enemigo, y que por tal motivo se hubieran malogrado las operaciones de guerra del Ejército nacional o sus aliados.

2. *El deber de obediencia en el Código Penal (12)*

La obediencia jerárquica ha sido considerada como una exigente de responsabilidad criminal, y está consagrada tanto

(12) Ver más ampliamente en E. Novoa: "Curso de Derecho Penal chileno". 2 vol., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1960, pág. 401 ss.; 416 ss.

en el Código Penal y, como ya vimos, en el Código de Justicia Militar. El Código Penal se preocupa en diversos artículos de precisar la no responsabilidad penal del funcionario que delinque en cumplimiento de una orden, cuya ejecución es un deber que le impone su calidad de subordinado, y en otras de castigar como delito la desobediencia.

Así el Código Penal establece el criterio general al respecto en su artículo 10 N° 10, que dispone: "Están exentos de responsabilidad criminal... N° 10) El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo".

En este caso conviene señalar que se presentan dos situaciones que son distintas, cuales son:

a) El que obra en el cumplimiento de un deber; este es el caso de la obediencia debida, y es el caso común en que se encuentran los funcionarios al ejecutar las órdenes de sus superiores, en el entendido por supuesto que no se haya excedido en el cumplimiento de la orden (13) y

b) El que obre en el ejercicio legítimo de una autoridad, cargo u oficio; este es el caso de las personas que, investidas por ley de una atribución, actúan en virtud de ella, en el entendido también que no se salgan del marco de su competencia.

El Código Penal, al eximir de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber, se refiere a los deberes impuestos por ley al hombre.

Así entonces en el primer caso se pueden dar dos circunstancias:

1) El funcionario comete un delito, en la certeza de que su actividad es lícita, ya sea porque no encontró ilegal la orden superior, o porque habiéndola representado, le fue reiterada. En este caso, concurren todos los requisitos de la obediencia debida, y por tanto el Art. 10 N° 10 opera plenamente.

(13) Tal, v.gr., el verdugo, los agentes de policía, etc.

2) El funcionario está consciente de la ilicitud de la orden, sabe que su cumplimiento implicaría cometer un delito. Ahora bien, si no representa la orden y la cumple, sabiéndola ilegal, cae dentro del alcance del Art. 15 del Código Penal, y puede ser sancionado como coautor.

Como conclusión de lo anterior, tenemos que, frente a una orden que implique la ejecución de un delito, desaparece el deber de obediencia, y el funcionario está obligado a no ejecutar la orden recibida, pues la ejecución de un delito no puede ser una función específica, ni un deber de los funcionarios públicos.

Otra disposición del mismo Código que se refiere a esta materia es el Art. 252: "El empleado que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores, en asuntos del servicio, será penado con inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

"En la misma pena incurrirá, cuando habiendo suspendido con cualquier motivo la ejecución de órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que éstos hubieren desaprobadado la suspensión".

De acuerdo con los penalistas, en este artículo se configuran dos hechos delictuosos, el de "resistencia" y el de "desobediencia". Podría decirse que la resistencia viene a ser la negación, de modo expreso, a la ejecución de lo ordenado, declarar o comunicar de cualquier modo que no se llevará a efecto lo que el superior ha ordenado.

El delito de desobediencia se presentará, en cambio, si el subalterno, sin representar la orden recibida, se opone simplemente a su cumplimiento, no justificando su actitud.

3. El deber de obediencia en la Administración civil del Estado

En nuestro sistema está consagrado este deber estatutario en el D.F.L. 338, de 6 de abril de 1960, Estatuto Administrati-

vo; en efecto, dicho cuerpo estatutario dispone en su Art. 151 que:

“El empleado cumplirá fiel y esmeradamente sus deberes para con el servicio, y tiene obligación de obedecer las órdenes que le imparta el superior jerárquico.

“Si el empleado estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando en este caso exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden.

“Tanto el empleado que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la Contraloría General de la República y a la Jefatura Superior del Servicio dentro de los cinco días siguientes, contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones”.

Como se desprende de su enunciado, también en nuestro sistema de la función pública administrativa regida por el D.F.L. 338/1960 se encuentra consagrado el sistema de la “obediencia reflexiva”, el cual parece ser el más lógico y racional, puesto que permite al funcionario “reflexionar” en las consecuencias de sus propios actos, aunque hayan sido ellos ordenados.

Esta disposición del Art. 151 citado es, en general, de gran claridad, pues señala el camino que debe seguir el funcionario cuando estime o crea que una orden que le es dada es ilegal; y al mismo tiempo establece la necesidad —para que el funcionario quede exento de responsabilidad— de ciertos requisitos que dicho funcionario ha de cumplir para ello, como por ejemplo, el que la orden deba ser representada por escrito, y no en forma verbal (14); también dispone esta norma que el

(14) Como reiteradamente lo ha señalado la Contraloría General en su jurisprudencia, v.gr., dictamen 56.341, de 7/9/63: “Para invocar como exención de responsabilidad el Art. 151 del E.A. es necesario que concurren todos los presupuestos que allí se indican”.

funcionario está en el "deber" ("Si el empleado estimare ilegal una orden *deberá* representarla. . .") de representar las órdenes que los superiores jerárquicos le impartan si él las cree ilegales, sea porque no pertenezcan o no sean relativas al servicio, sea porque tiendan a la perpetración de un delito, o ya por otra causa que haga que el empleado estime justificada su representación (15). Sobre este punto la jurisprudencia del órgano contralor ha sido muy clara, pues toda reiteración de la orden dada por el superior ha de ser por escrito, de tal modo que en el supuesto que ello no ocurra, y el subordinado cumpliera de todos modos la orden habiéndola representado previamente, la responsabilidad por la ejecución de dicha orden recaerá en el subordinado, ya que para que éste pudiere quedar exento de ella la norma estatutaria expresa explícitamente que debe existir una reiteración "escrita" de parte del superior jerárquico (16).

Otro punto que establece con claridad el Art. 151 mencionado es la condición de que el empleado debe cumplir sus deberes para con el servicio, y por consiguiente obedecer las órdenes que reciba por parte de su superior jerárquico "en relación al servicio"; de allí que cabe por tanto representar por ilegal una orden que le es impartida a un funcionario pero que no recaiga dentro de la órbita de sus deberes "relativos al servicio", o como ha dicho la jurisprudencia de Contraloría General, que no sea "inherente a las funciones específicas" de un cargo (17).

Cabe agregar que el deber de obediencia dentro del Estatuto Administrativo se configura no solamente con la repre-

(15) Véase v.gr. dictamen 73.650, de 8/11/60: "No es dable aceptar como descargo de funcionario sometido a sumario, argumentaciones de que desconocía los reglamentos internos del servicio, puesto que ellos se entienden de todos conocidos. Tampoco es aceptable argumentación en el sentido de que tratándose de su superior jerárquico no podía oponérsele, puesto que le asiste el deber de representar órdenes ilegales, y en todo caso de exigir que las órdenes sean dadas por escrito". Aplican este mismo criterio dictámenes 49.525, de 21/7/64; 54.326, de 24/8/67; etc.

(16) V.gr., dictámenes 100.441, de 22/12/64; ó 39.890, de 16/6/71.

(17) V.gr., dictamen 51.091, de 28/7/71.

sentación que por escrito debe hacer el funcionario ante su superior jerárquico cuando éste le ha impartido una orden que él estima ilegal, sino que ante la reiteración que aquél le haga de modo escrito de la citada orden, el funcionario "debe" obedecer, si bien la responsabilidad en tal caso recaerá en el superior jerárquico (a menos, es cierto, que se trate de la comisión de un delito, pues allí el funcionario "deberá" abstenerse de actuar aun mediando reiteración escrita del superior) (18).

Finalmente, es de importancia señalar el ámbito en el cual va a tener aplicación este Art. 151 del D.F.L. 338/60, que consagra el deber de obediencia en la función pública administrativa regida por dicho Estatuto; según se ha reseñado anteriormente, la jerarquía, y en consecuencia el deber de obediencia (que es su resultante), se da únicamente entre funcionarios que forman parte de la misma rama de la Administración, como lo ha entendido reiteradamente nuestra jurisprudencia administrativa, al señalar que el Art. 151 en cuestión está concebido precisamente para las situaciones que se produzcan "dentro" de un servicio, y por ende es una disposición propia de la jerarquía funcional. Por esto, si se presenta, por ejemplo, una disparidad de criterios entre una autoridad —entiéndase Ministro— y un jefe de servicio, y no entre un superior jerárquico y un empleado, no sería aplicable en tal evento la norma estatutaria, pues ella está concebida para una relación de jerarquía funcionaria, que supone la obediencia debida (19).

Como conclusión podríamos deducir de lo expuesto a través de estas consideraciones sobre el deber de obediencia en nuestra función pública un hecho no siempre debidamente destacado, y es el que en nuestro país se ha adoptado en los diversos regímenes positivos el principio de la obediencia reflexi-

(18) V. gr., dictamen 67.311, de 14. 10/60.

(19) Véase v. gr. dictamen 42.310, de 13/7/63, recaído a propósito de una controversia entre el Ministro de Hacienda y el Tesorero General de la República.

va, principio que en definitiva aparece como el más lógico y racional.

Efectivamente, esta posición de la llamada "obediencia reflexiva" aparece claramente expuesta en el Código de Justicia Militar, en el Código Penal y en el Estatuto Administrativo, cuerpos legales que regulan los sistemas militar, penal y administrativo civil del Estado, respectivamente. En otras palabras, desde el ordenamiento militar al ordenamiento funcionarial civil han adoptado este principio, lo cual permite asegurar al menos una administración que puede ser adecuada y eficiente, permitiendo tanto en el aspecto militar como civil el evitar los excesos que una obediencia absoluta y ciega podrían originar*.

* Este trabajo ha sido realizado dentro del programa de investigaciones del curso sobre "Función Pública" que dictara el Prof. *E. Soto Kloss*, durante el primer semestre de 1972, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.