

La obediencia debida del funcionario público según el Tribunal Supremo de Justicia

Gabriel SIRA SANTANA*

REDAV, N° 21, 2020, PP. 91-106

Resumen: El artículo reseña los criterios que han sostenido la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto al deber de obediencia, tomándose como punto de partida el principio de jerarquía y los términos en que, de acuerdo con el foro y el ordenamiento jurídico venezolano, debe entenderse la subordinación del funcionario público ante sus superiores.

Palabras clave: Función pública – Responsabilidad – Jerarquía.

Abstract: *This paper reviews the criteria that have been upheld by the Constitutional Chamber and the Political-Administrative Chamber of the Supreme Court of Justice regarding the duty of obedience, taking as a starting point the principle of hierarchy and the terms in which, according to the forum and the Venezuelan legal system, the subordination of the public official to his superiors must be understood.*

Keywords: *Public function – Responsibility – Hierarchy.*

Recibido

15-09-2021

Aceptado

03-11-2021

Introducción

Uno de los principios que caracteriza a todas las instituciones verticalmente organizadas o con estructura piramidal –tal como es el caso de la Administración Pública– es la jerarquía.

Sobre este principio, ARAUJO-JUÁREZ expresa que “*se ha considerado tradicionalmente como uno de los pilares básicos de la organización administrativa*” y se traduce en “*el establecimiento de un orden gradual o escalonado de atribuciones de facultades y deberes según los diferentes grados de autoridad o consiguiente responsabilidad*”, que dotan al superior jerárquico de “*la posibilidad de control y el poder*”

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávil. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice. gsira@cidep.com.ve

general de organización” y, por vía de consecuencia, al inferior jerárquico del deber de obedecer las órdenes que se le impartan¹.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TORO señala que “[l]a jerarquía es la relación de supra/subordinación más usual en la organización del Estado y, en particular, en su Administración Pública”, constituyéndose como “una relación asimétrica de poder entre dos órganos que [...] integran la misma organización” y “que se soporta en los principios de autoridad y de obediencia-disciplina”, a fin de “mantener la unidad teológica de la persona jurídica o ente público, otorgándole un sentido unidireccional a la gestión pública”².

Finalmente, y sin que este repaso tenga ánimos de exhaustividad, NIKKEN expone que la jerarquía –y, por consiguiente, la subordinación– es un “principio general de la organización administrativa, siempre que estemos hablando de desconcentración del poder”, que deriva en el control jerárquico del órgano administrativo superior sobre el órgano administrativo subordinado y que, en la práctica, se materializa “en órdenes; solicitud de información y rendición de cuentas; resolución de conflictos de competencia; la facultad de avocación y; salvo norma expresa en contrario, el poder de reformar, revocar o confirmar actos administrativos, al momento de resolver un recurso jerárquico”³.

Es en consonancia con estas aproximaciones del foro que el legislador venezolano⁴, al determinar los principios, bases y lineamientos que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública en nuestro país, incluyó dentro de los principios y bases de dicha organización y funcionamiento a la jerarquía, previéndose al respecto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública⁵ (en lo sucesivo, DRVF-LOAP) que:

Artículo 28. Principio de jerarquía. 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

¹ José Araujo-Juárez, *Derecho Administrativo General. Administración Pública* (Caracas: Ediciones Paredes, 2011), 48.

² Julio César Fernández Toro, *Fundamentos de la organización del Estado democrático en Iberoamérica* (Caracas: CIDEP y CENLAE, 2018), 149-150.

³ Claudia Nikken, “Principios generales de la organización administrativa (en Venezuela)”, en *II Congreso Venezolano de Derecho Administrativo*, vol. I (Caracas: FUNEDA y AVEDA, 2014), 33-34.

⁴ Término usado en sentido laxo pues hemos de recordar que, como se ha destacado, gracias a las múltiples habilitaciones para legislar que han recibido quienes han ejercido la Presidencia de la República desde el año 1999, es posible afirmar que en Venezuela cuatro de cada diez “leyes” son dictadas por el Ejecutivo Nacional (decretos leyes) y no la Asamblea Nacional como vocera del pueblo soberano (leyes formales). Cfr. Tomás Arias Castillo, “Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República”, *Revista de Derecho Público*, N° 130 (2012): 394-399.

⁵ Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014.

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.

El incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de este y acarrea la responsabilidad de las funcionarias o funcionarios a quienes sea imputable dicho incumplimiento, salvo lo dispuesto en el artículo 8° del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica.

En otras palabras, al constatarse una relación de jerarquía en la Administración, el órgano superior gozará de la posibilidad de imponerse sobre el inferior y, en consecuencia, podrá hacer uso de las potestades de dirección, delegación, disciplina, control y resolución de conflictos de atribuciones⁶, siendo prudente –y de particular relevancia a los efectos de este trabajo– destacar que si bien el ejercicio de estos poderes lleva consigo el deber de cumplimiento por parte de los órganos jerárquicamente subordinados de las órdenes recibidas so pena de que tengan lugar medidas disciplinarias⁷, tal deber no debe entenderse en términos absolutos⁸.

En desarrollo de la afirmación anterior, tal como vimos *supra*, el artículo 28 del DRV-F-LOAP determina que la responsabilidad y la intervención del órgano inferior derivada del incumplimiento comentado debe leerse en concordancia con el artículo 8 *ejusdem*, cuyo único aparte prevé que los:

[...] funcionarios públicos incurrir en responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, según el caso, 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 [...] y la ley, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.

⁶ Cfr. Araujo-Juárez, *Derecho...*, 49-50; Fernández Toro, *Fundamentos...*, 154-159.

⁷ Téngase presente el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (Gaceta Oficial N° 37.482 del 11-07-2002, reimpresa en N° 37.522 del 06-09-2002), conforme con el cual es causal de destitución “[...]a desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor [...] inmediato, emitidas por este en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario [...] público [...]”, así como también el numeral 2 del artículo 33 de la misma ley que prevé como obligación de los funcionarios el “[...]a]catar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos”.

⁸ Véase al respecto DIEZ, para quien “[...]a 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 subordinado, precisando las responsabilidades respectivas”. Cfr. Manuel María Díez, *El deber de obediencia en la función pública*, 2° ed. (Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1951), 11, citado en Thairy Daza, “Las causales de destitución en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela 2017* (2018): 68, en <https://bit.ly/3EkAeP1>

Esta disposición viene a reiterar lo previsto en el artículo 25 de la Constitución de la República⁹, que es del siguiente tenor:

Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos [...] que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores¹⁰.

En el mismo orden de ideas, la parte *in fine* del numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública –ya citado en las notas al pie de página–, prevé que la desobediencia será causal de destitución “*salvo que [las órdenes e instrucciones que reciba el funcionario por parte de su supervisor inmediato] constituyan una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal*”.

Así las cosas, de los artículos aludidos se aprecia entonces que, aun cuando el órgano inferior debe obediencia al órgano superior al momento de ejercer las funciones que le han sido asignadas por el ordenamiento jurídico en virtud de los principios de jerarquía y competencia¹¹, existe al menos un supuesto que permite al funcionario subordinado separarse de la orden recibida sin que este último incurra en responsabilidades que puedan derivar en su destitución pues, más bien, es en caso de hacer lo ordenado por el superior jerárquico que se cometerá una infracción¹².

De este modo, el supuesto al que hacemos referencia y que es de especial interés para estas líneas serían las instrucciones o mandatos que dicte el superior jerárquico y que (i) violen o menoscaben derechos previstos en la Constitución de la República o la ley –términos en que dicha Constitución y el DRVF-LOAP se refieren a la excepción– o (ii) infrinjan de forma “*manifiesta, clara y terminante*” la Constitución de la República o la ley, sin que se aluda a derechos en general, al ser estos los términos en que la Ley del Estatuto de la Función Pública se pronuncia

⁹ Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpresa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

¹⁰ Nótese que, adicionalmente, la Constitución de la República dedica un artículo (el 45) a la obligación de no obedecer órdenes referidas a la práctica o tolerancia de la desaparición forzada de personas.

¹¹ Sobre este último, que rebasa el objeto de estas líneas, véase Fernández Toro, *Fundamentos...*, 107-145.

¹² Decimos “al menos un supuesto” pues hemos de recordar que, con base en el principio de competencia y el citado numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, las órdenes que el superior instruya al inferior deben estar relacionadas con los cargos que ambos desempeñan, siendo que si la orden no está vinculada con el mismo (por ejemplo, se trate de un asunto personal del superior jerárquico), tal solicitud tampoco estaría amparada por el deber de obediencia, si bien en estos casos el solo hecho de cumplir lo ordenado no daría lugar a una infracción. Cfr. Manuel Rojas Pérez, *Notas sobre derecho de la función pública* (Caracas: FUNEDA, 2011), 132.

sobre el tema objeto de comentarios. Ambas cuestiones, si se quiere, como una manifestación de la supremacía constitucional¹³ y del principio de legalidad¹⁴.

Es esta realidad la que ha dado lugar a que autores como BRICEÑO LEÓN indiquen que en Venezuela existe una “*prohibición impuesta al funcionario público de acatar órdenes de esta naturaleza [inconstitucionales o ilegales], con el riesgo, si otra fuese su conducta, de incurrir en la responsabilidad antes mencionada*”¹⁵, ya que en el ámbito del Derecho Administrativo, al darse y ejecutarse una orden manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, no encontraría aplicación la exigente de responsabilidad inspirada en el numeral 2 del artículo 65 del Código Penal¹⁶, según la cual no es punible “[e]l 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”.

Lo anterior, concluye el autor citado, dado que “*simplemente la obediencia no es exigible frente a órdenes violatorias de derechos constitucionales*” y “[t]ampoco es exigible el acatamiento de actos administrativos transgresores de los derechos señalados, por el contrario resulta claro el deber de no cumplirlos ni ejecutarlos”¹⁷.

En otras palabras, como otrora sostuvo ROSCIO en “El triunfo de la libertad sobre el despotismo”¹⁸ y más recientemente nos recordó

¹³ Téngase presente el artículo 7 de la Constitución de la República, conforme con el cual “[l]a Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

¹⁴ Véase, entre otros, el artículo 137 de la Constitución de la República que prevé que “[l]a Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”. Cfr. Carlos Luis Carrillo Artilles, “La ampliación cuantitativa del principio de legalidad en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Público*, N° 89-92 (2002): 33-45.

¹⁵ Humberto Briceño León, “Violación a derechos constitucionales. Excepción a la presunción de legitimidad y al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y la teoría de la obediencia debida”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3 (1998): 314.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario del 16-03-2005, reimpresso en N° 5.768 Extraordinario del 13-04-2005.

¹⁷ Nótese que en caso contrario –es decir, de no ser la orden manifiestamente adversa a los textos indicados– y siempre que la instrucción derive de una relación de jerarquía pública y que “se enmarque dentro de la esfera de competencia de quien ordena y dentro del ámbito habitual de obligaciones de quien obedece”, el autor señala que sí encontraría aplicación la exigente de responsabilidad y, por ende, el funcionario que ejecutó la orden no incurriría en una infracción, a diferencia del que ordenó que se procediera de esa forma. Cfr. Briceño León, *Violación...*, 315.

¹⁸ Juan Germán Roscio, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo* (Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1996).

HERNÁNDEZ G., los ciudadanos en general –categoría que claramente incluye a los funcionarios públicos– deben es una “*obediencia racional*” a las leyes y a la autoridad, en contraposición a la “*obediencia ciega*” que, a la larga, conduce al despotismo y los abusos de autoridad¹⁹.

Ahora bien, no obstante lo aquí dicho, el poder de desobedecer la orden recibida de un superior jerárquico no está exento de problemas pues, como bien expuso LARES MARTÍNEZ, aun cuando no se duda que “*el subalterno debe acatamiento a la ley antes que a las órdenes de su superior*”:

La dificultad está en que si se admite que el subalterno pueda rechazar la orden ilegal, se acepta que se convierta en juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores, lo que vendría a ser la negación misma de la jerarquía. Por eso, los autores más recientes se inclinan por negar a los funcionarios el derecho a erigirse en juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores, y sólo en caso de que la ilegalidad de la orden sea evidente se acepta que el funcionario subalterno no debe obedecerla²⁰.

Es decir, que la posibilidad –o, más correctamente, la obligación– de desobedecer se haría depender del hecho concreto y de que la orden recibida sea abiertamente, manifiestamente, flagrantemente –u otros adjetivos similares– inconstitucional o ilegal, ya que, en caso contrario, no le estaría dado al funcionario de inferior jerarquía examinar su conformidad con derecho; como sí habría de estudiarse, por ejemplo, de activar el particular afectado la vía recursiva (administrativa o jurisdiccional) contra el acto en cuestión.

En este orden de ideas, al encontrarnos frente a una situación que está empapada de valoraciones –a saber, qué ha de entenderse por una infracción “*manifiesta, clara y terminante*”²¹–, se hace recomendable

¹⁹ José Ignacio Hernández G., “Espíritu y líneas maestras del Estado democrático de derecho”, *Revista de Derecho Público*, N° 161-162 (2020): 61. Del mismo autor: “El olvido de Roscio y el sesgo autocrático de nuestro derecho público, en el bicentenario de ‘El triunfo de la libertad sobre el despotismo’”, *Revista de Derecho Público*, N° 151-152 (2017): 23. En clara sintonía con lo anterior, consúltese Carlos Carro Zúñiga, “La falta grave como causa justa de despido”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, N° 25 (1978): 22, donde se recoge el criterio asentado por la Sala de Casación en el fallo del 09-09-1953 según el cual “*la obediencia debida por los empleados públicos no es ciega ni incondicional*”.

²⁰ Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5° ed. (Caracas: UCV, 1983), 437.

²¹ Cfr. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿naciones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8 (Caracas: UMA, 2016): 346, en <https://bit.ly/31g6ceu>, El autor recuerda que “*para un amplio sector de la doctrina iberoamericana, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas fórmulas jurídicas que regulan la actividad de la Administración, en los que la indeterminación de sus enunciados no se traduce en una indefinición de sus aplicaciones, pues solo se permite una unidad de solución justa. La Ley no*

revisar cuáles han sido los criterios que al respecto ha sostenido el Poder Judicial –particularmente, la Sala Constitucional y la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ y SPA/TSJ, respectivamente)– a fin de conocer cuándo se ha considerado que ha de imperar el deber de obediencia del funcionario público y cuándo se ha determinado que la desobediencia es lícita, y por ende no da lugar a medidas disciplinarias en contra del subordinado.

A tal efecto, precisamos como nota metodológica que esta investigación partió de la información disponible en el sitio web del Poder Judicial (<http://www.tsj.gob.ve>)²², ubicando en el texto de los fallos de las Salas mencionadas, dictados durante el período 2000-2019, alusiones a nuestro objeto de estudio mediante el uso de frases claves como “obediencia debida”, “deber de obediencia”, “deber de obedecer”, “acatar las órdenes”, “infracción manifiesta”, “obediencia legítima” y “obediencia jerárquica”²³.

De seguida, el listado con las decisiones que presentaban uno o más de estos términos de referencia fue examinado para determinar si ellos se encontraban en la parte narrativa, motiva o dispositiva del fallo –interesando a los efectos de este trabajo únicamente los dos últimos supuestos²⁴– y si se trataba de una mención incidental –en cuyo caso tampoco tendría relevancia para este estudio– o, más bien, podía considerarse un razonamiento de la Sala que dejaba entrever su criterio

determina con exactitud los límites de esos conceptos porque los mismos no admiten una cuantificación o determinación rigurosas”. Nótese que un caso de estudio similar al que nos hemos planteado –y que escapa del objeto de estas líneas– es la “*prescendencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido*” como causal de nulidad absoluta de los actos administrativos, a tenor del numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981.

²² Téngase presente que todos los fallos citados se consultaron el 13-09-2021.

²³ Nótese que si bien la gran mayoría de los fallos de las Salas seleccionadas pueden consultarse a través de este sitio web, hay decisiones cuyo texto no se encuentra en línea y, por ende, se desconoce si incluyen los términos empleados como parámetro de búsqueda. Es el caso, por ejemplo, de los fallos N° 50, 212, 484 y 896 del año 2000 de la Sala Constitucional.

²⁴ Por este motivo no se incluyen fallos como el N° 1433 del 22-10-2014 de la SC/TSJ (caso: Elvís Jurado), en <https://bit.ly/31mBblj>, que, al reseñar la decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo objeto de revisión constitucional, cita entre otros que “*esta Corte considera pertinente acotar que la Administración Pública funciona bajo una estructura jerarquizada, que impone al subordinado el deber de cumplir las órdenes e instrucciones impartidas por los superiores dentro de su competencia, es decir, hay un deber de respeto el cual indiscutiblemente está ligado al deber de obediencia*” y “*debe entenderse a la subordinación como la obligación que todo funcionario público tiene de cumplir las órdenes e instrucciones de sus superiores, como consecuencia de una vinculación directa del deber de la obediencia, que se fundamenta en la necesidad de mantener la estructura orgánica dentro de la Administración Pública, pues sin la debida obediencia no puede materializarse el principio de jerarquía*”.

respecto a la obediencia debida. Estas últimas son las decisiones que se seleccionaron y comentaremos de seguida.

I. Los criterios de la Sala Constitucional

La SC/TSJ no ha exteriorizado criterios de especial interés sobre el tema que nos ocupa desde su constitución en el año 2000, visto que sus pocos desarrollos jurisprudenciales sobre el deber de obediencia han estado enfocados en el ámbito castrense, y no el funcional.

Como muestra de lo anterior podemos traer a colación el fallo N° 1319 del 03-08-2001 (caso: Eduyn Graterol)²⁵ en el que, al conocer de la apelación de una acción de amparo, la Sala sostuvo que la –para entonces vigente– Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales de 1995²⁶:

[...] establece en el Capítulo III las disposiciones referentes a la jerarquía y reglas de subordinación, de todo lo cual se puede coligir [sic] que dicha normativa legal obedece al principio de jerarquía, es decir, el propio derecho les impone a los sujetos que se encuentren dentro de este supuesto especial, condición de militares, que actúen o procedan por la orden de sus superiores jerárquicos. Claro está, el deber de obediencia absoluta o incondicionada, resulta un medio para mantener la disciplina necesaria con el fin de que las Fuerzas Armadas Nacionales pueda asegurar la defensa nacional para garantizar la integridad y libertad de la República y la estabilidad de las instituciones democráticas, cooperar con el mantenimiento del orden público y asegurar el cumplimiento de la Constitución y las leyes.

Se observa entonces que dentro del ámbito militar prevalece la jerarquía como principio regulador de las relaciones intersubjetivas que se desarrollan, entre un Superior y su inferior jerárquico, lo que justifica entonces que la emisión de una orden, no tiene que estar fundamentada o motivada jurídicamente hablando. (Destacado agregado).

Como apreciará el lector en el extracto citado, la Sala señaló que en el caso de las Fuerzas Armadas –al igual que como ocurre con la Administración Pública– existe el deber de obediencia como consecuencia del principio de jerarquía; pero, a diferencia de la Administración según lo que comentáramos en páginas previas, esta obligación es “*absoluta o incondicionada*”, constituyéndose tales calificativos en una discrepancia insalvable en cuanto al régimen de los funcionarios públicos para los que, como vimos, se habla es de una obligación relativa que admite que dichos servidores no acaten la orden recibida cuando esta (i) no guarda relación con sus cargos²⁷ o (ii) sea manifiestamente contraria a derecho,

²⁵ En <https://bit.ly/3DijwhN>

²⁶ Hoy Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario del 19-11-2014.

²⁷ Cfr. Manuel Rojas Pérez, “Función pública, burocracia y organización administrativa”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 26 (2019): 15-29, en <https://bit.ly/3G619zV>

por lo que tampoco es correcto sostener –como lo hace la Sala– que tal orden puede carecer de fundamento jurídico.

De este modo, consideramos que lo narrado *supra* sería motivo suficiente para dejar de lado este criterio de la SC/TSJ en cuanto al principio de jerarquía, la obediencia debida y sus implicaciones para el ejercicio de la función pública, aun cuando no podemos dejar de mencionar que esta visión absoluta e incondicionada del tema que nos ocupa no es extraña en la práctica administrativa del Poder Ejecutivo Nacional, dado en parte la militarización del tren ejecutivo y de las altas cabezas del gobierno²⁸ en lo que constituye un desprecio más al –históricamente merchado– rol que ha tenido la sociedad civil en el Estado venezolano²⁹.

Nótese, no obstante lo dicho, que en su fallo N° 1185 del 07-10-2015 (caso: Dido Domínguez)³⁰, al conocer en revisión de una decisión vinculada con el Código de Justicia Militar de 1967³¹, la Sala aseveró que las eximentes de responsabilidad penal –con inclusión de la obediencia debida– *“implican la verificación cabal de extremos jurídicos [...], especialmente las vinculadas al constreñimiento y cumplimiento de órdenes superiores”*, requiriéndose para su procedencia que esté *“acreditada la existencia de órdenes”*.

Somos de la opinión que este criterio en cuanto a la carga de la prueba sí podría ser de interés al momento de evaluarse la responsabilidad de un funcionario público cuando la orden del superior opere como una eximente de responsabilidad, y no nos encontremos ante ordenes que violen, menoscabe o infrinjan de forma manifiesta los derechos previstos en la Constitución y la ley ya que, en estos últimos casos, a pesar de que pueda acreditarse la existencia de la orden, ella no será óbice para que se declare la responsabilidad del funcionario y se apliquen los correctivos de ley a tenor de los artículos 25 de la Constitución de la República y 8 del DRVF-LOAP, citados *supra*.

Por último es oportuno mencionar el fallo N° 1812 del 20-10-2006 (caso: Francisco Marín)³², donde al resolver una solicitud de interpretación del artículo 267 de la Constitución de la República³³ la SC/TSJ asentó que:

²⁸ Cfr. El Universo, 08-09-2021, *Diez militares hacen parte del gabinete de Nicolás Maduro y solidifican su poder en Venezuela*, en <https://bit.ly/32NHS6t>

²⁹ Cfr. Asdrúbal Aguiar, Allan R. Brewer-Carías y Enrique Viloria Vera (coordinadores), *La Independencia y el Estado Constitucional en Venezuela: como obra de civiles (19 de Abril de 1810, 5 de julio de 1811, 21 de diciembre de 1811)* (Caracas: EJV, 2018). En <https://bit.ly/3lx7knl>

³⁰ En <https://bit.ly/3lx7knl>

³¹ Hoy Código Orgánico de Justicia Militar, en Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinario del 17-09-2021.

³² En <https://bit.ly/3Dd6Zfv>

³³ El artículo es del siguiente tenor: **“Artículo 267.** *Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la*

[...] la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, es un órgano desconcentrado del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto mantiene una relación de dependencia regida por el principio de jerarquía, pero que por ser desconcentrado, si bien tiene un deber de obediencia respecto al superior, este es diferente en grado, en comparación con otros órganos. Por tal razón, sostiene la Sala, que la jerarquía se manifiesta de distinto modo, según el tipo de órgano que se trate, esto es, si es desconcentrado o no.

En opinión de la Sala, en los órganos desconcentrados, existe un menor grado de subordinación, por cuanto a éstos se les ha transferido el ejercicio de la competencia y de forma permanente, lo que implica un mayor grado de autonomía respecto al órgano superior en cuya estructura se encuentra inserto, y precisamente se adopta dicha técnica de desconcentración para que el órgano pueda actuar la competencia con mayor libertad y eficacia, sin que deba estar recibiendo instrucciones y ordenes [sic] del superior para poder ejercer su competencia. De allí que los funcionarios que actúan por el órgano desconcentrado sean directamente responsables del ejercicio de la competencia que tiene atribuida [...], sin menoscabo de los controles que ejerce el superior en cuanto al ejercicio de esa competencia (verbigracia, aprobación de memoria y cuenta, de planes y proyectos). (Destacado agregado).

De este fallo nos interesa destacar dos aspectos: **(i)** que la SC/TSJ es conteste con el planteamiento de que el deber de obediencia del órgano subordinado frente al órgano superior es una consecuencia del principio de jerarquía, y **(ii)** que ese deber puede disiparse –mas no suprimirse del todo– si nos hallamos ante un órgano desconcentrado, visto que en estos casos el control jerárquico que puede ejercer el órgano superior habrá de respetar la autonomía administrativa, financiera y de gestión del primero, a fin de que la desconcentración tenga razón de ser³⁴.

inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial. // La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley. // El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. // Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”.

³⁴ Si bien el tema rebasa nuestro objeto de estudio, se considera pertinente citar los artículos 92 y 93 del DRV-F-LOAP, según los cuales “el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá convertir unidades administrativas de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, de las Vicepresidencias Sectoriales, de los ministerios y de las oficinas nacionales, en órganos desconcentrados con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa o financiera, según lo acuerde el respectivo Reglamento Orgánico” y “[l]a Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, la Vicepresidenta o Vicepresidente Sectorial, la ministra o ministro, o en su caso la jefa o jefe de la oficina nacional, ejercerá el control jerárquico sobre los órganos desconcentrados, de conformidad con los lineamientos de la planificación centralizada”, respectivamente.

II. Los criterios de la Sala Político-Administrativa

El grueso de los fallos de la SPA/TSJ que aluden al deber de obediencia, al igual que como vimos ocurre con la SC/TSJ, versan sobre el servicio castrense o policial.

De este modo, por ejemplo, la Sala ha indicado que los oficiales de las Fuerzas Armadas se rigen *“por las normas que regulan el ejercicio de esa especial función [...] y por tanto está[n] sometido[s] y debe[n] acatar las órdenes de los superiores destinadas a lograr el efectivo desempeño en su condición [...] dentro del estamento militar”*³⁵; precisándose a su vez que:

[...] al tratar el tema del “juez natural” dentro de la estructura administrativa, debe tenerse en cuenta fundamentalmente, que la irregularidad que amerita un procedimiento disciplinario, se comete con relación al ordenamiento jurídico que regula a la institución u organismo, donde quien toma la decisión ejerce sus funciones, y que, en la mayoría de los casos, por existir una organización jerárquica, es superior de quien va a ser sometido a dicho procedimiento, lo cual no necesariamente significa, que la decisión tomada está parcializada, máxime dentro de la Institución Castrense, donde imperan con mayor rigor, los principios de subordinación y obediencia debida³⁶. (Destacado agregado).

En tanto, por lo que se refiere a la función policial, la Sala expuso en su fallo N° 1117 del 19-09-2002 (caso: Francisco Gil)³⁷, al conocer de una demanda de nulidad contra la resolución del para entonces Ministerio de Justicia que confirmó la destitución del demandante como parte del Cuerpo Técnico de Policía Judicial³⁸, que *“el incumplimiento de las órdenes relativas al servicio y la omisión de información al superior, se consideran faltas contra la obediencia debida”*, a tenor del –hoy derogado– Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial³⁹.

Asimismo, la Sala aseveró por medio de su fallo N° 2898 del 12-05-2005 (caso: Jesús Álvarez)⁴⁰ que actuaciones como las del funcionario

³⁵ Fallo N° 1370 del 05-11-2008 (caso: Italo Di Pascuale), en <https://bit.ly/3prB1Ht>

³⁶ Fallo N° 817 del 29-03-2006 (caso: José Hernández), en <https://bit.ly/31uu5kQ>

³⁷ En <https://bit.ly/3rNrWMj>

³⁸ Hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

³⁹ Reiterado en los fallos N° 1888 del 14-08-2001 (caso: William Fernández), N° 1131 del 24-09-2002 (caso: Luis Vergel), N° 1725 del 07-10-2004 (caso: Adib Gómez) y N° 29 del 22-01-2002 (caso: Walner Rico), este último en cuanto al Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) que tipificaba como *“faltas contra la obediencia debida, el incumplir las órdenes relativas al servicio [...] y omitir información al superior sobre hechos de comunicación o hacerlo con retardo o sin ceñirse a la verdad”*. En <https://bit.ly/32YuXij>, <https://bit.ly/3GfNqoZ>, <https://bit.ly/3xXHY79> y <https://bit.ly/3Gd8rjU>, respectivamente.

⁴⁰ En <https://bit.ly/3osUtol>

destituido que ponían en entredicho a la obediencia debida, constituyeron *“faltas disciplinarias [...] que comprometieron seriamente su desempeño como funcionario policial; y que no fue comprobada circunstancia alguna que atenuara la responsabilidad del funcionario”*.

Tres conclusiones pueden extraerse de los fallos de la SPA/TSJ citados hasta el momento: **(i)** la obligación del subordinado de obedecer a su superior es propia de toda organización jerárquicamente organizada, siendo las estructuras administrativas en general muestra de ello; **(ii)** la institución castrense y policial es donde esta obligación adquiere mayor relevancia o fuerza, sin que ello equivalga a negar su existencia en otros escenarios propios de la función administrativa y que son los que resultan de interés a los efectos de estas líneas; y **(iii)** aun cuando la obediencia es la regla y la falta de la misma puede ser objeto de medidas disciplinarias, tal obligación fenece en caso que existan circunstancias de hecho que eximan –o, al menos, atenúen– la responsabilidad del funcionario.

¿Cuáles son esas circunstancias? Si bien la SPA/TSJ no desarrolla cuantitativa ni cualitativamente este punto que constituye el *quid* del asunto, creemos que lo más cercano a una respuesta por parte de la Sala lo podemos hallar en el fallo N° 438 del 11-05-2004 (caso: Edgar Rodríguez)⁴¹, donde, nuevamente en una causa referida al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, la Sala sostuvo que:

[...] resulta necesario señalar que la obediencia es la ejecución de la voluntad de quien manda, dentro de la esfera de su competencia; es el sometimiento espontáneo al dictado ajeno, bien por sumisión jerárquica impuesta, bien por el cumplimiento del deber.

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 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.

No puede existir y no resulta aceptable, ni aún en los círculos más estrictos de las Fuerzas Armadas, la obediencia ciega, entendiéndolo 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.

[...]

Si, como se ha señalado, fuera de los límites de la ley no existe obediencia debida, el recurrente debió alertar a la superioridad, (entendiendo en esta oportunidad el término “superioridad”, no el superior inmediato, en tanto que de él emanaba el ilegal pedido, sino al superior en la línea de mando)

⁴¹ En <https://bit.ly/31u9Jly>

de la ilegal orden recibida, referida a utilizar un vehículo recuperado y en poder del Cuerpo Técnico de Policía Judicial en calidad de depósito, para el cumplimiento de una diligencia, un favor personal, no una orden relativa al servicio. Con tal actuación no incurría el actor en violación del órgano regular; por el contrario, se hubiera eximido de cometer la falta por la cual fue sancionado. (Destacado agregado).

El precedente citado, aun cuando se refiere es a la función policial, consideramos que bien podría traerse a colación para el estudio de la obediencia debida de los funcionarios públicos en general si partimos del hecho que, como ha exteriorizado la Sala en más de una ocasión, en el ámbito castrense y policial el deber de obediencia “*impera con mayor rigor*”; por lo que, por simple lógica jurídica, sí en los casos en que dicho deber es más fuerte (militares y policías) proceden las excepciones advertidas por la Sala en el fallo N° 438/2004, cuando dicho deber es más débil (funcionarios públicos), con mayor razón habrán de tenerse presentes.

Así, este fallo nos permite sumar tres nuevas conclusiones a las enumeradas en los párrafos precedentes: (i) la obediencia se debe únicamente respecto a instrucciones vinculadas con el cargo que tanto el superior jerárquico como el subordinado detentan, y las funciones que dichos cargos acuerdan para cada uno de ellos, (ii) la obediencia se debe dentro de los límites de la ley y en atención a los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la orden que se reciba, y (iii) la obediencia ciega por parte de los funcionarios públicos puede dar lugar a sanciones sin que estos puedan alegar como defensa el hecho que obraron siguiendo instrucciones de su superior, ya que en caso que estas instrucciones violen el ordenamiento jurídico lo que procede es la desobediencia⁴².

Estos postulados podrían ser complementados por el fallo N° 954 del 14-07-2011 (caso: Omar Velásquez)⁴³ de la misma Sala, donde ella indicó –si se quiere, de pasada– que “*el actor no pretende escudarse en la obediencia debida entendida como exigente de responsabilidad, sino que simplemente reconoce haber cumplido una directriz dada por su superior jerárquico*”, ya que “*sostuvo, su actuación estuvo apegada a la Ley por haberle sido delegada verbalmente por el jerarca*”.

En otras palabras, y aun cuando la Sala no desarrolló esta idea más allá de la cita, habría un reconocimiento de lo expresado al inicio de este

⁴² Al respecto resulta de interés lo dicho en la introducción de este trabajo, en cuanto a los problemas que plantea en la práctica que el subordinado pueda ser –en palabras de LARES MARTÍNEZ– “*juez de la legalidad de las órdenes de sus superiores*”, por lo que debe atenderse a los términos en los cuales la legislación admite dicha posibilidad y, por interpretación a contrario, aquellos en los que la obediencia ha de ser la regla aun cuando el subordinado esté en desacuerdo con la orden recibida.

⁴³ En <https://bit.ly/3DfP3kF>

trabajo en cuanto a que la obediencia debida, cuando el funcionario actúa conforme con la instrucción recibida y siempre que esta no sea abiertamente contraria a derecho, bien podría considerarse una eximente de responsabilidad que relevaría de culpa al subordinado y justificaría que se iniciara el procedimiento disciplinario de ley en contra del superior que emitió la orden discutida.

Ya para terminar resulta prudente mencionar que en el fallo N° 2342 del 23-10-2001 (caso: Procuraduría General de la República)⁴⁴, al estudiarse la naturaleza jurídica de las circulares administrativas en virtud de un asunto de carácter tributario vinculado con los “precios referenciales vigentes” fijados por la Administración por esa vía, la SPA/TSJ destacó que:

[...] las circulares son comunicaciones expedidas por un superior jerárquico en el ámbito administrativo, dirigidas a sus subordinados en relación con el régimen interno a fin de orientar y aclarar determinados aspectos de la materia, que no tienen porqué [sic] ser observadas por los contribuyentes y responsables, ya que no crean obligaciones ni derechos para ellos.

Ellas son por tanto libradas, con el objeto de orientar la actividad de los funcionarios de una determinada dependencia y obligan sólo a los funcionarios a los cuales están dirigidas, por cuanto las mismas tienen su fundamento en el deber de obediencia de los funcionarios con respecto a sus superiores, y no al resto de la colectividad. Su fuerza, desde el punto de vista jurídico, está limitada al campo interno de la administración, toda vez que su conocimiento está reservado a sus funcionarios.

Ellas constituyen una instrucción dirigida por un superior jerárquico al personal bajo sus órdenes como guía de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes y en la aplicación de las leyes y reglamentos. Comúnmente, estos instructivos van dirigidos dentro de la organización de la administración pública a personas o entidades que, en el ámbito de sus atribuciones respectivas, deben acatar y cumplir todas aquellas medidas que aseguren la mejor ejecución de los actos y asuntos concernientes al régimen administrativo de determinada dependencia. En tal virtud, las órdenes, recomendaciones, instrucciones o normas contenidas en una circular obligan necesariamente a los funcionarios subalternos de la administración pública destinatarios de las mismas⁴⁵. (Destacado agregado).

A lo que se suma que, previamente, la SPA/TSJ ya había indicado en uno de los primeros fallos en su historia –a saber, el N° 6 del 20-01-2000 (caso: General Motors Venezolana)⁴⁶– que las circulares son:

[...] actos administrativos emanados de los superiores jerárquicos, con un ámbito de aplicación limitado al interior de los órganos o dependencias públicas, que establecen mandamientos, recomendaciones o instrucciones

⁴⁴ En <https://bit.ly/3xNrdvq>

⁴⁵ Reiterado en los fallos N° 1488 del 08-06-2006 (caso: RODICA), N° 2558 del 15-11-2006 (caso: MAKRO) y N° 1674 del 30-11-2011 (caso: INDULAC), en <https://bit.ly/3Ela-diz>, <https://bit.ly/3pj6f3E> y <https://bit.ly/3GeDdJw>, respectivamente.

⁴⁶ En <https://bit.ly/3oljEJf>

sobre determinados aspectos, son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios en virtud de la obediencia jerárquica debida; de acuerdo a los términos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, esas decisiones de carácter interno están exceptuadas de publicarse en la Gaceta Oficial.

[...]

De modo que, la información impartida por la Administración Tributaria a sus funcionarios, bajo la forma de circular, constituye una actuación de carácter informativo, que posee un valor formal reducido a la función que desempeña, sin contenido sustancial propio, y de observancia obligatoria para los agentes administrativos a quienes se les ha dirigido. (Destacado agregado).

De estos fallos extraemos dos conclusiones finales sobre el tema que nos ocupa: **(i)** las circulares administrativas como comunicaciones que emanan del superior jerárquico podrían constituir un medio de prueba que, llegado el caso, permitiría al subordinado demostrar que el mismo actuó siguiendo órdenes –es decir, en los términos asentados por la SC/TSJ en su fallo N° 1185/2015, acreditar la existencia de la orden–, siempre que no nos encontremos frente a los supuestos de los artículos 25 de la Constitución de la República, 8 del DRV-F-LOAP ni el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que reiteramos no admiten a la mera obediencia como eximente de responsabilidad; y **(ii)** la debida obediencia está ligada en criterio de la SPA/TSJ a la eficiencia de la Administración a fin de que esta pueda ejecutar sus actos del mejor modo posible, lo que estaría a su vez en consonancia con el rol vicarial que el artículo 141 de la Constitución de la República le acuerda a la misma⁴⁷ y que ha sido debidamente estudiado por el foro⁴⁸.

Como corolario, una realidad que nos invita a la reflexión es que en veinte años de criterios jurisprudenciales de dos de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia más importantes, solo un puñado de casos ha hecho referencia a un tema tan relevante como lo es la obediencia debida en el ejercicio de la función pública y sus implicaciones.

Una primera deducción al respecto nos llevaría a pensar que no hay prácticamente fallos en la materia porque, sencillamente, en la práctica no se presentan situaciones que pongan en tela de juicio los límites de la obediencia debida. Es decir: las órdenes que reciben los subordinados

⁴⁷ El artículo es del siguiente tenor: "**Artículo 141.** La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

⁴⁸ Cfr. José Ignacio Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela* (Caracas: EJV, 2011).

siempre son conforme con derecho y estos las ejecutan sin dilaciones, como si de una máquina bien engranada se tratase, siendo que en caso de ilicitud, se toman los correctivos necesarios dentro de la propia Administración a fin de garantizar que esta continúe prestando a los ciudadanos un servicio basado en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, tal como lo exige el artículo 141 constitucional.

No obstante, basta una mirada a los índices de corrupción en el país –que dan pie a que sea calificado por organizaciones no gubernamentales como el “*más corrupto en América y El Caribe*”⁴⁹– y del Estado de Derecho en general –que colocan a Venezuela en la última posición no solo de América Latina, sino del mundo⁵⁰– para dudar sobre la certeza de la deducción del párrafo precedente y, más bien, llegar a otra suposición: no es que todas las órdenes que reciban los subordinados siempre son conforme con derecho y por ende estos presten la debida obediencia a las mismas, sino, más bien, que aun en caso de órdenes manifiesta, clara y terminantemente contrarias a la Constitución y las leyes que justifiquen que los funcionarios opten por la desobediencia, estos (i) o ignoran tal ilegalidad y proceden como si de una orden lícita se tratara a conciencia de que la posibilidad de que la misma sea revocada por vía judicial es sumamente remota, por no decir cercana a cero⁵¹ o (ii) al oponerse a la instrucción, los funcionarios son removidos de sus cargos sin que luego intenten acciones judiciales en contra de tales destituciones –con base en los artículos 25 de la Constitución de la República, 8 del DRV-LOAP, y el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública – o estas no lleguen al conocimiento de las Salas estudiadas.

Como hemos dicho, estos últimos planteamientos no serían más que suposiciones cuya comprobación requeriría de estudios adicionales –que, al menos de momento, escapan de nuestras posibilidades– por lo que simplemente los esbozamos a modo de comentario para motivar el debate sobre la materia aquí desarrollada. ■

⁴⁹ Transparencia Internacional, 23-01-2020, *IPC 2019: Venezuela es el país más corrupto en América y El Caribe*, en <https://bit.ly/2ZPYA44>

⁵⁰ World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho 2020*, en <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-Global-ROLI-Spanish.pdf> El índice mide los límites al poder gubernamental, la ausencia de corrupción, el gobierno abierto, los derechos fundamentales, el orden y la seguridad, el cumplimiento regulatorio, y la justicia civil y penal.

⁵¹ Cfr. Antonio Canova González et al., *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2005-2013)* (Caracas: Editorial Galipán, 2014).