

Obediencia debida a órdenes ilegítimas: estudio de caso de peculado en Ecuador y Colombia

**Ana Lucía Ponce Andrade,
Richard Villagómez Cabezas y
Pedro Piedrahita Bustamante**

Ana Lucía Ponce Andrade

Es doctora en Administración Estratégica de Empresas, por la Pontificia Universidad Católica de Perú, magíster en Gestión Empresarial de la Universidad Regional Autónoma de los Andes (Ecuador), e ingeniera en Banca y Finanzas de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo (Ecuador). Actualmente es profesora investigadora del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) de Ecuador.

Richard Villagómez Cabezas

Es doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Perú, magíster en Derecho Penal y en Derecho Procesal de Universidad Andina Simón Bolívar (Bolivia). Es abogado y doctor en Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Actualmente es profesor invitado de la Universidad Andina Simón Bolívar y socio de la firma jurídica Assidere. Se desempeñó como Conjuez de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Pedro Piedrahita Bustamante

Es doctor *cum laude* en Derecho Internacional por la Universidad Alfonso X El Sabio (España), magíster en Seguridad y Defensa de la Escuela Superior de Guerra de Bogotá y politólogo de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Actualmente es director de la Maestría en Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Medellín, donde además se desempeña como profesor investigador y miembro del Grupo de Investigación en Conflicto y Paz.

E-mails: aniluponce@gmail.com

richardvillagomez@yahoo.com

ppiedrahita@udem.edu.co

Obediencia debida a órdenes ilegítimas: estudio de caso de peculado en Ecuador y Colombia*

El artículo analiza la obediencia debida en el delito de peculado en dos casos de la jurisprudencia de Ecuador y Colombia, desde el derecho penal, la administración pública y la psicología social. Se usa el enfoque cualitativo y la técnica del estudio de caso múltiple con tres proposiciones. Se evidencia que el desvío del superior al emitir una orden comporta un dilema ético y legal para el funcionario subordinado, quien deberá analizar el contenido de la orden, porque su decisión tiene consecuencias penales que derivan en el peculado. Se concluye que la falta de cuestionamiento de los funcionarios frente a las órdenes recibidas de sus superiores configura la presunción de legalidad en dichas órdenes o la puesta en marcha de un objetivo delictual común entre el superior y el subordinado.

Palabras clave: Corrupción Administrativa; Derecho Público; Estudio de Casos; Ecuador; Colombia

Due Obedience for Illegitimate Orders: a Case Study of Embezzlement in Ecuador and Colombia

This paper analyzes due obedience in the crime of embezzlement in two cases of Ecuadorian and Colombian jurisprudence, from the perspective of criminal law, public administration and social psychology. The qualitative approach and the multiple case study technique with three propositions are used. It is shown that the superior's deviation when issuing an order entails an ethical and legal dilemma for the subordinate official, who must analyze the content of the order because his decision has criminal consequences that lead to embezzlement. It is concluded that the lack of questioning of the officials against the orders received from their superiors configures the presumption of legality in such orders or the implementation of a common criminal objective between the superior and the subordinate.

Key words: Administrative Corruption; Public Law; Case Analysis; Ecuador; Colombia

Recibido 10-08-2021. Aceptado: 21-07-2022.

(*) El artículo es producto del proyecto de investigación: Afectaciones políticas de la corrupción en Colombia y Ecuador para el período 2013 - 2018 (No. 1076), cofinanciado por la Universidad de Medellín (Colombia) y el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) de Ecuador.

Introducción

El artículo analiza la obediencia debida frente a una orden ilegítima, orientada a la consumación del delito de peculado, a partir de dos casos extraídos de la jurisprudencia de Ecuador (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2012) y Colombia (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2015). El objetivo es establecer cómo operó la obediencia debida en estos casos utilizando una perspectiva holística, que incluye la administración pública, la psicología social y el derecho penal, a partir de la cual se formulan proposiciones para contrastar la teoría con la evidencia empírica.

Las investigaciones sobre la obediencia debida han sido abundantes en los últimos años, destacándose las de la línea histórica, que establecen su origen en el derecho penal internacional a partir de los delitos de genocidio y lesa humanidad ocurridos en Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial y los exterminios étnicos de Yugoslavia y Ruanda. Este planteamiento es propio de la defensa de los acusados y se orienta a la exclusión de la antijuridicidad de la conducta, lo que no ha prosperado al momento de atribuir responsabilidad criminal individual (Hernández, 2011). Sobre la base del concepto de la “banalidad del mal” de Arendt (1963: 252) y la investigación de Zimbardo (2008: 26) surge la noción de “obediencia destructiva”, que opera cuando los participantes pasan de un estado de autonomía a uno agencial que los hace comportarse de forma violenta con los presos, evidenciándose la desindividualización con sus congéneres para justificar la tiranía (Reicher, Haslam y Smith, 2012: 317).

En esta misma línea, el estudio de Milgram (1974: 29) destaca la importancia de los factores contextuales y el origen de la maldad humana alcanzada en Alemania, donde la población obedeció sin dubitaciones hasta llegar al exterminio de millones de personas, bajo la creencia de que estaban realizando lo correcto.

Desde el naturalismo, Santo Tomás planteó que el fundamento de la autoridad humana proviene de Dios y se realiza a partir de la naturaleza social del hombre, quien se aglutina y organiza a través de diversas formas asociativas (Canto y Álvaro, 2015: 16). Así, la posibilidad de incumplir la orden que emana de la autoridad resulta nula en tanto su contenido proviene de Dios y su legitimidad es entonces incuestionable, por lo que es exigible y aplicable sin reproche alguno. Este planteamiento parte de una premisa de corrección respecto de la orden de la autoridad, al considerarse que esta es legítima, porque proviene de fuente divina y por ello sus órdenes se presumen

El delito de peculado no requiere para su configuración típica la concurrencia de daño patrimonial al Estado. Su fundamento radica en la infracción de deber de los servidores.

correctas e incuestionables. Este enfoque acrítico varía cuando se sostiene que la orden no solo debe provenir de la autoridad, sino que su contenido debe ser éticamente adecuado.

Conforme el liderazgo de MacIntyre (2001: 23-24) es natural la existencia de relaciones de autoridad y obediencia. Sin embargo, para ser un razonador práctico moral autónomo se necesita un aprendizaje dependiente de las relaciones sociales, las cuales ocurren en el interior de la familia, la escuela u otra actividad. Al respecto, Gadamer (2013: 74-78) señaló que esta dependencia fue ignorada por la ilustración, que atribuyó excesivo poder a la razón abstracta.

El tratamiento de la obediencia y la autoridad diverge según el razonamiento del agente al discernir el cumplimiento de la orden, ya sea por su formación personal proveniente del contexto o bien desde la abstracción. En uno y otro caso, siempre existirá margen para establecer la legitimidad de la orden y su cumplimiento. De modo que, la obediencia y la autoridad se relacionan por un fin que confiere sentido a ambas.

Sobre esta base, se decidió analizar la obediencia debida a partir de dos casos significantes ocurridos en Ecuador y Colombia. Se utiliza un enfoque cualitativo y la técnica del estudio de caso múltiple, acorde con la tipificación del delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador¹ y el Código Penal Colombiano² donde se exige del servidor público (superior/subordinado) la fidelidad de cumplimiento sobre las facultades (obligaciones) otorgadas constitucional y legalmente. Esto significa que el superior jerárquico ha de dar órdenes encuadradas en el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines institucionales; en tanto que el subordinado, por sobre la presunción de legitimidad de los actos de la administración, de modo reflexivo debe verificar el contenido y adecuación de la orden al marco normativo, previo a su ejecución. Por lo tanto, el delito de peculado no requiere para su configuración típica la concurrencia de daño patrimonial al Estado. Su fundamento radica en la infracción de deber de los servidores. En este artículo se obtuvieron tres proposiciones: **P₁**. Los funcionarios participantes conocían la ilicitud de su actuación y pese a ello se autodeterminaron para ejecutar el injusto penal; **P₂**. La conciencia y la autorregulación del subordinado se anulan ante la afectividad, empatía y habilidad social del líder; y, **P₃**. Los roles y funciones asignados legalmente al funcionario público fijan la fidelidad de cumplimiento y la exigibilidad de su conducta.

Este artículo se desarrolla en cuatro partes. Luego de la introducción, se realiza una descripción sobre el estado del arte sobre la obediencia debida abordada desde el derecho penal, la administración pública y la psicología social. En el tercer apartado se detalla la metodología y procedimientos del estudio, en el cuarto se realiza el análisis y la discusión de la información, y, finalmente, se cuestiona la falta de análisis por el servidor respecto del contenido de la orden del superior, debido a la presunción de legalidad de dichas órdenes o bien la puesta en marcha de un objetivo delictual común entre superior y subordinado.

1. Revisión de la literatura

A partir de los hechos de la Segunda Guerra Mundial, Sartre planteó en "Las manos sucias" (1947: 183-184) la problemática de la conciencia individual frente a la conciencia grupal e ilustró con distintos personajes la forma en la que los gobernantes toman decisiones sobre los ciudadanos en busca de un determinado fin colectivo. En este contexto bélico, se puso en cuestión que las actuaciones de los gobernantes pueden responder solo a su vanidad más que al interés común. Lo interesante de esta obra, para la pregunta aquí planteada, es la obediencia (acrítica) que los individuos profesan a sus gobernantes, a su partido, poniendo de manifiesto que la conciencia individual puede subordinarse a la orden de un superior a quien se debe lealtad en función de una ideología particular, llegando incluso a matar a otro por no faltar a esta obediencia. Así, Sartre (1947: 41) presentó a individuos abocados a asesinar por orden, planteando que aquel mandato los acompaña hasta cierto punto y que este puede abandonarlos y dejarlos frente al dilema de la obediencia al poder con una crisis de principios inicialmente morales y luego jurídico-penales. Este reproche se expresa en el siguiente pasaje:

"No sé por qué maté a Hoederer, pero sé por qué hubiera debido matarlo: porque hacía mala política, porque mentía a sus camaradas y porque corría el riesgo de corromper al Partido. Si hubiera tenido el valor de disparar cuando estaba solo con él en su despacho, habría muerto por eso y yo podría pensar en mí sin avergonzarme. Me avergüenzo de mí porque lo maté (...). Y vosotros me pedís que me avergüence todavía más y que decida que lo maté por nada. Olga, lo que yo pensaba sobre la política de Hoederer continúo pensándolo. Cuando estaba en la cárcel creía que estabais de acuerdo conmigo y eso me sostenía, ahora sé que soy el único que piensa así, pero no cambiaré" (Sartre, 1947: 224).

Este planteamiento literario surge en el orden ético y conduce a pensar que en determinado momento el individuo, que obedece una orden proveniente de un superior, se enfrenta a la dicotomía que resulta de la pugna entre su conciencia y el contenido de la orden recibida, siendo él quien tiene que decidir sobre su licitud y luego cumplir lo ordenado, pese a que su conciencia lo oriente a pensar que tal orden está contaminada.

De su parte y en otro contexto, López (2006: 157-161) cuestiona las acciones políticas que carecen de fundamento ético y legal. Esta reflexión reconoce que el planteamiento de Maquiavelo (2018: 112-114) por el cual el fin justifica los medios (siendo individualista), es incompatible con el cumplimiento de los fines institucionales para la satisfacción de derechos de los ciudadanos. De modo que, frente a toda orden el servidor público se enfrenta a dos valoraciones éticas posibles: a) cumplir bajo la presunción de legitimidad, sin reflexión ni crítica; o b) incumplir cuando su contenido es ilícito.

Cuando Maquiavelo (2018: 110-114) justifica los fines sin importar los medios, no realiza reproche alguno a la infracción de valores al emplear tales medios para alcanzar esos fines, que no son necesariamente institucionales. En la administración gubernamental hay que distinguir entre fines individuales e institucionales. Los fines institucionales se realizan a través de los servidores públicos que cumplen éticamente con sus funciones previamente definidas por el ordenamiento jurídico. En tanto que, el desvío en el cumplimiento de estos fines se efectúa por el apartamiento de las funciones constitucional y legalmente atribuidas al servidor público, quien emite la orden ilegítima y quien la cumple de modo acrítico, o ya sea bajo la presunción de legitimidad que guía la actividad pública.

El postulado de Maquiavelo (2018: 52-54) deja de lado las consecuencias que devienen sobre quien ha decidido apartarse de su función y es descubierto. Sobre este punto, Weber (2016: 23) consideró que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos criterios: a) Convicción, guiada por las creencias que conducen la actuación del agente, sin reparar en las consecuencias; y b) Responsabilidad, permite discernir el contenido de la decisión y las consecuencias derivadas. Así, al igual que la obediencia, la desobediencia es una respuesta a la autoridad, lo que varía es el cumplimiento de su contenido. Por eso, un modelo teórico que intente explicar la obediencia deberá tener en cuenta: a) el contexto grupal en el que tiene lugar la relación entre la autoridad y los miembros del grupo;

En la literatura se ha expresado que el ámbito de la obediencia debida no es similar en todos los contextos. Así, no serían comparables los delitos contra la humanidad con los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

b) las estrategias utilizadas para conseguir la obediencia; y c) el grado de identificación entre los miembros del grupo y en relación con la autoridad (Reicher, Haslam y Smith, 2012: 319-320). Factores a los que hay que añadir: el cumplimiento de los fines institucionales y la consecuencia que deviene de la toma de decisión, ya sea en positivo (cumplimiento) o en negativo (incumplimiento).

Desde una perspectiva psicológica, que fortalece el criterio anterior, George (2000:1032-1034) planteó la trascendencia del liderazgo en la organización y destacó el estado de ánimo y la emoción como factores determinantes en el proceso cognitivo y del comportamiento. Esta aproximación aplicada al derecho penal dio lugar a un tratamiento dispar de la obediencia debida con tres corrientes: a) la responsabilidad absoluta, en que no basta la mera mención de la obediencia debida para excluir la culpa del subordinado, sino el contenido de legalidad de la orden; b) *Respondeat superior*, excluyente de la antijuridicidad y la culpabilidad, por la que basta con la orden y su ejecución sin que exista reproche sobre su legalidad; y c) la evidente ilegalidad, donde la escala para la determinación del injusto y la atribución de culpa está dada por el análisis que realiza el subordinado sobre el contenido de la orden y su adecuación al marco normativo, previo a su ejecución.

En la literatura se ha expresado que el ámbito de la obediencia debida no es similar en todos los contextos. Así, no serían comparables los delitos contra la humanidad con los delitos contra la eficiencia de la administración pública. En el primer segmento operan agentes del Estado, dentro de una estructura de mando, encargados de la seguridad pública (policía, ejército) donde el cumplimiento de la orden, sin reproche, es indispensable para el cumplimiento de los fines del Estado. En el segundo actúan servidores públicos, quienes están obligados constitucionalmente al cumplimiento de los fines y objetivos institucionales. Los fines divergen en uno y otro segmento de delitos.

En ambos existe un apartamiento del ordenamiento jurídico por el servidor público (superior/subordinado). Sin embargo, los efectos nocivos son diversos al recaer sobre diferentes bienes jurídicos. Por ello, la relación de subordinación no es la misma en el ejército que en el servicio público, donde existe una mayor posibilidad de discernimiento sobre la legitimidad del contenido de la orden que debe orientarse al cumplimiento de los fines de la administración pública. Otro de los factores diferenciadores entre estos delitos es

el resultado dañoso que se provoca a partir de estos. Mientras en el primero los agentes del Estado afectan derechos fundamentales; en el segundo los servidores públicos violan la fidelidad de cumplimiento de su función y eventualmente provocan daño patrimonial al Estado.

Considerando el desarrollo de la administración, Avolio, Zhu, Koh y Bhatia (2004: 962-963) relacionaron liderazgo con empoderamiento, destacando que el líder estimula el esfuerzo y el compromiso de sus seguidores (subordinados), a través de la sinergia obtenida de la combinación entre inteligencia y experiencia enfocados en el manejo de las emociones a nivel personal y social (San Lam y O'Higgins, 2013: 442). De esta manera, se propicia una visión crítica en el servidor para diferenciar entre el bien y el mal, lo que constituye la dimensión ética del liderazgo que se enfoca en el deber ser (Brown y Treviño, 2006: 608). De este modo, se facilita la actuación conforme el líder y el subordinado para la obtención de los fines institucionales, siendo un valor exigible a quien da la orden y a quien la ejecuta, y donde solo cumplida esta bidireccionalidad se obtienen los fines institucionales. No obstante, un factor que perjudica la realización de estos fines radica en la afectividad creada entre el líder y el subordinado, que ciega el análisis sobre la legitimidad de la orden y su ejecución.

De acuerdo con Kim, Khon y Aidosova (2015: 265) las relaciones que operan entre el servidor público superior (líder) y los subordinados se realiza sobre la base de la comunicación cotidiana, una tarea que corresponde al líder, quien está ligado a la inteligencia emocional de sus seguidores y debe identificar la posibilidad de un liderazgo transaccional mediante el desarrollo de las cualidades de estos para crear una psicología adecuada y un buen clima de equipo. Sin embargo, como se ha expresado *ut supra*, la afectividad puede desviar el cumplimiento de los objetivos institucionales.

En las organizaciones gubernamentales la estructura y los roles en el jerárquico superior y el subordinado están determinados en el marco normativo, donde se establecen además los procesos. En este contexto opera la relación entre subordinante y subordinado, encaminada hacia la consecución de los fines institucionales mediante un modelo de liderazgo conforme con el marco normativo (Judge y Bono, 2000: 754). En este sentido, el liderazgo ético propicia la inteligencia emocional y su desarrollo en una zona intermedia de la organización, que podrían desarrollar líderes en función de las habilidades requeridas (Maxwell, 2005: 282), siendo un campo de mayor desarrollo e involucramiento de trabajadores jóvenes que

buscan un estilo propio que desemboque en formas adecuadas de cooperación (Kim, Khon y Aidosova, 2015: 266).

De su parte, Boyatzis, Good y Massa (2012: 193-194) plantean aplicar inteligencia cognoscitiva, inteligencia emocional y liderazgo para predecir la eficacia de la gestión del líder. Sin embargo, esta receta no está completamente desarrollada al no precisarse la relación entre estos tres constructos como una medida objetiva del rendimiento del líder y su aplicación en las organizaciones gubernamentales.

En general, se ha expresado que la inteligencia emocional y el liderazgo permiten dilucidar la naturaleza jurídica de la obediencia debida y sus consecuencias. Conforme el paradigma difundido por Goleman (1996 y 1998); Cherniss y Goleman (2001); y Goleman, Boyatzis y McKee (2013), la inteligencia emocional aplicada al mundo organizacional es una herramienta potente para comprender y fomentar la productividad de las personas -donde el éxito de las organizaciones es el fin último, ya sea que se trate de una organización privada o gubernamental-, siendo vital el rol que desempeñan sus líderes y el papel que adopten sus seguidores. Para lograr el éxito hace falta algo más que capacidad intelectual y experiencia, pues se trata de influir positivamente sobre las actitudes, emociones y habilidades sociales de las demás personas y ponerlas en sintonía con el proyecto organizacional que se desea alcanzar. De lo anterior, los fines institucionales en las organizaciones se expresan en el cumplimiento de derechos de las personas destinatarias de tales esfuerzos.

Para Dulewicz, Young y Dulewicz (2005: 73) el liderazgo y la inteligencia emocional son importantes para la organización y la administración. En este sentido, la inteligencia emocional es trascendente para identificar las habilidades emocionales por encima de las habilidades técnicas y cognitivas (Goleman, Boyatzis y McKee, 2013: 45-46) puesto que, a decir de George (2000: 1028), los sentimientos, el humor y las emociones, desempeñan un rol central en el proceso de liderazgo. La inteligencia emocional entonces es la habilidad para entender y controlar las emociones propias y de los demás, y contribuye al éxito de las organizaciones. Sin embargo, este es el factor generador de afectividades en las organizaciones gubernamentales que constituye caldo de cultivo para la obediencia debida sin reproches.

La inteligencia emocional, en tanto herramienta del *management* aplicada en materia penal, debería servir para identificar la orden (lícita/ilícita) emitida por el superior jerárquico y su orientación ética hacia el cumplimiento de los fines institucionales. A partir de la orden

Los líderes inspiran a sus seguidores mediante emociones que pueden imponerse a la razón. En este punto destaca que la ética dota de contenido a la estrategia de los líderes para que hagan y decidan de forma teleológicamente adecuada. Por eso, los líderes no deben fallar al impulsar las emociones en la dirección correcta.

emitida se produce un circuito donde el emisor y el receptor deben estar encaminados hacia los fines institucionales. No obstante, el desvío del liderazgo en la emisión de la orden ilícita da lugar a un ciclo que se perfecciona mediante la afectividad generada con el subordinado, la falta de cuestionamiento y la ejecución de actos por este. La disconformidad ética efectuada por el destinatario de la orden (subordinado) se centra en el análisis de legalidad sobre la orden emitida. Sin duda, existe una relación directa entre los estilos de liderazgo, el éxito en el liderazgo y la inteligencia emocional (Weinberger, 2009: 754). Esta visión del *management* resulta limitada cuando se deja de mirar la coherencia de estos tres elementos para el cumplimiento de los fines éticos de la organización, en precautela de las consecuencias penales que derivan de ello.

La administración señala que el liderazgo y la inteligencia emocional propician un ambiente favorable para el *management*, porque facilitan la relación entre superior y subordinados. Pero esto no significa, *per se*, que tal sintonía de afectos entre uno y otros se encamine siempre hacia un propósito lícito. Del mismo modo, el *management* propugna que el líder debe orientar los procesos de manera ágil, oportuna y estable (emocionalmente), al igual que sus seguidores, deben crear lazos de confianza hacia el líder y el rendimiento en su propia labor, tal como lo sostienen Goleman, Boyatzis y McKee (2013: 39-41). Sin embargo, esto no siempre es así, pues si bien el liderazgo y la inteligencia emocional apuntan a mejorar el ambiente productivo, esto requiere del compromiso de los colaboradores al definir de modo unívoco el objetivo ético de sus actuaciones orientados hacia los fines de la organización.

Los líderes inspiran a sus seguidores mediante emociones que pueden imponerse a la razón. En este punto destaca que la ética dota de contenido a la estrategia de los líderes para que hagan y decidan de forma teleológicamente adecuada. Por eso, los líderes no deben fallar al impulsar las emociones en la dirección correcta. En este sentido, el *management* plantea que:

"Si bien la mayoría de las personas reconoce que el estado de ánimo de un líder -y cómo él o ella afecta el estado de ánimo de otros- juega un papel importante en cualquier organización, las emociones a menudo se consideran demasiado personales o no cuantificables como para hablar de manera significativa. (...) comprender el papel poderoso de la emoción en el lugar de trabajo distingue a los mejores líderes del resto -no sólo en cosas tangibles (...), sino también

en todos los intangibles importantes, como la moral, la motivación y compromiso" (Goleman, Boyatzis y McKee, 2013: 3-5).

De lo expresado, las emociones del líder y sus intereses individuales deben enfocarse hacia los fines de orden institucional y realizarse a través de las relaciones operativas entre jerárquico superior y subordinados. No obstante, frente a la ausencia de un enfoque ético del líder (individual-colectivo) que no solo determina el contenido de la orden (lícita/ilícita), sino el cumplimiento de los fines institucionales, esto no siempre es así.

El *management* destaca que mediante la inteligencia emocional el líder está en condiciones de adecuar sus actuaciones a un marco ético y diferenciar entre delinquir y no delinquir, para lo cual se ha de considerar cinco aspectos: a) "Conciencia de las emociones", relacionado con la capacidad de evaluar y expresar (George, 2000: 1038). Estas emociones, si bien individuales, deben orientarse a los fines institucionales. En palabras de Caldwell, Bischoff y Karri (2002:155-156) la conciencia incluye: habilidades, límites y metas, así como el rol que el agente desempeña en la vida, y la naturaleza del origen espiritual. b) Autorregulación, por la que se evalúa y expresa emociones, lo que implica mantener control sobre las acciones en caso de pérdida de conciencia o predominio de emociones negativas (Goleman, 1998: 28). c) Motivación intrínseca, referida a la experimentación positiva de la emoción (Steinbauer, Renn, Chen y Rhew, 2018: 770). d) Empatía, preocupación por sus seguidores (Greenbaum, Babalola, Quade, Guo y Kim, 2020: 2), las relaciones sociales, así como en la naturaleza de las personas y de la organización.

En palabras de George (2000: 1028) este vínculo se expresa al evaluar y expresar la emoción de los demás y luego determinar con precisión las emociones que las otras personas están experimentando. Si bien se trata de evaluar las emociones, la empatía y el trato con los propios y los demás, esto no determina necesariamente un rumbo ético de las decisiones individuales en orden a los fines institucionales. La empatía contribuye a la inteligencia emocional, al tratarse de una habilidad importante que permite a las personas brindar apoyo social adecuado y mantener relaciones interpersonales positivas (George, 2000: 1036), bajo la creencia de licitud de las órdenes emanadas del líder enfocadas en los fines institucionales. Sin embargo, la empatía puede ser traicionada cuando sirve de vehículo para el desvío de los fines institucionales.

A través de las habilidades sociales los líderes logran moverse y guiar a sus seguidores hacia metas en común, sentir lo que las

demás personas sienten para alinear sus objetivos con las perspectivas de sus seguidores y preservar la calma ante los contratiempos y frustraciones. Estas habilidades deben estar guiadas por el *ethos* y la consecución de los fines institucionales.

En suma, el liderazgo y la inteligencia emocional, instrumentos del *management*, son útiles para potenciar las relaciones y los ambientes de trabajo en las organizaciones en tanto cuenten con contenidos éticos que las justifiquen para la consecución de los fines institucionales. El éxito del liderazgo radica en la orientación ética hacia sus seguidores y el cumplimiento de los fines institucionales.

En las organizaciones la conciencia y la autorregulación del subordinado pueden anularse ante la motivación, empatía y habilidad social del líder que se apartó del *ethos* en el cumplimiento de sus funciones. Puede entonces generarse una orden ilícita encaminada a la consumación del delito de peculado, lo que significa una infracción a su deber funcional determinado normativamente, sin que sea exigida la concurrencia de daño patrimonial en perjuicio de la institución.

En el sector gubernamental las funciones del superior y el subordinado cuentan con un marco jurídico de realización en que se determina sus funciones específicas. De forma que, la emisión de la orden ilícita y su cumplimiento constituye un apartamiento de funciones de los servidores que se consuma a través de la emisión, recepción y ejecución de esta. Así, el ciclo delictual se origina en el jerárquico superior que toma la decisión de apartarse de sus funciones y de los fines institucionales. En tanto que el subordinado tiene la posibilidad de ejecutar ciegamente o analizar la licitud de la orden, previo a su cumplimiento, la conciencia individual guarda estrecha relación con la obediencia a la autoridad, conclusión que fue evidenciada por Milgram (1974: 219-220) quien decidió poner a prueba los límites y los peligros de obedecer sin reparos ni restricciones morales respecto del apartamiento de funciones legales y constitucionales y la posibilidad de daño transpersonal.

La historia señala que los crímenes sucedidos en la Segunda Guerra Mundial, procesados por el Tribunal de Núremberg (Piedrahita, 2018: 161), pusieron en discusión la obediencia debida y su aplicación con efecto atenuante o exculpatório. Igual sucedió en el icónico caso de Adolf Eichmann, quien buscó la exculpación a través de esta vía al expresar: “yo solo cumplía órdenes de mis superiores”.

Con estos antecedentes, Milgram (1974) decidió experimentar poniendo a prueba a individuos y frente a la orden de un superior,

evidenciando que este es un conflicto que data de cuando Abraham recibió la orden divina para sacrificar a su hijo en prueba de su fe. Este conflicto luego fue debatido por Platón, dramatizado en la *Antígona* de Sófocles, y analizado filosóficamente en diversos pasajes de la historia con tratamiento divergente, donde los conservadores sostienen que la desobediencia atenta contra la misma trama de la sociedad, mientras los humanistas recalcan la primacía de la conciencia individual (*Ibid.*: 14-16) por sobre la orden en sí misma. Así, el autor replicó la relación subordinante alumno-profesor, asignándose a este la potestad de propinar descargas eléctricas al subordinado cuando comete errores. En tanto que el profesor estaba sometido a la autoridad del experimentador, quien conduce el experimento y da las órdenes al profesor, se establece una línea de mando en la que se coarta la libertad de decidir y apartarse de las órdenes del superior.

Este experimento develó las dificultades del profesor al cumplir con su obligación de ejecutar las descargas eléctricas pese a las constantes quejas y súplicas que profiere el alumno. En algunos casos los individuos que cumplían el papel de profesor cuestionaban al experimentador y planteaban la posibilidad de detenerse y no infligir más sufrimiento al alumno, pero ante la orden del experimentador de continuar pese a aquellas súplicas (dilema ético-moral) los profesores continuaron propinando las descargas.

Además de cuestionar las teorías de la agresividad y la sumisión, Milgram (1974) concluyó que el individuo es capaz de relegar su propia responsabilidad a la orden, se siente instrumento de otro (se cosifica dentro de la estructura), por lo que el daño que puede causar a otra persona solo por obedecer una orden no es visto como responsabilidad propia, sino de la autoridad que lo condujo a tales acciones. Esta negación produce la obediencia sin reproche, de lo cual la persona se considera responsable ante la autoridad que la dirige, pero no por el contenido de los actos que le ordenan ejecutar. Por tanto, no desaparece la moralidad, sino que toma un enfoque diferente: la persona subordinada siente orgullo o vergüenza, según haya desempeñado bien o mal la orden de la autoridad (*Ibid.*: 70). El agente desplaza el análisis al desempeño (bueno-malo), pero no al contenido de la orden.

En este orden de ideas un subalterno que ejecuta una orden proveniente de un superior, aun dándose cuenta de la ilegalidad que rodea sus actos y la consumación del hecho, es capaz de desplazar esta responsabilidad a sus superiores alegando que él solo tiene la

La obediencia debida ha sido utilizada como un argumento defensivo para desplazar la responsabilidad desde el ejecutor hacia el jerárquico superior quien emite la orden. Dentro de esta ecuación el único responsable sería el jerárquico superior que emitió la orden ilícita, prescindiéndose del ejecutor quien perfecciona el "camino del delito".

obligación de cumplir con su trabajo, cuando la moralidad debería conducirlo a cuestionar el contenido de la orden y cesar su actuación para la consumación del delito. Se trata de una responsabilidad compartida y no desplazada.

El ejecutor no muestra conflicto en el cumplimiento de la orden, bajo la falsa creencia de que su actuación está eximida por provenir de un superior. Esta posición acrítica sustentaría infundadamente que la obediencia es parte de sus funciones. Esto también sucede con una variante sutil cuando el empleado cumple órdenes de dudosa ética con tal de conservar su empleo y no poner en riesgo su seguridad laboral y financiera.

Es necesario precisar que en la réplica de estructura de poder el experimentador no ejercía el papel de un jefe, un patrón o un general, en realidad no era una figura de autoridad y no ofrecía a los profesores ningún incentivo o castigo por ejecutar o no sus órdenes que fluían sin presiones. Sin embargo, los sujetos obedecieron sin reproche alguno. Así, en el experimento, la obediencia en el contexto laboral se expresa a través de las presiones realizadas por parte de los superiores para que los subordinados contribuyan a ejecutar órdenes viciadas de ilegalidad. De esta forma, la división del trabajo ha puesto a cientos de individuos en posiciones de obediencia, sin posibilidad de discernir, reprochar y ejercer objeción de conciencia, en desmedro de la calidad humana del trabajo y de la vida (Milgram, 1974: 228-229).

La obediencia debida ha sido utilizada como un argumento defensivo para desplazar la responsabilidad desde el ejecutor hacia el jerárquico superior quien emite la orden. Dentro de esta ecuación el único responsable sería el jerárquico superior que emitió la orden ilícita, prescindiéndose del ejecutor quien perfecciona el "camino del delito". Este planteamiento trata de evadir la responsabilidad personal endilgándola a quien tenía la autoridad. Se trata, en términos de Sartre, de un lavado de manos para dejar de lado la responsabilidad de los ejecutores quienes acatan órdenes y se someten sin límites a la autoridad.

El "Experimento de Milgram" fue cuestionado por replicar un esquema de perversión moral, donde se evidenció el cumplimiento acrítico de las órdenes de un superior, sin discrepancia de licitud, con escaso margen de contraposición frente a la autoridad. La obediencia a la autoridad tiene vigencia en las sociedades modernas, es una realidad que enfrenta al servidor público subordinado frente a la ilicitud de una orden del jerárquico superior para facilitar la

consumación del delito de peculado. La disyuntiva del subordinado sigue siendo la misma, cumplir o incumplir la orden ilícita. Aunque las actividades en lo gubernamental se guían por la presunción de legitimidad, tanto de las órdenes como de los actos emanados de los servidores públicos, esta no es la única variable para considerar, dada la necesidad de aplicar el *ethos* para la toma de decisiones por el subordinado, quien tiene el margen para cumplir o no cumplir.

2. Metodología

Se utilizó como estrategia de investigación el estudio de caso múltiple, ya que ofrece entender un fenómeno complejo dentro de una realidad social (Yin, 2003: 66) y, aplicado en contextos similares, permite alcanzar mayor objetividad en la exploración, dotando de dinamismo y flexibilidad a la interpretación de los datos (Ponce, 2018: 21).

Complementando lo anterior se utilizó el enfoque cualitativo, donde la teoría y la investigación son desafiadas en la práctica (Rule y Mitchell, 2015: 2). A partir de la teoría se postularon proposiciones que permitieron contrastar la realidad en los casos. Los datos se recopilaron a partir de una muestra de propósito, a partir de casos ricos en información y profundidad (Avolio, 2016: 89). El primero ocurrió en el Ministerio de Salud Pública de Ecuador donde un servidor público, aprovechándose de una orden de un jerárquico superior, obtuvo de un subordinado las claves (personales e intransferibles) de acceso al Sistema Presupuestario de Remuneraciones y Nómina a través de las cuales logró, a lo largo de varios años y múltiples transacciones, apropiarse de fondos del erario nacional.

El segundo caso sucedió en el Ejército de Colombia cuando entre 147 oficiales y clases pertenecientes a dos grupos de antiguerrillas, asignados a realizar operaciones en la zona de San Vicente del Caguán (departamento de Caquetá), descubrieron dos guacas con armamento y dinero en efectivo que fueron apropiados y repartidos entre los militares, en vez de ser reportados y entregados al Estado.

Se seleccionaron estos casos por dos razones: a) se trata de organizaciones gubernamentales con estructuras jerárquicas, roles y procesos definidos en el ordenamiento jurídico nacional; y b) los miembros de las organizaciones tienen la calidad de servidores públicos, por lo cual les son reprochables las conductas clasificadas como delitos contra la administración pública, donde se incluye el peculado. Estas razones permiten comparar entre las organizaciones gubernamentales de ambos países cómo opera la obediencia dentro

de la estructura jerárquica. En la recolección de los datos se usaron las sentencias condenatorias: a) Proceso penal 1183-2012, Ecuador³; y b) Proceso penal 45104, Colombia⁴, documentos relacionados con las organizaciones. Esta información fue procesada a partir de los criterios de análisis identificados en la literatura sobre la obediencia debida, el peculado y el liderazgo.

El delito de peculado, conforme su clasificación en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador y en el Código Penal colombiano, tutela la eficiencia de la administración pública; por lo tanto, exige del servidor público (superior/subordinado) la fidelidad de cumplimiento sobre las facultades otorgadas constitucional y legalmente. Esto significa que el superior jerárquico ha de dar órdenes encuadradas en el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines institucionales; en tanto que el subordinado por sobre la presunción de legitimidad de los actos de la administración, de modo reflexivo, debe verificar el contenido y adecuación de la orden al marco normativo previo a su ejecución.

Por su naturaleza jurídica el delito de peculado no requiere para su configuración típica la concurrencia de daño patrimonial al Estado. Su fundamento radica en la infracción de deber de los servidores. De lo dicho, se obtienen tres proposiciones: **P₁**. Los funcionarios participantes conocían de la ilicitud de su actuación y aun así se autodeterminaron para ejecutar el injusto penal; **P₂**. La conciencia y la autorregulación del subordinado se anulan ante la afectividad, empatía y habilidad social del líder; y, **P₃**. Los roles y funciones asignados legalmente al funcionario público fijan la fidelidad de cumplimiento y la exigibilidad de su conducta.

3. Análisis y discusión

El fundamento de la autoridad radica en la adecuación de su actuación al marco normativo, de modo que la obediencia del servidor no puede ser ciega, sino que debe encuadrarse a esta exigencia. El liderazgo es ético cuando la actuación es teleológicamente conforme, tanto en la orden como en su cumplimiento. Empero, el liderazgo se corrompe a partir de la afectividad creada entre el líder y el subordinado, propiciándose un apartamiento de los fines institucionales.

Esta amenaza ya fue identificada por la ilustración, que planteó que la autoridad ciega es una amenaza a la autonomía personal. Esta negación de la necesidad de una autoridad moral para establecer la autonomía del que obedece cimentó un modelo antropológico que,

La obediencia debida ha recibido un tratamiento variopinto, ya como excluyente de la antijuridicidad o bien como circunstancia atenuante, lo que oscila a partir del valor que se atribuya al contenido de la orden y la cualificación dada por el receptor de esta para su (in) cumplimiento.

a criterio de Mauri y Elton (2017: 372-373), resultó poco adecuado para explicar la dependencia y la vulnerabilidad del ser humano. Al contrario, este planteamiento abrió la posibilidad para el análisis de la actuación del subordinado desde su perspectiva personal y crítica en relación con la orden dada.

La autoridad del derecho está delimitada por su objeto y puede ser entendida como el poder exigir a los ciudadanos la realización de determinada conducta, sin que se nieguen a hacerlo aun cuando lo puedan hacer (Magoja, 2017: 427). Este planteamiento es idóneo en tanto no exista reproche sobre la validez, vigencia o eficacia de la norma que sustenta la orden, a lo que debe añadirse que el contenido de la norma no sea contrario a derechos fundamentales. Así, la autoridad sin fundamento es vacía e ilícita; en tanto que, la autoridad legítima radica en el fundamento y adecuación normativa que justifica el reconocimiento por parte de otro (Mauri y Elton, 2017: 372-373) y constituye el fundamento de la orden dada.

En el derecho penal, la obediencia debida ha recibido un tratamiento variopinto, ya como excluyente de la antijuridicidad o bien como circunstancia atenuante, lo que oscila a partir del valor que se atribuya al contenido de la orden y la cualificación dada por el receptor de esta para su (in) cumplimiento. La obediencia es debida cuando el contenido de la orden es autorizado por el marco normativo. En contra partida, la ilicitud de la orden dada por el superior, sumada a la falta de cuestionamiento del receptor, no excluye la culpabilidad, aunque se plantee de modo hipotético la concurrencia de error que tiene escaso margen de realización, considerándose que el requisito para ejercer cargo público radica en el conocimiento del ordenamiento jurídico que determina el ámbito de funciones competenciales asignadas al servidor público para el cumplimiento de los fines de la organización.

Al analizarse el delito de peculado, el liderazgo y la obediencia debida, se consideraron: a) los elementos constitutivos del tipo penal; b) la participación penal; y c) la normativa que rige las actividades de los servidores públicos, con miras a la exigibilidad de la conducta de los funcionarios frente al rol que representan dentro de la estructura del Estado, en relación con la toma de decisiones y su desvío para la consumación del injusto penal.

En Ecuador se analizó la sentencia dictada en el proceso penal No. 1183-2012 -conocido y resuelto en sede de casación por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador- que estableció los componentes de la obediencia debida en la toma de decisiones y la atribución de responsabilidad penal individualizada

(jerárquico superior-subordinado), frente a la concurrencia de una orden superior que dispuso la cesión de claves (personales e intransferibles) por el custodio a otro funcionario que facilitó el flujo ilícito (no justificado) de dinero del erario a cuentas personales de servidores y terceros (*extraneus*).

En Colombia se analizó el Proceso Penal 45104, seguido por peculado por apropiación atribuido a 148 militares (oficiales, clases y soldados voluntarios) quienes fueron condenados en calidad de coautores, con diferentes medidas de pena privativa de libertad, en virtud de las circunstancias atenuantes personalísimas, no extensivas a los demás acusados. Los militares en cuestión formaron parte de dos grupos de contraguerrillas que en el mes de abril de 2003 incautaron varias caletas con material de guerra, dinero en dólares de los Estados Unidos y pesos colombianos. Los bienes fueron incautados y apropiados (indebidamente) para beneficio personal por los militares en funciones quienes, al margen de su obligación legal, realizaron una repartición equitativa de las sumas de dinero. Esto condujo a la declaratoria de coautoría distinguiéndose en el decurso del proceso penal cinco grupos de militares en relación con sus argumentos de defensa: a) personal que aceptó el hallazgo y realizó devoluciones voluntarias; b) personal que aceptó el hallazgo pero no devolvió nada; c) personal que no aceptó el hallazgo de dinero, pero realizaron importantes movimientos financieros; (d) personal que manifestó no tener conocimiento alguno del hallazgo de dinero; y e) personal que no compareció al proceso y fueron juzgados en ausencia.

Para evadir responsabilidad penal los procesados sostuvieron obediencia debida y la atipicidad de la conducta porque, según ellos, actuaron conforme las reglas del código civil en relación con el tesoro que reclamaron. Sin embargo, la propiedad estatal de estos bienes está fijada mediante ley⁵ y correspondía a este personal cumplir el procedimiento señalado en el Sumario de Órdenes Permanentes (SOP) frente a tal procedimiento reportándolo, so pena de incurrir también en un delito militar.

Del análisis documental de los casos, se obtuvo evidencia considerable en sustento de las proposiciones:

P1. Los funcionarios participantes conocían la ilicitud de su actuación y aun así se autodeterminaron para ejecutar el injusto penal. La obediencia debida se sostuvo sobre falacias para justificar el peculado. La relación de subordinación no significa de modo alguno una actuación acrítica, bajo la presunción de legitimidad de la orden, sino que exige al subordinado una actuación reflexiva para discernir la

legitimidad de la orden por el superior con miras al cumplimiento de los fines institucionales. La Tabla 1 resume la evidencia encontrada entre el conocimiento de la ilicitud del acto y la autodeterminación.

Tabla 1
Evidencia de la proposición 1. Conocimiento de la ilicitud del acto y autodeterminación

Característica	Proceso penal 1183-2012, Ecuador	Proceso penal 45104, Colombia
Cumplir la orden bajo la presunción de legitimidad, sin reflexión ni crítica	√	√
Incumplir la orden cuando su contenido es ilícito	X	X

Nota: las marcas de verificación indican la evidencia del análisis documental.

P₂. La conciencia y la autorregulación del subordinado se anulan ante la afectividad, empatía y habilidad social del líder. El subordinado, al igual que el superior jerárquico, al emitir una orden y cumplirla se somete al ordenamiento jurídico y a los valores que regulan los fines institucionales. De modo que, el elemento conductor del análisis para la toma de la decisión respecto del cumplimiento de la orden radica en establecer su contenido de legitimidad, la adecuación al marco normativo y los fines institucionales. Así, el subordinado tiene un margen de apreciación para la toma de la decisión respecto del cumplimiento de lo ordenado y sobre las consecuencias que devienen de la empatía acrítica con el líder. La Tabla 2 resume la evidencia encontrada entre la conciencia y la autorregulación del subordinado en la toma de la decisión en los dos estudios de caso.

Tabla 2
Evidencia de la proposición 2. Conciencia y autorregulación del subordinado en la toma de la decisión

Característica	Proceso penal 1183-2012, Ecuador	Proceso penal 45104, Colombia
Relación entre la autoridad y los miembros del grupo	√	√
Estrategias utilizadas por el líder para conseguir la obediencia	√	√
Identificación entre los miembros del grupo y en relación con la autoridad	√	√

Nota: adaptado de "Working toward the Experimenter: Reconceptualizing Obedience within the Milgram Paradigm as Identification-Based Followership", por Reicher, Haslam y Smith (2012: 317-318).

El cumplimiento de una orden ilegítima no configura obediencia debida, no excluye la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del servidor que la ejecuta y tampoco de quien la emite. Por eso, la obediencia debida opera en tanto la orden emitida por el superior y cumplida por el subordinado es legítima.

P₃. Los roles y funciones asignados legalmente al funcionario público fijan la fidelidad de cumplimiento y la exigibilidad de su conducta. El cumplimiento de una orden ilegítima no configura obediencia debida, no excluye la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del servidor que la ejecuta y tampoco de quien la emite. Por eso, la obediencia debida opera en tanto la orden emitida por el superior y cumplida por el subordinado es legítima.

El error o el desconocimiento sobre la legitimidad de la orden del superior ofrecen posibilidades de análisis de debate en relación con la responsabilidad del subordinado, debido a la presunción de legitimidad que guía el servicio público y corre en paralelo con la presunción de inocencia declarada constitucionalmente. La Tabla 3 resume la evidencia encontrada entre la fidelidad de cumplimiento y la exigibilidad de la conducta en los dos estudios de caso.

Tabla 3
Evidencia de la proposición 3. Fidelidad de cumplimiento y exigibilidad de la conducta

Característica	Proceso penal 1183-2012, Ecuador	Proceso penal 45104, Colombia
No basta la mera mención de la obediencia debida para excluir la culpa del subordinado, sino el contenido de legalidad de la orden dada	√	√
Basta con la orden dada y su ejecución sin que exista reproche sobre la legalidad de su contenido	√	√
Análisis que realiza el subordinado sobre el contenido de la orden y su adecuación al marco normativo, previo a su ejecución	X	X

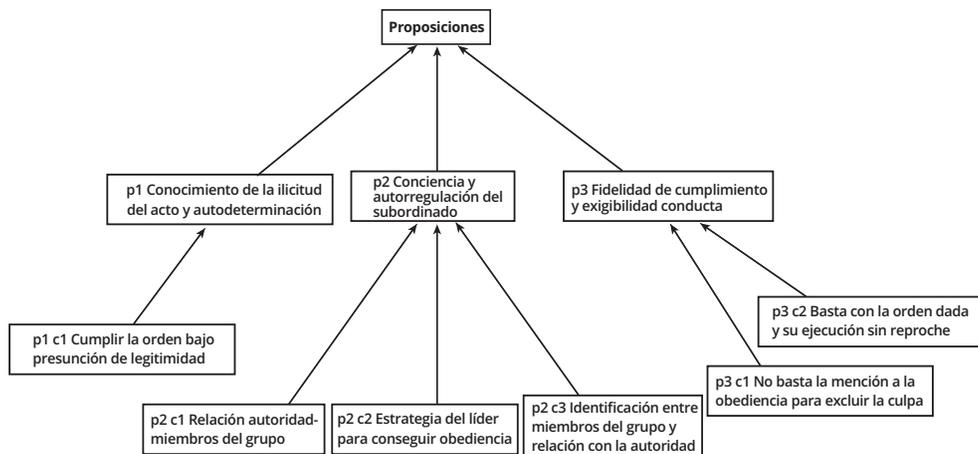
Nota: las marcas de verificación indican la evidencia del análisis documental.

En el servicio público el liderazgo y la inteligencia emocional han facilitado un entorno favorable para los fines de la organización. En el sector gubernamental estas herramientas son útiles y corresponde complementarlas con el *ethos* dado por la fidelidad de cumplimiento de los servidores públicos en orden a la consecución de los fines institucionales. La inteligencia emocional, en lo gubernamental, debe alinearse con el liderazgo ético para procurar la fidelidad de cumplimiento de los servidores públicos relacionados por el ciclo de actividades exigidas para la consecución de los fines institucionales.

La obediencia debida opera en espacios organizacionales o laborales que son escenarios típicos para el peculado, en donde la conciencia individual del servidor público subordinado le permite discernir la licitud o ilicitud de la orden recibida, de lo cual surge la exigibilidad de la orden y la consumación del ciclo delictual o su interrupción.

De lo expresado, la inteligencia emocional no solo debe permitir un ambiente empático entre los servidores públicos, sino que este ambiente debe estar orientado por el *ethos* para alcanzar los fines institucionales. Solo de esta forma la inteligencia emocional propende la transformación del clásico liderazgo directivo (de carácter gerencial) hacia un liderazgo transformacional, que supere el ya caduco liderazgo transaccional (Aronson, 2001: 247). En el Gráfico 1 se aprecian las redes extraídas del *Atlas ti* para el estudio de casos. Las respuestas logradas a partir del análisis documental permitieron confirmar la formulación de las proposiciones en los ejes: a) conocimiento de la ilicitud del acto y autodeterminación; b) conciencia y autorregulación del subordinado en la toma de la decisión; y c) fidelidad de cumplimiento y exigibilidad de la conducta.

Gráfico 1
Redes extraídas de los casos analizados



Fuente: elaboración propia a partir de los casos a través de *Atlas.ti*.

Conclusiones

En el aspecto normativo, el tratamiento de la obediencia debida por los Estados es variopinto y oscila entre la atenuación de la responsabilidad penal y la exclusión de la antijuridicidad, a partir del análisis de contenido sobre la orden.

La obediencia debida opera en espacios organizacionales o laborales que son escenarios típicos para el peculado, en donde la conciencia individual del servidor público subordinado le permite

discernir la licitud o ilicitud de la orden recibida, de lo cual surge la exigibilidad de la orden y la consumación del ciclo delictual o su interrupción.

La discusión sobre la obediencia debida contempla la relación de subordinación entre servidores públicos (superior-inferior) y su objeto está dado por la legitimidad de contenido de la orden emanada dentro del marco de las funciones específicas fijadas legalmente para cada uno de los servidores en relación con la estructura institucional y sus fines para la realización de derechos de la población.

De lo expresado, los programas, proyectos y actividades del servicio público deben facilitar la realización de los fines institucionales, constitucional y legalmente definidos. La orden emitida por el jerárquico superior debe adecuarse al marco normativo. Una orden en contravía es cuestionable por su contenido y coloca al subordinado en posición de discernir su cumplimiento, abriéndose un espacio para evitar la consumación del *iter* delictual gracias a este cuestionamiento ético que interrumpe el ciclo. Por eso, solo se puede hablar de obediencia debida cuando el contenido intrínseco de la orden es legítimo y no ocasiona responsabilidad penal a quien la ejecuta. En contrapartida, la ilicitud de la orden da lugar a responsabilidad penal, sin exclusión ni atenuación de la pena.

Aunque la génesis de la obediencia debida es de vieja data, su actualidad en el debate judicial y doctrinal se potenció a partir la posguerra para el juzgamiento de los participantes de estructuras delictuales que, a nombre del Estado, cometieron delitos de lesa humanidad. El concepto sigue en vigencia y su horizonte se ha ampliado, dentro de la literatura y los ordenamientos jurídicos nacionales, hacia el segmento de los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública, que exigen a servidores públicos fidelidad de cumplimiento de sus funciones mediante una actitud crítica frente al contenido de la orden que, si bien goza de presunción de legitimidad que guía los actos del servicio público, no está al margen de un examen de licitud para su cumplimiento.

El *management* propone la aplicación del liderazgo y la inteligencia emocional para mejorar la empatía en los ambientes de trabajo gubernamentales. Sin embargo, estas herramientas de la administración no son suficientes si no se encuadran con el *ethos* dado por el ordenamiento jurídico, encaminado al cumplimiento de los fines institucionales. De lo expresado, el liderazgo óptimo en ambientes organizacionales gubernamentales parte del liderazgo ético y no excluye otras formas de liderazgo en tanto se orienten al cumplimiento

de los fines institucionales, constitucional y legalmente adecuados para satisfacción de derechos de la población.

La relación de poder entre subordinante y subordinado debe guiarse por los lineamientos constitucionales y las reglas legales orientadas al cumplimiento de los fines institucionales. El desvío o apartamiento del superior al emitir una orden significa para el subordinado un dilema ético cuando identifica la ilegitimidad de la orden, y aun así tiene un margen para decidir entre cumplirla o no, con las consabidas consecuencias penales que derivan de la consumación del delito de peculado que afecta la fidelidad de cumplimiento de los servidores públicos y la ejecución de programas y actividades para satisfacción de derechos de la población.

La toma racional de decisiones para la consumación del delito de peculado tiene una motivación económica que se expresa en dos niveles: primero, del jerárquico superior donde se concreta la partida delictual; y segundo, en el subordinado puede fundarse una motivación económica que se expresa a partir de la decisión y acción de este para el perfeccionamiento del ilícito al margen de los fines institucionales (Ponce, Piedrahita y Villagómez, 2019: 380-381). Aunque tampoco se excluye la posibilidad remota de error del subordinado para la consumación del delito a partir de la ejecución de la orden.

En los casos de estudio se evidenció la falta de cuestionamiento por el subordinado respecto del contenido de la orden del superior jerárquico, convirtiéndose en catalizadores de la conducta delictual que afecta la eficiencia de la administración pública. El servidor subordinado aplicó sin más la presunción de legitimidad de la orden del superior jerárquico, evidenciándose un propósito delictual común entre superior y subordinado, sin que existan fines contrapuestos entre estos. En este contexto no se configuraron los elementos de la obediencia debida (por ausencia de orden legítima) para evitar la concurrencia de las categorías dogmáticas de antijuridicidad, culpabilidad y pena, al haberse facilitado de modo principal la consumación del delito de peculado.

Notas

(1) Véase artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

(2) Véase artículo 397 del Código Penal colombiano.

(3) Proceso penal 1183-2012. Corte Nacional de Justicia. Ecuador.

(4) Proceso penal 45104. Corte Suprema de Justicia. Colombia.

(5) Véase No. 599 de 2000, artículo 397; No. 600 de 2000, artículo 2016.

Bibliografía

- Arendt, Hannah (1963), *Eichmann in Jerusalem*, Barcelona, Lumen, 4. ed.
- Aronson, Edward (2001), "Integrating Leadership Styles and Ethical Perspectives", en *Canadian Journal of Administrative Sciences*, Vol. 18 N° 4, pp. 244-256.
- Avolio, Beatrice (2016), *Métodos cualitativos de investigación: una aplicación al estudio de caso*, México, Cengage Learning Editores.
- Avolio, Bruce; Zhu, Weichum; William, Koh; y Bhatia, Puja (2004), "Transformational Leadership and Organizational Commitment: Mediating Role of Psychological Empowerment and Moderating Role of Structural Distance", en *Journal of Organizational Behavior*, Vol. 25 N° 8, pp. 951-968.
- Barbuto, John; Gottfredson, Ryan; y Searle, Travis (2014), "An Examination of Emotional Intelligence as an Antecedent of Servant Leadership", en *Journal of Leadership and Organizational Studies*, Vol. 21 N° 3, pp. 1-9.
- Boyatzis, Richard; Good, Darren; y Massa, Raymond (2012), "Emotional, Social, and Cognitive Intelligence and Personality as Predictors of Sales Leadership Performance", en *Journal of Leadership and Organizational Studies*, Vol. 19 N° 2, pp. 191-201.
- Brown, Michael y Treviño, Linda (2006), "Ethical Leadership: a Review and Future Directions", en *The Leadership Quarterly*, Vol. 17 N° 6, pp. 595-616.
- Caldwell, Cam; Bischoff, Sheri; y Karri, Ranjan (2002), "The Four Umpires: a Paradigm for Ethical Leadership", en *Journal of Business Ethics*, Vol. 36 N° 1, pp. 153-163.
- Canto, Jesús y Álvaro, José (2015), "Más allá de la obediencia: reanálisis de la investigación de Milgram", en *Escritos de Psicología*, Vol. 8 N° 1, pp. 13-20.
- Cherniss, Cary y Goleman, Daniel (eds.) (2001), *The Emotionally Intelligent Workplace: How to Select for, Measure, and Improve Emotional Intelligence in Individuals, Groups, and Organizations*, San Francisco, Jossey-Bass.
- Colombia. Ley 599 de 2000: Código Penal, en *Diario Oficial*, N° 44097, Bogotá, 24 de julio de 2000.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2012), Proceso Penal No. 1183-2012 por delito de Peculado seguido en contra de Lupe Teresa Guanoquiza Garzón y otros. Recurso de Casación, Quito, Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia (2015), Sentencia SP12042-2015. M. Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, Bogotá, Corte Suprema de Justicia de Colombia.
- Dulewicz, Chris; Young, Mike; y Dulewicz, Victor (2005), "The Relevance of Emotional Intelligence for Leadership Performance", en *Journal of General Management*, Vol. 30 N° 3, pp. 71-86.
- Ecuador. Asamblea Nacional (2014), Código Orgánico Integral Penal (COIP), Quito, Asamblea Nacional.
- Gadamer, Hans-George (2013), *Truth and Method*, London, Bloomsbury.
- George, Jennifer (2000), "Emotions and Leadership: the Role of Emotional Intelligence", en *Human Relations*, Vol. 53 N° 8, pp. 1027-1055.
- Goleman, Daniel (1996), *Emotional Intelligence: Why It Can Matter more than IQ*, New York, Bantam Books.
- _____ (1998), *Working with Emotional Intelligence*, New York, Bantam Books.
- Goleman, Daniel; Boyatzis, Richard; y McKee, Annie (2013), *Primal Leadership: Unleashing the Power of Emotional Intelligence*, Boston, Harvard Business Review Press.
- Greenbaum, Rebecca; Babalola, Mayowa; Quade, Matthew; Guo, Liang; y Kim, Yung Chung (2020), "Moral Burden of Bottom-Line Pursuits: How and When Perceptions of Top Management Bottom-Line Mentality Inhibit Supervisors' Ethical Leadership Practices", en *Journal of Business Ethics*, N° 174, pp. 109-123.
- Hernández Suárez, Francisco (2011), "Una aproximación a la eximente por obediencia jerárquica desde el derecho internacional", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. 3 N° 6, pp. 45-78.
- Judge, Timothy y Bono, Joyce (2000), "Five-Factor Model of Personality and Transformational Leadership", en *Journal of Applied Psychology*, Vol. 85 N° 5, pp. 751-765.
- Kim, Alla; Khon, Natalya; y Aidosova, Zhanerke (2015), "Emotional Intelligence of a Coach as a Factor of Coach-Student Interaction", en *Procedia: Social and Behavioral Sciences*, Vol. 236, pp. 265-270.
- López, Andrés (2006), "El problema de las 'manos sucias' y la política", en *Ciencia Política*, Vol. 1 N° 2, pp. 51-167.
- MacIntyre, Alasdair (2001), *Animales racionales y dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Barcelona, Paidós.
- Magoja, Eduardo (2017), "¿Obedecer las leyes?: utilitarismo, retórica forense y autoridad en el Critón de Platón (50a6-50b5)", en *Tópicos*, N° 53, pp. 411-434.

- Maquiavelo, Nicolás (2018), *El príncipe*, Buenos Aires, Lea.
- Mauri, Margarita y Elton, María (2017), "Autoridad moral y obediencia", en *Tópicos*, N° 52, pp. 355-374.
- Maxwell, John (2005), *Líder de 360°*, Nashville, Grupo Nelson.
- Milgram, Stanley (1974), *Obedience to Authority: an Experimental View*, New York, Harper Perennial Modern Thought.
- Piedrahita Bustamante, Pedro (2018), "La evolución de los derechos humanos: una mirada desde las relaciones internacionales", en *Ciencias Sociales y Educación*, Vol. 7 N° 14, pp. 149-164.
- Ponce, Ana (2018), "El estudio de caso múltiple. Una estrategia de investigación en el ámbito de la administración", en *Publicando*, Vol. 5 N° 15, pp. 21-34.
- Ponce, Ana; Piedrahita Bustamante, Pedro; y Villagómez, Richard (2019), "Toma de decisiones y responsabilidad penal frente al lavado de activos en Ecuador", en *Política Criminal*, Vol. 14 N° 28, pp. 365-384.
- Reicher, Stephen; Haslam, Alexander; y Smith, Joanne (2012), "Working toward the Experimenter: Reconceptualizing Obedience within the Milgram Paradigm as Identification-Based Followership", en *Perspectives on Psychological Science*, Vol. 7 N° 4, pp. 315-324.
- Rule, Peter y Mitchell, John (2015), "A Necessary Dialogue: Theory in Case Study Research", en *International Journal of Qualitative Methods*, Vol. 14 N° 4, pp. 1-11.
- San Lam, Cheok y O'Higgins, Eleanor (2013), "Emotional Intelligence and Leadership Styles in China", en *Asia Pacific Management Review*, Vol. 18 N° 4, pp. 441-467.
- Sartre, Jean Paul (1947), *Las manos sucias*, Madrid, Alianza Editorial.
- Steinbauer, Robert; Renn, Robert; Chen, Shawna; y Rhew, Nicholas (2018), "Workplace Ostracism, Self-Regulation, and Job Performance: Moderating Role of Intrinsic Work Motivation", en *The Journal of Social Psychology*, Vol. 158 N° 6, pp. 767-783.
- Weber, Max (2016), *La política como vocación*, Los Angeles, CreateSpace.
- Weinberger, Lisa (2009), "Emotional Intelligence, Leadership Style, and Perceived Leadership Effectiveness", en *Advances in Developing Human Resources*, Vol. 11 N° 6, pp. 747-772.

Yin, Robert (2003), *Case Study Research: Design and Methods*, Thousand Oaks, Sage Publications.

Zimbardo, Philip (2008), *El efecto Lucifer: El porqué de la maldad*, Barcelona, Ediciones Paidós.