

# La jerarquía administrativa

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. EL ARTICULO 103.1 DE LA CONSTITUCION. 1. Un texto enigmático. 2. Jerarquía y centralización. III. CONCEPTO Y CONTENIDO TRADICIONALES. 1. Concepto. 2. Contenido. IV. EL DERECHO POSITIVO. 1. El orden jerárquico. 2. Facultades jerárquicas del superior. 3. Deberes del subordinado. 4. Area externa de la jerarquía. 5. Balance: Hacia una teoría de la potestad de mando. V. LA JERARQUIA COMO PRINCIPIO JURIDICO DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA. VI. MAS ALLA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. VII. LO IDEAL Y LO REAL. VIII. LAS CONTRADICCIONES DE LA JERARQUIA TRADICIONAL. IX. LOS ATAQUES A LA JERARQUIA. X. SUPERVIVENCIA DE LA JERARQUIA.

## INTRODUCCION

1. En el prólogo al clásico (y un tanto insípido) ensayo de Pierre DI MALTA<sup>1</sup> califica con todo acierto MALIBEAU al poder jerárquico como «prisma de múltiples facetas», y así lo es, en efecto, si se piensa en las distintas imágenes que ofrece según sea la perspectiva del observador. La jerarquía ha sido siempre un instrumento político fundamental —y, en términos más generales, una herramienta de conformación social— cuyas consecuencias jurídicas se han conocido desde antiguo, aunque curiosamente ni el Derecho Administrativo ni la Ciencia de la Administración se hayan preocupado seriamente de analizar el fenómeno y ni siquiera de describirlo. Para los juristas es la jerarquía un simple dato externo que viene impuesto por la realidad, del que se

---

<sup>1</sup> *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, 1961.

ría metodológicamente incorrecto ocuparse puesto que lo único que al parecer interesan son sus consecuencias jurídicas. El resultado de este desinterés ha sido que, al cabo de dos siglos de centralización administrativa jerarquizada (sin contar, claro es, con la jerarquía del Antiguo Régimen), la literatura jurídico-administrativa no nos haya proporcionado una información suficiente sobre lo que estaba realmente pasando en el interior de las organizaciones públicas. Y es una lástima porque lo que para los autores de cada época es un dato obvio que se supone conocido por todos, andando los años se borra y obliga a reconstrucciones conjeturales basadas en elementos tomados de áreas muy ajenas, empezando por la literatura: para conocer, por ejemplo, la jerarquía administrativa rusa no hay mejor testimonio que «el revisor» de Gogol.

La situación cambió por completo, no obstante, cuando la Sociología empezó a ocuparse de la cuestión. Max WEBER, concretamente, logró volver la página de nuestros conocimientos y, a partir de él (aunque sea a remolque del tipo ideal legal-burocrático), hemos empezado a adentrarnos en la verdadera sustancia de la jerarquía y dejado de contentarnos con el análisis del subproducto de sus consecuencias jurídicas. Con el tiempo, a la sequía ha seguido la inundación y los sociólogos y los teóricos de la Organización han ahondado tanto en surcos antes abandonados que ya es imposible, salvo para especialistas, estar al día del progreso científico.

Sea como fuere, el panorama observable resulta desproporcionadamente asimétrico y parcial: la teoría de la Organización ha iluminado los más diversos aspectos del fenómeno, incluidos los psicológicos, pero con referencia a todas las organizaciones y no sólo a las Administraciones Públicas (que han quedado incluso comparativamente relegadas); la Politología también se ha preocupado bastante de estas cuestiones y ha servido, entre otras cosas, para desvelar la importancia de su componente ideológico, permitiendo explicar con facilidad el generalizado rechazo que hoy provoca la jerarquía, proscrita implacablemente del mundo de los valores en uso. Pero, en contraste, el Derecho no ha salido de sus rudimentarios planteamientos del siglo XIX, que siguen protagonizados por el viejo problema, ciertamente importante, de si la obediencia debida exculpa penalmente y si la desobediencia es o no un delito.

En cuanto al Derecho Administrativo español, sus carencias en este punto son notorias hasta tal punto que vale para nosotros en 1992 lo que escribía AMORTH para Italia en 1936<sup>2</sup>: «Del principio de jerarquía se habla en todos los manuales de Derecho Administrativo, pero sin profundizar el concepto; lo que depende del hecho de que los proble-

<sup>2</sup> *La nozione di gerarchia*, 1935, p. 5.

mas concernientes a la organización jurídico-pública no han sido tratados hasta ahora con la debida atención por la ciencia italiana del Derecho Público.» Aunque sería injusto silenciar lo que en su día significó el abordar la jerarquía como un «principio jurídico de organización». El esfuerzo realizado por GARCÍA-TREVIJANO<sup>3</sup>, por ejemplo, no puede ser olvidado aunque sólo sea por el coraje que entonces suponía atreverse a hablar de la Ciencia de la Administración. Pero los administrativistas españoles abandonaron pronto este camino prometedor abrumados quizá por el peso de la mentalidad procesalista y garantista de nuestro Derecho Administrativo así como por la necesidad de defender la legalidad frente a las agresiones políticas e ideológicas de unos Gobiernos empeñados en sacrificar la sana moneda del Derecho y de los Tribunales a cambio de las averiadas mercancías de una eficacia y de una modernidad adquiridas a saldo en los mercados internacionales más desprestigiados. Y por otra parte, el meritorio empeño de los escasos profesores de Ciencia de la Administración (primero GARRIDO y luego BAENA) y de su Escuela ha llegado, por desgracia, demasiado tarde, puesto que la hora de la Ciencia de la Administración, entendida como hace cincuenta (e incluso diez) años, ya ha pasado definitivamente.

El estudio de la jerarquía administrativa tropieza actualmente en España con dificultades insuperables, dado que se carece, al tiempo, de estudios de base jurídicos y organizacionales, teóricos y empíricos. La publicación de un número de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA dedicado monográficamente a este tema, tiene la enorme ventaja de posibilitar reencuentros de perspectivas indebidamente separadas, ya que esta revista es uno de los pocos foros en que se permite, sin prejuicio alguno, la convivencia de metodologías distintas, jurídicas y no jurídicas. Pero no nos engañemos: en un día no se pueden recuperar olvidos tan prolongados y quizá el mayor interés del número estribe en la simple toma de conciencia de un problema que, ideologías aparte, interesa por igual al Derecho y a la Política.

2. La jerarquía es un principio de organización o, si se quiere, una forma determinada de establecer relaciones organizativas. Fenomenológicamente, una organización jerarquizada es aquella en la que sus distintos elementos se estructuran en grados o escalones de tal manera que los inferiores o subordinados están sometidos a las órdenes, fiscalización y disciplina de los superiores.

La jerarquía no es la única forma en que pueden estructurarse las organizaciones; pero sí es, desde luego, la más generalizada y, entendida como principio, se encuentra con mayor o menor intensidad en toda clase de organizaciones incluso en las más participativas o auto-

<sup>3</sup> *Principios jurídicos de la organización administrativa*, 1958.

gestionadas. Y es que en la realidad no existen organizaciones en las que no convivan diferentes principios estructuradores, con frecuencia contradictorios. En líneas generales, una organización jerarquizada viene a coincidir con el tipo ideal de las organizaciones burocráticas: la burocracia se organiza jerárquicamente y la jerarquía se hace operativa a través de una burocracia.

La superioridad posicional organizativa confiere autoridad (o poder de influir sobre los comportamientos de otros) por la misma fuerza de la organización; pero no hay que olvidar que también existen otras formas de autoridad, tan eficaces o más que la jerárquica, que nada tienen que ver con la posición de quien la tiene: es la autoridad personal derivada de un prestigio ético o social o de destreza profesional y también la autoridad derivada de la posición que se ocupa en otras organizaciones (por ejemplo en un partido político, en la iglesia, en una mafia). Los romanos distinguían perfectamente, incluso en la semántica, entre *auctoritas* (superioridad personal) y *potestas* (superioridad posicional en la organización); pero en la actualidad se confunden con frecuencia tales variantes y de esta confusión nacen buena parte de los errores que empañan los análisis de la jerarquía administrativa moderna.

## II. EL ARTICULO 103.1 DE LA CONSTITUCION

### 1. UN TEXTO ENIGMÁTICO

La jerarquía aparece en el artículo 103.1 de la Constitución<sup>4</sup> en unos términos ambiguos y en un contexto enigmático, de donde en una primera aproximación interesa destacar lo siguiente:

*a)* El artículo está redactado en presente de indicativo. Su estilo es, por tanto, descriptivo, no preceptivo. Obsérvese que no dice «actuará» o «deberá actuar» de acuerdo con el principio de jerarquía, sino «actúa». ¿Tendrá algún sentido esta forma de redacción? Como ni los autores de la Constitución ni sus comentaristas lo han señalado, habrá que entender que se trata de un mero capricho estilístico, jurídicamente irrelevante, como tantos otros que en el texto abundan.

*b)* La jerarquía es un principio. De donde se deduce —con arreglo a la doctrina y a la jurisprudencia más pacíficas— que inspira el resto del Ordenamiento Jurídico y vale como criterio hermenéutico fundamental. Dejémoslo así en este momento, aunque a mí la cuestión

<sup>4</sup> «La Administración Pública... actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.»

no me parece tan clara puesto que la jerarquía es un mero principio de organización y no un principio general del Derecho, que es a los que deben imputarse el valor y la fuerza indicados.

c) Quien actúa de acuerdo con tal principio es «la Administración Pública». Ahora bien, ¿cuál es esta Administración en singular? Por el lugar en que se encuentra el artículo se refiere, sin duda, a la Administración del Estado. El Título IV se rubrica «del Gobierno y de la Administración» y lo que se regula inequívocamente es el Gobierno de la Nación; mientras que las otras Administraciones Públicas (la local y de las Comunidades Autónomas) se encuadran sistemáticamente en el Título VIII. Pero, por otra parte, el número 2 alude expresamente —y no sabemos si el contraste es deliberado— a la «Administración del Estado». Con lo cual se ofrece la duda de si la Administración Pública del número 1 equivale a la Administración del Estado del número 2 o si, por el contrario, cubre a todas las Administraciones Públicas, es decir, a la de Título IV y a las del Título VIII.

Sistemáticamente es claro que la Administración Pública del Título IV ha de distinguirse de la Administración Local del Título VIII. Aunque no menos claro es que ello podría llevarnos a la absurda consencuencia de no aplicar a las Administraciones Locales los principios del artículo 103.1 y a nadie se le puede pasar por la cabeza que la Constitución haya pretendido autorizar la existencia de Administraciones que no actúen con eficacia o que no estén sometidas a la Ley y al Derecho. Esto es cierto, pero también es verdad que no faltarán interesados en defender que el odiado principio de jerarquía no debe aplicarse, por ejemplo, a las Corporaciones Locales, cabalmente porque no lo exige la Constitución.

La solución de tal antinomia y la explicación de los singulares y los plurales podrían ser, con todo, las siguientes: la enunciación del número 1 del artículo 103 es absolutamente superflua ya que, aunque no existiese, no por ello se impediría que las Administraciones Públicas actuasen con arreglo a los principios dichos. Así lo han hecho siempre y así continuarán haciéndolo por su propia naturaleza de Administraciones Públicas<sup>5</sup>. Ya he dicho más de una vez y en otros lugares que

---

<sup>5</sup> Cfr. este planteamiento con una antigua conferencia mía pronunciada en 1981 en Roma (y publicada luego en el suplemento núm. 7 de la *Revista de Política Comparada*, 1982, pp. 89-90): «La Administración Pública del artículo 103.1 es el género que comprende todas las variedades imaginables de la administración... Obsérvese que los artículos anteriores están hablando de la composición y funciones de órganos: se toma una serie de órganos y se nos dice uno por uno quiénes los componen y qué hace cada uno de ellos. No habla de órganos ni de sus funciones ni de su composición, sino que regula un modo de actuar y unos objetivos. Y luego, en el artículo 103.2 se reanuda el hilo de la regulación de órganos... Por descontado que esta sistemática no es muy afortunada, pero aun así creo que la terminología usada no deja lugar a dudas y sería aberrante admitir que el artículo 103 sólo fuera de aplicación a una especie administrativa». La siguiente autocita del texto se refiere a «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en el núm. 100-102, I, de la *Revista de Administración Pública*, 1983, pp. 371 y ss.

no conviene magnificar la naturaleza normativa de la Constitución: una calidad que, entendida globalmente para todos sus artículos y en todas sus consecuencias, ni es admisible ni tampoco recomendable, como prueba contundentemente este artículo 103.1.

d) GARRIDO FALLA y BAENA DEL ALCÁZAR sostienen, sin embargo, que la alusión constitucional al principio de jerarquía tiene una enorme relevancia y no sólo política sino también jurídica. Para el primero <sup>6</sup>, en efecto, «la relación entre jerarquía y centralización es tan íntima que HAURIUO caracterizaba cabalmente la centralización de las funciones públicas por *leur groupement dans la hiérarchie*. Allí donde la jerarquía se rompe, comienza la descentralización». Vertiente política que se complementa con la estrictamente jurídica, ya que —sigue diciendo— «la consagración legal o constitucional del principio de jerarquía sí implica consecuencias jurídicas, pues lo que en él se consagra es un modelo de organización administrativa centralizada». Y en sentido similar precisa BAENA <sup>7</sup> que el artículo 103.1 «no es una gran novedad, ya que supone aplicar las ideas propias de nuestro tiempo, pero con todo deja claro el mandato de que nuestra principal organización pública se adapte a los criterios generales del modelo weberiano». Opiniones de gran autoridad, pero en mi opinión muy poco convincentes porque al proclamar que la Constitución se ha inclinado en este artículo por el modelo jerárquico centralizador se olvidan de que a renglón seguido el precepto enumera con igual énfasis el descentralizador. La incongruencia constitucional parece haber contagiado a los comentaristas, cuya lógica naufraga en la ilógica del texto.

Sea como fuere, la trascendencia político-jurídica de la tesis descrita salta a la vista: la Constitución, según ella, impone un determinado modelo organizacional a la Administración del Estado («nuestra *principal* organización política» en palabras de BAENA). Lo que significa que debe estructurarse con arreglo al principio jerárquico y no, por ejemplo, al participativo (aunque sí también al descentralizador no obstante ser su antónimo, según puntualizan). De aquí, en todo caso, la importancia de precisar con la mayor exactitud posible en qué consiste ese principio jerárquico para acomodar a él la Administración del Estado. En cambio, las otras Administraciones Públicas —siguiendo el mismo razonamiento— no están sujetas al principio jerárquico y el legislador es libre de adoptar otro modelo. Pero —añado por mi cuenta— ¿serán también libres de escapar a la sujeción a la Ley y al Derecho que aparecen en el texto constitucional en el mismo párrafo que el principio de la jerarquía?

<sup>6</sup> En sus comentarios al artículo 103.1 dentro del *Comentario a la Constitución*, dirigido por él mismo, 2.ª ed., 1985, p. 1427.

<sup>7</sup> En sus comentarios al artículo 103.1 dentro de la *Constitución española*, dirigida por ALZAGA, tomo VIII, 1985, p. 275.

La disociación inicial de ámbitos de aplicación del principio —según se trate únicamente de la Administración del Estado o de todas las Administraciones Públicas— puede simplificarse, no obstante, desde la perspectiva del artículo 149.1.18, que distorsiona el planteamiento inicial. Porque si en él se dispone que es competencia exclusiva del Estado «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (de todas, por tanto) y del régimen estatutario de sus funcionarios (incluido el deber de obediencia característico de la jerarquía), es evidente que al Estado compete establecer el régimen jurídico del principio de jerarquía, salvo que se imaginara un régimen jerárquico para la Administración del Estado y unas bases no jerárquicas para las otras Administraciones Públicas.

e) Insistiendo en la misma tesis resultará que las leyes y reglamentos han de establecer una estructura administrativa que responda a las características de la jerarquía referidas (ya que la Constitución nada precisa sobre el particular) a lo que hasta ahora viene entendiéndose como tal. Sucede, sin embargo, que el legislador no está obligado a respetar este esquema tradicional, puesto que los conceptos que aparecen aludidos, pero no definidos, en la Constitución pueden ser determinados o concretados por las propias leyes. Es decir, que las definiciones que establezca el legislador se integrarán en el texto de la Constitución por remisión expresa de ésta. A tal propósito dispone la Ley de un amplio margen de decisión, puesto que, según doctrina del Tribunal Constitucional, sólo está vinculada por el núcleo esencial de la institución. Lo cual significa, en último extremo, una importante relativización de las «consecuencias jurídicas» del reconocimiento constitucional del principio de jerarquía, dado que sus caracteres tradicionales sólo valdrán en los supuestos de silencio de la Ley. Porque si la Ley decide alterar su contenido, la Ley prevalecerá sobre la «doctrina» o sobre la «tradicición» (que es lo único que conocemos y no demasiado bien) con tal que respete su contenido esencial (cuyo contorno ignoramos por completo, dicho sea sinceramente). En su consecuencia —repito— ¿de qué vale la alusión a un concepto que carece de contenido conocido y está sujeto, además, a los vaivenes caprichosos del legislador?

## 2. JERARQUÍA Y CENTRALIZACIÓN

Con lo dicho hasta ahora creo que quedan ya suficientemente explicadas las reticencias que en su momento se deslizaron a propósito del valor del principio: ni se sabe de cierto a qué Administraciones Públicas ha de aplicarse ni tampoco cuál es su contenido preciso. Pero todavía existen dificultades mayores empezando por la de armonizar este principio (tal como se ha aludido más atrás) con los demás que

aparecen en el mismo precepto. Porque, dando por bueno que la Administración actúe con arreglo al principio de jerarquía, resulta que *al tiempo* ha de actuar con arreglo al principio de descentralización que, por naturaleza (acabamos de verlo bajo la autoridad de GARRIDO y de HAURIUO) es su contrario. De acuerdo con la doctrina recibida, jerarquía y descentralización son fórmulas alternativas y, por ende, incompatibles, de tal manera que se sigue o la una o la otra pero es imposible seguir las dos al tiempo, puesto que se excluyen recíprocamente.

Jerarquía y centralización son las caras de una misma moneda. Tesis formulada por HAURIUO, pero que viene de más lejos según puede comprobarse entre nosotros con COLMEIRO<sup>8</sup>, quien —partiendo de que la organización administrativa debe fundarse en el «principio» de que «la autoridad emana de un *poder central* responsable quien le transmite de grado en grado hasta los últimos agentes de la escala, unidos entre sí como eslabones de una misma cadena»— llega a la siguiente definición de la jerarquía administrativa: «serie ordenada de autoridades que *bajo la dirección y responsabilidad del poder central*, están encargadas de ejecutar las leyes de interés común».

Esta concepción moderada de la época isabelina se mantiene íntegramente durante la Restauración, como resplandece en un texto inequívoco de ABELLA<sup>9</sup>, quien afirma que la jerarquía administrativa recorre sin solución de continuidad toda la organización del Estado con independencia de la variedad de personas jurídicas que la integran: «constituyendo la Administración general y las subordinadas o particulares de las provincias y pueblos un sólo organismo, por más que a formarle concurren varios, no debe perderse de vista la dependencia real en que unas están respecto de las otras, a causa de los naturales y necesarios vínculos que enlazan los intereses sociales, para establecer entre ellos *la subordinación que da nacimiento a la jerarquía...* Los que preconizan la independencia del Municipio y de la Provincia, aun en la esfera puramente administrativa, piden, sabiéndolo o sin saberlo, la disolución de la nacionalidad».

La cuestión, por lo demás, sigue arrastrándose durante el siglo XX, en cuyas primeras décadas pervive la fórmula decimonónica indicada a despecho del vendaval descentralizador que por entonces sacude a España. Para GASCÓN Y MARÍN<sup>10</sup> esto es algo que no ofrece la menor duda: «en el régimen burocrático centralizado, la jerarquía es condición esencial de la organización administrativa, no apareciendo en el mismo grado y condiciones de la idea de subordinación en los países de régimen autonómico, en los que, existiendo autonomía local, los

<sup>8</sup> *Derecho Administrativo Español*, 1.ª ed., 1850, p. 62.

<sup>9</sup> *Tratado de Derecho Administrativo español*, I, 1886, p. 140.

<sup>10</sup> *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 1917, p. 464.

funcionarios de ésta no están subordinados directamente a las autoridades centrales sino a la Ley». Sin embargo, «no hay que considerar la jerarquía únicamente como condición esencial de los Estados centralizados, pues aun en los de régimen de descentralización, dentro de cada esfera habrá precisión de determinar las relaciones entre los diversos funcionarios y agentes; los órganos de cada persona jurídico administrativa necesariamente habrán de estar coordinados al fin común a realizar y entre ellos existirá un mayor o menor grado de subordinación...; la subordinación de todos los funcionarios de una esfera a los de otra superior existe en un grado mucho menor y con contenido distinto que en los de jerarquía centralizada, pues la supremacía o tutela cambia por fiscalización y las facultades de los que actúan como órganos superiores limitase a exigir el cumplimiento de la Ley, anulando resoluciones, pero no sustituyendo a las inferiores autoridades».

Y en la *Enciclopedia Jurídica Seix*<sup>11</sup>, en un tomo que debió aparecer por las mismas fechas, Gonzalo DEL CASTILLO ALONSO advierte que «la jerarquía es un concepto de tal extensión que así como es independiente del modo de desenvolver la actividad de la Administración, lo es asimismo de la forma en que aparezcan organizados el Estado y el Gobierno. Por eso todo quedará reducido en los casos mencionados a un problema cuantitativo, nunca cualitativo. En una Administración centralizada habrá más líneas y más grados que en una que no lo sea; pero la esencia de la institución (será la misma). Lo propio ocurre con las formas de Estado, porque ofrezca éste el tipo unitario o el compuesto, siempre resultará que es imprescindible para ellos contar con funcionarios que constituyan concretamente un organismo, más bien que un conglomerado, porque el desorden en este último caso será la negación misma de la jerarquía y aun del Estado mismo».

Retrocediendo ahora algo en el tiempo conviene recordar la singular postura de SANTAMARÍA DE PAREDES<sup>12</sup>, quien aborda esta cuestión desde la perspectiva de la «armonía» que tanto le gustaba y con la que pretendía resolver los más arduos problemas del Derecho Administrativo. Para este autor la habitual conexión entre la jerarquía y la centralización constituye lo que hoy se llamaría un falso problema, dado que lo importante no es «ni centralización ni descentralización sino organización armónica, atribuyendo a cada esfera o grado de jerarquía aquello que por su índole le pertenece. Las palabras centralización y descentralización expresan la acción de llevar a un centro cosas que están fuera de él o quitar del centro las que indebidamente están en él colocadas, por eso decimos que el problema de centralizar o descentralizar sólo se concibe respecto al *estado histórico* de la Administra-

<sup>11</sup> *Enciclopedia Jurídica*, Seix, S. A. Voz «Jerarquía administrativa», p. 932.

<sup>12</sup> *Curso de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., 1898, p. 101 (la 1.ª ed. es de 1885).

ción de un país, en que la debida relación de sus grados jerárquicos se encuentra perturbada por la invasión de los superiores en los inferiores o viceversa y sea preciso restablecer la armonía llevando al centro lo que es central o quitando del centro lo que es propio de la esfera». Por eso es un «arte». Y la ciencia indica que lo ideal es «el principio de la armonía en las relaciones entre la esfera central y las locales, correspondiendo a aquélla lo general y común y a éstas lo especial y propio que las particulariza».

Felizmente, al cabo de los años ha conseguido la doctrina superar estos planteamientos mediante la depuración de las figuras de la jerarquía y de la tutela, aceptándose que la segunda articula entes o personas jurídicas mientras que la primera se refiere a las relaciones entre los distintos órganos de un mismo ente. Por decirlo con las palabras de la Sentencia de 20 de octubre de 1975 (Ar. 4642) —que invoca de forma expresa el apoyo de la doctrina científica—, «la capacidad de los entes o personas públicas y la competencia de los órganos exigen una coordinación, una unidad de dirección de los distintos entes que participan en determinada actividad y de los órganos de cada ente, consiguiéndose a través de la subordinación la unidad de dirección *entre los entes, esta relación de subordinación se conoce con el nombre de tutela; la unidad entre los órganos de una misma entidad se consigue por la jerarquía*, que supone una estructuración de los órganos en líneas y grados que culmina en un órgano supremo al que se atribuye en definitiva la función de dirección y la última decisión; *la jerarquía, pues, se da únicamente entre órganos que integran una misma entidad, una misma persona jurídica*».

En su consecuencia tenemos que en 1978 era pacífico en el Derecho Administrativo español que la jerarquía expresaba las relaciones entre los órganos de un mismo ente; de la misma que se entendía que la descentralización implicaba la creación (o la existencia) de varios entes separados. Con lo cual resulta que la remisión constitucional del artículo 103.1 es rigurosamente incongruente dado que se refiere a dos realidades que se excluyen recíprocamente: la jerarquía y la descentralización. Porque estas figuras son incompatibles dado que el ámbito de la segunda son varios entes y el de la primera uno solo. Esta es una incongruencia denunciada por mí ya en 1981<sup>13</sup> cuando ponía de relieve que la enumeración de principios del artículo 103.1 «no era nada afortunada» ya que «no es posible actuar al tiempo con jerarquía y con descentralización»: o lo uno o lo otro. Y ya antes, y aún más rotundamente, lo había dicho ROVERSI MÓNACO<sup>14</sup>: «descentralización y je-

<sup>13</sup> En la conferencia de Roma antes citada.

<sup>14</sup> En *La Constitución española de 1978*, dirigida por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, 1980, p. 598.

rarquía son principios antitéticos: hacinarlos en una única norma tiene tan sólo el efecto de transformar una importante enunciación de principios en una simple lista».

Huelga indicar que la dureza de estas opiniones no es compartida por todos los autores ni ha sido recogida por la jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1986 (Ar 3318), después de hacer una referencia a las conexiones entre jerarquía y autoritarismo político («esta norma —la Ley franquista de 30 de enero de 1938— enfatizando el principio jerárquico inherente a la Administración Pública, como consecuencia natural y obligada del talante autoritario del régimen político en el cual venía a insertarse»), armoniza aproblemáticamente la acumulación de principios: «La Constitución acepta el principio de jerarquía como primero de los que enumera para configurar la actuación de la Administración Pública en el artículo 103.1. Ahora bien, lo *matiza y atempera* no sólo con otros principios (descentralización, desconcentración y coordinación), sino con un diseño orgánico en el cual la clásica separación o división de los poderes da paso a su dispersión territorial y sectorial.»

### III. CONCEPTO Y CONTENIDO TRADICIONALES

Tal como ha de verse con pormenor más adelante, el concepto de la jerarquía administrativa ha sido siempre muy variado tanto sincrónica como diacrónicamente, es decir, que si en un mismo momento su contenido es diverso y plural en razón a la perspectiva de cada analista (y, sobre todo, por la diferencia de campos metodológicos del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración), aún varía más a lo largo del tiempo. Fenómeno que BAENA<sup>15</sup> ha explicado muy acertadamente así: «El principio de jerarquía es el resultado de refundir puntos de vista provinientes de diversas épocas, por lo que presenta una complejidad mayor de lo que normalmente se advierte. Según la jerarquía existe un conjunto de agentes subordinados unos a otros, que prolongan el brazo del poder público (en el Antiguo Régimen el rey absoluto) por todo el país, lo que históricamente se complica con la supremacía regia tomada del Derecho romano y la distribución territorial propia del Derecho canónico. En el siglo XIX se superpondrá a este esquema de Gobierno la idea abstracta del Estado, regido por leyes y reglamentos. De este modo la subordinación se basa en unas reglas jurídicas y no en la fidelidad al Rey como cabeza visible del Estado. Finalmente, en la idea de jerarquía está implícita la diferencia en-

<sup>15</sup> *Ob. cit.*, p. 274.

tre quienes ejercen una voluntad de poder y quienes realizan las tareas de ejecución.»

Todo esto es cierto, desde luego, y por ello cuanto a continuación se diga ha de ser aceptado con no pocas reservas. Pero, aun así, resulta conveniente proceder a un breve repaso de las ideas tradicionales de nuestros juristas, ya que ésta ha de ser la mejor introducción al desarrollo del tema y, además, porque es en el siglo XIX cuando el principio de la jerarquía aparece (por así decirlo) en estado químicamente puro, dado que es el momento de la centralización más exacerbada y de la ideología política más inequívoca: según esto y en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, «el poder reside en los representantes del pueblo; la Administración es un puro aparato servicial de ese poder, al que debe servir como un instrumento dócil y unitario. La democracia se detiene a las puertas de la Administración: los representantes del pueblo colocan al frente de los Departamentos administrativos a comisionados suyos; los agentes de la Administración carecen de libertad, limitándose a obedecer a dichos comisionados. Sólo así se consigue la subordinación del poder burocrático al poder político y la ejecución eficaz de los mandatos emanados del Parlamento»<sup>16</sup>.

Si la diversidad diacrónica de la jerarquía es, como acaba de verse, muy intensa, no menor es la que resulta cuando se la contempla, desde un mismo plano sincrónico, al cabo de una determinada descomposición analítica, como hace, por ejemplo, AMORTH<sup>17</sup>, cuando distinga entre el «principio» de jerarquía (que es «un concepto genérico, que se refiere a la función») y la «noción jurídica», que es una noción específica que se refiere a dos conceptos jurídicos bien distintos: «el concepto de orden (*ordenamiento*) jerárquico, que es un sistema particular de organización, y el concepto de relación jerárquica que es una relación particular de subordinación».

## 1. CONCEPTO

La definición dada por COLMEIRO en 1850 (trascrita más arriba) había de influir poderosamente en los autores de su siglo. Por recordar sólo a los más importantes, para SANTAMARÍA DE PAREDES<sup>18</sup> es la jerarquía la «serie de órganos que ejercen el poder ejecutivo, armónicamente subordinados y coordinados, para hacer compatible la unidad con la variedad del mismo». Y para ABELLA<sup>19</sup>, «a esta disposición ordenada de las autoridades y agentes de la Administración se llama je-

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, 1988, p. 942.

<sup>17</sup> *Ob. cit.*, pp. 4-5.

<sup>18</sup> *Ob. cit.*, p. 87.

<sup>19</sup> *Ob. cit.*, p. 139.

rarquía administrativa, para denotar que forman un todo cuyas diferentes partes constituyen grados o categorías según la clase a la que pertenecen, en razón de la mayor o menor autoridad que se les confiere, partes que están entre sí unidas por la subordinación o sujeción del inferior al superior». Y para DEL CASTILLO ALONSO<sup>20</sup> es la «serie categórica de los funcionarios públicos correspondientes a una sociedad política determinada, que mediante la coordinación de líneas y superposición de grados, procura el más perfecto cumplimiento de los fines que incumben a aquella sociedad».

De acuerdo con esto y durante casi cien años la jerarquía administrativa ha sido para nuestros autores una «serie de órganos». Sólo en fechas relativamente recientes ha sido sustituida esta visión material por otra muy distinta que centra la jerarquía no en los órganos sino en el modo peculiar en que éstos se relacionan o estructuran. En otras palabras: los órganos de una Administración Pública no son la jerarquía sino que están estructurados jerárquicamente, o sea, que es el principio de jerarquía quien los ordena. Esta es la concepción que luce en el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 («la Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados...») y que se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, de 20 de octubre de 1975, donde se ha definido la jerarquía administrativa<sup>21</sup> como «aquella especial estructuración que se efectúa de los distintos órganos de un mismo ramo de la Administración, dotados de competencia propia mediante su ordenación escalonada, en virtud de la cual los superiores podrán dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolviendo en su caso los conflictos entre los mismos, al objeto de conseguir la unidad de actuación de todos ellos».

## 2. CONTENIDO

En la temprana obra de COLMEIRO<sup>22</sup> se encuentran planteadas casi todas las cuestiones esenciales de la jerarquía administrativa, aún vivas, por cierto, en la actualidad. El autor las examina al hilo de cuatro «caracteres» —uniformidad, subordinación, responsabilidad y presencia— que desde un tratamiento más moderno pueden ser reordenadas de la siguiente forma:

<sup>20</sup> *Ob. cit.*, p. 932.

<sup>21</sup> *Curso de Derecho Administrativo*, 1.2. 9.ª ed., 1988, p. 82 (la 1.ª ed. es de 1965).

<sup>22</sup> *Ob. cit.*, pp. 62-77.

### A) *Vertiente política*

Desde el punto de vista político, la jerarquía es una consecuencia de la «necesaria presencia de las autoridades administrativas en todos los grados, porque la Administración es perpetua vigilancia y acción continua; donde el poder central no está presente, allí envía mandatarios que inspeccionen y ejecuten en su nombre o informen y comuniquen lo que excediere de sus atribuciones».

Presencia que ha de ser, además, uniforme en todo el territorio nacional. Una afirmación de evidente trascendencia política por cuanto aludía al espinoso problema de las provincias forales que por aquella época rompían esta deseada uniformidad.

### B) *Vertiente organizativa*

Desde el punto de vista de la organización administrativa, la jerarquía impone diversas reglas, como son, por un lado, la comunicación directa, grado por grado, hacia arriba y hacia abajo, de los órganos, y por otro, el control de los superiores sobre los actos de los inferiores, en cuanto que pueden ser «detenidos, modificados y revocados».

### C) *Vertiente personal*

Sin desconocer la importancia de cuanto acaba de decirse, parece indudable que las que tienen mayor interés en el esquema de COLMEIRO son las relaciones personales, que se expresan en los principios de subordinación («la subordinación de nacimiento a la jerarquía», dirá años más tarde ABELLA) y la responsabilidad. La subordinación acarrea, concretamente, las siguientes consecuencias:

a) Por lo pronto, los inferiores han de obedecer las órdenes de los superiores. Un deber indiscutible que provoca, sin embargo, un grave conflicto cuando tales órdenes son ilegítimas, en cuyo caso el inferior se ve crucificado en los brazos de la jerarquía y de la legalidad.

b) En segundo término, los inferiores pueden ser suspendidos en el ejercicio de sus funciones y hasta destituidos de sus cargos «porque si fuesen inamovibles no habría obediencia jerárquica ni el poder sería flexible ni responsable».

c) Afirmaciones que, en último extremo, no son sino corolarios de una tesis principal: el superior es el responsable de todo lo que hace el inferior o, en palabras literales de COLMEIRO, «los actos del último funcionario público, actos son de autoridad delegada cuya res-

ponsabilidad pesa sobre el jefe superior». Por ello, si el superior es el responsable de lo que hace el inferior, nada más lógico que aquél tome medidas para asegurarse de una conducta adecuada de éste —le nombra, le cesa y se cuida de darle instrucciones precisas—, ya que, de no ser así, sería inicuo exigir responsabilidad al superior. Principio que, por lo mismo, implica que el subordinado está exento de responsabilidad por el cumplimiento de las órdenes del superior. Lo que se traduce en el mecanismo de la «autorización administrativa previa» que se precisa para poder procesar a los funcionarios y que COLMEIRO justifica con unos argumentos irrefutables, dado que, «en primer lugar, como se supone que el funcionario no procede en virtud de determinación personal sino a consecuencia del mandato del poder ejecutivo, o el ministro aprueba el hecho de su mandatario y cubre con su responsabilidad la responsabilidad del subalterno, degenerando la cuestión administrativa en política; o la desaprueba, fundado en que el agente obró sin orden o se excedió de los límites de sus funciones y entonces abandona a su agente y le entrega a los tribunales para que le juzguen y castiguen». Y en segundo lugar, porque la autorización previa es «una garantía eficaz y una justa protección que el Gobierno dispensa a los funcionarios...; quitada esta garantía, todos los agentes administrativos quedarían expuestos a las reclamaciones más insensatas, a los procedimientos más severos y a la susceptibilidad de los tribunales».

A partir de aquí es muy poco lo que han añadido de nuevo los autores posteriores, aunque bien es verdad que se perfeccionan bastante los planteamientos, para lo que puede tomarse de ejemplo a SANTAMARÍA DE PAREDES<sup>23</sup>, cuya exposición ha sido el confesado modelo de cuanto a tal propósito se ha venido luego escribiendo hasta nuestros días. SANTAMARÍA, en efecto, después de clasificar las distintas variedades de la jerarquía (común y especial, territorial y no territorial, activa, consultiva y deliberante), distingue entre condiciones esenciales de su ejercicio (deber de obediencia, deber de correspondencia y facultad del superior para suspender o revocar y reformar los actos del inferior) y condiciones formales para una buena organización de la Administración como Poder (uniformidad, deslinde, atribuciones y residencia de la acción en órganos unipersonales y de liberación o consejo en órganos corporativos).

Para comprobar lo que se está diciendo —es decir, la evolución rectilínea que va desde COLMEIRO y SANTAMARÍA DE PAREDES hasta nuestros días, basta contrastar sus ideas con las muy posteriores de GARCÍA TREVIANO Y FOS<sup>24</sup>, a quien puede considerarse como el último de los

<sup>23</sup> *Ob. cit.*, pp. 87-107.

<sup>24</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, II.1. 2.ª ed., 1987, pp. 430 y ss.

clásicos de la teoría de la organización en el Derecho Administrativo español, y que enumera los siguientes efectos o consecuencias del principio de jerarquía: 1. Posibilidad de que el superior dirija o impulse la acción del inferior. 2. Posibilidad de dictar normas de carácter interno. 3. Posibilidad de nombrar subordinados. 4. Posibilidad de suplir a los órganos inferiores. 5. Posibilidad de delegación y control. 6. Facultad de control sobre actos y titulares. 7. Posibilidad de resolver competencias y conflictos.

Quede claro, en todo caso, que todas estas observaciones apenas si deben entenderse como superficiales resúmenes de los autores citados: meras alusiones a un acervo teórico tradicional, muy interesante desde luego pero en el que no vale la pena detenerse más en este momento habida cuenta de que lo que de veras importa no son tanto las opiniones «científicas» como las determinaciones del Derecho positivo vigente.

#### IV. EL DERECHO POSITIVO

En el Ordenamiento Jurídico español no existe, como ya se ha dicho, una regulación sistemática de la jerarquía administrativa; pero a ella se alude en repetidas ocasiones y, aunque sea de forma dispersa, muchos preceptos se ocupan de su régimen jurídico, que ahora se intenta exponer sumariamente de forma sistemática. A lo largo de esta exposición podrá comprobarse la exactitud de la postura de AMORTH, ya que el régimen legal español se nuclea —tal como había enunciado teóricamente el autor italiano— sobre dos ejes fundamentales: el orden jerárquico (que es un principio de organización) y la relación jerárquica, en la que se insertan las facultades del superior y los deberes del subordinado <sup>25</sup>.

##### 1. EL ORDEN JERÁRQUICO

El artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 sanciona en términos expresos la existencia, nunca discutida, de una Administración organizada jerárquicamente: «La Administración del Estado, *constituida por órganos jerárquicamente ordenados...*» El escalado de tal jerarquía se puede deducir, además, del artículo 23.2 de la misma Ley, dado que, después de haber advertido que «las disposiciones administrativas de carácter general se ajustarán a la siguiente *jerarquía normativa*», a continuación se especifica tal je-

<sup>25</sup> *Ob. cit.*, p. 6.

rarquía normativa, que se corresponde a la correlativa jerarquía orgánica y que se articula así: Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno, Ministros y, en fin, «autoridades y órganos inferiores según *el orden de su respectiva jerarquía*».

Inmediatamente se verá cuál es ese orden; pero antes conviene recordar que, según el artículo 21, «los Ministerios del Ejército, Marina y Aire (hoy refundidos en Defensa) se regirán, en lo que afecta a su organización, mando y jerarquía, por sus disposiciones especiales».

Este orden jerárquico de la Administración del Estado se encuentra perfectamente descrito en el artículo 2 de la Ley, que establece una organización piramidal estructurada por Ministerios que convergen (no olvidemos la fecha de la Ley) en la cúpula del Jefe del Estado, del Presidente del Gobierno y de los Ministros: «todos los demás órganos y autoridades de la Administración del Estado se hallan bajo la dependencia del Jefe del Estado, del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente». Muchos años después, extinguido ya el franquismo, la Ley 10/1983, de 16 de agosto, ha precisado este orden de tal manera que distingue genéricamente entre «órganos superiores» (Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios y Secretarios generales que tengan rango de Subsecretarios) y «todos los demás órganos y entidades de la Administración Central del Estado», los cuales «se encuentran bajo la dependencia de uno de los órganos superiores».

Esta dependencia (que se supone elemento caracterizador de la jerarquía) dista mucho, con todo, de ser clara, y con frecuencia aparece descompuesta en una dependencia orgánica y otra funcional, que no coinciden, como es el caso de las Delegaciones Generales del Gobierno en el Territorio de las Comunidades Autónomas, que se confieren respectivamente a la Presidencia del Gobierno y al Ministro del Interior, según el artículo 2 del Real Decreto 1801/1981, de 24 de julio, de reforma de la Administración periférica del Estado. Distinción que recuerda la en su día famosa, y hoy casi abandonada, dicotomía de relación orgánica y relación de servicio, introducida para funcionarios por GARCÍA TREVIANO y que todavía late, aunque con distinto alcance, en el artículo 2 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública así como en otras disposiciones reglamentarias que aparecerán más adelante.

Sea como fuere, el caso es que se ha terminado tejiendo, con carácter general, una red orgánica burocrática (pormenorizada luego en concreto en los Reglamentos orgánicos de cada Ministerio) con una serie adosada de órganos colegiados que parece ocioso enumerar aquí.

## 2. FACULTADES JERÁRQUICAS DEL SUPERIOR

Sentada esta organización, cabalmente el hecho de ser jerárquica impone unas características peculiares que se expresan en la acumulación en los órganos superiores de ciertas facultades —ordinariamente llamadas competencias— respecto de los inferiores o subordinados. Estas facultades, que inmediatamente van a ser enumeradas, se desarrollan en cuatro ámbitos perfectamente diferenciados: las que se refieren a la actuación en general, a los actos en concreto, a la alteración de competencias legalmente determinadas y a las personas. Ni que decir tiene, además, que a estas facultades del superior se corresponden sistemáticamente otros deberes de los subordinados, que se examinarán en el número siguiente. Debiendo hacerse constar, en fin, que cuanto a continuación se dice no son sino variaciones analíticas de una proposición elemental básica: *la esencia de la jerarquía (entendida ahora como relación y no como organización) se expresa, ni más ni menos, en una potestad del mando del superior y en un correlativo deber de obediencia del subordinado.*

Habida cuenta de que, como sabemos, no existe una norma que regule sistemáticamente la jerarquía, sus elementos componentes han de buscarse a lo largo y a lo ancho del Ordenamiento Jurídico donde aparecen esparcidamente en sectores normativos materiales y, sobre todo, organizativos. A tal propósito, las leyes más importantes son, sin duda, la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), de 26 de julio de 1957, la de Procedimiento Administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958, y la muy reciente del Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), que ha derogado sustancialmente a las anteriores.

### A) *Facultades sobre la actuación de los órganos subordinados*

Las que con más frecuencia aparecen son las siguientes:

a) La «competencia» de *dirección* venía establecida genéricamente en el artículo 7 de la LPA («los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares»). Se trataba, por tanto, de una facultad que únicamente podía ejercerse de manera general, es decir, no individualizada. La dirección no es una orden sino la indicación de un criterio que el inferior ha de aplicar con responsabilidad en el ejercicio de sus competencias propias. El artículo 14 de la LRJAP mantiene esta posición que completa con ciertas precisiones referentes a su eventual publica-

ción y, sobre todo, a sus efectos: «1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio<sup>26</sup>. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda. 2. El incumplimiento de las instrucciones y órdenes de servicio no afecta por sí solo y necesariamente a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.»

La LRJAE, por su parte, establece específicamente la misma facultad de dirección para cargos concretos (Presidente del Gobierno: art. 13.3; Ministro: art. 14.1; Director General: art. 16.1) y de igual forma el artículo 1 del Real Decreto 3117/1980, de 22 de diciembre, o Estatuto de los Gobernadores civiles, para éstos. En tales supuestos no se conecta de manera expresa el ejercicio de la dirección a las instrucciones de carácter general. Y, sin embargo, hay que entenderlo así no sólo por imperativo de los preceptos antes citados sino por congruencia con la regla de la individualización de la competencia. En nuestro Derecho, en efecto, cada órgano tiene su propia competencia, a cuyo ejercicio no puede renunciar. Así lo disponía el artículo 4 de la LPA («la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes») y en ello insiste el artículo 12 de la LRJAP, cuyos números 1 y 3 reproducen casi a la letra el 4, antes transcrito, y el 5 de la LPA: «1. La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución, avocación o encomienda de gestión, cuando se efectúen en los términos previstos en esta u otras leyes. 3. Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que deba ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.»

La regla de la individualización e irrenunciabilidad de la competencia impide, en definitiva, que el superior jerárquico ordene al inferior el contenido de los actos concretos y limita la jerarquía a un poder de dirección abstracta o genérica. Circunstancia que me ha movi-

<sup>26</sup> Ignoro el alcance que haya querido dar el legislador de 1992 a estas «órdenes de servicio» que no aparecían en la legislación franquista. Su concepto es entre nosotros confuso; pero resulta muy sospechoso que en el Derecho italiano impliquen la predeterminación del comportamiento del subordinado en un caso concreto (cfr. AMORTH, *ob. cit.*, p. 88).

do a categorizar esta facultad entre las que se refieren a la «actividad» de los órganos subordinados y no a sus actos concretos.

En cualquier caso, nunca se insistirá lo suficiente sobre el hecho de que la potestad de dirección no incluye la de decisión. O en otras palabras: el superior no puede decidir por el inferior (en lugar de él), dado que la jerarquía no implica sustitución de facultades decisorias desde el momento en que respeta la individualización intransferible del ejercicio de la competencia. La dirección —entendida como impartición de criterios generales y abstractos— es una fórmula ingeniosísima que permite compatibilizar la potestad de mando del superior con la facultad de decisión del inferior. Más adelante veremos que la dirección tiene otras manifestaciones; pero ahora conviene ya advertir también que idénticos o similares objetivos se consiguen a través de técnicas distintas, como pueden ser las de programación y planificación. Mediante los planes y programas se predetermina la actividad de los órganos en términos aún más precisos que con las instrucciones, circulares y órdenes de servicio; pero no suelen considerarse expresiones de la jerarquía, antes al contrario: cabalmente suele considerarse a la planificación como una alternativa a la jerarquía. La ideología planificadora es muy simple: se trata de sustituir el «gobierno de las personas» (en la terminología saintsimoniana) por un «gobierno de planes», concebidos como instrumentos objetivos de una voluntad racional colectivamente (es decir, democráticamente) elaborada. Esta ideología resulta grotesca de puro rudimentaria, pero durante muchos años ha funcionado con eficacia sin sufrir las interferencias de la denostada jerarquía y, además, permite, paradójicamente, una mayor intervención sobre el subordinado. La planificación, sin embargo, también ha entrado en crisis cuando los analistas han empezado a cuestionar su pregonada objetividad y a preguntarse quiénes son las personas —y los intereses— que de veras planifican y a quiénes benefician los planes.

b) No menos reconocida y garantizada se encuentra la potestad de *inspección* (o *vigilancia*) y *fiscalización* (que, por cierto, no sería difícil desglosar en dos bien diferenciadas). En la LRJAE aparece para el Presidente del Gobierno (art. 13.4), para los Ministros (art. 14.1), para los Subsecretarios (art. 15.3) y para los Directores Generales (art. 16.2).

En el artículo 29.2 de la LPA, recientemente derogado, se regulaba con carácter general una curiosa variedad de vigilancia: «las autoridades superiores de cada Centro o Dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cumplimiento del criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento». Y por otro lado, la reclamación en queja —interpuesta ante el «superior jerárquico»— puede considerarse también como una variedad de esta potestad jerárquica.

## B) *Facultades sobre los actos de los órganos inferiores*

Tal como se viene insistiendo, la regla de la individualización irrenunciable del ejercicio de la competencia prevalece sobre la jerarquía hasta tal punto que *los actos del inferior ni pueden ser previamente determinados en su contenido concreto por el superior (aunque sí condicionados a través de instrucciones) ni pueden ser alterados «a posteriori» salvo que medie un recurso administrativo*, a través del cual, y a petición de un particular, se traslada la competencia resolutoria al superior. En otras palabras: el superior jerárquico tiene la potestad de modificar los actos del subordinado aunque únicamente en la vía de recurso interpuesto por particular. Así lo dispone actualmente con carácter general el artículo 112.1 de la LRJAP, conforme al cual las resoluciones y actos administrativos «podrán ser recurridos ante el órgano superior jerárquico del que los dictó».

## C) *Facultades de alteración competencial*

a) La intangibilidad *ex ante* y *ex post* de las actuaciones y actos de los inferiores puede verse afectada, no obstante lo dicho, por determinadas figuras que autorizan la alteración administrativa de las competencias legalmente determinadas. A estos efectos la más importante es la *avocación* que el artículo 16 de la LRJAP regula actualmente en los siguientes términos: «Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente.»

El artículo 4 de la LPA preveía también ciertamente la avocación; pero hacía su ejercicio muy difícil desde el momento en que lo condicionaba a la existencia de una previsión legal. La mentalidad democrática —que, a juzgar por su Exposición de Motivos, inspira la LRJAP y ha impulsado a derogar la Ley franquista de 1957— se manifiesta en este precepto de una forma muy curiosa puesto que, al suprimir el requisito de la previsión legal, permite que el superior jerárquico prive de su competencia al inferior cuando presuma que éste va a dictar una resolución que no le gusta. He aquí, en suma, que el Estado de Derecho de 1992 recupera para la Democracia una figura jurídica del Antiguo Régimen —reprobada unánimemente por los juristas— que la legislación franquista se había preocupado de someter al principio de la legalidad, del que ahora sin excusa alguna se le ha liberado.

b) Prescindiendo de la anomalía anterior, lo normal es que la alteración de las competencias tenga lugar «de arriba hacia abajo» y por

razones funcionales de descongestión del superior; lo que se facilita por medio de la *desconcentración* y de la *delegación*. «La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos —dice el artículo 12.2 de la LRJAP— podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias.»

Y el artículo 15, por su parte, regula la delegación de competencias que, aunque cumple las mismas funciones que la desconcentración, se distingue nítidamente de ella: «1. En cada Administración Pública se podrá acordar la delegación del ejercicio de competencias atribuidas a sus órganos administrativos en otros órganos, aunque no sean jerárquicamente dependientes, cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial que lo hagan conveniente.»

c) *La sustitución y la delegación de firma* no alteran, ciertamente, ni la titularidad ni el ejercicio de la competencia; pero a efectos sistemáticos merecen ser aludidas en este lugar por su evidente afinidad con las figuras anteriores, siendo tanto una como otra inequívocas facultades del superior jerárquico, tal como vienen configuradas actualmente por los artículos 20 y 17 de la LRJAP.

#### D) *Facultades en materia de personal*

Donde más resplandece la jerarquía es, con todo, en el ámbito de personal, en el que tiene un significado cuya relevancia será destacada más adelante. Los números 4, 5 y 6 del artículo 14 de la LRJAE, todavía vigente, encomiendan al Ministro «como Jefe del Departamento» las atribuciones de nombrar, separar, destinar, ascender, premiar y disciplinar a las autoridades y funcionarios del mismo.

Conviene indicar, sin embargo, que en la actualidad las competencias sobre personal resultan verdaderamente intrincadas y la mayor parte de ellas no tienen contenido jerárquico ni desde el punto de vista orgánico ni desde el funcional. El Real Decreto 2169/1984, de 28 de noviembre, ha intentado precisar en múltiples listas los repertorios competenciales, interesando, a efectos de la jerarquía, destacar lo siguiente: «Corresponde a los Ministros, en relación con los funcionarios destinados en su Departamento y a los Secretarios de Estado, en relación con los funcionarios destinados en las Unidades adscritas a los mismos: 1. La provisión de puestos de trabajo de libre designación. 3. El ejercicio de las potestades disciplinarias. 5. Otorgar los premios o recompensas (art. 9).» Y de acuerdo con el artículo siguiente, «los Subsecretarios de los Ministerios, en el ejercicio de la dirección

superior que les corresponde con relación a todos los funcionarios destinados en los mismos, tendrán atribuidas las siguientes competencias:

1. Ejercer la jefatura y asumir la inspección del personal».

### 3. DEBERES DEL SUBORDINADO

Desde el punto de vista funcional, la jerarquía se expresa en el deber de obediencia, que aparece en el artículo 79 de la Ley de Funcionarios de 1964: «Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos (y) acatar sus órdenes con exacta disciplina.»

Deber que se traduce en un determinado régimen disciplinario, cuyo ejercicio forma parte (como más atrás se ha dicho) de las potestades de la jerarquía. En el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, se tipifica, en efecto, como falta grave «la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades» (art. 7.1.a).

Más todavía: la desobediencia puede constituir un delito tipificado en el apartado 1 del artículo 369 del Código Penal: «Los funcionarios judiciales o administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a... decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

No constituye, sin embargo, delito el incumplimiento del funcionario público de «un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley» (apartado 2 del art. 369). Y tratándose de funcionarios públicos «constituidos en autoridad», tampoco es delito no dar cumplimiento «a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquier otra disposición general» (apartado 3). Sin olvidar, por otra parte, que, desde la vertiente contraria, el obrar «en virtud de obediencia debida» es circunstancia que exime de responsabilidad criminal (art. 8.12).

En el excelente artículo de BEATO ESPEJO, que aparece en este mismo número, encontrará el lector abundante jurisprudencia al respecto —tanto para la desobediencia criminal como para la obediencia exonerante—, de la que me permito reproducir, dada su importancia, la de 25 de febrero de 1986 (Sala Segunda, Ar. 903): «Aunque existiera relación jerárquica entre los recurrentes y el que despacha la orden, es esencial para estimar la obediencia debida que el mandato sea legítimo, por lo que al subordinado corresponde siempre el deber de examinar si la orden que recibe es justa o injusta..., porque si la orden es

injusta no vincula al subordinado.» Y más importante aún es la de 20 de noviembre de 1989 (Sala Segunda, Ar. 8683): «Para la exención de responsabilidad penal por obediencia debida... ha de existir necesariamente, como requisito objetivo, una orden dada en el ámbito de una relación jerárquica que el subordinado debe obedecer porque, al menos en apariencia, es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades habituales en esa clase de mandato... Sin embargo..., no existirá tal responsabilidad por desobediencia cuando el funcionario público subordinado no dé cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley. Pero puede ocurrir en ciertos delitos que no exista esa claridad en cuanto a la ilicitud del mandato. Puede suceder que al respecto la cuestión sea dudosa y que en ese caso el funcionario subordinado no tenga que examinar el posible contenido delictivo de la orden recibida precisamente por la relación de la jerarquía existente. Este es el campo de actuación de la obediencia debida... como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Cuando la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no clara y manifiestamente ilícita, y el subordinado, que la ha recibido en el ámbito y con las formalidades propias de la relación funcional, cree que es legal y en tal creencia la cumple, queda exento de responsabilidad criminal por haber obrado en virtud de obediencia debida, siempre que este error puede ser calificado de invencible según las circunstancias del caso.»

Esta sentencia canoniza muy claramente una doctrina jurisprudencial anterior; pero todavía deja abiertas muchas dudas empezando por el nivel de enjuiciamiento de lo claro, manifiesto y terminante. RODRÍGUEZ DEVESA<sup>27</sup>, con otros autores, considera que hay que decidirlo «con arreglo a los conocimientos y el punto de vista del funcionario», aunque advierte a renglón seguido que «la equivocación del funcionario opera en su perjuicio, porque el Código le ofrece la salida, forzada en caso de duda, de cumplir la orden sin incurrir en responsabilidad. Este valor tiene el “sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior” con el que comienza el artículo 359.2».

Desde mi punto de vista —y sin pretender entrar en uno de los ángulos más oscuros del Derecho Penal— el planteamiento que acaba de exponerse roza lo tautológico, ya que el problema de las órdenes antijurídicas se volatiliza: si son formalmente incorrectas, no son órdenes en sentido propio; si son, por el contrario, correctas, no se alcanzan a ver sus consecuencias delictivas y si, en fin, son delictivas por su contenido, la obediencia no exime. La experiencia nos enseña que de esta forma lo único que se consigue es gravar a los subordinados con un

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 1966, p. 910.

deber de enjuiciamiento de las órdenes que no están en condiciones de cumplir.

Tal como se ha indicado ya más atrás, es muy significativo que en nuestro Derecho Administrativo tradicional se considerara al deber de obediencia como el núcleo de la jerarquía, de tal manera que el tratamiento de ésta se centraba fundamentalmente en el examen de aquél y, particularmente, en su aspecto más conflictivo, o sea, en el problema de la obediencia a las órdenes ilegales. Y es que los autores clásicos habían captado perfectamente que la jerarquía no es otra cosa, en el fondo, que el binomio mando-obediencia: una intuición que la sociología habría de confirmar cumplidamente años más tarde.

En el siglo XIX operaba el deber de obediencia a través de la mecánica de reparo-reiteración (llamada tradicionalmente «representación», que es heredera de la vieja *remostratio*). Es decir, que cuando el subordinado consideraba que la orden era ilegal, debía hacerlo notar así a su superior (reparo) y si éste la reiteraba, la obediencia resultaba, pese a todo, inexcusable, como se establecía ya en el artículo 54 del tempranísimo Real Decreto de 23 de mayo de 1845: «los administradores obedecerán las órdenes del intendente; pero si alguna de ellas alterase las reglas establecidas para el servicio, suspenderán su cumplimiento y le harán presentes las observaciones que crean convenientes. Si el intendente, no obstante, mandase llevar a efecto lo dispuesto, el administrador obedecerá, dando cuenta de todo por el correo más próximo al Director General. Los Jefes de la administración participarán de la responsabilidad de los intendentes cuando no le hayan manifestado oportunamente los perjuicios que pueden producir sus providencias».

Este Real Decreto estaba directamente inspirado, por lo demás, en el artículo 484 del Código Penal de 1822 en el que se tipificaba el delito de suspensión de la ejecución de las órdenes del superior «aunque sea con el pretexto de representar acerca de ella» si bien con algunas excepciones, en las cuales «podrá el ejecutor de la orden suspender bajo su responsabilidad la ejecución para representar al que la haya dado», lo que, desde luego, no evitaría la pena «si no hiciere ver en la misma representación la certeza de los motivos que alegue». Además, «si el superior repitiese la orden después de enterarse de la representación, deberá cumplirla y ejecutarla inmediatamente el inferior, excepto en el único caso de que sea manifiestamente contraria a la Constitución». El delito, así configurado, desapareció en 1848 para reaparecer en 1870, conservándose en la actualidad en el artículo 370, que castiga al funcionario público que habiendo suspendido por cualquier motivo que sea (salvo ciertas excepciones) «la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciera después que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión».

El deber de obediencia de los agentes públicos llegó a estar recogido en una Constitución —la de 1869—, pero normalmente su lugar normativo ha sido el Código Penal hasta que aparecieron las primeras leyes funcionariales. Quizá haya influido esta condición híbrida en el insatisfactorio tratamiento de la doctrina, dado que las soluciones penales distan mucho de ser siempre útiles en el Derecho Administrativo.

El hecho es que lo que obsesionaba a los autores era el permanente problema de la obediencia a las órdenes ilegales, donde se formaba una encrucijada de dos posiciones igualmente peligrosas: por un lado, el abuso del superior imponiendo el cumplimiento de órdenes ilegales y, por otro, el abuso del inferior para desobedecer a pretexto de ilegalidad. «Para que el superior tenga derecho a ser obedecido —explica GASCÓN<sup>28</sup>— es necesario que ordene dentro de la Ley y conforme a las formalidades por ésta prevenidas.» Y para precisar el verdadero alcance de la obediencia, la doctrina de la época se había polarizado ya en dos tendencias: o bien distinguiendo entre ilegalidad clara y dudosa (sólo aquélla autorizaba la desobediencia) o bien distinguiendo entre funcionarios y agentes. Como sabemos, el Código Penal vigente ha aceptado sincréticamente ambos criterios.

El señalado entrecruzamiento en este punto del Derecho Penal y el Derecho Administrativo (o, si se quiere, la superposición del ilícito penal y el ilícito administrativo disciplinario) puede provocar no pocas dificultades si se invoca la indiscutida prohibición de *bis in idem*, pero resulta prácticamente inevitable puesto que la obediencia forma parte de la jerarquía y ésta es base de una Administración Pública: bien jurídico de cuya protección no puede desentenderse el Ordenamiento Jurídico Penal. En palabras de RODRÍGUEZ DEvesa (en el lugar citado), «una Administración se disuelve si no se basa en la jerarquía y en el deber de obedecer, el cual forma parte integrante de la disciplina social indispensable en toda sociedad política evolucionada».

Dejando a un lado, pues, el examen global del deber de obediencia, baste a nuestros efectos con dejar sentado que únicamente puede entenderse desde la perspectiva de la potestad de mando (ya que son las caras de una misma moneda) y que ésta no puede referirse —y en la práctica no se refiere nunca— al contenido de los actos jurídicos que adoptan los subordinados sino únicamente a sus obligaciones y a las circunstancias de su actuación.

---

<sup>28</sup> *Ob. cit.*, pp. 469 y ss.

#### 4. ÁREA EXTERNA DE LA JERARQUÍA

Sin perjuicio de cuanto acaba de decirse, sería erróneo generalizar las relaciones de jerarquía, cuyo ámbito importa acotar con la debida precisión. La jerarquía únicamente se da en las relaciones de superior-inferior, lo que significa que hay que excluirla de entrada en otro tipo de relaciones en los que deliberadamente se monta la organización sobre otras bases. Tal es el caso, por ejemplo, de los organismos de corte judicial —aunque no sean Tribunales en sentido estricto—, a los que cabalmente se quiere dotar de una independencia incompatible con la jerarquía. Y lo mismo ocurre con los consultivos. Algunos autores hablan aquí de «jerarquía debilitada», de la que pueden encontrarse no pocos ejemplos (comisiones examinadoras, mesas de contratación, derecho al libre ejercicio de la profesión) en el artículo de BEATO.

Esto es cosa sabida en la que no vale la pena detenerse. Más interesante resulta, por ello, la exclusión de la jerarquía en algunas relaciones administrativas ordinarias, como sucede concretamente con la intervención económica y fiscal. En nuestro Derecho las funciones de intervención se vienen excluyendo tradicionalmente de la línea jerárquica, de tal manera que este control escapa de las manos del superior jerárquico y se encomienda a un tercero que —aun no siendo independiente, puesto que depende del Ministerio de Hacienda— es inmune a la influencia del Jefe del Departamento o Unidad que está fiscalizando.

Parece, desde luego, una evidencia que el controlador no puede depender bajo ningún aspecto del controlado, pues ello haría ilusorio el control. Dentro de la Administración del Estado la fórmula de la Intervención General del Ministerio de Economía y Hacienda puede considerarse formalmente satisfactoria. Y más todavía —precisamente por ser más difícil y muy ingeniosa— la fórmula de los Cuerpos Nacionales de las Entidades Locales, a cuyo destino actual se alude en otro lugar de este trabajo, ya que es enormemente significativo.

Otro área exenta a la jerarquía es la de las conexiones entre disposiciones generales y actos individuales. Durante la vigencia de la LRJAE la situación era, a este respecto, muy clara, puesto que el sistema era absolutamente coherente: primero se establecía (art. 23) un orden jerárquico de disposiciones administrativas que se correspondían exactamente con el orden jerárquico de los órganos de donde aquéllas emanaban, y luego (art. 30) se determinaba de forma expresa que en ningún caso podían las resoluciones administrativas de carácter particular vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tuviesen grado igual o inferior a éstas. En otras palabras: el

orden jerárquico de los órganos determinaba el orden jerárquico de sus disposiciones generales y de sus resoluciones particulares; pero disposiciones y resoluciones operaban separadamente y con superioridad del bloque de aquéllas sobre el de éstas, de tal manera que la resolución procedente del órgano más elevado no podría ir en contra de la disposición general emanada del órgano más humilde.

A partir de la LRJAP es posible que la situación siga siendo sustancialmente la misma; pero el planteamiento formal ha cambiado y, al respetar unos artículos sí y otros no de la ley anterior sin preocuparse de armonizarlos, se ha incurrido en graves incoherencias.

El artículo 23 de la LRJAE no ha sido expresamente derogado por la Disposición Derogatoria 2.<sup>a</sup>.a) de la LRJAP, pero hay que entenderlo derogado implícitamente por el artículo 1 de la misma disposición, dado que el artículo 49 de la nueva Ley ha impuesto un régimen diferente: «2. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior. 3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.» Lo cual significa —y ello es trascendental— que, a diferencia de lo que sucedía antes, el orden de las disposiciones generales ya no se deriva del orden jerárquico de los órganos de donde emanan, sino que es fijado libremente por la Ley. A cuyo propósito huelga señalar el deterioro que puede experimentar la jerarquía administrativa si la Ley establece que las disposiciones generales de un órgano inferior pueden tener mayor rango que las producidas por un órgano superior.

El artículo 50.2 de la LRJAP reproduce literalmente el 33 de la LRJAE (cuyos términos acaban de ser reproducidos) y en ambos casos esto implica que actualmente, como ya se ha dicho, en las relaciones entre disposiciones generales y resoluciones particulares para nada influye la jerarquía administrativa: es una prevalencia de unas sobre otras por razón de su naturaleza.

## 5. BALANCE: HACIA UNA TEORÍA DE LA POTESTAD DE MANDO

El recorrido que acaba de hacerse por el Ordenamiento Jurídico positivo nos ha deparado escasas sorpresas dado que, en último extremo, aquí se aprecia una íntima concordancia con la doctrina dominante. Las influencias recíprocas entre los textos legales y la opinión de los autores saltan a la vista. A nuestros efectos, el dato común más relevante es el de que en ambos lados se silencian los elementos más importantes de la jerarquía. Porque se declara solemnemente que la Administración se estructura de acuerdo con un orden jerárquico, pero no se nos aclara en qué consiste tal orden. Y por otro lado, aunque se enumeran con cierto detalle las facultades y los deberes de la relación

jerárquica, no se llega nunca al fondo de la naturaleza y operatividad de este vínculo. Es importante, desde luego, constatar la existencia de un orden superior-subordinado y de una relación de mando-obediencia, pero si no pasamos más adelante —o, mejor todavía, más adentro— nos quedamos sin saber apenas el verdadero contenido de la figura. Descrita así, desde fuera, cualquier cosa puede encontrarse (o no encontrarse) en el interior de la jerarquía, a gusto de cada autor y de los caprichos de la casuística. La creación de la tutela, de la jerarquía incompleta y de la jerarquía debilitada (o reforzada) y de tantas variantes no es sino el reconocimiento pudoroso de que no se sabe a buen seguro el alcance del patrón o jerarquía a secas.

Conscientes de esta inseguridad y procediendo con suma prudencia, podría empezarse un nuevo análisis con la determinación de dos situaciones extremas (a la manera de los tipos ideales weberianos): en un polo se encontraría un orden en el que los órganos subordinados actúan exclusivamente a las órdenes del superior, que se limitan a ejecutar sin voluntad propia, y en el polo opuesto se encontraría otro orden en el que los órganos carecen de superior en cuanto que actúan según criterios que no expresan voluntades humanas sino que vienen en una Ley, ya sea jurídica (el Juez está sometido exclusivamente a la Ley y al Derecho) ya sea técnica (el arquitecto obra de acuerdo con la ley de gravedad y demás reglas de su pericia). Vistas así las cosas, la jerarquía debe encontrarse en algún lugar intermedio del hilo continuo que enlaza los polos opuestos, ocupando una zona —más o menos amplia según los gustos, pero indudablemente una zona y no un simple punto— del mismo.

La jerarquía, en su sentido moderno, implica un orden organizativo en el que cada uno de los eslabones está sujeto a una *dependencia plural*. Por un lado, el inferior está subordinado al superior. La existencia de superior e inferior es una forma de organización característica de la jerarquía. El superior tiene una potestad de mando sobre el inferior. Ahora bien, esta potestad no es absoluta sino que se encuentra limitada por otras obediencias que sujetan al subordinado: tal es lo que a mí me parece que es la clave para la comprensión del fenómeno.

En segundo lugar está subordinado el inferior a la legalidad. Tratándose de Administraciones Públicas ha de actuarse —recordémoslo— «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»: así ha de ser en todo caso.

Y tampoco hay que olvidar el sometimiento, no menos pleno, a las reglas técnicas de la profesión, todavía más rigurosas e insoslayables que las del Derecho. El arquitecto, pase lo que pase, jamás puede desconocer la ley de la gravedad ni el cirujano las reglas conocidas sobre las hemorragias o la asfixia. Por poner un ejemplo más concreto, el In-

terventor de un Ayuntamiento está sometido: a las órdenes del Alcalde, Jefe de Personal de la Corporación, al Ordenamiento Jurídico y, en fin, a algo tan simple como la aritmética.

La jerarquía, en definitiva, presupone la existencia de un superior legitimado para mandar, y por ello hay que excluir del orden jerárquico los supuestos en que tal no sucede. Pero la jerarquía no legitima cualquier mandato sino sólo los compatibles con las otras obediencias que se acumulan en el inferior. *Las fórmulas de compatibilización de obediencias superpuestas son teóricamente muy variadas* y cada Ordenamiento positivo escoge la que considera más oportuna. La solución del Derecho español es, como hemos comprobado, bastante confusa, pero el régimen resultante es suficiente. A mí me parece, en efecto, que las consecuencias de la obediencia y de la desobediencia, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, son aceptablemente claras. Ahora bien, si esto se puede predicar del régimen del subordinado, la confusión aparece por la circunstancia de que se carece de un régimen correlativo para el superior.

Para comprobarlo basta constatar que nuestras leyes regulan las consecuencias que para el inferior tiene tanto la obediencia (delito o no, según los casos y siempre que se trate de órdenes delictivas o ilegales) como la desobediencia (delito o no, falta disciplinaria o no, según los casos); pero nótese que nada se nos dice sobre las consecuencias jurídicas que tiene para el superior el haber dado una orden delictiva, ilegal o que vaya contra las reglas de la pericia. La confusión viene de esta asimetría de regímenes y por ello conviene insistir ahora en el lado más desatendido, ya que en páginas anteriores me he ocupado del lado del subordinado y de la regulación que para él se hace de la obediencia y de la desobediencia.

Hablar de la potestad jerárquica de mando es hablar de sus límites en relación con las otras supremacías y fundamentalmente con la legalidad. La potestad jerárquica debe, en todo caso, respetar las prioridades de la legalidad y de las reglas técnicas. El superior jerárquico no puede ordenar al inferior que, si es cirujano, cauterice las heridas con polvos de talco o, si es interventor, que multiplique con los dedos: en materia técnica no es superior del técnico el superior jerárquico y, por ende, todo lo que en este ámbito decida está fuera de su competencia. Y en cuanto a la supremacía de la legalidad —que es fundamentalmente lo que aquí interesa— basta leer el artículo 103.1 de la Constitución para comprobarlo: el superior está sometido también a la Ley y al Derecho.

Partiendo de este sometimiento del superior (y del inferior) a la Ley y al Derecho, y aceptando en una y otro el límite externo de su potestad de mando, puede concluirse que, dentro de tales límites, encuentra la potestad su ámbito de aplicación, que será más o menos ex-

tenso según sea de riguroso el precepto legal. En otras palabras: el mando jerárquico se mueve de ordinario en el ámbito de lo no jurídico<sup>29</sup> y en el ámbito de lo discrecional, puesto que en ambos puede ordenar sin exceder de la Ley y el Derecho. Respetando el Ordenamiento Jurídico, al superior corresponde concretar los fines del servicio público que han de atender en cada momento los subordinados. El Jefe del Servicio de Contrabando no puede ordenar a sus agentes que (sin permiso judicial) entren en el domicilio de un sospechoso, pero les puede señalar las zonas fronterizas que han de recorrer cada día o los tipos de viajeros y mercancías que han de registrar en un momento determinado. La autoridad académica no puede indicar al profesor universitario cómo ha de explicar el teorema de Pitágoras (o si éste es falso o correcto), pero puede señalarle un aula o imponerle un horario y un calendario, de acuerdo con las necesidades del servicio, para que desarrolle la asignatura.

De esta manera se descubre que *el superior está sujeto también a una obediencia plural* y que de ella van a resultar los criterios limitadores de su potestad de mando: por un lado, está sometido a la legalidad y, por otro, al servicio público. La realización del servicio público opera ambivalentemente puesto que fija los límites, ya que no se puede salir de él (y por ello justifica el control); pero también legitima el mando en cuanto que al superior corresponde su organización y la concreción de las actividades que comprende.

Tratándose de un servicio público, de poco vale al funcionario el Ordenamiento Jurídico puesto que éste no regula apenas sus actuaciones concretas. La Ley se limita a encomendar a la Administración su cumplimiento, de la misma manera que encomienda su dirección a los órganos superiores de la organización. La legislación de funcionarios describe las tareas que corresponden a los miembros del cuerpo auxiliar, lo que significa que no se les puede ordenar que realicen las que no les son propias. Pero es el superior el que les asigna la tarea concreta en la sección de registro o en la de recursos, porque a ese detalle no llega ni puede llegar la Ley. Para eso, en definitiva, está la jerarquía y la potestad de mando. Y, en cambio, para los funcionarios no jerarquizados, como los Jueces, las leyes de enjuiciamiento prescriben con todo detenimiento hasta la última de sus actuaciones.

Huelga indicar que las anteriores consideraciones no pretenden desarrollar una teoría completa de la potestad de mando ni siquiera en sus líneas más elementales. Pero lo dicho demuestra, al menos, que es posible hacerlo y, sobre todo, que sin ella es imposible regular suficientemente la jerarquía, dado que ésta resulta ininteligible desde la

---

<sup>29</sup> Una cuestión de singular importancia a la que, a mi juicio, no se presta la atención que se merece. Cfr. por ejemplo, K. ENGISCH: *El ámbito de lo no jurídico*, trad. argentina, 1960.

perspectiva unilateral del subordinado y de su deber de obediencia. La jerarquía no se ha agotado y todavía —como acaba de verse con un simple apunte— queda mucho que pensar y decidir sobre ella.

## V. LA JERARQUIA COMO PRINCIPIO JURIDICO DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

La regulación del Derecho positivo vigente, que en el epígrafe anterior ha sido resumidamente expuesta, puede parecer asistemática y fragmentaria pero en modo alguno sería lícito afirmar que la jerarquía ha sufrido un destino normativo más desgraciado que la coordinación o la desconcentración, por citar otras figuras próximas. Y, sin embargo, aquí ha sucedido algo metodológicamente sorprendente.

Porque es el caso que, al cabo de una evolución serpenteante, la doctrina española moderna ha aceptado mayoritariamente la concepción de que la jerarquía es un «principio jurídico de la organización administrativa», asumiendo así que la Administración Pública se estructura en parte de acuerdo con principios metajurídicos (procedentes de la llamada Ciencia de la Administración) y en parte también con principios jurídicos más o menos recogidos en el Ordenamiento positivo. Esta actitud, absolutamente generalizada en su día (y de la que el artículo 103.1 de la Constitución se ha hecho eco), resulta hoy obsoleta sin paliativos, entre otras razones porque se basa en un presupuesto metodológico rigurosamente positivista: sólo cuenta en el mundo del Derecho aquello que aparece en las normas jurídicas.

En la actualidad la situación ha cambiado sensiblemente al haberse abandonado ya la actitud positivista y al haberse superado también la convencional dicotomía entre Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración. En definitiva, lo que hoy importa son las consecuencias jurídicas del fenómeno jerárquico. Porque los hechos de la vida real producen indefectiblemente efectos jurídicos y éstos son los que interesa indagar y determinar. Lo cual significa —apurando el razonamiento— que ningún principio (fenómeno) de organización es jurídico por sí mismo y, al mismo tiempo, todos producen efectos jurídicos.

Hecha esta precisión, en las últimas décadas se viene utilizando en este campo un método inductivo-deductivo, que puede resumirse en los siguientes términos: con los elementos dispersos que proporciona el Ordenamiento y con otros que aportan la tradición o los autores, se construye doctrinalmente y por inducción la figura o concepto de la jerarquía (a la que se da el nombre de «principio» por razones no muy claras y cuya explicación nos llevaría demasiado lejos); luego, cuando se encuentra una organización en la que aparecen *algunas* de las notas propias de (imputadas a) la jerarquía, se le atribuyen por deducción

todas las que la doctrina había categorizado previamente. Por ejemplo: si se admite que entre el Ministro y el Subsecretario media una relación jerárquica, se afirma que aquél puede revisar los actos de éste (aunque nada dijese la norma) en razón a que doctrinalmente se ha afirmado que esta facultad es propia del superior jerárquico.

El método inductivo-deductivo (versión moderna de la jurisprudencia de conceptos popularizada por IHERING) es sobremanera útil y permite manejarse en el mundo del Derecho con la simple ayuda de media docena de «principios»; pero a la postre resulta muy poco fiable como puede comprobarse cabalmente con el ejemplo de la jerarquía. El contenido o consecuencias jurídicas de la jerarquía no están, en efecto, determinados sistemáticamente por el Ordenamiento, que en el mejor de los casos (como en el art. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) se limita a indicar que existe una organización jerarquizada. Pero para los autores basta con esto, puesto que, como acaba de explicarse, para ellos decir jerarquía es asumir cuanto GARCÍA TREVIANO o cualquier otra autoridad haya explicado sobre el particular. Ahora bien, cuando se presenta un problema concreto —¿puede el Ministro revisar de oficio las resoluciones del Subsecretario?, por ejemplo—, la solución deja de ser segura si alguien exige una regulación expresa en la norma. Dificultades que suben de punto si se considera que no todos los autores atribuyen a la jerarquía los mismos efectos o contenido jurídicos y entonces no se sabe a quién seguir, como sucede también con la jurisprudencia. Y todavía hay más: en ocasiones la norma se pronuncia en un sentido contrario a lo que doctrinalmente se viene entendiendo y aquí es claro que hay que seguir a la norma. O lo que aún es más grave: el Ordenamiento acumula en una determinada figura elementos teóricamente propios de la jerarquía y de la tutela produciendo un híbrido —y, en cuanto tal, biológicamente estéril— del que ya nada puede deducirse. Esta es la trampa de todo Derecho principal: el principio es tan flexible que, mediante una adecuada ampliación, sirve para resolver todos los conflictos imaginables; pero, por otra parte, también es susceptible —y por la misma razón— de una interpretación exactamente contraria, provocándose en último extremo una inseguridad jurídica total.

Tal es el punto en que nos encontramos. La Constitución afirma que la Administración Pública ha de actuar con arreglo al principio de jerarquía. Ahora bien, ¿qué hemos ganado con ello? Como el Ordenamiento Jurídico no nos dice lo que es la jerarquía, hemos de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia, que distan mucho de ser contundentes. Pero, con toda evidencia, ello no significa tampoco que haya que aceptar íntegramente las tesis de GARCÍA TREVIANO, GARRIDO FALLA o de cualquier otro, sino que cada relación jerárquica individualizada puede tener régimen propio. Variedad que los propios autores re-

conocen desde el momento en que admiten la existencia de jerarquías «perfectas» e «imperfectas» (o normales, «debilitadas» y «reforzadas»), según se den, o no, todas las notas características de la figura. Variedad que significa una abdicación completa del método inductivo-deductivo ante la descarnada realidad del Ordenamiento positivo, puesto que si existe la posibilidad de una jerarquía imperfecta, ya no podremos imputar a ella todas las notas doctrinales de la jerarquía con objeto de llenar las lagunas normativas.

¿De qué nos vale entonces la alusión expresa al principio en el artículo 103 de la Constitución? ¿A qué se está remitiendo este precepto? A decir verdad, se trata de una remisión al vacío, puesto que las normas no han establecido un régimen coherente para la jerarquía y las opiniones de los autores no ofrecen garantía alguna.

En definitiva: la conceptualización de la jerarquía como un «principio jurídico» de la organización administrativa ofrece, pese a su aparente brillantez, todos los inconvenientes propios de la metodología principalista. Mucho más fértil hubiera sido, a mi juicio, su tratamiento como una *técnica* («principio») de organización, pero ello hubiera requerido unos conocimientos y una actividad mental que no son habituales entre nuestros autores del Derecho Administrativo, como va a aludirse brevemente a continuación.

## VI. MAS ALLA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Conviene ahora retroceder un punto en la cronología de la exposición para recordar que ya a mediados del siglo XIX el estudio de la jerarquía no era un patrimonio de los juristas, sino que los autores —menos escrupuloso entonces con la pureza del método jurídico que los de los decenios posteriores— contemplaban el fenómeno tanto desde la perspectiva del Derecho como de la organización administrativa y del sistema política. De esta forma van corriendo paralelas dos corrientes científicas, y la no jurídica alcanza su más perfecta y bella expresión en la obra de Max WEBER, quien acertó con una fórmula paradigmática que todavía sigue siendo válida: la jerarquía es un dato o elemento esencial del tipo ideal legal burocrático<sup>30</sup>. Afirmación correcta aunque peligrosa, ya que da pie a una identificación precipitada entre organización jerárquica y organización burocrática: lo que no dijo nunca el autor alemán ni sucede siempre en la realidad.

Max WEBER ha sido, en cualquier caso, quien ha expuesto con mayor credibilidad la eficacia de esta forma de organización, demostrando

<sup>30</sup> Cfr. prescindiendo de toda la ingente bibliografía secundaria, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. 1964, I, pp. 164 y ss.; II, pp. 703-738.

do que la jerarquía, como la burocracia, son fenómenos exquisitamente racionales aunque de hecho surjan históricamente de manera espontánea. Con estos atributos de racionalidad, eficacia y poder fácilmente se comprende no ya sólo la generalización del principio sino el que durante mucho tiempo no se haya imaginado siquiera otra forma alternativa de organización, hasta tal punto que las desviaciones reales de la jerarquía se consideraban de ordinario disfunciones reprochables y no ensayos de una nueva fórmula. La organización jerárquica ha sido vista hasta hace poco como la organización perfecta y por antonomasia, sacralizada incluso por el paroxismo de la Iglesia Católica y del Ejército: organizaciones de tradición milenaria y modélica.

Sea como fuere, el caso es que la llamada Ciencia de la Administración (o mejor, a estos efectos, la Teoría de la Organización), siguiendo las orientaciones de Max WEBER, ha conseguido profundizar en el análisis del fenómeno jerárquico, dentro y fuera de las Administraciones Públicas, hasta llegar a extremos admirables y siempre —el dato es esencial— desde una perspectiva no jurídica, porque la jerarquía, fuera de las Administraciones Públicas, no se expresa en reglas jurídicas. La jerarquía no es, en definitiva, un fenómeno jurídico sino organizacional. Tesis que, andando los años, terminaría demostrando su corrección incluso para las Administraciones Públicas, sobre las que se puede decir que la jerarquía *no sólo* es un fenómeno jurídico sino también, y fundamentalmente, organizacional.

El destino de estas dos corrientes paralelas ha sido, por lo demás, muy diferente. La producción jurídico-administrativa, sin desconocer el peso de sus obras más relevantes, ha sido, más bien, raquíta; mientras que en el ámbito de la Teoría de la Organización se ha trabajado en progresión geométrica<sup>31</sup>, cubriéndose, además, todas las vertientes imaginables ya que la flexibilidad metodológica ha permitido utilizar incluso técnicas psicológicas y experimentales. Pero, eso sí, desde ambas orillas del foso abierto (que cada vez es más ancho y profundo) domina el mismo espíritu de desinterés altivo y despectivo por lo que se está haciendo al otro lado, sin perjuicio de que los juristas hayan intentado a veces, sin embargo, tender un puente de comunicación al tratar a la jerarquía como un «principio de organización».

La realidad es, con todo, lo suficientemente terca como para imponer una cierta convivencia entre los especialistas de todos los sectores, según puede comprobarse en las obras dedicadas al estudio multidisciplinar de las Administraciones Públicas, como es el caso, por ejemplo, de la *Science administrative* y CHEVALLIER y LOSCHAK<sup>32</sup>. Al

<sup>31</sup> Ante la imposibilidad de realizar una referencia bibliográfica suficiente, me remito a título indicativo al Capítulo V (pp. 473-629) de mi libro *Burocracia. El pensamiento burocrático*, 1976.

<sup>32</sup> I y II, 1978. Para lo que en el texto se dice inmediatamente después: II, pp. 26-29.

estudiar, en efecto, estos autores los fundamentos del principio jerárquico, llegan a la conclusión, por lo demás evidente, de que sólo puede ser comprendido desde la convergencia de dos dimensiones individualmente unilaterales: la técnica y la política. La jerarquía responde ciertamente a una exigencia técnica y es claro que gracias a ella se ha conseguido en las Administraciones Públicas modernas un grado de eficacia antes inimaginable; pero no menos cierto es que la última y verdadera justificación es de naturaleza política, puesto que gracias a la jerarquía resulta posible que las decisiones políticas del Gobierno se ejecuten por el aparato administrativo sin interferencia alguna. Por decirlo con las palabras de un folleto que se entrega a los miembros del *Civil Service* británico cuando toman posesión de sus cargos: «legalmente sirve usted a la Reina. Lo que significa, en la práctica, que está al servicio del Ministro responsable de su Departamento, quien ejerce sus poderes en tanto que miembro del Gobierno de S.M.; y puesto que el Ministro es responsable ante el Parlamento, usted sirve al Parlamento y, por ende, a la Comunidad... En un país democrático corresponde a los representantes elegidos el definir la política gubernamental... y a usted hacer lo que el Gobierno desea que haga».

Bien es verdad que la raíz ideológica de estas justificaciones resulta tan evidente que sólo pueden ser aceptadas con una dosis muy elevada de ingenuidad. Quien se encuentra en la cúspide de la escala jerárquica lo que pretende es aumentar su poder y legitimarlo de cualquier manera que sea. Ahora bien, lo que a nuestros efectos aquí interesaba era subrayar la disociación de los estudios corrientes del fenómeno jerárquico. Lo que no quiere decir que siempre medie ignorancia recíproca o deliberada voluntad aislacionista (y la mejor prueba de ella es el presente número de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA y, sobre todo, el artículo de su coordinador). Pero quede claro que esta lamentable situación no puede remediarse con la mera yuxtaposición de tratamientos diversos. El jurista y el administrador público —que son los que aquí importan— habrían de internalizar muchos conocimientos y actitudes procedentes de campos ajenos a su formación oficial, si es que de veras desean romper la unilateralidad de sus planteamientos. Un estado del que, al menos en España, estamos demasiado lejos.

## VII. LO IDEAL Y LO REAL

Aunque nadie se ha atrevido nunca a poner en duda la genialidad analítica de Max WEBER, claro es que, al irse contrastando con la realidad sus esquemas ideales típicos, se han revelado distonías muy graves que la doctrina posterior ha examinado con vuelo quizá alicorto, pero absolutamente convincente.

a) La primera gran fisura descubierta en el tipo es la producida por la presencia de *técnicos o especialistas* en el seno de las organizaciones jerárquicas. Un aspecto que ciertamente no se había escapado al maestro (recuérdese que a él se debe la sumaria descripción de la burocracia como *Herrschaft kraft Wissens*: dominación por el conocimiento), pero del que no llegó a extraer sus últimas consecuencias. El campo natural de la jerarquía es el de órganos con competencias materiales idénticas y de personas con capacitaciones homogéneas. El superior tiene, como mínimo, los mismos conocimientos del inferior y, por ello, puede el Coronel mandar sobre el Capitán y darle órdenes. Ahora bien, cuando el Agente es un especialista, la jerarquía se rompe inevitablemente: el gerente del hospital no puede obligar al internista a establecer un determinado diagnóstico clínico ni el rector de la Universidad puede imponer al catedrático la física aristotélica. El especialista, por muy funcionario que sea, está sujeto a una doble obediencia —ante las reglas del superior jerárquico y ante las reglas de su ciencia o de su técnica— que suelen desembocar en conflictos cotidianos, que a veces son irresolubles. El Ministro de Obras Públicas puede ordenar a sus funcionarios-ingenieros cómo han de construir el puente, y éstos han de obedecerle; pero si, por seguir sus instrucciones, marginan las leyes físicas de la resistencia de materiales o, más simplemente todavía, la de la gravedad, el puente se derrumbará a cuenta de la jerarquía. Al cabo de tantos miles de páginas como sobre esto se ha escrito<sup>33</sup>, puede afirmarse que se ha llegado a un consenso a primera vista elemental: en los supuestos de doble obediencia, la «autoridad funcional» (como se le califica en la bibliografía) del especialista no basta para romper la jerarquía burocrática tradicional, pero introduce en ella modulaciones esenciales que ya no encajan en el tipo ideal y que explican las peculiaridades de la organización de los hospitales, centros científicos y de enseñanza superior, militares, etc.

Aunque parezca sorprendente, el Tribunal Supremo —en su Sentencia de 3 de junio de 1986 (Ar. 4609)— se ha percatado perfectamente de esta situación, que describe y resuelve en los siguientes términos: «las organizaciones pueden ser de dos tipos, según la naturaleza de las relaciones existentes entre sus diversos órganos: organizaciones simples (en las que únicamente se dan relaciones jerárquicas) y organizaciones complejas (en las que junto a la relación jerárquica aparecen relaciones de apoyo y/o relaciones funcionales). Pues bien, la in-

<sup>33</sup> Como muestra de la importancia que la Sociología moderna otorga a esta cuestión, piénsese que en el amplio trabajo dirigido por R. MAYNTZ sobre *Bürokratische Organisation*, 1968, una de sus cinco partes está dedicada a ella. La misma preocupación se refleja en el presente número de DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, con la colaboración de Barcelona, y de ello me he ocupado en el citado libro sobre la *Burocracia*, especialmente en las pp. 562-581 y vuelvo a insistir ahora, con mayor concreción, en las últimas páginas de este artículo.

serción de relaciones funcionales o especiales en la organización tiene por finalidad resolver el problema de la inclusión de especialistas para lo cual se recurre a un desdoblamiento de la línea autoridad-responsabilidad. Se producen entonces relaciones de dependencia doble o plural y el principio de unidad de mando quiebra en este tipo de relaciones, dado que se produce una concurrencia de vínculos jerárquicos sobre determinados escalones o sobre determinados órganos».

b) La segunda gran fisura es consecuencia de la existencia de una *organización informal* que anida —invisible— en el seno de cualquier Administración y que impone sus propias reglas a la organización formal. Frente a lo que parece, la autoridad no se deriva únicamente del puesto jerárquico sino que en ocasiones pesan otras circunstancias que bloquean los circuitos formales de poder e incluso crean otros singularmente poderosos. Un director general, procedente del Ejército y con grado de capitán, difícilmente podrá imponer su autoridad a un Subdirector con grado de coronel; un modesto Jefe de Negociado líder de una Central Sindical, es probable que de hecho sea la máxima autoridad de la dependencia en que trabaja como funcionario. Muchos Ministros reciben instrucciones de la Comisión Ejecutiva del partido, que ni siquiera aparece en el organigrama del Departamento.

c) Una organización jerarquizada se basa en la autoridad (hasta tal punto que es frecuente la identificación de este término con el de jerarquía). La organización asigna papeles a cada uno de sus miembros de tal manera que el superior toma decisiones y obra sabiendo de antemano que sus órdenes van a ser obedecidas por el subordinado y, al mismo tiempo, éste se abstiene tanto de tomar decisiones por su cuenta como de valorar las órdenes de aquél. En esto consiste, pues, la autoridad: en la capacidad de influir sobre los demás sin otro título que el de la posición que se ocupa dentro de una organización. El mandar y el obedecer forman parte del estatus de cada rol. Gracias a su autoridad formal, el superior no necesita razonar ni convencer, ya que sus órdenes no se imponen por su valor intrínseco ni por la autoridad personal del individuo de quien emanan, sino por la autoridad asignada al cargo (al rol) de donde proceden. La liberación al superior del esfuerzo de convencer es tan cómoda para él como la correlativa exención al subordinado del esfuerzo de enjuiciar la orden recibida. En una relación de jerarquía los roces personales son consecuentemente mínimos y la eficacia se multiplica<sup>34</sup>.

Tal es la descripción del tipo ideal; pero en la realidad las cosas funcionan de otra manera. La autoridad, como acaba de verse, presupone una actitud receptiva pasiva del subordinado, que no siempre se

<sup>34</sup> Cfr. para todo esto, por todos, H. A. SIMON: *El comportamiento administrativo*, 1971, pp. 118 y ss.

da. De hecho, el subordinado posee un *área de aceptación* determinada, de tal manera que obedece sin discusión cuantas órdenes inciden en ella, pero las que la desbordan son discutidas, ponderadas y se seguirán, o no, según otros criterios (normalmente a tenor del beneficio o del riesgo personal que provocan) que nada tienen que ver con la autoridad. Ni que decir tiene que este área de aceptación o nivel de tolerancia rompe el juego de la autoridad y, por ende, de la jerarquía.

El área de aceptación varía con el tiempo. Hoy corren vientos de limitación, puesto que la autoridad institucional está en crisis. Se acepta voluntariamente la moda musical impuesta por un campeón deportista, pero el recluta pone en tela de juicio las órdenes del sargento, confundiendo la «autoridad funcional» con la mera autoridad jerárquica. Sin perjuicio, claro es, de que ciertas organizaciones se encarguen de elevar el nivel de aceptación —es decir, de reducir la capacidad de enjuiciamiento— con técnicas que se expresan lapidariamente en consignas como las de «el que obedece, hace carrera» o, más gráficamente todavía, «el que se mueve no sale en la foto».

Pero como quiera que sea, el resultado puede imaginarse: la jerarquía formal —enturbiada ya por el desdoblamiento de autoridades (general y profesional, formal e informal)— se debilita aún más por la posibilidad —estimulada por el contexto social y educacional— de que el subordinado la rechace unilateralmente y sin consecuencias represivas.

d) Con todas estas precisiones, el tipo ideal monista weberiano se ha ido descomponiendo en una madeja inextricable de relaciones, que alcanza su máxima complejidad cuando se piensa en la influencia distorsionante de la Ley. En el esquema de Marx WEBER la Ley tenía una importancia secundaria (incluso dentro del tipo que se calificaba de legal-burocrático) puesto que tal organización se concebía como una continuación de la Administración prusiano-imperial. En estas circunstancias no podía haber, pues, conflictos graves entre jerarquía y Derecho desde el momento en que el monarca, en su esfera, era dueño, al tiempo, de sus servidores y de las normas que regulaban el servicio: todo ello con el respaldo teórico de los juristas imperiales, al estilo del gran LABAND.

La situación cambió sensiblemente cuando, ya en el siglo XX, adquirió el Derecho una mayor relevancia en las relaciones jerárquicas gracias a los esfuerzos de DUGUIT, para quien la organización y los funcionarios no eran en modo alguno zonas exentas de la juridicidad, antes al contrario: sólo el Derecho podía explicar el mando y la obediencia ya que la única justificación de uno y otra es cabalmente el que así está previsto e impuesto por la Ley. La juridificación de la organización jerárquica supuso, en cierto sentido, el golpe de gracia del tipo ideal weberiano (al menos en su versión vulgarizada, no en la original,

puesto que al autor no se había escapado ni mucho menos esta circunstancia, como puede comprobarse al recordar el nombre de «legal» que califica al tipo) o, sin dramatizar las cosas, una poderosa llamada de atención y una rectificación al rumbo teórico tradicional, que será examinado con más cuidado en el epígrafe siguiente.

## VIII. LAS CONTRADICCIONES DE LA JERARQUIA TRADICIONAL

El modelo tradicional de la jerarquía administrativa es, según acaba de recordarse, una emanación del Estado absoluto cuyos valores y mentalidad refleja de manera casi perfecta. Los que hoy llamamos funcionarios eran entonces servidores personales del monarca, a quienes sólo correspondía ejecutar sus órdenes. Las imágenes antropomorfas que a la sazón se usaban, expresaban muy bien la situación: los empleados públicos eran las «manos», los «brazos» y hasta las «orejas» de su Señor. Jurídicamente la forma más conocida es la representación —se obra «en nombre» del Rey— y también el mandato: con frecuencia se llama en las fuentes «mandatarios» a los empleados públicos. En estas condiciones, dentro de una sociedad rigurosamente jerarquizada e inspirada en temerosa reverencia a una autoridad cuasidivina, y considerándose, además, el servicio como un privilegio económico y social, resultaba congruente, y casi necesaria, la organización jerárquica de la Administración real, sin que surgieran a tal propósito problemas o contradicciones de ninguna clase.

En el siglo XIX esta armoniosa imagen social empieza a quebrantarse y la Administración Pública se transforma como consecuencia de un nuevo orden constitucional democrático (en la medida y al ritmo en que se va imponiendo); pero el sistema jerárquico se mantiene impulsado ahora por la centralización, que es la columna vertebral del nuevo Estado. Más todavía: la Administración Civil adopta deliberadamente las pautas de organización y comportamiento de la organización más jerarquizada, o sea, del Ejército, que se considera también ejemplo de eficacia. Todo ello acompañado de un cortejo de símbolos y rituales —uniformes, banderas, juramentos, ceremonias— tendentes a robustecer tanto el mando como la obediencia. Los incipientes derechos de los funcionarios de nada valen en un contexto tan rígido.

Andando los años, sin embargo, las tendencias erosionantes se van acelerando gradualmente y, aunque el modelo se conserva en lo sustancial, se producen en el mismo unas contradicciones que ya anuncian su revisión definitiva posterior. La contradicción entre jerarquía y Derecho no es políticamente la más importante (que habría que reservar a la que media entre jerarquía y descentralización), pero afecta

de manera directa a la esencia de la jerarquía y, sobre todo, importa con especial relevancia a los juristas y a los funcionarios: razones que justifican un examen algo detallado.

La irrupción del Derecho en el ámbito de la jerarquía provoca unas tensiones, hasta hoy irresolubles, que se manifiestan, como mínimo, en los siguientes campos: A) Por lo pronto, surge una nueva cuestión que se superpone a la tradicional de la ejecución de órdenes; ahora lo que se plantea es la posibilidad de adoptar decisiones sin contar con una orden previa. B) Pasa a primer término la discusión sobre el deber de obediencia a las órdenes ilegales no delictivas. C) Y como coronación de lo anterior llega a cuestionarse la compatibilidad entre Derecho y jerarquía.

A) Desde el momento en que la Administración deja de ser un ámbito inmune a la ley, es inevitable que quienes tienen la potestad de adoptar decisiones hayan de actuar sometidos al Derecho y no a la orden del superior. Esta es, desde luego, una situación constante, al menos desde el siglo XIX, y ya hubo ocasión más atrás de comprobar hasta qué punto fue abordada esta cuestión desde la perspectiva del Derecho Penal. El salto cualitativo que se produce en el siglo XX tiene lugar cuando se generaliza el dilema de la obediencia, que ya no va a referirse sólo a la ejecución de órdenes delictivas sino a la adopción de resoluciones con marginación de los criterios u órdenes del superior. A primera vista parece, por tanto, que ahora se plantea un dilema entre el acto legal del inferior y la orden ilegal (no delictiva) del superior (o, si se quiere, entre Derecho y jerarquía); pero, en realidad, *lo que se plantea es la facultad decisora del subordinado* en contraste con la potestad de mando del superior. Por eso precisamente se hablaba de salto cualitativo. Si el funcionario ha de decidir de acuerdo con el Derecho, es inmune ya a las órdenes superiores. La calidad esencial de la jerarquía —que es la aceptación de la orden con independencia de su contenido, salvo que sea delictivo— desaparece: al estar vinculado en todo caso el funcionario a la ley, y no al superior, la jerarquía debería saltar hecha pedazos.

Y, sin embargo, no sucede así, puesto que formalmente se mantiene hasta tal punto que la desobediencia sigue constituyendo, como sabemos, una infracción disciplinaria cuando no un delito. Ahora bien, ni que decir tiene que la institución va a quedar lastrada con esta contradicción aparentemente insuperable, que se va a agravar todavía más por la circunstancia de que legalmente se le ordena (arts. 4 de la LRJAE y 15 de la LRJAP) que ejerza directamente sus competencias sin posibilidad de renunciar a ellas. La contradicción, en definitiva, existe y es muy grave, por lo que no puede ser pasada por alto. Aquí se deja una vez más constancia de ella sin perjuicio de que en páginas anteriores se haya ensayado, al menos, un intento de superación.

B) Si la jerarquía está basada fundamentalmente, como se ha repetido, sobre el eje mando-obediencia, ha sido siempre esta última la que más ha ocupado la atención de los autores, cabalmente por ser la más problemática. A cuyo propósito puede constatarse sin dificultad una evolución inequívoca que va desde la obediencia «ciega» a la obediencia condicionada (o crítica). La mentalidad moderna viene rechazando desde hace mucho tiempo la obediencia servil, que se considera propia de épocas definitivamente pasadas; pero no acierta a compatibilizar la obediencia crítica con un sistema jerárquico. GASCÓN Y MARÍN (en el lugar citado en la nota 28) nos proporciona un buen testimonio de la generalizada incapacidad para encontrar una salida airosa a un planteamiento que indudablemente es correcto: «la subordinación —dice— no debe considerarse como sumisión del funcionario al jefe jerárquico, pues (excepciones aparte) no existe deber legal de obediencia, no puede quedar el funcionario inferior reducido a un mero mecanismo ciego movido a impulso de la fuerza directriz del superior, sino que, naturalmente, por la misma fuerza de las cosas, hay una cierta esfera en la que siempre se manifiesta la autonomía del funcionario, que en múltiples ocasiones hállase frente a las exigencias de la realidad que demandan soluciones inmediatas, imposibles de consultar al superior, o adaptación de lo por éste ordenado a las peculiares condiciones en que ha de desenvolverse la actuación administrativa». Advertencia muy sabia si no fuera porque, a renglón seguido y «contradictoriamente», declara sin restricciones que «la subordinación lleva consigo el deber de obediencia, necesario para la existencia de la disciplina».

Andando los años, la moderna teorización del Estado de Derecho ha contribuido en gran medida a la clarificación de estos planteamientos, aunque todavía siguen lastrados por la contradicción inicial. «La disciplina de los funcionarios, como bien jurídico de la colectividad, es tan importante que... repetidas veces se ha manifestado en la doctrina y en las legislaciones la tendencia a consagrar la obediencia ciega, pasiva, como el ideal de la máquina administrativa. Una obediencia de esta clase es insostenible porque conduce derechamente a la obligatoriedad de los mandatos antijurídicos en su totalidad. Ahora bien, el mandato del superior es obligatorio tan sólo cuando encarna, concretándola, la voluntad de la Ley... La obediencia ciega se resuelve siempre en una relación personal en la que lo decisivo no es la conformidad con la Ley sino la voluntad de quien lo manda... Estas consecuencias extremas hacen incompatible con un Estado de Derecho la tesis de la obligatoriedad de los mandatos antijurídicos criminales»<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Estas palabras son de RODRÍGUEZ DE VESA (p. 909): un penalista —no un administrativista— que escribe —el dato también es significativo— durante el franquismo sin que el «sistema» le considerara heterodoxo.

Dando por bueno, entonces, que el Estado de Derecho preside y explica la regulación que de estas cuestiones hace el Código Penal vigente, nos encontramos con el siguiente sistema:

- a) El funcionario queda exonerado de responsabilidad criminal cuando comete un delito por obediencia debida.
- b) Independientemente del contenido de la orden, si ésta es dictada dentro de los límites de la respectiva competencia y revestida de formalidades legales, su desobediencia es un delito por sí misma.
- c) Ahora bien, si, aun dándose tales requisitos formales, el contenido de la orden constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de la Ley, la desobediencia a ella no implica responsabilidad criminal.

Tal es el régimen penal de la obediencia y de la desobediencia; pero aún queda por saber el régimen administrativo de estos fenómenos y con particular referencia a las órdenes meramente ilegales, es decir, no criminales (puesto que de las criminales ya se ha hablado más atrás). El apartado 2 del artículo 360 del Código Penal nos informa que su desobediencia no es delito cuando se trata de una infracción manifiesta, clara y terminante de la Ley, y de ahí podemos deducir que tampoco es falta administrativa. Pero ¿cuál es el régimen de la obediencia a tales mandatos? El funcionario «puede» desobedecer sin cometer delito ni infracción administrativa. Pero ello no quiere decir que, si no quiere correr este riesgo y obedece, su conducta sea necesariamente correcta.

Las variantes que aquí se ofrecen son las siguientes:

- a) Si desobedece no incurre en responsabilidad ni penal ni administrativa; pero corre el riesgo de equivocarse en su juicio sobre el mandato, lo que le supondría incurrir en responsabilidad; sin olvidar tampoco el riesgo cierto de incurrir en el enojo del superior.
- b) Si obedece y la ejecución de la orden constituye un delito, queda exonerado de responsabilidad criminal si logra cubrirse con la eximente del artículo 8.11 del Código Penal, y comete un delito en caso contrario.
- c) Si obedece y la orden es meramente ilegal, no incurre en responsabilidad ni penal ni administrativa; pero si produce daños, sea a terceros o a la propia Administración, puede incurrir en responsabilidad civil si se le acredita culpa o negligencia grave a la hora de enjuiciar la ilegalidad de la orden.

Las consecuencias de este sistema son terribles para el funcionario, ya que tanto si obedece como si no obedece incurre o en responsabilidad o en riesgos ciertos. De aquí que, en rigor, un funcionario escrupuloso debe sopesar cada una de las órdenes que recibe y, si es cons-

ciente de las consecuencias de su decisión, terminará necesariamente o enfermo mental o abandonando el servicio.

La hipocresía global del sistema es tan evidente que sorprende que los autores no la hayan puesto de relieve con más énfasis. La Ley obliga al funcionario, por un lado, a actuar y, además, a actuar de acuerdo con el Derecho, y por otro, le obliga a obedecer las órdenes del superior. El resultado de estas contradictorias disposiciones es que se le coloca en una cruz irresoluble, de cuyas presiones opuestas no puede salir jurídica o psicológicamente ileso, máxime si tenemos en cuenta que el ordenamiento no le ofrece más que ayudas muy parciales.

En efecto, el Código Penal ofrece una solución —casi una simple pista— para decidir a la hora de la recepción de órdenes de contenido delictivo: el funcionario no está obligado a obedecerlas y ni siquiera le es lícito obedecerlas (y aunque nada se diga, se sobreentiende que esta desobediencia tampoco supone una infracción disciplinaria). Pero en ninguna parte se regula con precisión —quizá por no ser materia propia del Código Penal— la cuestión de la obediencia (y desobediencia) de las órdenes ilegales no delictivas. Y en cuanto al extremo más importante —la orden que incide en una materia de competencia del inferior—, la Ley revela una incongruencia singular: ordena al funcionario que resuelva por su cuenta y prescindiendo de la orden del superior, pero se desentiende de las consecuencias *reales* que esa «desobediencia» puede costarle. Ninguna responsabilidad política o disciplinaria recaerá, por descontado, sobre el subordinado; pero presumiblemente perderá la «gracia» del superior (o la «confianza política» como hoy suele decirse), que tan importante es para la carrera administrativa, con la consecuencia de que en estos casos se exige una calidad complementaria de heroísmo para los cumplidores estrictos de la Ley.

La Administración y los funcionarios viven así en una situación confusa que perjudica gravemente la eficacia de aquélla y la seguridad de éstos. Bien es verdad que la mayor parte de los funcionarios pueden eludir el conflicto limitándose al cumplimiento ritual de sus obligaciones, aunque sea con perjuicio de la Administración, ya que lo peor que les puede pasar es que no sean debidamente promocionados con beneficio para los particularmente fieles y obedientes. Hay cargos y cuerpos, sin embargo, en los que el conflicto es inevitable, pudiendo suponerse cómo se ha resuelto al final.

Piénsese —por citar el ejemplo más conocido— en los antiguos Cuerpos Nacionales de Administración Local, hoy Escalas de funcionarios con habilitación de carácter nacional. Los funcionarios de estos Cuerpos tenían —y tienen— la función de velar por el cumplimiento de la Ley. Eran, pues, auténticos controladores legales de la Corporación en la que servían y, por ello, gozaban de una cierta independen-

cia. El Secretario tenía que dictaminar de acuerdo con el Derecho aunque fuera en contra de los intereses de la Alcaldía, a la que en este punto no debía obediencia. Con el establecimiento de la democracia se ha considerado inadmisibles esta situación y a tal efecto se ha modificado sin pudor el régimen legal de estos funcionarios (primero en el Ordenamiento Local y, luego, para remachar más los cabos, en la Ley de Presupuestos para 1992), con objeto de someterles a una debida obediencia, aunque haya sido a costa de eliminar el control que ejercían. El legislador, cómplice e instrumento de los intereses políticos de la Federación Española de Municipios, ha sacrificado no sólo a unos funcionarios (que hubiera sido lo de menos) sino a una función tan importante como la del control, para lograr esterilizar a quienes podían obrar al margen de la jerarquía. Una solución muy significativa de los tiempos que corren. Porque las corporaciones locales que, hacia arriba, han logrado romper sus vínculos jerárquicos respecto del Estado, hacia abajo han conseguido lo contrario, es decir, someter a una jerarquía estricta a los únicos funcionarios que podían realizar un cierto control.

C) Cuanto acaba de decirse revela la presencia de un fenómeno más profundo: el Derecho —que primero vivía ajeno a las relaciones jerárquicas y luego, cuando logró acceder a ellas, empezó a regular algunos de sus aspectos— ha terminado por condicionar tan gravemente a la jerarquía que permite cuestionar su misma supervivencia. Si antes el funcionario estaba subordinado a la voluntad de su superior, hoy lo está de manera prioritaria a la de la norma.

En la actualidad las normas (y, en su caso, los pactos) regulan hasta los últimos detalles de la actividad administrativa, determinando lo que puede y debe hacer cada titular de un órgano y cada funcionario. En estas condiciones, la potestad jerárquica de mando se ha reducido a unos extremos tales que cabe ya hablar de su desaparición o, al menos, de su transformación cualitativa respecto de la situación tradicional. Ya hemos visto más arriba que el superior no puede decir al inferior cuál ha de ser el contenido de sus actuaciones y ni siquiera puede modificarlo si es que no le gusta o no lo considera correcto o legal. Ni tampoco puede prohibirle que haga algo que la norma autoriza ni ordenarle que haga algo que la norma no autoriza. Ni disciplinarle por sus eventuales desobediencias en estos ámbitos. Y tan es así que en la hipótesis de un superior radicalmente inactivo, la Administración debe seguir funcionando igual y hasta es posible que mejor que con un jefe intervencionista e incompetente.

Aun reconociendo que todo esto es verdad, ya he explicado cómo puede superarse la pretendida incompatibilidad entre Derecho y jerarquía y cómo no es cierto que el Derecho haya suplantado totalmente al superior haciendo superflua la jerarquía; pero lo que desde luego

es indudable es que se ha producido una transformación cualitativa de las relaciones jerárquicas tradicionales.

Ya han pasado los tiempos en los que los Jefes podían a ojos vistas ordenar a sus agentes que violentasen a los ciudadanos o que dictaran actos ilegales o que se abstuviesen de resolver un expediente o de resolverlo en un sentido determinado. Esta forma de actuar pertenece actualmente a la denuncia de los medios de comunicación o a la jurisdicción de los Tribunales. En el terreno anecdótico, un Jefe ya no puede ordenar al Conserje que le sirva un café: entre los sindicatos y la prensa le colocarían en la picota. Hay funcionarios que se niegan a escribir a máquina porque esta actividad no forma parte del círculo de sus competencias normativas o pactadas. Ahora bien: a estas alturas ya sabemos que tales limitaciones no significan que la potestad de mando haya desaparecido.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990 es a este propósito muy interesante, y más lo hubiera sido si el Tribunal se hubiera concentrado en las relaciones jerárquicas en lugar de prestar su atención a los derechos fundamentales violados, como resultaba inevitable en este orden jurisdiccional. En el caso de autos se trataba de una sanción disciplinaria impuesta a una Inspectora de trabajo por considerar su Jefe que el contenido de un acta de inspección era ilegal. La sentencia declara que no puede constituir falta disciplinaria la disparidad de criterios entre el subordinado y el superior. Literalmente: «no puede reprocharse incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario porque el órgano sancionador disienta de la previa calificación jurídica de unos hechos observados por la Inspectora de Trabajo... Dicha aplicación pudo ser acertada o errónea, pero en modo alguno, salvo por indebida analogía peyorativa, puede suponer por sí misma un quebrantamiento grave de los deberes del funcionario, ya que no es constitucionalmente posible incluir entre tales deberes la plena y previa sintonía con sus superiores. El disentimiento *a posteriori* de la autoridad administrativa no puede trocarse en un incumplimiento *a priori* de los deberes del funcionario».

La facultad de mando no puede sustituir la voluntad del subordinado pero sí puede indicar las condiciones de su ejercicio (incluso por instrucciones y órdenes de servicio, de las que más arriba ya se ha hablado), las circunstancias, el *modus operandi*, etc. Hay que distinguir, pues, entre un núcleo inmune al superior y una zona periférica sujeta a la jerarquía. O por emplear los términos que se utilizaron en el epígrafe dedicado al análisis específico de esta cuestión: el superior no puede imponer al subordinado el texto o contenido de su decisión o actuación; pero puede introducirle en el contexto en que decide o actúa, puesto que tal contexto es la parcela concreta del servicio público en la que el Jefe le coloca y orienta.

## IX. LOS ATAQUES A LA JERARQUIA

La jerarquía se encuentra hoy en el punto más bajo de su larga tradición y no faltan ingenuos que creen que ya ha pasado a los trasteros de la Historia. Hasta la misma palabra tiene un eco malsonante e incluso ridículo, evocador de regímenes nefandos (las «jerarquías» del Movimiento Nacional desfilando en las procesiones con camisa azul y casaca blanca), mientras que el concepto se contrapone —arbitrariamente por cierto— a la mitificada igualdad, símbolo engañoso del momento. La jerarquía ha perdido su antigua significación polisémica y ha asumido una sola acepción, rigurosamente peyorativa, como la burocracia, de la que está tan próxima, aunque con ella no sea correcto, desde luego, identificarla.

Las causas exógenas más importantes de este deterioro son las siguientes:

A) La inversión general que han experimentado en los últimos años los *valores sociales*. La jerarquía, tal como acaba de indicarse, es enjuiciada como algo peyorativo en cuanto que enlaza directamente con comportamientos y fenómenos políticos también negativos (autoritarismo, franquismo), como se comprobó más atrás al hilo de una Sentencia del Tribunal Supremo.

B) Como consecuencia lógica de lo anterior se reducen, cuando no se eliminan por completo, los factores tradicionales de mantenimiento del *área de aceptación* y, en su lugar, se magnifican cualidades individuales contrarias a la obediencia y a la disciplina. Si en los ámbitos familiar y educacional, por ejemplo, se practica la creatividad individual y se proscriben la influencia del superior, nada tiene de particular que estas mismas pautas, y con mayor énfasis aún, se trasladen luego a la organización administrativa y al orden social.

C) *La ideología de la participación*, sucesora declarada de la ideología de la jerarquía, se ha institucionalizado en mecanismos concretos de integración de los subordinados en las tomas de decisión o, al menos, en mecanismos para lograr su asentimiento. Resucitando inesperadamente viejas fórmulas jesuíticas, hoy se pretende que el ejecutor se solidarice con la orden que cumple: se trata, en definitiva, de una «obediencia de convencidos», ya que no necesariamente de una «obediencia por convicción», que se refiere más a una asunción global de la posición del superior que a una aceptación individualizada, y racionalmente enjuiciada, de cada orden.

D) *La estructura autonomista* que ha dado al Estado la Constitución de 1978 ha modificado sustancialmente las antiguas relaciones administrativas, ya que donde anteriormente existía un orden jerárquico singular hoy se han establecido múltiples entes públicos, cada uno de

ellos con voluntad política y organización administrativa propias, incompatibles con la jerarquía (y más si tenemos en cuenta su vocación autonómica). De tal manera que si antes era la jerarquía la que vertebraba a la Administración, hoy es la coordinación la que cumple tales funciones. Lo cual no quiere decir que en el seno de cada una de las Administraciones haya desaparecido la jerarquía, antes al contrario. En realidad, lo que se ha producido es un fraccionamiento —no una desaparición— de la jerarquía administrativa.

E) Pero la *agresión política* ha sido aún mayor, si cabe, que la constitucional. Los políticos han irrumpido sin contemplaciones hasta en los últimos rincones de las organizaciones públicas reservadas tradicionalmente a los funcionarios y han roto deliberadamente el marco de las antiguas relaciones jerárquicas. Porque antes el subordinado tenía internalizado el respeto al superior en cuanto que reconocía su «superioridad» personal, es decir, su autoridad funcional, independientemente de su posición institucional. Mientras que hoy, los superiores —legos, al fin y al cabo, en las tareas administrativas— han perdido todo prestigio ante sus subordinados y se les niega, no sin fundamento, autoridad personal propia. Con la consecuencia de que, para restablecer el equilibrio relacional, ha de acudir a mecanismos de refuerzo, siempre existentes desde luego, pero que nunca habían tenido la fuerza operativa que hoy se les da. Con ello me estoy refiriendo, naturalmente, al sistema de premios establecido en beneficio de quienes están dispuestos a obedecer sin reticencias a cargo de la «confianza política» que significa, en último extremo, el acceso y el ascenso en los escalafones funcionariales. Dicho con otras palabras: si la obediencia antes era consecuencia de la jerarquía, hoy lo es de la confianza política.

F) Y, por último, tal como ha puesto de relieve hace poco SANTAMARÍA PASTOR<sup>36</sup>, antes podía ejercerse la potestad jerárquica con gran facilidad debido a la circunstancia de que a la jerarquía orgánica se correspondía una *jerarquía funcional*, es decir, un orden personal impuesto por los cuerpos o los escalafones, mientras que ahora se ha roto esta correspondencia estricta y el mero orden jerárquico orgánico no es suficiente para influir en sus titulares cuando éstos consideran que tienen un rango independiente.

## X. SUPERVIVENCIA DE LA JERARQUIA

1. A la vista de las agresiones externas y contradicciones internas que está padeciendo desde hace algún tiempo la jerarquía (tal como acaba de verse en unas listas que, desde luego, no pretenden ser ex-

<sup>36</sup> *Ob. cit.*, p. 943.

haustivas), cabe pensar que, en efecto, esta figura ya ha pasado a la historia o, al menos, que debería pasar a ella barrida por la fuerza de la democracia y de sus corolarios organizatorios de tipo participativo y, sobre todo, por el imperio de la legalidad. Hay autores, ciertamente, que, pensando en la medida de sus deseos, se apresuran a extender certificados de defunción de cuantas figuras les son antipáticas. ¿Cuántas veces no han sido expulsados, por ejemplo, del mundo de la vida y del Derecho la descrecionalidad o el acto político? Pues lo mismo está sucediendo, aparentemente, con la jerarquía. No obstante, y pese a quien pese, estos muertos, ideológicamente suprimidos, siguen gozando de buena salud.

El venerable Estado centralista —motor en su día de la modernización de España— ha sido deliberadamente dinamitado en la Constitución de 1978. Como consecuencia de ello ha perdido la jerarquía su nicho tradicional; pero, si bien se repara, no ha quedado a la intemperie, puesto que las Administraciones autonómicas le han proporcionado un refugio mucho más sólido, si cabe, aunque esté fragmentado. Y si esto sucede en el plano del orden jerárquico, la situación es todavía más clara en el de las relaciones. A lo largo de más de un siglo de luchas cotidianas habían ido «conquistando» los funcionarios una serie de garantías que terminaban sirviendo de armadura frente al ejercicio arbitrario del poder jerárquico. Quien debe el cargo a su capacidad y mérito propios y sabe, además, que sólo de ellos dependen sus ascensos futuros, resulta casi invulnerable a las influencias torticeras de sus superiores. Pero hoy es el caso, por desgracia, que desde la portería de un Ministerio hasta la Presidencia de un Tribunal Supremo el acceso y la carrera de los funcionarios están en manos del favor político. En estas condiciones, la resistencia al superior —por muy legítima, y aun moral, que sea— no es ni siquiera una cuestión de heroísmo personal: la resistencia es inútil porque en unas horas el funcionario habrá desaparecido del cargo y habrá sido sustituido por un titular más dócil. He aquí, pues, una exacerbación jerárquica del mundo democrático que en las Administraciones de la época autoritaria no se daba.

La falacia de la eliminación del poder jerárquico se pone igualmente de manifiesto en aquellos casos en los que el fraccionamiento de la organización presupone, efectivamente, un límite absoluto a la jerarquía. Así sucede con la llamada descentralización funcional, en la que surgen personas jurídicas nuevas liberadas, por definición, de la jerarquía de la Administración matriz. Lo que no se traduce, sin embargo, en una relajación de los vínculos, puesto que la cabeza del ente descentralizado depende total y realmente de quien le ha nombrado y, por ende, no sólo obedecerá sus órdenes sino hasta la más mínima de sus sugerencias, puesto que *para eso* ha sido nombrado y tal es la condi-

ción (implícita pero por nadie desconocida) de su permanencia en el cargo.

La realidad es, en suma, prácticamente la misma en estos dos tipos de situaciones: mientras haya un vínculo personal entre los titulares de dos cargos, de tal manera que el uno deba al otro su nombramiento, retribución y permanencia, el poder del primero sobre el segundo será absoluto. Ahora bien, esta equiparación no autoriza a hablar de jerarquía, dado que ésta se manifiesta en un determinado orden organizativo así como en una relación *jurídica*, y si ésta no existe, no habrá jerarquía en sentido propio.

Sobre una persona se puede influir de muy distintas maneras (entendiendo por influencia —como se recordará— la capacidad de pre-determinar su actuación). Es muy posible que el confesor, o la amante, o el partido político, o la prensa, o los acreedores de un Subsecretario influyan sobre él —es decir, predeterminen sus decisiones— con mayor intensidad que el Ministro; pero *tal influencia no es jerárquica, por muy efectiva que sea*. La jerarquía es una modalidad diferente de influencia: es legítima, es legal y es transparente o manifiesta; circunstancias que no se dan en las demás variedades que acaban de ejemplificarse. Las influencias del confesor o de la amante pueden constatarse empíricamente y hasta explicarse desde la psicología, pero son jurídicamente inaprensibles y, por supuesto, no son ni legales ni legítimas. Y lo mismo sucede con las relaciones entre el Ministro y el Presidente del Organismo Autónomo que de aquél depende.

Vistas así las cosas, hay que ratificar la tesis del deterioro actual de la jerarquía. En la organización administrativa pública el inferior está sometido sólo muy tibiamente al mando jerárquico superior, ya que las facultades de éste son muy limitadas respecto a sus subordinados, tal como se ha visto páginas más atrás. Otra cosa es que en la realidad le baste al superior descolgar el teléfono y dar a entender con medias palabras cuál es su voluntad para que el subordinado se apresure a cumplirla. Ahora bien, es muy posible que con el mismo entusiasmo —y ante la misma carencia de deber jurídico— se cumplan los deseos de un héroe deportivo o de una estrella de televisión, sin que aquí valga argumentar que el incumplimiento puede arrastrar en un caso la pérdida del cargo, y en otros, no. Porque hay cargos cuya titularidad es inamovible y la presión es la misma: se trata de un castigo en honores o ascensos futuros; y de la misma forma, la desobediencia a la voluntad de una banda terrorista puede suponer la muerte. Sea como fuere, tomada conciencia de la distinción entre jerarquía e influencia, entre lo jurídico y lo no jurídico, la cuestión de la integridad o deterioro de la jerarquía recobra la facilidad de su tratamiento. La jerarquía supone —repito— un determinado orden administrativo en el que hay superiores e inferiores, teniendo aquéllos un poder de mando (que más

atrás ya ha sido expuesto) sobre éstos. *El mando se traduce en influencia, desde luego, pero es una variedad específica de ella en cuanto que se deriva de la posición relativa del órgano (y de su titular) dentro de la organización y opera de una manera legítima, legal y manifiesta. Las influencias que no reúnan estos caracteres podrán ser muy efectivas pero no serán jerárquicas.*

2. Si las relaciones jerárquicas, como acaba de verse, se han deteriorado gravemente en los últimos años y el poder ha abandonado el canal legítimo de la jerarquía para expresarse, incluso con mayor fuerza, en cloacas subterráneas por donde discurren influencias inconfesables, aunque sean conocidas por todos, no menos quebrantos ha sufrido la segunda vertiente de la jerarquía, es decir, el orden administrativo.

La llamada transición democrática estuvo presidida por una explosión descentralizadora —y consecuentemente antijerárquica— que cristalizó en fórmulas constitucionales muy solemnes. El fenómeno más llamativo de aquel movimiento es, según puede imaginarse, el de las Comunidades Autónomas, todavía en luna creciente. El segundo motor originario —el participativo—, en cambio, ha desaparecido del todo, sin pena ni gloria y sin haber llegado a intentar implantarse. La democracia, entendida como participación ciudadana permanente en la decisión y gestión de los servicios públicos, no ha llegado a salir del reino de los sueños.

Volviendo entonces al elemento descentralizador, no se crea que se ha manifestado exclusivamente en el «federalismo» constitucional. Es, desde luego, su expresión más conocida, pero no la única y quizá no la más importante, al menos en el terreno real. Los Municipios han recobrado su vieja autonomía y dejado de ser esas «ruedas de la maquinaria estatal» que había descrito ALBI. Más todavía, cada una de las esferas ha estallado fraccionándose en innumerables personalidades jurídicas distintas, públicas y privadas, con las denominaciones y regímenes jurídicos más diversos. Y si a eso añadimos la gestión privada de fines públicos que antes correspondían al Estado —desde la enseñanza universitaria hasta la policía de seguridad— la imagen del orden jerárquico de la Administración Pública tradicional resulta hoy irreconocible. Por decirlo de alguna manera, el Estado español ha volado hecho pedazos en un *Big Bang* de proporciones gigantescas que nada ha respetado: pedazos que vuelan desordenadamente en el cosmos mientras se ensaya su integración en la galaxia europea (o en la iberoamericana, como nostálgicamente se predica, o en la norteamericana, como pragmáticamente se hace, que para el caso es igual).

Ni que decir tiene, sin embargo, que independientemente de la integración de España en un determinado orden planetario, algo ha habido que hacer para reconducir a una cierta unidad, mínimamente ope-

rativa, los fragmentos cantonales del viejo Estado. A cuyo propósito se han ido formando algunos movimientos de recompostura tendencialmente centralizados, que se corresponden, aunque sea lejanamente, con lo que está sucediendo en el mundo económico. Porque se da la paradoja de que en el ámbito privado se han acelerado los movimientos de centralización, partiendo del dogma de que sólo son hoy viables las grandes unidades económicas (y así se agrupan bancos y empresas voluntaria o forzosamente) mientras que en el ámbito político se ha procedido a una fragmentación sistemática, que de nuevo se pretende recomponer.

Sea como fuere, también encabezan las Comunidades Autónomas esta operación reunificadora, considerando que la fragmentación debe detenerse en ellas y que, a partir de ahí, se impone una centralización enérgica, que pase por la desaparición (o, si resulta constitucionalmente imposible, por su conservación meramente formal) de las provincias y por el control férreo de los Municipios. Ni que decir tiene, sin embargo, que los Municipios no se resignan a aceptar este papel subordinado que las Comunidades Autónomas quieren asignarles y, debidamente apoyados por el Estado (quien les utiliza para impedir que las Comunidades crezcan con su herencia), no sólo defienden a ultranza su autonomía sino que se han organizado como grupos de presión política a través de federaciones centralizadas por territorios autónomos y, sobre todo, a través de una Federación Nacional, que negocia de manera habitual con la Administración del Estado.

Nótese, en todo caso, que esta recompostura de signo centralizador se está realizando al margen de la Constitución cuando no descaradamente en contra de ella. Como antes se decía, son «Estados dentro del Estado», que han secuestrado a éste: y digo deliberadamente Estado y no Administración del Estado. Para prueba valga de ejemplo lo que ha sucedido recientemente con la legislación del suelo. En 1990 aprobaron las Cortes una nueva Ley sobre esta materia, bastante desafortunada por cierto, que el Gobierno había de refundir con las anteriores también vigentes. Pues bien, a la hora de elaborar este texto refundido, Comunidades Autónomas y Municipios manifestaron oficialmente su disconformidad con la nueva Ley, declarando no estar dispuestos a aplicarla. Una actitud que va más allá del Código Penal puesto que supone una verdadera rebelión constitucional y que ha desembocado en un golpe de Estado desde el momento en el que el Gobierno se ha visto obligado a pactar (sic) con Comunidades Autónomas y Municipios el nuevo texto refundido de la Ley del Suelo al margen por completo de la voluntad de las Cortes. Y lo más interesante del caso es que esto no se ha hecho a cencerros tapados, sino a la luz del día, con declaraciones de insumisión difundidas por la prensa y con un reconocimiento oficial del Gobierno del hecho del pacto extra y antiparlamentario.

Aunque sea en contra del Estado y probablemente de forma inconstitucional, es indudable, pues, la existencia de movimientos de recomposición de las organizaciones públicas, que luego operan bajo un signo confesadamente centralizador. Ninguna Administración hay tan exacerbadamente centralizada como la municipal (en la que ni los más altos funcionarios pueden dictar actos administrativos por intrascendentes que sean) y por este camino van las Comunidades Autónomas, salvo la Vasca y en parte la Canaria, como sería muy fácil demostrar.

3. En cuanto a la tercera línea disgregadora —las organizaciones privadas de mano pública—, aquí nos encontramos con un fenómeno difícilmente parangonable con los anteriores. Por lo pronto, se trata de una operación de inmersión de las actividades públicas. Las Administraciones Públicas —cabalmente por ser públicas, ser de todos e interesar a todos— han de operar a la luz del día y, ya que los ciudadanos no pueden participar directamente en ellas, están legitimados, en todo caso, para conocer hasta los últimos detalles de su funcionamiento (o, al menos, esto es lo que debería ser). Pues bien, para evitar esta transparencia, las Administraciones Públicas, convirtiéndose en privadas, se *sumergen* en la clandestinidad más absoluta, haciéndose cerradamente opacas.

La actividad pública sumergida por vía de privatización orgánica es ya de conocimiento formalmente inaccesible a los ciudadanos, pero también a la inmensa mayoría de quienes administran y gobiernan y aun al propio Parlamento. Lo cual no quiere decir pérdida de control, antes al contrario, todas estas organizaciones aparentemente dislocadas se encuentran no ya controladas sino totalmente en manos de unos pocos políticos, quienes las manejan con gran rigor, cabalmente porque se trata de un dominio no compartido. Aquí no son necesarios, por tanto, los movimientos de neocentralización, porque paradójicamente nada hay tan centralizado como estas organizaciones. Y, por lo mismo, nada hay tan «jerarquizado», dado que en ellas no operan los contrapesos del estatus funcional ni de la doble obediencia. Ni las Cortes Generales ni los Ministerios conocen las actividades del Banco de España, por ejemplo; pero nada de él se escapa al Ministerio de Economía y Hacienda y, por otro lado, la jerarquía de su Presidente no es menos rigurosa que la que pueda ejercer el Presidente del Banco de Santander sobre una empresa cuasifamiliar.

Sea como fuere, el fraccionamiento del Estado podría producir un caos en la vida pública si no se recompusiese su unidad constitucional a través de determinados mecanismos de vertebración. *La diferencia entre un Estado centralizado y otro descentralizado no consiste en que uno esté vertebrado y el otro no, sino, mucho más simplemente, en que están vertebrados de maneras distintas: en el Estado centralizado, a través de la jerarquía, y en el Estado descentralizado, a través de otras técnicas.*

Las ventajas (y desventajas) de la centralización jerárquica nos son perfectamente conocidas y no es la última la de que gracias a ella se formó en el siglo XIX, con no pequeño esfuerzo, el Estado español y aun la propia España moderna (lo que ahora, por cierto, ha dejado de valorarse positivamente). Las ventajas (y desventajas) de la descentralización y de correlativa ruptura de la jerarquía nos son todavía desconocidas por falta de experiencia y, sobre todo, aún están ensayándose nuevas formas de vertebración.

A tal propósito, las leyes nuevas y los autores suelen hablar, en términos deliberadamente modestos, para no despertar los demonios del autonomismo radical, de «relaciones interadministrativas» encabezadas por la cooperación y la coordinación: conceptos no demasiado claros a despecho de su machacona invocación.

El hecho es, en cualquier caso, que no está resultando fácil la sustitución de la jerarquía; pero habrá que dar tiempo al tiempo. Abandonar el orden jerárquico para utilizar el descentralizado es una opción política a la que no hay nada que reprochar en principio y que todavía no es el momento de valorar por falta de perspectiva. Otra cosa es el falseamiento deliberado del sistema descentralizado y su sustitución por técnicas seudojerárquicas vergonzantes o, dicho sea con más precisión, por técnicas funcionalmente jerárquicas pero sin las garantías formales, jurídicas y constitucionales que ofrece la jerarquía. Ahora bien, épocas, como la presente, de crisis y experimentos no son las más adecuadas para valoraciones y mucho menos para las comparativas, que no son objeto, además, del presente ensayo. A estos efectos lo importante ha sido constatar que la jerarquía está ciertamente en crisis, pero que su destino dista mucho de estar ya definitivamente sellado.