

Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos

SUMARIO: I. A MODO DE PLANTEAMIENTO. II. RELACIONES JERARQUICAS ORGANIZATIVAS: TECNICAS DE MANDO. III. EL REGIMEN DISCIPLINARIO Y LOS MOTIVOS DE OBLIGAR EN LAS VINCULACIONES DE CARACTER MILITAR, ADMINISTRATIVO Y LABORAL QUE CONFORMAN LA JERARQUIA ESTRICTA. IV. JERARQUIA DEBILITADA: LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE OPOSICIONES Y CONCURSOS, LAS DECISIONES DE LAS MESAS DE CONTRATACION Y EL DERECHO AL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION. V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PUBLICAS DEL SUBORDINADO FRENTE A LAS POTESTADES DE DIRECCION, ORGANIZACION Y MANDO. VI. REFLEXION FINAL.

I. A MODO DE PLANTEAMIENTO

La pluralidad de entes públicos y de órganos dentro de tales entes en el seno de la Administración Pública, globalmente considerada, impone la necesidad de que se distribuya entre todos ellos la titularidad de las funciones, o de su ejercicio, para el logro del interés público que aquélla tiene encomendado.

A este fin contribuye la aplicación práctica de los principios de competencia y de jerarquía dentro del de unidad, unidad varía y compleja, pero a la postre unidad, como decía SANTI ROMANO.

El principio de jerarquía surge, pues, de la necesidad de ordenar la actuación de multitud de órganos en que se descompone la estructura administrativa, y que se alcanza a través del establecimiento de una serie de relaciones entre ellos, basándose en un sistema escalona-

do y piramidal, en virtud del cual los órganos de nivel superior «mandan» sobre los de nivel inferior a quienes dirigen y controlan.

Para que se dé este principio es necesario, de una parte, que la relación se establezca entre órganos con competencia material coincidente y escalonada en el seno de la organización, y de otra, garantizar al órgano superior unos poderes de prevalencia sobre la voluntad del inferior, de modo que pueda dirigir y sustituir su actividad o modificar y anular sus decisiones ¹.

Estos poderes se manifiestan, a través de las siguientes técnicas:

a) Dictando órdenes concretas que colocan al inferior en la posición de «respeto y obediencia jerárquico», sin perjuicio de las sugerencias que estime oportuno formular.

b) Dirigiendo con carácter general, mediante instrucciones y circulares, la actividad de los órganos inferiores.

c) Inspeccionando la actividad de los órganos inferiores y aplicando, en su caso, las sanciones pertinentes.

d) Controlando su actuación mediante la aprobación o no de acciones concretas y evaluación global y periódica de su gestión.

e) Resolviendo los conflictos de atribuciones que surjan entre órganos iguales del mismo departamento.

f) Revisando, en vía de recurso o mediante la acción de oficio, la actuación de los órganos inferiores.

g) Delegando, avocando o sustituyendo al inferior en el ejercicio de sus competencias.

No obstante, el deber de obediencia que se impone al inferior se ve matizado por circunstancias diversas que refuerzan o debilitan los vínculos de dependencia que se establecen entre tales órganos. De una parte, el contenido propio del régimen disciplinario, civil o militar, refuerza la relación trasladando a la esfera personal del sujeto las potestades de mando del superior, mediante imputación de responsabilidades de orden penal. De otra parte, apoyado el vínculo en las cualidades de la función que ejerce el subordinado, la relación se reduce, en esencia, a meros criterios de dirección, sin condicionamiento concreto de la actividad.

Con tales planteamientos, nuestro objetivo es analizar los criterios jurisprudenciales aplicados sobre este principio organizativo, sin ánimo de agotar los pronunciamientos habidos, recogiendo en las sentencias que se citan, sin embargo, distintos supuestos en los que la potes-

¹ Véase L. MORELL OCAÑA: *Derecho de la Organización administrativa*, UCM, Madrid, 1988; J. R. PARADA VÁZQUEZ: *Organización y empleo público*, M. Pons, Madrid, 1989; L. ORTEGA ALVAREZ: en *Manual de Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990; M. BEATO ESPEJO: *Función Pública y Organización administrativa*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1992.

tad de mando se aplica conectada con el deber de respeto a la autoridad, con la garantía de las instituciones y con la determinación de las competencias del superior, de una parte, y de otra, matizándose por la profesionalidad o especialización técnica del subordinado o por el quebranto que representa para valores superiores constitucionalmente reconocidos.

II. RELACIONES JERARQUICAS ORGANIZATIVAS: TECNICAS DE MANDO

Como se ha dicho, las relaciones de jerarquía se establecen entre órganos de un mismo ramo de la Administración, es decir, entre aquellos que tienen competencia material coincidente y escalonada en el seno de la organización. Es, por tanto, la jerarquía principio propio de una Administración centralizada en un ente supremo que detenta las competencias y de una Administración concentrada en un órgano único y superior que las ejerce. Los demás órganos creados en aras a una mínima y necesaria división del trabajo se vinculan entre sí y con el superior, para asegurar la unidad mediante la subordinación. El diseño clásico de líneas y grados que esquematiza la organización jerárquica, bajo la dirección de un jefe, refleja la estructura propia de este tipo de Administraciones².

Por el contrario, una Administración Pública descentralizada y desconcentrada racionaliza los vínculos de jerarquía y de tutela respecto de la autoridad central y disminuye los niveles de subordinación y dependencia respecto del jefarca.

A) SUBORDINACIÓN ENTRE ENTES, TUTELA; SUBORDINACIÓN ENTRE ÓRGANOS, JERARQUÍA

Una reiterada jurisprudencia aplica tales técnicas en línea organizativa directa y en organizaciones complejas o situación de jerarquía múltiple, como señala MÉNDEZ³, donde se debilita la unidad de mando y relativiza la sanción de nulidad por vicio de incompetencia, como indica MORELL OCAÑA⁴.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 1975, Sala Cuarta (Ar. 4642), indica:

² A. MÉNDEZ: *La jerarquía*, Montevideo, 1973, pp. 36 y ss.

³ A. MÉNDEZ: *La jerarquía*, *ob. cit.*, pp. 147 y ss.

⁴ L. MORELL OCAÑA: *Derecho de la...*, *ob. cit.*, pp. 93 y ss.

«... la pluralidad de entes y de órganos impone la delimitación de funciones de cada uno de ellos; la capacidad de los entes o personas públicas y la competencia de los órganos, más la adecuada realización de los fines públicos, exige 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 última decisión; la jerarquía, pues, se da únicamente entre órganos que integran una misma entidad, una misma persona jurídica, sobre todo en las grandes unidades administrativas y en las complejas organizaciones...».

B) SÓLO EL SUPERIOR JERÁRQUICO PUEDE ENTRAR A CONOCER SOBRE LO QUE OTRO HA ORDENADO

En similares términos se pronuncia el mismo Tribunal en la Sentencia de fecha 23 de enero de 1987, Sala Cuarta (Ar. 1814).

«Obviamente la Administración tiene el carácter unitario que deriva del artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pero ello no autoriza a que cualquier órgano administrativo pueda entrar a conocer y resolver sobre lo que otro ha ordenado si no le está subordinado jerárquicamente, y ello hasta tal extremo que, si entiende que han sido invadidas sus competencias, debe, en tal caso, suscitar el conflicto de atribuciones pertinente...» «... no siendo factible, en consecuencia, que ello le sea exigido por un órgano distinto de la Administración que no sea su superior jerárquico, particular que no se da en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo respecto del indicado organismo recaudatorio (Recaudación de Impuestos de la Zona de...) ...».

C) LA TUTELA ENTRE ENTES ENTRAÑA JERARQUÍA

Como situación diferente, debe citarse la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 6 de marzo de 1986, Sala Tercera (Ar. 1056), revocatoria de la de la Audiencia Nacional de fecha 28 de enero de 1983,

por la que se niega legitimación al Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Cataluña para la persecución del intrusismo, dictando que:

«Esta legitimación ha sido negada por resolución del Ministerio de la Presidencia del Gobierno de 21 de julio de 1980, porque el “cuadro normativo de la tutela” a que está sometida la Corporación entraña, en definitiva, una jerarquía que prohíbe la impugnación de las decisiones de la administración pública —en este caso, la del Estado— a la que corresponde la supremacía.»

Pero el Tribunal Supremo expresa que con independencia de la influencia que el artículo 8.1 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero (los actos emanados de los órganos de los Colegios y de los Consejos Generales serán directamente recurribles ante la J. C.-A. una vez agotados los recursos corporativos) haya tenido sobre el Estatuto de la Profesión de Gestor (que en sus arts. 83 y 84 establece que los Colegios profesionales sólo tienen facultades delegadas para instruir expedientes y éstas no le habilitan para recurrir las decisiones definitivas que adopte la administración delegante) en orden a la intervención tutelar de la Administración, es patente que ello concierne únicamente a la potestad disciplinaria.

«... pero a la vez resulta igualmente claro que respecto a las acciones ejercitadas para evitar y perseguir el intrusismo, los colegios tienen capacidad procesal y legitimación... plena para las pretensiones ejercitadas en el orden correspondiente, cualesquiera que sean las técnicas, instrumentos o delegaciones que la administración pública pueda utilizar para regular aquellas cuestiones, toda vez que como “última ratio” la ley formal debe primar sobre las disposiciones administrativas, que bajo ningún aspecto pueden cercenar el pleno amparo a que los Colegios, como personas jurídicas, tienen derecho, lo que ocurriría si, mediante delegación de funciones instructoras respecto a hechos atribuidos a terceros, se le reputara, a efectos de postular tutela judicial, como meros órganos de la Administración delegante.»

D) LA DELEGACIÓN IMPLICA JERARQUÍA

Y en la misma línea de matizar los vínculos que se establecen entre distintos entes que ejercen similares competencias, se manifiesta el mismo Alto Órgano en Sentencia de 15 de diciembre de 1986, Sala Cuarta (Ar. 8107), confirmando la de la Audiencia Nacional de fecha 20

de diciembre de 1984, que señala que una vez delegadas las competencias por la Dirección General de Ordenación Farmacéutica a los Colegios Profesionales en materia de resolución de expedientes de autorización de apertura de farmacia, el término delegación debe entenderse como desconcentración, porque para que la delegación se dé es necesario una relación de jerarquía entre órganos que no se da en este caso. De forma que es el Consejo General de Colegios Farmacéuticos quien resuelve la alzada y no el Ministerio de Sanidad. «Debe entenderse, pues, que el término delegación se utiliza en sentido impropio.»

E) SUPERIORIDAD NO JERÁRQUICA

La aplicación del principio de jerarquía se ha ido matizando en las modernas Organizaciones, tanto públicas como privadas, donde la coordinación y la cooperación han propiciado técnicas más eficaces de gestión, especialmente en el ámbito de las relaciones entre entes públicos con autonomía reconocida, como la creación de nuevos órganos de estructura colegiada bajo la dirección del superior, el otorgamiento de nuevas competencias a los ya existentes o las reuniones periódicas de los responsables, etc., que transforman el vínculo de jerarquía en una relación de supremacía que se reconoce a los entes de nivel territorial superior sobre los inferiores para velar por los intereses cuya gestión tienen encomendada. Se transforma, pues, el principio de jerarquía en una relación de superioridad no jerárquica⁵.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, al declarar la constitucionalidad del artículo 8 de la LOAPA que propiciaba las reuniones dos veces al año de las Conferencias Sectoriales de los Consejeros de las distintas Comunidades Autónomas y del Ministro o Ministros del ramo, bajo la presidencia de éstos, como «órgano de encuentro» y a fin de «intercambiar puntos de vista», cita:

«... es de señalar que el poder de convocatoria de Organos colegiados e incluso la presidencia de los mismos no atribuye necesariamente la condición de superior jerárquico a su titular, pero, en cualquier caso, no cabe discutir la posición de superioridad que constitucionalmente corresponde al Estado».

⁵ L. MORELL OCAÑA: *Derecho administrativo II*, UCM, Madrid, 1984, pp. 27 y ss.

F) DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN: ORGANIZACIONES COMPLEJAS. DEPENDENCIA DOBLE O PLURAL

La coordinación en el seno de un mismo ramo o sector de la Administración se entiende vinculada a la jerarquía, a la facultad de mando, ya que el ejercicio eficaz de tal actividad exige cierto grado de dependencia.

Así se pronuncia el TS en Sentencia de 3 de junio de 1986, Sala Cuarta (Ar. 4609), al analizar un supuesto tradicional de competencia compartida que plantea el problema de precisar dónde acaba la competencia del Estado (y hoy de la Comunidad Autónoma) y dónde la competencia municipal. La cuestión se complica con el verbo «coordinar» y su derivado sustantivo «coordinación», «del que de un tiempo a esta parte viene haciéndose un uso tan frecuente como impreciso, pues lo cierto es que esos vocablos, que incluso se han llevado a la Constitución (arts. 103.1 y 154)... se suelen emplear sin clara conciencia de su exacto significado. Y por último, las dificultades aumentan cuando no se alcanza a diferenciar lo que son puras relaciones jerárquicas de lo que son relaciones funcionales o especializadas». Y dice:

«Conviene por ello recordar que la coordinación no es sino el resultado o consecuencia del recto ejercicio de las funciones directivas (planificación, organización, mando y control). Sólo cuando se tienen potestades decisorias se puede obtener ese resultado que es la coordinación. De manera que todo órgano que ostente una posición de jefatura en el organigrama (sea cual fuere su nivel, tenga o no atribuidas entre sus funciones la de coordinar, aparezca o no designado como órgano de coordinación), al ejercitar las funciones directivas que le son propias, estará produciendo y obteniendo ese resultado que es la coordinación. Desde otro punto de vista debe también tenerse en cuenta que 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 inserción 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 produce entonces relaciones de dependencia doble o plural, y el principio de unidad de mando quiebra en este tipo de organizaciones, dado que se produce una concurrencia de vínculos jerárquicos sobre

determinados escalones o sobre determinados órganos» (fundamento de Derecho 3).

«Aunque... resulta técnicamente incorrecta en cuanto la coordinación, según ha quedado dicha, no es una función autónoma, sino el resultado del ejercicio de las funciones de dirección inherentes a toda Jefatura. Por lo mismo, no es un principio —aunque como tal lo trata el artículo 103.1 de la Constitución— sino un objetivo, una meta, un resultado. Como principio o como función la coordinación, sencillamente, es inencontrable» (fundamento de Derecho 5).

En similares términos, el TS, en Sentencia de 3 de julio de 1982, Sala Quinta (Ar. 4278), enjuiciando manifestaciones públicas de un funcionario que vierte críticas en el *Boletín Informativo de la Asociación Sindical de Funcionarios de la Meteorología Española* sobre decisiones de sus superiores en materia retributiva, plantea, de principio, que la expresión «superiores» no cubre de forma indiscriminada a toda clase de autoridades o de Organos de los Departamentos ministeriales... sino específicamente a aquellos funcionarios u Organos que ocupen puestos de trabajo en la estructura jerárquica de naturaleza tal que mediante el ejercicio de sus competencias pueda quedar vinculada la conducta administrativa, es decir, la función, del empleado público inculcado, que deviene así en subordinado.

«... ni la vaga alusión a la superioridad es suficiente, a estos efectos, según lo expuesto, ni la Junta de Retribuciones del Departamento (Ministerio de Transportes y Comunicaciones) ocupa la posición de Organos superior jerárquico del funcionario del Cuerpo Especial de Ayudantes de Meteorología objeto de sanción, ya que se trata de un Organos colegiado, de composición heterogénea...».

G) COMPETENCIAS DE COORDINACIÓN, INCOMPETENCIA JERÁRQUICA

A veces, incluso por la naturaleza de las competencias atribuidas a órganos unipersonales, la dependencia se matiza, produciendo efectos jurídicos distintos la aplicación de las técnicas propias del principio de jerarquía. El TS, en Sentencia de 8 de octubre de 1984, Sala Cuarta (Ar. 4912), analizando la eficacia jurídica de un acto administrativo procedente de la Secretaría General de la Delegación Territorial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, a quien la norma configura como un simple Organos que, a las órdenes directas del Delegado, coordinará las diferentes unidades administrativas e integrará administrati-

vamente las competencias del Delegado en materia de Seguridad Social no atribuidas expresamente a los demás servicios de la Delegación, señala:

«... se advierte que, ya fuese el combatido un simple acto de ejecución o una resolución autónoma, la Secretaría General jerárquicamente no era la competente para producirlo...», «incompetencia existente desde el punto de vista jerárquico y no con el carácter de manifiesta que exige para que un acto sea absolutamente nulo el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo...», «... por consecuencia de lo que razonado queda, aun cuando el acto administrativo recurrido no puede calificarse de nulo de pleno Derecho, sí que deviene anulable en cuanto no era la Secretaría General sino el Delegado Territorial quien, en su caso, podía ordenar lo procedente tras lo dispuestos por la Sentencia de la Audiencia Nacional, lo que conlleva a la estimación parcial del recurso».

H) REVISIÓN PACTADA Y PRINCIPIOS ORGANIZATIVOS CONSTITUCIONALES

La relación jerárquica se caracteriza también por su estructura, que se verá afectada por los cambios globales producidos en toda la organización. Así el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 2 de junio de 1986, Sala Tercera (Ar. 3318), atempera a los nuevos principios constitucionales los cauces de revisión de las decisiones adoptadas por el órgano inferior al recurrir la Compañía Telefónica Nacional de España, que había suscrito contrato concesional con el Gobierno español, autorizado éste por Ley de 31 de diciembre de 1945 y aprobadas sus bases mediante Decreto de 31 de octubre de 1946, en la línea jerárquica que el mismo acuerdo le señalaba: Ministerio-Presidencia del Gobierno-Consejo de Ministros, «cuya resolución causará estado y agotará la vía gubernativa a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo». Y señala:

«Tal cláusula contractual se encontraba dentro de las coordenadas que enmarcaban el régimen jurídico de la Administración pública en aquella época.»

Sistema de doble alzada que sobrevivió, como sabemos, hasta la Ley 164/1963, de 2 de diciembre, modificativa de la LPA de 17 de julio de 1958, que estableció la alzada única.

Por otra parte, los recursos extraordinarios contra las resoluciones de cualquier Ministerio resultaban viables en aquellos momentos con

arreglo a la Ley de 30 de enero de 1938, declarando su artículo 1 de modo expreso la subordinación de todos los Ministerios a la Presidencia del Gobierno, calificada como «Departamento especial» y vinculada a la Jefatura del Estado.

«Esta norma enfatizaba 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.»

«La Constitución española acepta también 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. Así, la Presidencia del Gobierno pierde su posición supraordenada en el ámbito jurídico, no desde el político, que la refuerza.»

La Sala, en este caso, llega a la conclusión de declarar inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos, primero, ante la Presidencia del Gobierno, y segundo, ante el Consejo de Gobierno, por considerar que ambos órganos carecen de competencias para conocer de tales impugnaciones y «en consecuencia, reexpide el asunto al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con el fin de que resuelva la reclamación formulada por la Compañía Telefónica respecto de las condiciones impuestas...».

I) INSTRUMENTOS TÉCNICOS DEL MANDATO. EN ESPECIAL LAS CIRCULARES E INSTRUCCIONES

Por otra parte, como se ha dicho, el superior, para mantener la unidad de acción administrativa del conjunto de la Organización, dirige y controla la acción de los órganos subordinados. Este poder de mando, de distinta intensidad según el tipo de Administración en que se ejerce, es de contenido estrictamente interno y, por tanto, exclusivamente dirigido a los titulares de los órganos inferiores. Se ejercita mediante una serie de instrumentos técnicos, confusamente delimitados pero insertos todos en la relación poder de mando-subordinación, cuales son: las normas reglamentarias internas o reglamentos funcionales, las órdenes, las instrucciones y circulares y las órdenes de servicio, según la variada terminología utilizada por la doctrina.

Las normas reglamentarias internas o funcionales, que pueden aparecer insertas en los reglamentos orgánicos, encauzan la acción de los subordinados, especificando el ejercicio de determinadas competencias y asegurando la uniformidad de acción en los casos concretos. Pero, a veces, la dirección precisa particularizar más la acción en un determinado sector y se ve obligado a dictar instrucciones y circulares, que suministran indicaciones de detalle o de carácter práctico u órdenes que constituyen decisiones imperativas de carácter concreto.

Las circulares, como medio de poner en conocimiento del subordinado determinados hechos, varía en función de su contenido. Pueden, por tanto, encerrar disposiciones de carácter general o resoluciones estrictamente jerárquicas. Otras veces pueden contener instrucciones u órdenes, consideradas las primeras como indicaciones de conductas y las segundas como medidas particulares referidas a operaciones o actos concretos. Pero esta relación jefe-subordinado puede expresarse con cierta generalidad, dirigida al servicio, órdenes de servicio, u orientarse a uno o varios subordinados concretos, órdenes. No obstante, su naturaleza y contenido es difícil de precisar y exige un gran esfuerzo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁶.

Así, el TC, en Sentencia 27/1987, de 20 de abril, en la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Gobierno de la Nación contra circular dictada por el Departamento de Trabajo (Dirección General de Relaciones Laborales) de la Generalidad de Cataluña de 24 de octubre de 1981, por entender que tal circular tiene contenido normativo sobre el régimen económico de la Seguridad Social, señala que «... la solución del conflicto exige determinar si la mencionada circular tiene o no el carácter de norma...» en tal materia. Pronunciándose en los siguientes términos:

«En nuestro Ordenamiento la forma de los actos jurídicos de la Administración no es relevante en todos los casos para determinar su naturaleza. Así sucede en relación con los supuestos en que los actos administrativos y disposiciones generales de la Administración pueden exteriorizarse en la misma forma, lo que plantea el problema de determinar su naturaleza en cada caso concreto. En este sentido... los Decretos y Ordenes ministeriales pueden tener el carácter de disposiciones generales o de resoluciones (arts. 23, 24 y 25 de la LRJA); y en cuanto a las circulares e instrucciones, pueden ser disposiciones de carácter general (art. 27 de la misma Ley) o una manifestación de la potestad je-

⁶ A. AMORTH: *La nozione di gerarchia*, Milán, 1936, pp. 88 y ss. E. SAYAGÜES LASA: *Tratado de Derecho administrativo I*, Montevideo, 1874, p. 219; A. MÉNDEZ: *La jerarquía*, ob. cit., pp. 103 y ss.

rárquica (art. 7 de la LPA) que se traduce en un acto que sólo tiene relevancia en el ámbito interno de la Administración, por medio del cual los órganos superiores dirigen con carácter general la actividad de los inferiores.»

«Si la norma no es un criterio que permite determinar la naturaleza de la circular, lo normal será que tal calificación pueda realizarse a partir de su contenido. Sucede, sin embargo, que en ocasiones un mismo contenido puede calificarse como norma o como acto interno... por lo que en tal caso resulta necesario acudir al criterio de la competencia, de especial trascendencia en un Estado compuesto, en el que la potestad normativa y la de ejecución, en relación a una materia, puede no corresponder normalmente a la misma entidad.»

«Pues bien, si el órgano del que emana la circular sólo tiene competencia normativa habrá que atribuirle carácter de norma, ya que de lo contrario sería nula. Por la misma razón, si el órgano sólo tiene potestad jerárquica —y no normativa— habrá de atribuirle el valor de acto interno. Y por último, si tiene competencia normativa y jerárquica, la calificación podrá ser uno u otra por lo que habrá que atender a la finalidad perseguida por el mismo.»

«Por otra parte, los efectos de una u otra calificación son jurídicamente relevantes. La norma pasa a integrar el ordenamiento y deberá ser aplicada de acuerdo con el principio de legalidad por la Administración y los Tribunales (arts. 9, 103.1, 106 y 117.1 de la Constitución); el acto jerárquico interno no pasa a integrar el Ordenamiento, y la consecuencia que produce su inobservancia por el subordinado es la responsabilidad disciplinaria del mismo, sin que tal inobservancia tenga en principio trascendencia externa alguna.»

Asimismo, el TS, en Sentencia de fecha 27 de noviembre de 1989, Sala Tercera, Sección Quinta (Ar. 8327), expresa:

«La circular, evidentemente, rebasa los límites de su naturaleza, que deben de constreñirse a materias propias de la organización administrativa del Instituto, con base al principio de jerarquía que gobierna su estructura, de acuerdo con lo que establece el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo, “los órganos superiores podrán dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares.”»

No es necesario señalar que a pesar del alto grado de dependencia que tales instrumentos acarrear al subordinado, las potestades del su-

perior no son ilimitadas. El deber de obedecer juega dentro de ciertos límites, como veremos, que condicionan la potestad de mando.

J) GABINETES TÉCNICOS Y PRINCIPIO DE JERARQUÍA. LA DESIGNACIÓN Y LA REMOCIÓN COMO REFORZAMIENTO DE LA SUBORDINACIÓN

Por último, apuntar dos situaciones que se ven acrecentadas en las nuevas Administraciones Públicas. De una parte, con la presencia cada vez más activa de los órganos staff, gabinetes técnicos, constituidos por personal eventual o con vínculos de carácter no técnico-profesional que colaboran con el superior en tareas de dirección, planificación y control de la actividad encomendada, realizada de ordinario por el personal profesionalizado, es decir, aquél que hace de su profesión el normal medio de vida, y que convierten su actuación, aquéllos, en jerarquías funcionales, perdiendo, en gran medida, su auténtico carácter de apoyo a la dirección. De otra parte, con las nuevas técnicas de clasificación de puestos de trabajo se facilita, en la práctica, que la designación y la remoción funcionen como elementos que refuerzan el grado de dependencia respecto del superior.

Esta segunda situación (aunque no compartimos la «libertad» de la Administración ni en la designación ni en la remoción, sino, como ya reconoce la vigente legislación, su «discrecionalidad», con reducción de la esfera de actuación a los puestos estrictamente necesarios, debidamente justificado y suficientemente motivado cuando representa revocación de un acto previo) matiza, en la práctica, la aplicación del vínculo de jerarquía, intensificándolo, por cuanto que el titular del órgano inferior ve depender su permanencia en el puesto que ocupa del grado de subordinación y del plus de eficacia que acredite en el cumplimiento de la actividad que se le exige. Cuando, además, tal exigencia no siempre se encauza por los márgenes de lo estrictamente reglamentario, sino también por lisa oposición a lo establecido, porque existan lagunas en la regulación o por cambios de criterios en la actuación política, en ocasiones, socialmente justificada. Y además, a veces, la remoción del titular se produce más por la voluntad de situar en el puesto a otro titular que por la incapacidad probada del que la ostenta.

Como señala la Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 19 de julio de 1986, en recurso interpuesto por la Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda que anunció convocatoria para proveer puestos de trabajo por el sistema de libre designación:

«... la clasificación de puestos de trabajo juega por ello un papel decisivo, tanto desde el punto de vista de la eficacia de la Admi-

nistración como desde la propia perspectiva de las propias garantías del funcionario».

En aquella primera situación se ejerce la técnica de mando, normalmente, mediante órdenes verbales y desviando el sistema de aplicación por grados dentro de cada línea; con lo cual, la orden recibida por el subordinado va impregnada de criterios que refuerzan los vínculos de superioridad y dependencia.

III. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y LOS MOTIVOS DE OBLIGAR EN LAS VINCULACIONES DE CARÁCTER MILITAR, ADMINISTRATIVO Y LABORAL QUE CONFORMAN LA JERARQUÍA ESTRICTA

A) PLUS DE INCIDENCIA PERSONAL DEL RÉGIMEN SANCIONADOR. GARANTÍAS PROCESALES

Aunque las relaciones que se establecen en aplicación del principio de jerarquía son interorgánicas, con las peculiaridades señaladas, los sujetos titulares de los distintos órganos se ven especialmente vinculados por las órdenes dictadas por el superior, trasladándolas a su esfera personal con un plus de subordinación en función del contenido de la relación que se establece o de la institución en que está insertado. Como se ha dicho, la intensidad del mandato varía en función de circunstancias muy diversas⁷.

De tal forma, la desobediencia u obediencia defectuosa del subordinado subjetiviza las relaciones de superioridad imputándole una responsabilidad disciplinaria o incluso penal por su desacato. Responsabilidad reconocida en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, artículo 7.1.a), que considera como grave la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades, y en el Código Penal vigente, Texto Refundido aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de diciembre, artículo 369, por el cual incurre en penas de inhabilitación especial y multa los funcionarios que se negaren a dar el debido cumplimiento a las órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de sus respectivas competencias y revestidas de las formalidades legales, o en los respectivos textos de la jurisdicción militar, Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, que regula el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, artículo 9.16, que considera grave la falta de subordinación cuando no constituya de-

⁷ A. AMORTH: *La nozione di...*, *ob. cit.*, pp. 69 y ss.

lito, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que aprueba el Código Penal Militar, artículo 102, que establece un castigo al militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores.

Por tanto, a la potestad de mando se adiciona la potestad disciplinaria que refuerza el contenido de la orden y condiciona, aún más, la posible desobediencia del subordinado.

Aunque, como ningún derecho es ilimitado, tal grado de vinculación a la orden del superior se ve reducido en sus efectos por confrontación de otros derechos reconocidos constitucionalmente, cuya colisión va siendo depurada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Este Alto Organismo, en Sentencia 21/1981, de 15 de junio, dictada en recurso de amparo por vulneración del artículo 24 de la CE al imponérsele a un militar falta disciplinaria leve sin las debidas garantías procesales, señala:

«En el ámbito militar en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar. La separación entre derecho disciplinario y derecho penal militar adquiere así un relieve especial, pues, dada la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal, bastaría con calificar una infracción de disciplina para así sustraerla a la obligación fundamental de seguir un procedimiento con las debidas garantías» (fundamento jurídico 9).

«No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos, como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión.»

Ante el criterio mantenido por la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar de que la resolución del expediente instruido es firme, por disponerlo así el artículo 1.004 del Código de Justicia Militar, texto legal aplicable en tanto no se desarrollen y configuren las posibles vías de recurso a que hace referencia el artículo 200 de las Reales Ordenanzas, es obligado reconocer la aplicabilidad del artículo 24 de la CE respecto a la posible impugnación de las resoluciones dictadas en los expedientes judiciales. Y señala:

«La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio, basadas en la “relación de sujeción especial” en que se encuentran ciertas categorías de personas, sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que de la naturaleza del procedimiento seguido en el expediente judicial en cuestión no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente. Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas a través de un procedimiento que permita al inculgado ejercitar plenamente su derecho a la defensa» (fundamento jurídico 15).

B) EJERCICIO DE ACCIONES PRIVADAS Y CARÁCTER MILITAR O NO DEL QUERELLANTE

Asimismo, se condicionan los rigurosos efectos de la acción disciplinaria cuando se enfrentan con el ejercicio de acciones privadas, perseguibles a instancia de parte, con distinta evaluación según ostente o no, el querellante, el carácter de miembro de las Fuerzas Armadas, donde la disciplina y la estructura militar es un bien constitucionalmente protegible.

En Sentencia 97/1985, de 29 de julio, dictada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo contra Resolución de la Capitanía General de la Segunda Región Militar, que negó la personación en la cau-

sa seguida en investigación de la muerte del hijo de los demandantes, presuntamente imputable a un Guardia Civil por disparo de arma de fuego, no existiendo relación jerárquica entre las partes (carácter no militar del que pretende acceder al proceso), señala la Sala que:

«... faltando... aquella preferencia en favor del carácter militar de la situación creada ni puede decirse que la pretensión de los demandantes de amparo de personarse en el proceso... sea un valor de tan escaso rango que deba ser relegado o cuyo reconocimiento entre en colisión con intereses preponderantes que sufrirán menoscabo por ello, ya que la institución militar, en general, y la jurisdicción castrense, en concreto, no van a verse perjudicadas porque un derecho que la CE proclama y que el artículo 454.2 del CJM, reduce en parte, siendo plenamente posible... armonizar este derecho con la naturaleza de aquella institución en el proceso, sin mengua para el equilibrio entre valores merecedores igualmente de protección» (fundamento jurídico 3).

«Desde esta perspectiva, la conclusión a que se llega es que si bien el derecho constitucional que concede la acción penal directa puede soportar excepciones, como todo derecho, en virtud de la materia o por la preferencia que deba otorgarse a intereses, también constitucionalmente cubiertos, de condición preferente, razón por lo que no cabe tachar de inconstitucional el artículo 452.2 del CJM; cuando fallan, como aquí sucede, los presupuestos que justifican la excepción, es preciso corregir tal desequilibrio en defensa del principio constitucional de superior o igual valor que queda desamparado» (fundamento jurídico 4).

«... el artículo 452.2 del CJM, pese a estar en pugna con el derecho constitucional a la tutela judicial enlazada con el derecho anunciado en el artículo 125 de la CE, encuentra su convalidación constitucional en cuanto está pensado para evitar disensiones y contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas... las cuales necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la CE le asigna, una especial e idónea configuración de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarla con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados».

La fisura al reiterado derecho constitucional parece falta de fundamento en el presente caso, por lo que se hace necesario una interpretación del artículo 452.2 del CJM, que sin cuestionar su naturaleza constitucional cohoneste con el derecho a la tutela judicial.

Esta interpretación se centra en el ejercicio de la acción privada y siempre que pretenda ser ejercida por un militar frente a otro (estando ambos ligados jerárquicamente), salvo que se trate de delitos perseguibles a instancia de parte.

«Por el contrario, en ocasiones como la presente en las que, de modo manifiesto, el ejercicio de la acción privada por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas y asistidas de un posible agravio directo, por la muerte de un hijo... no represente ningún peligro para la cohesión de éstas, al perder la prohibición la razón que le dota de sentido... permitiendo ... al agraviado o perjudicado personarse en el proceso» (fundamento jurídico 5).

En Auto 121/1984, de 29 de febrero, el mismo Tribunal resuelve de forma distinta una situación similar, inadmitiendo demanda de amparo interpuesto por un militar contra el Decreto del Capitán General de la Primera Región Militar y contra el Auto de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por entender que violan el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales que protege el artículo 24.1 de la Constitución, ocasionándole indefensión por no haberse aplicado el artículo 452 del Código de Justicia Militar, como por haber aplicado la Sala del Consejo Supremo el apartado 2 del mismo artículo, que estima inconstitucional por enfrentarse al artículo 24 referido, por señalar que en el proceso judicial penal militar «en ningún caso puede ejercitarse querrela» cuando se trate de exigir el derecho a ejercerla, por un militar subordinado, frente a un Jefe superior suyo, a quien le imputa la comisión de un delito.

«Este principio constitucional (art. 24.1), concediendo acción penal directa al interesado, sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo imponga la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, pues todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en supuestos de conflicto, un límite para otros bienes y valores de menor entidad, a cuyo efecto este Tribunal debe estar a la ponderación realizada por las Leyes, para conseguir armonizar los diversos bienes o intereses constitucionalmente relevantes, y sólo en el supuesto de que justificadamente entendiere que el legislador padeció equivocación en su función valorativa, debe corregir

sus errores en defensa del principio constitucional de superior contenido» (fundamento jurídico 3).

«La importante función que el artículo 8.1 de la CE asigna a las Fuerzas Armadas representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional para el logro de los altos fines que han de cumplir según dicha norma específica, lo que exige por su naturaleza una configuración idónea y eficaz... diversa por sus peculiaridades a la jurisdicción ordinaria, y muy especialmente en el supuesto que afecte a las relaciones existentes entre el personal militar en sus diferentes grados, al exigir la jurisdicción castrense, por su especial naturaleza, una organización fuertemente apoyada en el sistema jerárquico, manifestada por una situación de sujeción enmarcada en la unidad y disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia...»

«Esta especificidad y singularidad de la jurisdicción militar es la que determina y justifica el carácter constitucional del mandato del artículo 452.2 del CJM, prohibiendo... el ejercicio de la querrela en los procesos castrenses... referido al inferior, que aun constreñido por la disciplina y unidad indicadas, implícitamente quería ejercitarla contra el superior... rompiendo incluso el monopolio acusador del Fiscal Jurídico Militar, puesto que debe entenderse como valor preferente el carácter militar de la situación creada y el mantenimiento de la vinculación y disciplina en el Ejército, que el enfrentamiento jurisdiccional directo...» (fundamento jurídico 4).

C) RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y COLEGIOS PROFESIONALES: RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL

El alejamiento en las relaciones de sujeción especial debilita, obviamente, el estricto ejercicio de la superioridad propia del régimen disciplinario. Pero aunque el ejercicio de la potestad sancionadora de un Colegio Profesional pueda ejercerse sobre un no colegiado, si así lo establecen sus Estatutos, no es aceptable tal supuesto cuando la actividad que se pretende sancionar se produzca por un sujeto no colegiado ni vinculado profesionalmente a la Organización. Así, el TS, en Sentencia de 25 de mayo de 1987, Sala Cuarta (Ar. 5844), se pronuncia en los siguientes términos:

«... aunque es cierto que el artículo 4 (40 debe decir), de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial... permite a los Colegios sancionar a aquellos profesionales de la medicina

que, ejerciendo como médicos, no han solicitado la colegiación... sobre cuya legalidad esta Sala no se pronuncia..., constituye una excepción al régimen disciplinario regulado en el artículo 63 y siguientes de los citados Estatutos, donde se definen las faltas... que en ellas sólo pueden incurrir los colegiados; es decir, los Colegios, respecto de terceros, como sin duda lo es el óptico señor C., pueden para dar cumplimiento a sus facultades y sus obligaciones respecto del intrusismo, denunciar a quien estime incurre en ello, ante la Administración... o en vía judicial... pero no les es factible actuar ellos directamente, respecto de terceros, por cuanto ello rebasa los planteamientos colegiales realizados por la Ley...».

D) AUSENCIA DE SUBORDINACIÓN EN LAS RELACIONES DE PACTO

En similares términos se pronuncia la Sala Segunda del mismo TS en Sentencia de 4 de junio de 1950 (Ar. 1149) al analizar el vínculo jerárquico existente entre los poderes públicos y el personal contratado por la empresa consorciada para la adquisición de determinados productos según autorización otorgada por la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, aunque su Director General fuese nombrado reglamentariamente.

«... los funcionarios administrativos del Consorcio no están ligados por vínculos y deberes legales de subordinación, pudiendo y debiendo negarse a ejecutar los actos opuestos a las disposiciones del poder público, cualquiera sea su rango y de sus órganos representativos, entre ellos la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, facultada expresamente para dictar instrucciones o aquellos que causen lesión al bien jurídico ajeno».

E) MOTTIVOS DE OBLIGAR Y DEBER DE OBEDIENCIA

El deber de obediencia no es un deber ciego e incuestionable, sino que el subordinado ha de plantearse la relación de superioridad dentro de unos límites que condicionan su actuación, es decir, el que manda necesita unos motivos de obligar, fuera de los cuales aquella subjetivización del vínculo jerárquico goza de protección jurídica, incluso de carácter penal como establece el artículo 8.12 del Código Penal vigente, que exime de responsabilidad penal el que obra en virtud de obediencia debida.

La jurisprudencia ha ido estableciendo en una sustanciosa doctrina los caracteres de esta circunstancia, que, en definitiva, afectan al autor responsable de la orden.

La STS de 22 de abril de 1983, Sala Segunda (Ar. 2300), establece tres clases de obediencia: familiar, laboral y jerárquica; declarando que la obediencia jerárquica es la única que excusa y no la laboral, si bien, refiriéndose a este tipo de obediencia, declara:

«... para la aplicación de la eximente es preciso que el receptor de la orden incida en error sobre la licitud de la misma, creyéndola, de buena fe, legítima, o bien que, aun percibiendo la ilicitud de la orden, se vea compelido a aceptarla por no poderle ser exigida otra conducta más conforme a Derecho».

En la *esfera militar* el deber de obediencia, según la misma Sentencia de 22 de abril de 1983, exige:

«... *a*) una orden —pues no basta la mera indicación, Sentencia de 18 de diciembre de 1957 (R. 3269)— emanada de una autoridad superior; *b*) que la orden se encuentre dentro de los límites de la competencia de quien ordena, y *c*) que esté revestida de las formalidades legales; habiendo añadido las Sentencias de este Tribunal de 30 de abril de 1976 (R. 1832), que cita las de 23 de mayo de 1969 (R. 2953), 23 de julio de 1973 (R. 2896) y 22 de mayo de 1974 (R. 2409), que la orden delictiva no vincula al inferior, y que, en todo caso, es indispensable: 1, subordinación del que obedece respecto al que manda; 2, que tal subordinación sea ordenada o reconocida por la Ley; 3, mandato legítimo; 4, que dicho mandato emane desde el campo de las atribuciones del que la ha dado, y 5, que no haya obligación, en el subordinado, de examinar si la orden es justa o injusta».

«En la esfera castrense, como la seguridad y eficacia de los Ejércitos reposa en los pilares fundamentales de la disciplina y de la subordinación, la doctrina sostiene que, en tiempo de guerra, la obediencia ha de ser ciega, inflexible e incondicional, y en tiempo de paz, al no darse en el Código de Justicia Militar un precepto semejante al del artículo 369, párrafos segundo y tercero, del CP común, el subordinado que cumple las órdenes de su jefe natural con el que se halla vinculado jerárquicamente queda exonerado de responsabilidad a menos que lo mandado constituya *atrocitatem facinoris*.»

Se considera, por tanto, que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean

contrarios a las Leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Asimismo, la Sentencia de 25 de febrero de 1986, Sala Criminal (Ar. 903), haciendo referencia a delitos cometidos por bandas armadas, establece que:

«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... que obligue legítimamente, por lo que al subordinado corresponde el deber siempre de examinar si la orden que recibe es justa o injusta, ya que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego a toda orden que reciba del superior, porque si la orden es injusta, no vincula al subordinado, el mandato no puede constituir un *atrocitatem facinoris*.»

En idéntico sentido se pronuncia el mismo órgano en las Sentencias de 30 de diciembre de 1952 (Ar. 2661), 12 de marzo de 1956 (Ar. 773), 11 de marzo de 1958 (Ar. 804), 22 de octubre de 1958 (Ar. 3039), 24 de octubre de 1962 (Ar. 3954), 24 de noviembre de 1962 (Ar. 4407), 22 de octubre de 1964 (Ar. 4553), 30 de enero de 1967 (Ar. 284), 8 de marzo de 1969 (Ar. 1418), 23 de mayo de 1969 (Ar. 2953), 27 de enero de 1973 (Ar. 320), 23 de junio de 1973 (Ar. 2896), 22 de mayo de 1974 (Ar. 2409), 30 de abril de 1976 (Ar. 1832), 1 de julio de 1976 (Ar. 3285) y 18 de noviembre de 1980 (Ar. 4517), entre otras, alguna de ellas ya citadas.

En similares términos se pronuncia el Alto Tribunal en Sentencia de 20 de noviembre de 1989, Sala Segunda (Ar. 8683), en el enjuiciamiento de un delito de violación de domicilio por funcionario público con orden de su superior:

«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 cues-

tión 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 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 pueda ser calificado de invencible según las circunstancias del caso.»

En las *relaciones administrativas* la jerarquía exige, también, características que manifiesten de forma clara la voluntad de ordenar y la negativa a obedecer. Así, la STS de 12 de enero de 1956 (Ar. 184), ante la sanción de destitución impuesta por la Corporación municipal a un funcionario por «desobediencia grave repetida», señala que para que ésta se dé:

«... requiere, según reiterada doctrina, un mandato claro, expreso y terminante, emanado de autoridad competente y con fuerza de obligar, un requerimiento revestido de las formalidades legales a la persona que debe cumplirlo y una obstinada oposición por parte del requerido a hacer lo que se le ordenó por el que tiene facultades para ello...».

Igualmente en la Sentencia de 6 de junio de 1956 (Ar. 2342) el mismo Tribunal, aceptando los considerandos de la apelada, revoca acuerdo municipal que destituya a funcionario por abandono de destino e insubordinación, e indica:

«... no aparece de lo actuado que las órdenes para el dicho reconocimiento fueran precisas, terminantes, ni que el recurrente se opusiera a ellas de una manera rotunda e inmotivada, con ánimo tan sólo de no cumplir y menospreciar los requerimientos de la Alcaldía, sino que puso algunos inconvenientes fundados en sus enfermedades y su carencia de recursos para sufragar, de momento, los gastos que el dicho reconocimiento, pretendido por la Alcaldía, llevara consigo, aunque después fuera resarcido por los mismos...».

«... exigen, según reiterada jurisprudencia, un deliberado propósito expreso e inequívoco de infundada y terminante oposición a las órdenes de la autoridad municipal y un voluntario incum-

plimiento de las obligaciones correspondientes a su cargo reflejado en actos injustificados reveladores del propósito indudable de abandono y dejación de sus peculiares deberes...».

En similares términos se pronuncian las Sentencias del mismo órgano de fecha 8 de febrero de 1966 (Ar. 709) y 10 de abril de 1967 (Ar. 2159), exigiendo ésta que conste por escrito lo ordenado con notificación adecuada y no que «... la Corporación acudió a procedimientos indirectos y confusos...».

Respecto de la *jerarquía laboral*, la jurisprudencia estudia supuestos muy diversos que plantea la relación con criterios nuevos que desde nuestro punto de vista podían tenerse en cuenta en la relación Administración-funcionarios o cuando menos en la relación Administración-personal sujeto al Derecho laboral.

En la STS de fecha 12 de marzo de 1956, Sala Segunda (Ar. 773), se establece una relación entre patrono y empleado en el seno de una Gestoría Administrativa y concluye que la apreciación de la circunstancia eximente establecida para liberar de responsabilidad al inferior en el cumplimiento de órdenes emanadas de sus superiores requiere:

«... además de otros requisitos, el de que exista motivo de obligar, por razón de la obediencia jerárquica entre el que manda y obedece, y como consta probado que aquélla se diera entre los procesados... ya que las relaciones que a ambos les ligaban eran meramente laborales... que no es precisamente de las adecuadas para explicarle tal exención según la doctrina jurisprudencial...».

La STS de 25 de octubre de 1962, Sala Segunda (Ar. 3954), en un supuesto de conducción sin habilitación legal, por tanto *acto voluntario* con infracción de Ley, se establece que:

«... la jerarquía laboral no es suficiente para ordenar a un productor que cometa un delito, y por consecuencia el que da la orden ni actúa dentro de sus atribuciones ni lo mandado, entre formalidades legales».

«..., ni cabe aplicar tampoco la atenuante de analogía... pues realmente no puede establecerse relación entre el funcionario público y su subordinado y el patrón y el productor».

La STS de 24 de noviembre de 1962, Sala Segunda (Ar. 4406), en un supuesto de conducción con fallos mecánicos conocidos por la empresa y por el empleado conductor, la Sala *no aprecia la exención* de obediencia *debida por no ser de Derecho público la relación existente* entre el trabajo y el Gerente de la empresa, que le dio la orden de

conducir, ya que «... ni venía obligado a obedecer... pues conocía la ilicitud de lo mandado...». Y señala:

«... para poder apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal... es preciso que el mal que se teme sea real, eminente y cierto, y no reúne tales condiciones el que se basa en un posible pero cierto despido y no es de tal naturaleza que violenta de tal modo su voluntad que le obligue a realizar el acto ilícito, y... el mal producido como consecuencia de su conducta era previsible y muy superior al que se trataba de evitar...».

Con similar *riesgo de pérdida del empleo*, la Sentencia de 18 de noviembre de 1980, Sala Segunda (Ar. 3285), del mismo Tribunal, se pronuncia con una valoración distinta, derivada de un momento económico-social distinto, señalando para tener en cuenta la eximente las siguientes circunstancias:

«... a) error sobre la ilicitud... b) Que aun percibiéndose la antijuridicidad de la orden se viere compelido a aceptar por no poderle ser exigible otra conducta conforme a Derecho», «una vez que el mandato dado de manera explícita y categórica por el principal a su subordinado pudiera éste arriesgar su empleo...».

Interviene también en la evaluación de la eximente de obediencia debida las *cualidades personales y profesionales del sujeto responsable*. Así, el TS, en Sentencia de 30 de enero de 1967, Sala Segunda (Ar. 284), enjuicia la orden de un encargado a un obrero para realizar un trabajo sabiendo ambos que éste *carecía de conocimientos técnicos para ello*, y señala:

«... porque nunca hay facultades legítimas para ordenar hacer, ni surge la consecuencia obligada de obedecer y ejecutar lo ordenado, cuando el que manda conoce la falta de aptitudes especiales para realizar las que requiere lo ordenado, y el que obedece sabe su incompetencia para llevarlo a la práctica...».

Desplaza, sin embargo la responsabilidad al subordinado cuando éste *reúne aptitudes de especial cualificación*. Así, en la STS de 23 de mayo de 1969, Sala Segunda (Ar. 2953), que califica el acto responsable como propio del recurrente, señalando:

«... sin orden expresa y determinada que obligase legítimamente a un técnico agrícola capaz de discernir lo que podía contener de legítimo el mandato, no procede la estimación...».

E igualmente en la Sentencia de 23 de julio de 1973, Sala Segunda (Ar. 2896), que tras reiterar las características de tal eximente señala:

«Si bien se producía la relación de subordinación jerárquica... conocía que las órdenes que de éste recibían eran patentemente ilegítimas y hasta constituyentes de delito... pues se trataba del Director General del Banco, que por su condición conocía lo que era correcto bancariamente y lo que puede hacerse...» «... por lo que si la resolución habla de que se le ordenó... diversas veces... su subordinación no evita el examen de la legalidad o ilegalidad de las órdenes...».

En el mismo marco del *contenido de la orden* que se da al subordinado, debe destacarse la *precisión con que ésta se formula* a la hora de imputar la responsabilidad. Así el TS, en Sentencia de 22 de mayo de 1974, Sala Segunda (Ar. 2409), señala:

«Que no puede estimarse tampoco tal circunstancia de exención de la responsabilidad criminal cuando lo que se ordena a un trabajador cualificado... por su superior, director o encargado de la empresa, es la realización de un cometido laboral, sin someterlo a reglas fijas y estrictas de actuación, sino dejando su planteamiento y desarrollo al criterio autónomo de aquél, en el curso del que, omite el mismo deberes objetivos de cuidado y previsibilidad, que por imprudencia produjeron el evento, porque entonces la obediencia debida no abarca más que a la orden de trabajo, pero no su expreso desarrollo, no cubriendo la misma la mala realización, no expresamente impuesta, y que además por constituir un delito, si se hubiera dado, no podía vincular al trabajador, que tenía que desobedecer y no acatar el mandato legal».

«Que las clasificaciones laborales realizadas por normas reglamentarias, de profesiones o actividades en que se deslinden los cometidos de los sujetos que actúen como directores, encargados, mandos intermedios, técnicos u obreros, tienen sus efectos puros dentro de las relaciones laborales públicas, pero son meramente indicativas en el orden criminal, que dada su finalidad trascendente ha de estar a la valoración de las conductas realizadas...».

Y en general, la STS de 5 de marzo de 1988, Sala Segunda (Ar. 1563), que sobre la cualificación laboral del autor establece:

«... para descubrir las posibilidades de apreciación de la corrección de la orden habrá que acudir al tipo de trabajo, a la condi-

ción del trabajador y a sus posibilidades más o menos seguras de conocer la ilicitud y de rechazar el mandato porque el deber de obediencia y de lealtad sobre el que el Estatuto de los Trabajadores construye la relación laboral... se detiene cuando se refiere a una actividad constitutiva de una ilicitud jurídica especialmente si ésta constituye... una infracción penal».

La reiteración por parte del empleado a la empresa de cumplimiento de los requisitos legales desvía la responsabilidad, aunque en la colisión de deberes prevalece la conducta legal. El TS, en Sentencia de 8 de marzo de 1969, Sala Segunda (Ar. 1418), indica:

«... pero es cierto que la responsabilidad recae inmediatamente sobre el titular de la empresa y sobre su encargado, a quienes en la práctica no puede el conductor reclamar todos los documentos, salvo aquellos necesarios para circular legalmente; la subordinación laboral y las dificultades reales para formular constantemente exigencias por el inferior desplazan la infracción reglamentaria hacia el encargado no acusado, razonamiento que ha de ser estimado respecto al recurrente, para degradar la imprudencia...».

«... pues como causa de justificación en colisión de deberes, predomina el primordial que en el caso del conductor es realizar bien el transporte antes que obedecer una orden ilegal...».

En análogos términos se pronuncian las Sentencias de 30 de abril de 1970 (Ar. 1832), 10 de diciembre de 1970 (Ar. 5203), 1 de julio de 1976 (Ar. 3285), 21 de diciembre de 1982 (Ar. 7882), 1 de julio de 1987 (Ar. 5142), 26 de enero de 1988 (Ar. 474), 1 de febrero de 1990 (Ar. 1020) y ATS de 20 de diciembre de 1990.

En definitiva, pues, aunque el ejercicio de la superioridad se reforce al repercutir sobre la esfera patrimonial y personal del sujeto titular del órgano al que se dirige el mandato, no es una potestad ilimitada ni libre sino que su aplicación está sujeta a diversas condiciones que afectan tanto a los requisitos subjetivos como objetivos de la orden, así como a su propio contenido.

La orden ha de fundamentarse en la legalidad, impartirse por aquel que tiene atribuidas las competencias y ateniéndose a las formalidades establecidas por la norma. El mandato ha de ser objeto de examen por parte de su destinatario y determinar éste su acatamiento o incluso el deber de desobedecer si es ilícita. La obediencia, el incumplimiento o su defectuoso acatamiento por demora en la ejecución, por atenerse a nuevas condiciones, etc., debe considerarse en razón al contenido de

la orden dada y de las cualidades personales o profesionales del destinatario. Por tanto, como se ha dicho, la orden jerárquica no es ciega ni ajustada a las circunstancias de la obediencia debida por los hijos respecto a las órdenes de los padres. Sus características se reflejan por la jurisprudencia citada en los siguientes términos:

1. El mandato ha de ser legítimo, producido por persona que ostente poder o supremacía y acomodado a las normas legales que lo ampare.

2. La persona que recibe la orden ha de ser subordinada a la persona que manda, según disposición o reconocimiento de la Ley.

3. La orden ha de pertenecer al ámbito de atribuciones del sujeto que la produce.

4. Al subordinado le corresponde siempre el deber de examinar si la orden que recibe es justa o injusta, y sólo en el primer caso o cuando así lo crea con error invencible, puede quedar al margen de toda responsabilidad criminal, más que por causa de justificación que elimine la antijuridicidad, en caso de conflicto de deberes, por obediencia jerárquica legal, pues no puede operar si el mandato constituye delito o ilegalidad misma, y se conoce por el subordinado lo que ha de producirse, de no constar determinado lo contrario, pues lo ilegal criminal normalmente no se ignora.

IV. JERARQUIA DEBILITADA: LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE OPOSICIONES Y CONCURSOS, LAS DECISIONES DE LAS MESAS DE CONTRATACION Y EL DERECHO AL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION

Cuando las relaciones interorgánicas se producen entre titulares dentro del mismo sector de la organización, pero el inferior nace con cierta vocación de neutralidad, es sabido que el principio de jerarquía se aplica condicionadamente. Se trata de una jerarquía debilitada por cuanto que el superior tiene la posibilidad de dar instrucciones sobre la actuación del inferior, la potestad, incluso, de revisar sus actos en vía de recurso, pero carece de la vinculación interna de la jerarquía ordinaria por cuanto no puede determinar el contenido mismo de su actuación.

Las características de estos vínculos se han ido determinando por la doctrina y por la jurisprudencia, pero aún mantiene tintes de contenido muy diverso y a veces confuso.

En las relaciones con los tribunales de oposiciones y concursos el grado de dependencia, vía revisión de sus actos por la autoridad que nombra a su Presidente, varía en función del carácter más o menos reglado o discrecional de su actuación; de forma que la jurisprudencia

es casi unánime en afirmar la no revisión por la Administración de los actos de los Tribunales de oposición y, sin embargo, hay cambios de criterios cuando se trata de revisar la decisión adoptada en aplicación de baremos a través de concursos.

La STS de fecha 28 de noviembre de 1983, Sala Cuarta (Ar. 5983), plantea la diferente apreciación por la Administración entre un sistema y otro de acceso a las Administraciones Públicas, y dice:

«Que... es necesario distinguir entre el poder de los tribunales (de oposición) encargados de valorar los ejercicios de los participantes en el sistema de oposición, y el que detenta la Administración en supuesto como el que nos ocupa (concurso), puesto que los méritos de los aspirantes sólo pueden ser tenidos en cuenta con estricta sujeción a los tipificados en el baremo..., que están expuestos de forma extremadamente concreta y detallada, con el fin de evitar cualquier tipo de discrecionalidad administrativa o judicial.»

«Que existen razones, teóricas y prácticas, que justifican plenamente el amplio poder concedido a los Tribunales examinadores, cuando éstos tienen que valorar, a bases sólo de sus conocimientos científicos o técnicos, el nivel de los participantes a través de los ejercicios realizados dentro del propio proceso de oposición; poder que se ha venido considerando como una competencia técnica, necesitada en su desarrollo de un margen inevitable de discrecionalidad, no revisable, dentro del núcleo esencial de la función que les ha sido asignada, aunque no en otros aspectos, como los relacionados con la regularidad del procedimiento seguido, y demás formalidades legalmente exigibles, lo que ha sido objeto de una constante confirmación jurisprudencial..., discrecionalidad que se acepta como cosa irremediable, y que, de lo contrario, se necesitaría constituir otro tribunal sobre el primero, que, a su vez, suscitaría en sus decisiones las mismas dudas y perplejidades, lo que atentaría al principio de seguridad jurídica; razones que no concurren cuando los méritos a contrastar están previamente tipificados..., concretados y objetivados..., por lo que aquí el control de la actuación administrativa ha de ser riguroso y exhaustivo.»

Asimismo, en la revisión de un *concurso libre de méritos* para selección de personal médico, la Sala Cuarta del TS, en Sentencia de 26 de junio de 1984 (Ar. 4645), establece:

«Que a la luz de cuanto se ha expuesto no cabe alcanzar otra conclusión que la improcedencia de la irregular y arbitraria ac-

tuación de la Delegación General del Instituto Nacional de Previsión al inmiscuirse indebidamente en el Concurso con actos que si por un lado... implican la arrogación de atribuciones conferidas por el ordenamiento a la discreción del tribunal censor cuyo ejercicio u omisión por éste no admite fiscalización ni subrogación..., por otra parte, cual ocurre con el reenvío so pretexto de posibles irregularidades en la “valoración de los méritos” para nuevo estudio y juicio, entrañan la imposición extralimitada de un sistema de calificación diferente radicalmente a que el tribunal, en ejercicio de su competencia, acordó en la primera sesión... ante cuya conclusión se impone en Derecho tanto la íntegra revalidación de la situación derivada de la actuación del tribunal Censor del Concurso y traducida a la propuesta elevada... la cual, en cuanto vinculante para la Administración, reclama imperativamente la posterior aprobación...».

En similares términos se pronuncia el Alto Tribunal en un *concurso de méritos* para selección de profesorado universitario; Sentencia de 2 de julio de 1985, Sala Quinta (Ar. 3539), que señala:

«Que en consecuencia, la propuesta de la Comisión especial vincula a la Administración... o si la estimaba ilegal procediendo a su revisión acudiendo al procedimiento establecido en el artículo 109 y siguientes de la LPA, pero no era ajustada a Derecho la devolución a la Comisión especial para que formulara una nueva propuesta... ni iniciar los trámites para nombrar una nueva Comisión...»

En el estudio de un *concurso-oposición* convocado en la Administración Local, la Sala Cuarta del TS, en Sentencia de 17 de abril de 1986 (Ar. 2795), reitera los criterios de distinción entre la oposición y el concurso, pero estableciendo, tal vez, un control más estricto sobre este sistema:

«... aunque es cierto que para calificar los ejercicios, teóricos o prácticos, de una oposición el tribunal goza de una soberanía y discrecionalidad inevitable, que no consiente objeción, contradicción o revisión por parte de la Administración llamada a aprobar su propuesta ni por la jurisdicción contenciosa..., en cambio, no dispone de aquéllas —pudiendo, en consecuencia, ser fiscalizado y revisado su proceder en toda su extensión— cuando se trata de la estimación de méritos y de aplicar el baremo correspondiente, por ser éste “un elemento objetivo y normativo que impone un respeto incluso superior al concedido a las bases espe-

cíficas de la convocatoria del concurso o del concurso-oposición, aunque de ella se diga que constituye la Ley de la correspondiente prueba selectiva"...» «... porque la consignación de unos y otros y el consiguiente baremo suponen el establecimiento de un sistema de selección totalmente reglado del que tales tribunales no pueden apartarse, que, precisamente, por excluir toda discrecionalidad y arbitrio hace que en estos casos su resolución tenga el simple carácter de propuesta de selección necesitada para su validez de la aprobación por la Administración convocante, mediante un acto de efectiva y auténtica comprobación y revisión que, a su vez, es comprobable y revisable ante la jurisdicción en que se actúa».

Con distinto criterio, más amplio, resuelve la Sala Cuarta del TS la cuestión que se le plantea en Sentencia de 27 de junio de 1986 (Ar. 4900), aceptando los considerandos de la apelada y dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de octubre de 1984, al establecer los tres sistemas como propios para el ingreso y señalar que:

«... las resoluciones de los Tribunales u órganos calificadoros, excepto en los casos en que las actuaciones tengan carácter de mero informe, vinculan a la Administración sin perjuicio de que ésta pueda proceder a su revisión conforme a los artículos 109 y siguientes LPA».

Acepta la jurisprudencia la *revisión de las decisiones* de los tribunales calificadoros cuando ante la Administración que los ha nombrado se interpone el correspondiente *recurso administrativo*; en cuyo caso, por Sentencia de 21 de enero de 1987, Sala Quinta (Ar. 258), en recurso interpuesto contra concurso resuelto para selección de profesores universitarios, señala:

«Los juicios técnicos que emiten las Comisiones valorando la documentación y trabajos de los aspirantes... no pueden ser sustituidos por una decisión de la Administración ni por ende por un pronunciamiento de los tribunales de este orden jurisdiccional... La Administración se encuentra, en principio, vinculada por las resoluciones de los tribunales u órganos calificadoros designados para juzgar las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración Pública, y prueba de que las calificaciones efectuadas por aquéllos no pueden ser sustituidas por una decisión de la Administración es que cuando ésta revisa, conforme a los artículos 109 y siguientes de la LPA (o en vía de recurso), las resoluciones de dichos órganos, deben practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad...»

En similares términos se pronuncia la Sala Tercera, Sección 9, del TS en Sentencia dictada con fecha 2 de noviembre de 1990 (Ar. 8680), aceptando los considerandos de la apelada y dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de diciembre de 1987 y precisando la potestad con que actúan los tribunales calificadoros:

«... queda fuera del ámbito que le es propio el enjuiciamiento de la capacidad científica de los aspirantes, cubriendo solamente el área de confrontar el juicio objetivo de los examinadores con los criterios de selección que previamente hayan tomado...».

«Es dudoso que los tribunales de exámenes o de concursos ejerzan potestades administrativas delegadas y más dudoso aún que el voto de cada miembro de Comisiones calificadoras se pueda considera como potestad administrativa...»

Analizando desde el ángulo de la competencia la *capacidad revisora* de la Administración de la decisión adoptada por los tribunales calificadoros, la Sala Cuarta del TS, en Sentencia de 6 de octubre de 1987 (Ar. 8305), revocando la dictada por la Audiencia Territorial de Granada de 3 de junio de 1985, dice:

«... la Sala Territorial ha estimado que el acto en cuestión... no es susceptible de convalidación al haber sido dictado por dicho Tribunal y no por la Corporación municipal...». Esta Sala no comparte el criterio que acaba de expresarse... De la doctrina que acaba de indicarse claramente resulta que el acto administrativo de que se trata era susceptible de convalidación al estar ante un supuesto... de incompetencia por razón de la jerarquía o grado».

En términos generales, véanse las Sentencias del TS de fechas, 26 de abril de 1926, 7 de enero de 1932 (Ar. 2462), 16 de marzo de 1940 (Ar. 256), 23 de marzo de 1945 (Ar. 333), 10 de octubre de 1946 (Ar. 1051), 3 de marzo de 1947 (Ar. 405), 11 de enero de 1949 (Ar. 15), 28 de noviembre de 1984 (Ar. 5983), 11 de marzo de 1985 (Ar. 2854), 23 de mayo de 1985 (Ar. 2940), 3 de noviembre de 1986 (Ar. 4900), 9 de mayo de 1988 (Ar. 4076), 13 de junio de 1988 (Ar. 5327), 7 de diciembre de 1988 (Ar. 9339), 22 de diciembre de 1988 (Ar. 9646), 14 de marzo de 1989 (Ar. 2301), 18 de enero de 1990 (Ar. 81) y 7 de diciembre de 1990 (Ar. 10139), entre otras.

Con una visión más reforzada del principio de jerarquía pero condicionada también en su aplicación, se muestra el vínculo que se establece entre la Administración contratante y la Mesa de contratación

nombrada por ella para seleccionar al adjudicatario. Como señala el TS en Sentencia dictada el 19 de junio de 1985, Sala Cuarta (Ar. 4147), confirmando la de la AT de Barcelona de 10 de mayo de 1983, la decisión del jurado calificador no es vinculante, pero tampoco puede vaciársele de contenido:

«... que aun cuando el juicio de la Corporación sea discrecional... esta discrecionalidad no puede ser absoluta, porque tiene dos límites que la hacen inviable, uno el del artículo 13 de las Bases... en virtud del cual se daba unas facultades al jurado calificador de las plicas presentadas que indudablemente ha de tener un valor que, aunque no es vinculante, tampoco puede vaciársele de contenido, porque en otro caso hubiera sobrado la función del mencionado jurado, y como éste propone unánimemente como plica ganadora del concurso la de los hoy actores, mientras que la adjudicada por la Administración demandada ocupa el tercer lugar, según se ha dicho en los antecedentes, es forzoso concluir que para escoger ésta que figuraba detrás —en dos puestos— debió razonarse adecuadamente como determina y orienta el artículo 43 LPA».

«Que lo primero que revela esta actuación municipal es la consecuencia de designar un jurado seleccionador con miembros tan cualificados, sin duda para conseguir el mayor acierto en la elección del contratista, y con el mayor rigor, para luego desentenderse de la propuesta del mismo, convirtiendo su actuación en superflua y dilatoria...»

En un tercer supuesto, la relación superioridad-subordinación se debilita aún más por la existencia de derechos preferentes y contrapuestos que condicionan el ejercicio del principio de jerarquía estricto por parte de la Administración sobre sus subordinados. En la jurisprudencia que citamos entra en colisión tal principio con el libre ejercicio de la profesión reconocido por el artículo 36 CE.

Así, el TS, en Sentencia de 18 de octubre de 1989, Sala Tercera, Sección 1 (Ar. 7411), confirmando los considerandos de la apelada y dictada por la AT de Madrid de 26 de octubre de 1987, señala:

«Todo lo dicho permite sostener que la libertad de prescripción del médico, que es una auténtica manifestación de la libertad de ejercicio profesional consagrado en el artículo 36 de la Constitución, no puede ser restringida en modo alguno ni por una resolución o circular de un Director Provincial del INSA-LUD, ni por un reglamento de la Administración —y así lo ha proclamado tanto el TC como el TS—. Solo la Ley puede restringir esa libertad fundamental».

«... debe subrayarse que una cosa es controlar e inspeccionar la labor del médico de la Seguridad Social... y otra muy distinta es ordenar cómo debe ejercer el médico su profesión al valorar si ha prescrito de forma idónea. Porque la idoneidad o no del médico para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo, constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración por la vía de dictar autos, resoluciones, circulares o instrucciones».

Y asimismo la Sentencia, ya citada, del Alto Tribunal de fecha 27 de noviembre de 1989, Sala Tercera, Sección 5, confirmando también la de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1988, indica:

«... sin poder negarse la potestad de organizar la prestación de la asistencia farmacéutica, no es al Instituto gestor a quien compete dar normas al respecto, a través de una Circular que entra de lleno en “campos que requerirían su regulación mediante norma del rango adecuado, ya que, en definitiva, se viene a restringir la libertad del médico en orden a la determinación del tratamiento que ha de seguir el paciente y el mismo derecho de éste a obtener la dispensación del medicamento que el facultativo competente le haya prescrito”».

V. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS LIBERTADES PUBLICAS DEL SUBORDINADO FRENTE A POTESTADES DE DIRECCION, ORGANIZACION Y MANDO

La doctrina jurisprudencial se ocupa también de delimitar el marco de confrontación que surge entre la aplicación estricta del principio de jerarquía, con la graduación e intensidad que se requiera, y la protección constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sirva de ejemplo la que a continuación se cita sobre el ejercicio de la libertad de cátedra, de la libertad de expresión, de la libre circulación, de la autonomía universitaria o de la tutela efectiva a los Jueces y Tribunales, que ya queda indicada.

Del contenido esencial reconocido a la *libertad de cátedra*, tanto positivo como negativo, nos interesa ahora destacar como nota definitoria el derecho a la exposición de las doctrinas científicas y su enseñanza, sin control o censura previa; habilitador, por tanto, de resistencia a cualquier mandato de dar a tal enseñanza una orientación que implique un determinado enfoque de la realidad material, histórica o social. Pero, sin embargo, no puede llegar a identificarse como el dere-

cho de su titular a autorregular íntegramente y por sí mismo la función docente en todos sus aspectos, al margen y en total independencia de los criterios organizativos de la dirección del centro universitario.

El titular de este derecho no puede ser ajeno a la tarea de los poderes públicos de inspeccionar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes, ni tampoco puede convertirse en omnímodo señor frente a los derechos de los alumnos.

De tal manera, el TS, en Sentencia de 10 de febrero de 1989, Sala Quinta (Ar. 1001), confirmando el contenido de la sentencia apelada de la AT de Madrid de 27 de marzo de 1987, desestima recurso interpuesto contra Acuerdo de la Junta de Gobierno de Escuela Universitaria de Estudios Empresariales que establece *normas sobre evaluación de los alumnos* en una determinada materia, analizándose también la *capacidad organizativa del Centro*, y declara que tales actos no vulneran los derechos reconocidos en el artículo 20.1.c) ni la libertad de producción científica.

«... pues no suponía el establecimiento de una censura previa a la actuación del profesor, ni la imposición de un sentido ideológico a la enseñanza que impartía, ni implicaba que se le señalase cuál debiera ser el contenido de las asignaturas o el método de enseñanza a seguir, que son aspectos que pueden entenderse comprendidos en la libertad supuestamente conculcada, pero que no se ven afectados por las medidas académicas impugnadas, que claramente aparecen dirigidas a proteger el derecho a la educación de los alumnos y el buen orden de funcionamiento del Centro, y que, por tanto, podían ser legítimamente adoptadas por el órgano de procedencia».

En similares términos se pronuncia la Sala Tercera, Sección 7, del Alto Tribunal en Sentencia de 30 de noviembre de 1989 (Ar. 7953), ante recurso interpuesto contra el artículo 129.2.d) de los Estatutos de la Universidad de Sevilla, que establecen que «tanto los exámenes parciales como los finales versarán sobre el temario propuesto por el Departamento. En el caso de que éste no se impartiera en su totalidad, versará sobre la materia acordada entre profesor y estudiante. De no producirse acuerdo arbitrará el Consejo de Departamento, oída la Comisión de Docencia del Centro». Colisión, pues, entre la *competencia del Departamento*, como unidad administrativa de la Universidad, *para ordenar la docencia* y el ejercicio del derecho a la libertad de cátedra.

En la Sentencia apelada y dictada por la AT de Sevilla de 19 de julio de 1988 se declaró que el inciso «... propuesto por el Departamento...» vulnera el principio de libertad de cátedra. En la apelación, el TS puntualiza ante todo que «... el Catedrático o Profesor Titular

encargado de la cátedra es el competente para redactar el programa o temario a impartir, por constituir una manifestación del de libertad de cátedra reconocido en el artículo 20.1.c)...», pero falla estimando que el citado inciso «... propuesto por el Departamento...» no vulnera tal derecho fundamental, sino que sólo establece la intervención del órgano universitario para el caso de que el programa no se impartiera en su totalidad, pero sin entrar a determinar el Departamento quién elabora el programa.

«El inciso no dice concretamente ni quiere decirlo, que sea el Consejo de Departamento el competente para determinar el temario o programa a impartir, (facultad que corresponde al titular de la cátedra...), si se interpreta en el conjunto de todo el artículo 129, que tiene por objeto exclusivamente regular los sistemas de evaluación y calificación por curso partiendo de las clases teóricas y prácticas que se realicen, los trabajos presentados, los exámenes parciales y cualesquiera otras pruebas que se practiquen, refiriéndose el apartado d), en el que se integra el inciso..., al temario, de cara a discutir el supuesto de que no se impartiera en su totalidad, pero sin entrar a hacerlo sobre quién deba ser el encargado de redactarlo...»

En Sentencia dictada por la AT de Bilbao de fecha 4 de septiembre de 1985, ante recurso interpuesto contra resolución del Rector de la Universidad del PV que desestima por silencio administrativo petición deducida por un profesor ante las autoridades académicas de que le sean asignados grupos y clases de la asignatura que imparte y no ocupaciones transitorias en unidades departamentales distintas a la que está adscrito, se enfrenta de nuevo el mismo derecho subjetivo y la *competencia organizativa de la Administración* universitaria, y se indica:

«... no ofrece duda que la negativa de los órganos académicos de la Facultad de... a la asignación al actor de las responsabilidades docentes para cuyo desarrollo fue contratado por la Universidad..., repercute en el contenido prestacional inherente al derecho a la libertad de cátedra... habiendo de ser tenida como una violación del mismo, tanto la no inclusión... en la distribución de la carga docente encomendada al Departamento... como la denegación... de la reclamación dirigida al Rectorado... para obtener el efectivo cumplimiento del derecho al desarrollo de la actividad docente para que fue contratado».

La misma doctrina se mantiene por el TC en la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, dictada en Recurso de Inconstitucionalidad contra

la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, que regula el Estatuto de Centros Escolares, fundamentos jurídicos 7 a 11, y en Auto 457/1989, de 18 de septiembre.

En segundo lugar, la colisión entre el respeto debido a las Instituciones, especialmente a las representativas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por la misión que la propia Constitución le encomienda, y a las propias autoridades, por lo que en sí representan, y los derechos fundamentales a la *libre expresión*, al *derecho a la información* y al *ejercicio libre de la sindicación*, exige un meditado análisis para determinar sus contornos generales, y caso por caso, bajo el carácter limitativo que todos los derechos en sí tienen.

La Sentencia 81/1983, de 10 de octubre, del TC dictada en recurso de amparo contra sendas Resoluciones de la Dirección General de la Seguridad del Estado, de fechas 21 de febrero y 21 de junio de 1981 ambas, señala:

«... la consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3... son factores... que contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano. También éste, en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, encuentra límites..., pero el funcionario se encuentra, además, con otros límites derivados de su condición de tal». «... por otra parte no todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los Cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna...» «Fruto de esa labor de interpretación... la doctrina y la jurisprudencia suelen admitir que algunos de los criterios utilizables con tal fin son el de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental de libertad pública pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos...» (fundamento jurídico 2).

«Según la Constitución, en su artículo 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio constitucional se convierte en deber de “respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos” para los funcionarios sujetos al Reglamento orgánico de la Policía gubernativa de 17 de julio de 1975...» «Considera falta grave... “la desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades... (y) “las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de sus superiores”...»

«La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía y la misión que el artículo 104 de la CE atribuye a dicho Cuerpo... obli-

ga a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria...» (fundamento jurídico 3).

Asimismo, la Sentencia 69/1989, de 20 de abril, del Alto Organo constitucional, deniega recurso de amparo contra acuerdo de la Dirección General de Policía de 25 de febrero de 1985, que sanciona con falta grave a un funcionario por manifestaciones públicas vertidas en prensa censurando una conducta concreta de la autoridad que supone una gravísima falta de respeto a la misma, «... en contradicción con el principio de jerarquía establecido en el artículo 103 de la Constitución...».

Haciendo referencia a la Sentencia citada, 81/1983, ésta señala que los límites específicos al ejercicio de los derechos de expresión y sindicación han de ser interpretados restrictivamente. Pero el artículo 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración, subrayado especialmente en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Principio de jerarquía y subordinación que se traduce en un deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos.

«Este límite específico no significa, desde luego, que haya de entenderse excluida toda libertad de crítica de los integrantes del Cuerpo y Fuerzas de Seguridad hacia sus superiores jerárquicos, o constreñido el ejercicio de la libertad sindical de los mismos, en defensa de sus derechos o intereses profesionales, pues en tal caso se desconocería el contenido esencial de los derechos reconocidos en el artículo 20.1.a) y 28.1 de la Constitución, máxime si se tiene en cuenta el valor preferente que, según reiterada doctrina de este Tribunal, ha de reconocerse a las libertades de información y expresión» (fundamento jurídico 2).

El mismo TC, en Sentencia 143/1991, de 1 de julio, otorga amparo en recurso interpuesto contra sendas Sentencias de la AT de Granada, de 3 de octubre de 1985, y del TS, de 25 de noviembre de 1988, por considerarlas contrarias a la libertad de expresión y a la actividad sindical ejercida por funcionarios públicos que prestaban servicios en centro penitenciario. Y establece:

«El ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones Públicas reconocido en la Constitución (art. 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades, derivadas, lógicamente, de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por man-

dato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1 de la CE) y que no pueden ser objeto de subversión y menoscabo» (fundamento jurídico 5).

Con referencia al Cuerpo Superior de Policía, el TS, en Sentencia de 15 de abril de 1985, Sala Tercera (Ar. 1761), confirma la doctrina citada, estableciendo:

«El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación... para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección del libre ejercicio de los derechos y deberes de los ciudadanos..., y estos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro... si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios de tales Cuerpos que desempeñen puestos de libertad sindical pudieran legítimamente realizar actos de crítica pública contra sus superiores...»

Sin embargo, teniendo en cuenta la condición política del recurrente, miembro de un partido político además de funcionario municipal, el TS, en Sentencia de 26 de marzo de 1986, Sala Tercera (Ar. 1159) deniega la apelación presentada por la Corporación ante la Sentencia dictada por la AT de Granada, que falló contra acuerdo dictado por la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento que imponía sanción disciplinaria a un funcionario por manifestaciones vertidas en reunión política celebrada con periodistas y miembros del partido. Y señala:

«... el derecho de expresión tiene dos límites naturales y normales que se tienen establecidos en la Constitución..., ahora bien, no se puede, en el supuesto concreto desconocer cómo la actuación sancionadora se centra en la cualidad funcionarial y en su dependencia a la Corporación Municipal, exponiéndose y justificándose como la crítica, y en definitiva el derecho a la libre expresión exteriorizada pugna por exceso con las obligaciones de dependencia y jerarquía, con exclusión de la otra cualidad, así como del carácter político de que se encontraba impregnada la entrevista celebrada...»

Por último, sirven de invocación los posibles perjuicios que pueden causarse a terceros para limitar, mediante Instrucciones, el ejercicio del derecho a manifestarse una Organización Sindical en el seno de las instituciones públicas. Así, en Sentencia de 13 de enero de 1988,

Sala Quinta (Ar. 266), el TS revoca la sentencia apelada de la AT de Madrid de 27 de marzo de 1987, que estimó recurso interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra acto del Director Provincial del INSALUD que da Instrucciones sobre la forma de realizarse las relaciones con los medios de comunicación social.

Señala el Tribunal que las citadas normas establecidas de una forma general e indiscriminada para todo el personal de los Centros dependientes de la Dirección Provincial, infringe el derecho fundamental de libertad de expresión, que requiere una ausencia de intromisiones de las autoridades en el proceso de comunicación del ciudadano con sus semejantes.

«... ahora bien, esta vulneración del derecho de libertad de expresión no puede estimarse se produzca por el hecho de que la norma impugnada... exija la previa autorización del Director del Centro... para poder realizar en él..., por el personal de Centro, declaraciones, reportajes o comunicaciones con la prensa, ya que con tal condicionamiento se protege el normal funcionamiento de la actividad a desarrollar en dicho Centro, preservándose los posibles perjuicios que podrían ocasionarse a las personas asistidas en los Centros dependientes del Instituto Nacional de Salud... si se vieran afectadas por declaraciones... entorpeciendo y dificultando el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución».

En similares términos y con carácter general se pronuncia también el TS en Sentencias de fecha 25 de abril de 1985, Sala Tercera (Ar. 2182), de 9 de diciembre de 1986, Sala Tercera (Ar. 7121), de 27 de enero de 1987, Sala Quinta (Ar. 630), entre otras. Y el TC, en Sentencia 141/1985, de 22 de octubre, denegando recurso de amparo interpuesto contra Real Decreto 1346/1984, de 11 de junio, sobre Régimen Disciplinario del Cuerpo Superior de Policía y contra la Sentencia del TS de fecha 18 de enero de 1985, Sala Tercera.

El reconocimiento a la *autonomía universitaria* recogida en el artículo 27.10 de la CE se fundamenta en el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación. La protección de estas libertades frente a las injerencias externas constituye la razón de ser de la autonomía universitaria, señala el TC en Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Autonomía Universitaria.

De tal forma, limita el ejercicio del poder público por parte de los órganos generales del Estado o de las Comunidades Autónomas con

competencia plena en materia de educación, y, por contra, afirma la exclusiva potestad universitaria en contenidos exclusivamente universitarios, «... en ningún caso será posible la existencia de controles genéricos o indeterminados».

Con tales fundamentos declaraba inconstitucional el párrafo tercero del artículo 43 que habilitaba la revisión de la decisión de un órgano universitario (la Comisión evaluadora de las resoluciones dictadas por las Comisiones nombradas para resolver los concursos de acceso a plazas de profesores convocadas) por el Consejo de Universidades, señalando «... que es un órgano no estrictamente universitario».

VI. REFLEXION FINAL

La aplicación del principio de jerarquía en las modernas organizaciones administrativas no ha variado sustancialmente, a nuestro criterio, atendiendo a la jurisprudencia analizada. Lo que ha cambiado, si se quiere, son sus contenidos, como consecuencia del respeto debido al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del sujeto físico titular de un órgano administrativo, o tal vez, debido más a la eficacia del sistema de garantías procesales reconocido constitucionalmente.

En aras a la garantía también constitucional de ciertas Instituciones, así como a la obediencia debida a las autoridades y superiores que ostentan la responsabilidad máxima de su funcionamiento, el mandato y por consecuencia la subordinación del inferior han de ser práctica necesaria en las Administraciones Públicas. Pero sobre todo, como se ha dicho, la jerarquía expresa un comportamiento, una conducta, imprescindible en todo centro de toma de decisiones para alcanzar la unidad dentro de la complejidad organizativa y de la diversidad competencial propia del sistema. Esos han de ser los efectos jurídicos de este estándar organizativo.

La coordinación y la cooperación matizan el contenido de autoridad inserto en el principio de jerarquía interorgánica, pero buscando también la unidad dentro de la diversidad. Lo que nos parece negativo y por tanto criticable es que el ejercicio de la jerarquía se fundamente en valores ajenos a la organización que, de una parte, condicionan las garantías del subordinado y, de otra, centralizan la decisión quebrando el esquema propio de una Administración descentralizada que es donde, en definitiva, tiene o debe tener su mayor juego el principio que hemos estudiado.

Documentación

