

La nozione di gerarchia (*)

El concepto de jerarquía, en el desarrollo recibido en nuestra doctrina, viene determinado fundamentalmente por una estrecha relación con el principio de jerarquía, entendido éste como el principio ordenador de la Administración pública que el Derecho ha sancionado como tal. Así pues, si se observa que la coordinación efectiva y real se consigue sólo a través de la subordinación, se debe afirmar que el principio de jerarquía no puede actuar jurídicamente más que en una particular relación de subordinación.

Fijado este dato, que está en nuestro Derecho positivo y sobre el cual

toda doctrina se encuentra de acuerdo (1), surge inmediatamente la dificultad de individualizar el tipo de relación. Está claro, en efecto, que al restringir el estudio del principio de jerarquía a la relación jerárquica no basta con definirla como una relación de subordinación, porque el de subordinación es un concepto genérico (2) que debe ser necesariamente calificado, pues esa calificación investe la relación entera en lo que toca a los sujetos, a los contenidos y a su eficacia. No basta, a este fin, con calificar como relación interna (3) a la re-

(*) El presente texto es un fragmento (que comprende las páginas 7 a 20) del libro de Antonio Amorth, *La nozione di gerarchia*, Milán, 1936.

(1) Que sea el único dato seguro parece también de ESPOSITO, *Organo, ufficio, ecc.*, cit., p. 64.

(2) V. ya: JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milán, 1912, p. 236, para la distinción entre relación de autoridad y relación de superioridad, y también RANELLETTI, *Principi*, cit., p. 236; para la distinción, esta vez, entre subordinación jerárquica y la supremacía que deriva de la simple vigilancia; CAMMEO, *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, Milán, s.d., p. 436; DE VALLES, *Teoria giur.*, I., cit., p. 32. V. nuestra distinción entre relación de subordinación y relación de desigualdad.

(3) Sobre el concepto de relación interna, cfr.: RANELLETTI, *Principi*, cit., p. 236; ZANOBIANI, *Le norme interne di diritto pubblico*, Milán, 1915, extracto de la «Rivista di Diritto pubblico», 1915, II.

lación jerárquica, circunscribiéndola al ámbito interno de la Administración pública, porque la calificación de relación interna, si bien determina consecuencias relevantes sobre la eficacia jurídica (plena en el ámbito de la Administración pública) y sobre su valor jurídico en relación con otros sujetos (es decir, en sus efectos respecto a terceros), no es suficiente para individualizar la relación. Y no la individualizada, por la sencilla razón de que, mientras existan normas referibles, más o menos explícitamente, a la relación jerárquica, existen también muchísimas otras normas, generales y particulares, que establecen una infinidad de relaciones distintas entre los elementos constitutivos de la Administración pública. En virtud de estas últimas, por ejemplo, se confía a algunos órganos administrativos un poder de dirección sobre la actividad de otros, o se afirma que ciertos funcionarios dependen de otros con carácter general o en relación con determinadas competencias, o se establece que lo actuado por ciertos órganos debe ser controlado por otros, atribuyendo a éstos la facultad de reforma y de anulación. En suma, hay un confuso reconocimiento de potestades y de sujetos obligados que esperan de la doctrina una sistematización homogénea soportada en unos principios comunes.

De todo esto se deduce que, así como podemos estar de acuerdo en

definir la relación jerárquica como una relación de subordinación que se produce en el ámbito de las Administraciones públicas, podemos muy bien, asimismo, disentir de la afirmación de que dicha relación actúe exclusivamente entre los órganos y no entre los titulares, pues faltan en ambos casos las demostraciones acabadas de una o de la otra afirmación.

Por otra parte, nos enfrentamos a la dificultad de distinguir, dentro de la multiplicidad de relaciones que se dan entre los órganos y sus titulares, cómo influye el elemento jerárquico en las diversas sistematizaciones, lo que ha sido analizado por nuestra doctrina.

Tres vías han sido seguidas a este fin. Para unos, la relación jerárquica es una relación compleja que viene calificada por el *objetivo de la coordinación* (4). En esencia, abarca todas aquellas relaciones que ponen al superior frente al inferior, de manera que, junto a los poderes que corresponden a un órgano superior en relación con la actividad del departamento inferior (poderes de control, de sustitución, de avocación, etc.), existen otros cuyos destinatarios son los titulares de los departamentos superiores, como, por ejemplo, el poder disciplinario. Así entendida, la relación tiene un contenido demasiado disperso que obliga a volver a las distinciones que se han querido evitar al comienzo de la determinación general de la relación. En efecto, no to-

(4) Así entienden la relación jerárquica RANELLETTI, *Istituz.*, cit., p. 378, y ROMANO, *Principi*, cit., p. 80; *Corso di dir. amm.*, p. 122, y conforme: D'ALESSIO, *Istituz.*, cit., I, p. 236; BRUNIALTI, *Diritto amministrativo italiano e comparato*, en: «Biblioteca di scienze politiche ed economiche», Turín, 1912, vol. IV, p. 274; SANTANGELO SPOTO, *La burocrazia e il governo parlamentare*, en «Biblioteca, ecc.», cit., vol. VIII, p. 219; SALANDRA, *Corso*, cit., p. 208; FORTI, *I provvedimenti interni dell'amministrazione e il ricorso gerarchico*, en «La legge», 1907, p. 577. Los poderes que corresponden al superior en virtud del vínculo jerárquico, así entendido, son múltiples: cfr. para una rigurosa ilustración RANELLETTI, *Istituz.*, cit., p. 378 y sigs. También MEYER-ANSCHÜTZ: voz *Behörden* en el: «Wörterbuch des Deut. Staat-und Verwaltungswissenschaften» del Stengel-Fleischmann, Tubinga, 1911, I, p. 391, para la doctrina alemana ver la nota 10.

das las facultades que se atribuyen al superior en virtud de la relación jerárquica son invariables, bien porque no siempre existen, bien porque sufren la influencia de otros principios, como el de la distribución de competencias (5).

Para otros, en cambio, la relación jerárquica tiene un contenido más restringido, separable conceptualmente de otras relaciones (6). Según esta concepción, los poderes pertenecientes al superior no serían típicos de la relación jerárquica (7), pues su fundamento estaría más bien en una particular distribución de competencias. Se trata de la llamada «competencia concurrente», es decir, de la atribución de una misma competen-

cia a una pluralidad, pero distribuida de tal modo que el órgano superior prevalezca siempre sobre la manifestación de voluntad del inferior; así, la posibilidad de anular, reformar, sustituir la decisión del inferior por una propia o de adoptar una resolución en relación con el caso concreto sin atender a lo decidido por el órgano subordinado (facultad de avocación). La relación de jerarquía sería así, para los defensores de esta teoría, una particular relación entre órganos.

Para un último grupo, la relación jerárquica estaría calificada por el poder fundamental del superior de dictar órdenes e instrucciones al inferior (8). A este poder, esencial para la relación, se añadirían después otros poderes atribuidos por el ordena-

(5) Cfr. D'ALESSIO, *Istituz.*, cit., p. 232, relevante a propósito de la facultad de delegación y avocación, pero también debe repetirse para cualquiera de las otras facultades referidas, siguiendo esta concepción de relación jerárquica, al superior jerárquico como consecuencia de la relación misma, potestad de reforma, de sustitución, etc., y también para la potestad de dar órdenes, que parece que debe ser limitada si el órgano inferior tiene una competencia exclusiva (ZANOBINI, *L'amministrazione locale*², Padua, 1935, p. 73). De aquí la difícil investigación de derecho positivo en los correspondientes casos particulares, al menos, el ejercicio de una cierta facultad jerárquica del superior jerárquico. Ver para esta investigación, que se identifica con aquella sobre la firmeza de una decisión administrativa, RANELLETTI, *Istituz.*, cit., p. 386, y del mismo autor, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milán, 1935, p. 351, 421; TOMMASONE, *Del provvedimento definitivo per l'esperibilità del ricorso, ecc.*, en «Rivista di diritto pubblico», 1912, II, p. 417; RAGNISCO, *Ricorso gerarchico e provvedimento definitivo*, en «Il Foro Italiano», 1907, III, p. 82; SPINELLI, *Rimedi non giurisdizionali contro i provvedimenti amministrativi*, Milán, 1930, tampoco las más recientes compilaciones sobre justicia administrativa. Por último, GIACOBELLI, *Il provvedimento amministrativo definitivo*, Sarno, 1934.

(6) Esta segunda concepción de la relación jerárquica tuvo su primera formulación en ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, p. 54, y en DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, París, 1923, vol. III, p. 249, desarrollada especialmente por CARUSO-INGHILLERI, *La sunz. amm.*, cit., p. 163, y ahora acogida y perfeccionada por DE VALLES, *Teoria giur.*, cit., I, p. 313 y siguientes, que le ha dado una formulación precisa, a la cual nos atenemos en el texto. El resultado de esta doctrina es doble: el dar un sustrato jurídico a la noción de jerarquía, que no es más que un simple sistema de coordinación, eso sí, un particular sistema de coordinación establecido por la ley mediante una determinada distribución de competencias con efectos jurídicos; y precisar la noción misma de frente a otras relaciones de supremacía (ver además: DE VALLES, *Teoria giur.*, cit., I, p. 319, 323 y siguientes). A esta teoría ha llegado ahora FORTI, *Dir. amm.*, cit., I, p. 237 y, parece que también, ZANOBINI, *L'amm. loc.*, cit., p. 37, nombrando a DE VALLES.

(7) Ver infra el núm. 6 de este capítulo.

(8) Así: CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo (litog.)*, Padua, 1911, p. 929, y *Comment.*, cit., p. 463; DONATI, *Principi*, cit., p. 93; y, según parece, BORSI, *Giustizia amministrativa*, Padua, 1934, p. 63, y VITTA, *Dir. amm.*, cit., I, p. 149, ya que dan más importancia a la potestad de dar órdenes e instrucciones como características de la relación de jerarquía. Decisivo en este punto es RAGGI, *Dir. amm.*, cit., p. 146.

miento jurídico al superior jerárquico, pero que no son consecuencia, al menos de modo absoluto, de la relación jerárquica. No obstante, no está claro para esta teoría si la orden o instrucción tiene como destinatario al órgano o al titular del mismo (9) y, menos aún, cuál puede ser el fundamento de la relación.

Baste con la exposición anterior, aunque sumaria, de las tres principales concepciones de nuestra doctrina en torno a la relación jerárquica; hemos dejado fuera la exposición de otras que, salvo divergencias no decisivas, pueden ser sin dificultad reconducidas dentro del esquema de alguna de las expuestas (10).

(9) CAMMEO, *Comment.*, cit., p. 436, da mayor importancia al poder disciplinario que necesariamente corresponde al titular del órgano público, pero admite que el poder disciplinario no es esencial a la relación jerárquica.

(10) Así la doctrina de PRESUTTI, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, I, pp. 457 y ss., para el cual tanto la coordinación de la actividad de varios organismos estatales, como la coordinación de la actividad de las personas físicas al servicio del Estado, se llama jerarquía administrativa, la cual se divide, por tanto, en jerarquía de órganos y jerarquía de personas; aunque esta distinción no se refleja después en el contenido del vínculo jerárquico. En esto se acentúa como potestad esencial de la relación jurídica el poder disciplinario, que es, en cambio, excluido por otros autores (CARUSO-INGHILLERI, *La funz. amm.*, cit., p. 161 en nota). En la doctrina francesa un tratamiento singular de la jerarquía se debe, recientemente, a HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1933, pp. 77 y ss. En virtud de todo esto, jerarquía significa en sí una superposición de grados en una organización autoritaria de agentes, en base a lo cual, los agentes inferiores cumplen sus funciones no bajo la obligación única y directa de la ley, sino también bajo la obligación de obedecer al jefe que se interpone entre ellos y la ley. El poder jerárquico se descompone en los siguientes elementos: la *procuración d'action* (y sobre ésta sola insiste DUCROQ, *Cours de droit administratif*, París, 1897, vol. III, pp. 14 y ss.), esto es, el poder de hacer actuar a los subordinados mediante instrucciones y órdenes que están obligados a seguir, el control jerárquico, el poder disciplinario y la promoción jerárquica. Excepcionalmente la *procuración d'action* puede faltarle al superior jerárquico, cuando la ley atribuye al subordinado poderes propios, cuyo ejercicio no se produce bajo la autoridad de su jefe, pero sí bajo su control (p. 87). Se nota cómo Hauriou adopta este punto de referencia para determinar la jerarquía del agente, no del órgano estatal. Esto se acentúa y se refleja en la parte sobre control jerárquico, que todavía trata los actos del agente y del no agente (p. 80), y en el fin de la jerarquía, que aparece como «un medio para obtener de los otros lo que no se puede hacer por uno mismo», resaltado a efectos de la competencia técnica de algunos agentes en relación con funciones directivas y con la competencia del órgano superior (p. 78).

Para consideraciones conformes al poder disciplinario como elemento de la jerarquía, NEZARD, *Eléments de droit public*, París, 1931, p. 246. En cambio, para una distinción entre poder disciplinario, que se ejerce sobre la persona del inferior como sanción a su conducta administrativa, y subordinación jerárquica, que implica poderes del superior de reforma de los actos de los inferiores, CAPART, *Droit administratif élémentaire*, Bruselas, 1930, p. 45. A menudo, la doctrina francesa (y belga) no da relevancia particular al instituto de la jerarquía, más bien lo tratan con vaguedad (cfr. SIMONET, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, París, 1902, p. 178; VAUTHIER, *Précis de droit administratif de la Belgique*, Bruselas, 1928, p. 38; DUCROQ, *Cours*, cit., I, pp. 77 y 80; BARTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1926, el estudio de la organización estatal es puramente descriptivo. Para consideraciones generales sobre el concepto de jerarquía ver BOUGRÁT, *L'obéissance hiérarchique*, París, 1934, p. 11 y siguientes; en cuanto a la opinión de Duguit ver nota 6).

En cuanto a la doctrina alemana, sólo hasta cierto punto es exacta la observación de DE VALLES, *Teoría jur.*, cit., I, p. 284, al establecer que esta doctrina desconoce la noción de jerarquía. Si la doctrina rara vez (STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Stoccarda, 1896, pp. 26 y 27; STENGEL, *Die Organisation der preussischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen*, Lipsia, 1884, pp. 23 y 24) da relevancia al principio de jerarquía, como principio impuesto por la diversidad de órganos y la necesidad de coordinación de sus actividades, son bien claros, en cambio, los conceptos de subordinación de los órganos (ver claramente MEYER-ANSCHÜTZ, voz: «Be-

Nos parece, en efecto, que el verdadero obstáculo para una visión lógica y cierta de la relación jerárquica, no presente en nuestra doctrina, debe buscarse en la falta de distinción entre la relación jerárquica y los principios que rigen en el ordenamiento de la competencia. Aunque es cierto que la particular conexión entre éstos y aquélla ha sido claramente advertida por la doctrina, otro debe ser el alcance de la investigación y, si interpretamos críticamente los resultados de la doctrina, será natural coincidir que el camino en el que debemos insistir es éste.

Se puede decir que el problema de la distinción entre relación de jerarquía y ordenamiento de las competencias aparece ya en la primera teo-

ría, pero el dato que ésta nos ofrece, que ciertos poderes del superior jerárquico (como por ejemplo los poderes de reforma, de sustitución, etc.) están condicionados en su ejercicio al principio de la inderogabilidad en la distribución de competencias (11), antes que resolverlo lo que hace es llevarnos de nuevo al principio del problema de las relaciones entre jerarquía y competencia, y así ocurre a causa de la falta de definición del amplio concepto de relación jerárquica sostenido por esta teoría, que por ello debe ser rechazado.

De hecho, las teorías que hemos expuesto han proseguido en el desarrollo de este punto, pero han llegado a concepciones opuestas. Una ha reconducido la jerarquía a la competencia o, más exactamente, a una

hörden», en: «Wörterbuch dello Stengel-Fleischmann», cit., p. 391) y los poderes que corresponden a los superiores, desde el control de la actividad de los subordinados (*Dienstaufsicht*) a la dirección mediante órdenes e instrucciones (*Dienstanweisung, Dienstbefehl*) de esa actividad de subordinados. Aunque existen los elementos de lo que, para la doctrina italiana, constituiría la noción de jerarquía y hay los mismos problemas (respecto, por ejemplo, a la distinción entre control (jerárquico) y otras especies de control, HATSCHKE, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts*, Lipsia, 1922, p. 312; KLINGHOFFER, *Staatsaufsicht und Subordination*, in: «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 1929, p. 282 y siguientes) es cierto, también, que tales elementos no están vinculados de acuerdo con un principio común o configurados como consecuencia de una única y particular relación, efecto, a su vez, del principio de coordinación de la actividad de distintos órganos. Así que, mientras el control (jerárquico) y, sobre todo, la potestad de dar órdenes vienen considerados como efecto de la relación de servicio entre el funcionario y el Estado (cfr. MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, p. 371), otros poderes —como los de anulación, de avocación, de delegación, etc.— son, en cambio, tomados en consideración como efectos del ordenamiento de las competencias (ver FLEISCHER G., *Vertikale Kompetenzverteilung*, en: «Zeitschrift für öffentliches Recht», pp. 464 y ss.) y de la Unter-ubordnung de la autoridad (*Beehörden*). El ordenamiento de las autoridades administrativas constituye la natural serie de instancias (*Instanzenzug*) ofrecidas a los administrados para recurrir contra lo actuado por la autoridad en vía administrativa (cfr.: JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, cit., p. 789 y la exposición de APELT, *Der Instanzenzug der Verwaltung in Reich und Landern*, Dresda, 1929, I, pp. 5 y ss.), análogo a nuestro recurso jerárquico.

En conclusión: la doctrina alemana no da relevancia jurídica al principio de jerarquía como principio constitutivo del ordenamiento de las administraciones públicas, si bien considera los elementos y los efectos según la doctrina italiana, de forma autónoma, sin ligarlos al principio mismo. Conviene recordar además la reciente dirección doctrinal que vuelve a entender la relación jerárquica (calificada como relación de subordinación dirigida a determinar la actividad de los órganos subordinados por parte de la autoridad superior) sólo como efecto de la relación de servicio entre el funcionario y el Estado, si bien, de modo especial en la función administrativa, como forma de ejercicio particular de esta función (cfr.: MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlín, 1927, pp. 37, 326 y ss.; y FLEISCHER, *Vertikale Kompet.*, cit., p. 493, también, aunque no decisivamente, FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tubinga, 1928, p. 78).

(11) Cfr.: VITTA, *La revoca degli atti amministrativi*, en: «Il Foro Amm.», 1930, IV, p. 5.

relación de supremacía que tiene su raíz en una concreta distribución de competencias. La otra, en cambio, ha sustraído la jerarquía a los principios de la competencia, reduciendo el concepto de relación jerárquica a una relación de poder-deber, a una potestad de mando del superior correlativa al deber de obediencia del inferior a la que el ordenamiento jurídico conecta, además, el ejercicio de otros poderes no derivados de la relación misma.

Tal dirección doctrinal es seguida, sin duda, por nuestro Derecho positivo. Ya habíamos advertido que existen normas que establecen una multiplicidad de relaciones entre los elementos constitutivos de la Administración pública, que deben venir ordenados por principios comunes, y es precisamente el contacto con las normas del Derecho positivo lo que transforma el concepto científico de jerarquía, derivado del principio de jerarquía, en un concepto jurídico.

Pero reconocida la dirección doctrinal es preciso, como se ha dicho, plantear de modo más amplio el problema. Y, de hecho, si ahora no queremos rechazar, porque lo aprobamos, los resultados de la más reciente elaboración sistemática acerca de la noción de jerarquía y queremos, no obstante, resolver la contraposición de la doctrina en torno a la distinción entre jerarquía y ordenamiento de la competencia sin acudir al concepto de jerarquía expuesto por la primera teoría, necesitaremos modificar los términos del problema. Y a esto se llega, sin negar la distinción, profundizando en el concepto de jerarquía. Nos parece, efectivamente, que si es correcta la distinción entre relación jerárquica y ordenamiento de la competencia, es correcta, asimismo, la reducción de la jerarquía a un particu-

lar ordenamiento competencial, como quiere otra de las teorías expuestas. Y esto porque —lo cual ha escapado a nuestra doctrina— la noción jurídica de jerarquía es una noción compleja que encierra dos significados que se corresponden con dos conceptos jurídicos bien distintos: el concepto de relación jerárquica y el concepto de ordenamiento jerárquico. Y podemos, ya sobre esta premisa y anticipando los resultados a los que llegaremos, dar a esta distinción, repetidamente enunciada, un contenido más preciso, diferenciando, por tanto, en la noción de jerarquía el concepto de relación jerárquica como una relación de subordinación que se da entre las personas titulares de los órganos públicos y el concepto de ordenamiento jerárquico como un particular ordenamiento de competencias (órganos) por grados.

En la ilustración de los conceptos singulares veremos el alcance de esta distinción, su fundamento y, sobre todo, la importancia que ésta asume en lo concerniente a las que se consideran las consecuencias del principio de jerarquía en el ordenamiento de la Administración pública.

4. No es posible iniciar la investigación a que hemos aludido sin exponer antes otras observaciones características en torno al principio de jerarquía que también debemos tener en cuenta aquí.

En ellas, la doctrina ha tratado de diferenciar la relación jerárquica, entendida siempre como realización jurídica del principio de jerarquía, desde un punto de vista general, midiendo su efecto específico en comparación con otras relaciones, concretamente, contraponiendo el *status* de jerarquía al *status* de autonomía. Parece, según las conclusiones de la doctrina mayoritaria, que la relación

jerárquica tiene como consecuencia la constitución de un estado de subordinación tan intenso y de tal naturaleza que es la antítesis no sólo del estado de autonomía, entendido de modo absoluto, es decir, como libertad de vínculos, sino también en sentido relativo, es decir, como aquel estado de autonomía que debe conciliarse con una relativa dependencia de un sujeto frente a otro, en virtud de los poderes de control en sus diversas formas otorgados a un sujeto sobre el otro.

De esta antítesis inicial se desprenden importantes consecuencias. Una primera consiste en afirmar el principio de jerarquía como principio de la función administrativa (12). Parece, en efecto, que una función como la administrativa precisa, más que otras, la coordinación de sus diversas actividades e impulsar su desarrollo uniforme; en efecto, la satisfacción de las

necesidades colectivas por parte del Estado exige llevar a cabo actividades muy distintas en los modos y en los fines que es preciso coordinar y desarrollar (policía, sanidad, asistencia, instrucción, economía, trabajos públicos, etc.) (13). Esta afirmación encuentra su fundamento, sobre todo, por comparación con la función jurisdiccional. En efecto, si bien en esta última la posibilidad de coordinación de la actividad, en sentido amplio, de sus órganos no puede excluirse *a priori*, ya que en el Estado moderno aquélla ha sido encomendada a una pluralidad de órganos dispuestos según el característico orden de grados sucesivos (14), sí debe, empero, excluirse de ella la relación de subordinación (15). Si la Constitución establece expresamente que el juez debe considerarse sometido sólo a la ley y a ningún otro órgano en el ejercicio de sus funciones, no tiene sentido la relación jerárquica (16).

(12) Esta relevancia no es siempre explícita en la doctrina italiana, pero se deduce ciertamente ya de la referencia del principio de jerarquía a los órganos administrativos (ver claramente: ROMANO, *Principi*, cit., p. 80: principio que subordina entre ellos a los órganos administrativos de un ente), ya al incluir la independencia del juez entre las características formales del concepto de jurisdicción (cfr.: RANELLETTI, *Principi*, cit., p. 261; *Le guarentigie*, etc., cit., p. 20; ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padua, 1932, p. 351). Sobre el principio de la interdependencia jerárquica como propia de los órganos del poder ejecutivo en contraposición con los órganos del poder judicial y legislativo, insiste expresamente DONATI D., *Elementi di diritto costituzionale* (litogr., Padua, 1932, p. 113).

(13) RANELLETTI, *Istituz.*, cit., p. 377.

(14) Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, II, p. 83, distingue entre la pluralidad de grado en las jurisdicciones y la jerarquía de los Tribunales; ZANZUCCHI, *Lezioni di diritto processuale civile* (litog.), Milán, 1930-31, pp. 217-220.

(15) FERRERO, *Ancora sul concetto di giurisdizione*, en: «Annali della Università di Perugia», Se. V, IV, Perugia, 1930, p. 89. De «puissance hiérarchique» de la Corte de Casación sobre otros Tribunales inferiores habla, en cambio, CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, p. 770.

(16) El principio de independencia del juez no está explícitamente formulado en el ordenamiento jurídico italiano, a diferencia de otros ordenamientos (por ejemplo: la Constitución de Weimar, art. 102). La independencia del Juez es doble: es relativa respecto sus superiores jerárquicos, y es absoluta respecto a la autoridad administrativa (cfr. SCHMITT C., *Unabhängigkeit der Richter*, etc., Berlín, 1926, p. 9; sobre el contenido de tal independencia ver exactamente: NAWIASKY, *Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat*, Múnaco, 1926, p. 11). También la organización judicial es una organización administrativa (CAMMEO, *La competenza della IV sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative*, etc., Turín, 1903, p. 21) y el juez como empleado del Estado permanece sujeto a sus directos superiores jerárquicos (BENEDICENTI, *Limiti giuridici del dovere d'obbedienza dell'inferiore gerarchico*, en: «Archivio giuri-

La independencia es un elemento connatural al ejercicio de la función jurisdiccional, cualquiera que sea el órgano en vía normal o excepcional al que esté atribuida, así como, por contra, la subordinación a los fines acompaña normalmente a la función administrativa de coordinación. Es preciso moderar esta última afirmación porque hay actividades que, según la tradicional tripartición de las funciones estatales, están incluidas entre las funciones administrativas (17) y para las cuales, no obstante, la subordinación es inadmisibles o incongruente, de igual manera que en el ejercicio de la función jurisdiccional. Tal es el caso de la actividad consultiva y, puede ser, de la actividad política, al menos de la ejercida por los órganos supremos del Estado.

Por este motivo no se puede aceptar la opinión, recientemente sostenida (18), que, llevando a sus extremas consecuencias los elementos de la subordinación (relación jerárquica) y de la independencia, vendría a distinguir las dos funciones, administrativa y jurisdiccional, sólo por el *status* de los órganos, subordinados en una, independientes en la otra. Junto a aque-

llos que se han adelantado a rebatir las exageraciones de esta teoría (19), nosotros pensamos que las dos funciones se pueden diferenciar perfectamente por su mismo contenido, aunque hay en esa teoría un elemento verdadero que afortunadamente vendría a corroborar la tesis, antes expuesta, de la concepción de la relación jerárquica como un algo distinto del ordenamiento de las competencias. Veamos cómo.

No se puede poner en cuestión que la posición del órgano jurisdiccional, cuya sentencia es anulada o reformada por el juez superior, no difiere de la del órgano administrativo, cuya resolución es también anulada o reformada por el órgano superior (20). Las diferencias que pueden encontrarse, como la naturaleza del acto (el acto administrativo y la sentencia) o como la iniciativa de la actividad del órgano superior (que en un caso viene promovida por el mismo órgano superior y en el otro por un tercero interesado), son condiciones extrínsecas a la actividad y no influyen sobre la posición jurídica del órgano subordinado, por no decir que en algunos

dico», 1932, vol. XXIV, p. 31). Sobre la posición de la magistratura como «organizzazione dei magistrati», ver: CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, Siena, 1922.

(17) Por consiguiente, también la actividad política o de gobierno comprende la actividad legislativa (RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., p. 66). En contra, en cambio, MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, p. 66; PANUNZIO, *Allgemeine Theorie des faschistischen Staats*, Berlín, 1934, p. 33. Sobre la independencia de los órganos «constitucionales», cfr.: ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padua, 1934, p. 241.

(18) Es la tesis de MERKL, *Allg. Verw.*, cit., pp. 37 y siguientes; sobre sus huellas, SCHLESINGER, *Rechtsanwendung in Justiz und Verwaltung*, en: «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1934, B. XIV, pp. 568 y siguientes; PITAMIC, *Zur Lehre von der richterlichen Funktion*, en: «Staat und Gesellschaft», 1929, p. 299.

(19) KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, Vienna, 1929, extracto de la «Zeitschrift für soziales Recht», 1929, n. 2, p. 7; ARNDT, *Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung*, en: «Archiv des öff. Rechts», 1932, B. 21, p. 183 y particularmente pp. 212 y siguientes; BONNARD, *La Théorie de la formation du droit par degrés*, en la: «Reveu de droit public et de la science politique», 1928, p. 694; MIGLIORI, *Il concetto di funzione giurisdizionale*, en: «Il circolo giuridico», 1933, I, pp. 35 y siguientes.

(20) Esto es, en nuestra opinión, el punto vulnerable de la teoría que reduce la relación jerárquica a un particular ordenamiento de competencias.

casos esta última diferencia desaparece. Esto sucede cuando la sentencia es sometida al órgano superior a iniciativa de un órgano público, el Ministerio público, y en interés de ley, es decir, un tipo de interés público que no puede diferir esencialmente del que debe inspirar la actividad *ex officio* del órgano administrativo.

Ahora bien, si partiendo de la equiparación de las posiciones de los dos órganos se quiere seguir dejando a salvo los principios de independencia de uno y de subordinación de otro se deberá convenir que tanto la independencia como la subordinación conciernen a un momento distinto de aquel directamente ligado con los poderes que dimanen de la distribución de competencias. En otras palabras, en nuestra opinión, subordinado e independiente debe predicarse de un órgano en relación con el *modo de ejercicio* de una determinada competencia y no en relación con la competencia misma, ya que, en lo que toca a ésta, se deberá concluir que tanto el juez como el órgano administrativo están sujetos, y en la misma forma, a los poderes de un órgano superior. Entendida en este sentido, esto es, limitada a demostrar que la posición de un órgano respecto a otro no es confusa, sino claramente diferenciada, por los efectos que en su actividad pueden desplegar los poderes atribuidos en su contraposición con otro órgano, en virtud de la distribución de competen-

cias, también la teoría referida puede ser aceptada.

5. Ideamos la antítesis: subordinación jerárquica-autonomía encuentran otra correlación típica en la estructura burocrática y colegial de los órganos. Es clásica la afirmación de que la relación jerárquica se da entre órganos burocráticos y que no afecta a los órganos colegiales, aunque no esté claro el fundamento de esta idea. En efecto, algunos autores (21) han expresado recientemente dudas sobre su corrección, argumentando que la estructura colegial de un órgano no impide el ejercicio sobre él de poderes análogos a los que se ejercen sobre los órganos burocráticos (control de sus actos; resoluciones de carácter personal, como su disolución, u otras particulares dirigidas a los miembros del órgano colegiado).

Pero si es cierto que se atenúa la experiencia del principio al hablar de la supremacía jerárquica también en relación con los órganos colegiados —menos plena (22) que de los órganos burocráticos, caracterizada por sus poderes más amplios—, no menos cierto es que dicha antítesis permanece incontrovertida. En relación con el fundamento de la incompatibilidad entre relación jerárquica y órganos colegiales se aducen a menudo razones que no se explican suficientemente. Se afirma que la subordinación jerárquica se adecua a la actividad de los órganos burocráticos porque éstos son los órganos ejecutivos en los que la necesidad de

(21) ROMANO, *Corso*, cit., p. 125; DE VALLES, *Teoria giur.*, cit., I, p. 303. Confirmando, en cambio, contra la enseñanza tradicional, VITTA, *Dir. amm. I*, cit., p. 153. Sobre el ordenamiento colegial en general ver: VITTA, *Gli atti collegiali*, Roma, 1920; TRENTIN, *La responsabilità collegiale*, Milán, Vallardi, y la bibliografía citada en la compilación de MERKL, *All. Verwaltungsrecht*, cit., p. 325.

(22) FORTI, *Dir. amm.*, cit., I, p. 241.

coordinación es evidente, mientras que no se dan en los órganos colegiados porque éstos tienen encomendado el ejercicio de una actividad en la que la coordinación, ins-

trumentada a través de la subordinación, chocaría demasiado con el contenido de su actividad típica (la actividad consultiva, la actividad jurisdiccional) (23).

Traducción: Eva M.^a NIETO GARRIDO
Ayudante de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de Toledo

(23) Sobre la constitución colegial en orden al ejercicio de las diversas funciones públicas administrativas: TRENTIN, *La responsabilità*, etc., cit., pp. 33 y siguientes.