

JERARQUÍA COMO COMPETENCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

SUMARIO: I. ORGANIZACIÓN PÚBLICA Y SUBORDINACIÓN DEL FUNCIONARIO.— II. JERARQUÍA Y AUTORIDAD.— III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ÉTICA: EL DIRECTIVO PÚBLICO.— IV. AUTORIDAD.— V. COMPORTAMIENTOS POLÍTICOS EXCLUSIVOS DEL PODER LEGAL.

RESUMEN: Se destaca la importancia del capital humano dentro de la organización pública. Analiza al empleado público, pero también al gerente, junto a los poderes característicos del sistema burocrático y los que concurren realmente en toda organización. Y todo ello en un marco jurídico en donde es evidente la pérdida de protagonismo de la persona en beneficio de la gestión.

Palabras clave: organización pública; dirección; burocracia; poderes en la organización.

ABSTRACT: It's emphasized the importance of the human capital inside the public organization. It's analyzes to the civil servant, but also to the manager, the power typical of the bureaucratic system and those powers taking part in any organization. And all this in a juridical frame in where is evident the loss of prominence of the person in benefit of the management.

Key words: government; management; bureaucracy; powers in administration.

I. ORGANIZACIÓN PÚBLICA Y SUBORDINACIÓN DEL FUNCIONARIO

Ignacio de Loyola en 1553 distinguía entre «la obediencia que sufre la voluntad del jefe», «la obediencia que se une a esa voluntad» y «la obediencia que se inspira en la misma intención que el jefe». Para Ignacio, sólo esta última es verdaderamente feliz. Y veremos, cómo esta opción es la que aún hoy, en los albores siglo XXI, se trata de implantar en las organizaciones para una mayor eficacia administrativa.

La jerarquía es un principio de organización que determina una ordenación específica de diversos órganos con la misma competencia material en el seno de una organización produciendo relaciones orgánicas de subordinación y dependencia entre ellos (1). Su origen deriva del Derecho Canónico en el que se perfila como gradación entre los sujetos eclesiásticos con determinada potestad de orden, magisterio o jurisdicción. La idea de *primacía jerárquica*, extraída «del primado del Apóstol Pedro», y proviene, a la vez, la intensidad del vínculo (2). Por ello cabe una primera aproximación a su definición: Jerarquía es *poner función jerárquica*, el ejercicio del poder (3) configurándose en el ámbito civil por el derecho público francés e italiano si bien con distintas proyecciones. Mientras que en Italia domina el concepto amplio de sistema de organización del Estado, en la francesa, se asocia al del complejo de órganos ordenados con tal sistema. La jerarquía queda de esta manera identificada con la centralización. Y de estas concepciones han surgido las nociones de *principio, ordenamiento y relación jerárquica* y, recientemente, en lo que a nosotros nos atañe, desde una perspectiva subjetiva, la de *autoridad y poderes jerárquicos* (4). En cualquiera de los casos, la teoría de la jerarquía es válida no solo para la teoría de la organización sino también para la teoría de las normas (5).

Y desde estas concepciones han surgido las nociones de *principio, ordenamiento y relación jerárquica* y, recientemente, en lo que a nosotros nos atañe, desde una perspectiva subjetiva, la de *autoridad y poderes jerárquicos* (6). En cualquiera de los casos, la teoría de la jerarquía es válida no sólo para la teoría de la organización sino también para la teoría de las normas (7).

La doctrina alemana, entre ella, Otto MAYER, remitió el derecho de la organización al derecho político sobre la circunstancia de que los principios

(1) PAREJO ALFONSO, *La Organización administrativa en general*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1982, pp. 75-6.

(2) GASCÓN HERNÁNDEZ: *Homenaje a Gascón y Marín*, 1952, p. 59.

(3) MÉNDEZ, A., *La Centralización: conceptos y elementos*. Revista de Administración Pública, 1971, 65, p. 23.

(4) DE VALLES, A., *Teoría Giuridica dalla Organizzazione dello Slato*, CEDAM, Padova, 1931, vol. I, pp. 270-8.

(5) SERRANO DE TRIANA, A., *La fragmentación del Derecho administrativo español*, «Revista de Administración Pública», 1994, 135, p. 230.

(6) DE VALLES, A., *Teoría Giuridica dalla Organizzazione dello Slato*, CEDAM, Padova, 1931, vol. I, pp. 270-8.

(7) SERRANO DE TRIANA, A., *La fragmentación del Derecho administrativo español*, «Revista de Administración Pública», 1994, 135, p. 230.

y preceptos cuyo objeto es la organización de la Administración no ejercen ningún efecto en el sentido de obligar a la colectividad y que ésta es una propiedad que la comparte con el derecho constitucional (8). Sin embargo, como apunta Fosthroff, las implicaciones sociales de la propia Administración operan en relación de medio a fin, encontrándose en la imperiosa necesidad de cambiar radicalmente los primitivos postulados.

Una vez instaurado el constitucionalismo se implanta en el Poder ejecutivo como principio organizativo. La jerarquía opera en las relaciones internas de una organización y supone una derivación lógica del principio de separación de poderes y de residenciar la Soberanía en el Poder legislativo sin que exista interferencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder judicial (9).

España posee una Administración en donde la jerarquía prima con toda su intensidad, es una Administración burocrática de corte weberiano, planificador, de programación y delimitación de fines (10).

El art. 103.1º CE aborda la jerarquía como principio de funcionamiento de la Administración Pública y de ello deriva la asignación de un ámbito de responsabilidad formal a cada una de las posiciones, titulares de entes, que integran esa escala cuyo contenido se centra en el deber de cumplir y la potestad de hacer cumplir sus mandatos. Por otro, como apunta GONZÁLEZ NAVARRO, la atribución a cada titular de esos entes del deber de cumplir y la potestad de hacer cumplir determinadas funciones (11). FORSTHOFF con remisión a Thon (12) distingue en la teoría del Derecho de la Organización una necesidad y es la que la norma jurídica general, la norma de conducta, necesita una seguridad organizada de su cumplimiento. Y es para esto para lo que sirve la coacción, cuya finalidad es garantizar una conducta ordenada conforme a la norma (13). Por ello, es lógico, que VON MISES calificase como coactiva una de las varias funciones de las Administraciones Públicas, bien sean *ad extra*, a la sociedad o *ad intra*, a sus funcionarios.

(8) FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.547.

(9) MUÑOZ MACHADO, S., en *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. II, dir. MUÑOZ MACHADO, S., Iustel, 2005, p. 1414.

(10) Vid. MOREY JUAN, A., *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, MAP, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, p. 91.

(11) GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. II, dir. MUÑOZ MACHADO, S., Iustel, 2005, Madrid, p. 1411.

(12) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht.*, 1878.

(13) FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 555.

En la doctrina española la evolución del principio de jerarquía comienza con la posición de SANTAMARÍA DE PAREDES, definiéndola como la *serie de órganos que ejercen el poder ejecutivo armónicamente subordinados y coordinados para hacer compatible la unidad con la variedad de los mismos*, implica que la jerarquía constituye un principio o, por mejor decir, una manera de disposición de los órganos administrativos, de suerte que resulte armonizada la variedad de los mismos con el dogma de unidad (14). Para JORDANA DE POZAS, se considera como principio que reduce a unidad la mayoría de órganos administrativos, logrando entre ellos coordinación y subordinación. Posteriormente GASCÓN HERNÁNDEZ (15) enumera como principios jurídicos de organización los de unidad, competencia y jerarquía. Según él, la unidad y la competencia vienen a ser la tesis y antítesis que alcanzan su síntesis en el principio de jerarquía, pero a renglón seguido expresa sus dudas sobre el valor de esta trilogía de principios de organización. Tal vez, dice, el principio de competencia no exista y el principio de unidad sea más bien un principio político, y ambos principios puedan englobarse en el principio de jerarquía. Considerándolo un *Tu es Petrus*. GARCÍA TREVIJANO expone su clásica teoría sobre los principios de organización, entre ellos: el de competencia, jerarquía, descentralización (autarquía-autonomía) y colegialidad (16).

Sin perjuicio de mencionar doctrinas que niegan la existencia de un poder jerárquico, v.gr.: DI MALTA, pero sí la existencia de un haz de facultades que órganos superiores detentan sobre los inferiores (17). Hoy, los autores, desde un aspecto interorgánico, la definen como *la especial estructuración que se efectúa de los distintos órganos de un mismo ramo de la Administración dotados de competencia propia, mediante su ordenación escalonada, en virtud de la cual los superiores podrán dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolviendo, en su caso, los conflictos entre los mismos, al objeto de conseguir la unidad en la actuación de todos ellos* (18).

La organización jerárquica consiste en un doble orden de operaciones, unas atinentes a dividir entre las unidades orgánicas que integran cada esca-

(14) GASCÓN HERNÁNDEZ, J., *Jerarquía y relaciones humanas en la función pública*, «Revista de Administración Pública», 1962, 39, p. 222.

(15) GASCÓN HERNÁNDEZ, J., *Estudios en homenaje a Gascón y Marín*, Madrid, 1952, p. 57.

(16) GARCÍA TREVIJANO, *Principios jurídicos de organización administrativa*, Madrid, p. 1957.

(17) DI MALTA, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, París, 1961, pp. 61 y ss.

(18) Vid. ENTRENA CUESTA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, en «Organización administrativa», v. 1/2, 12ª Edic., Tecnos, Madrid, 1998, p. 75 y CAZORLA PRIETO, *Temas de Derecho Administrativo*, 3ª Edic., Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1983, p. 526.

lón o nivel horizontal (departamentalización) y entre los puestos de trabajo que integran cada unidad (distribución o reparto de tareas); otras, que establecen relaciones de autoridad-responsabilidad (jerarquización) (19).

Desde un prima empresarial, la jerarquía es una estructura cuya misión normal dentro de una colectividad organizada es descentralizar la autoridad y las responsabilidades entre todas las ramificaciones funcionales que colaboran para el buen logro de sus fines. Recíprocamente, la jerarquía facilita la centralización de informaciones relativas a las actividades y a la vida de la colectividad. En la jerarquía cada individuo está subordinado a otro y tiene mando sobre otros subordinados (20)

Como presupuestos de la jerarquía diferenciamos:

- a) Pluralidad de órganos con competencia material coincidente de modo total o parcial y escalonados por razón del grado en la estructura organizativa y
- b) Reconocimiento de la prevalencia de la voluntad del órgano de grado superior sobre la del grado inferior en relación con un mismo asunto.

Dado el objeto de estudio centraremos la problemática en ese segundo aspecto: la determinación de las relaciones de autoridad-responsabilidad; lo que obliga a definir el contenido de la relación jerárquica, desplegándose un amplio elenco de facultades, entre ellas (21):

- a) El poder de impulso de la actividad de los órganos inferiores y la dirección de la misma, art. 21 de la Ley 30/1992.
- b) El poder de inspección y de vigilancia sobre la actividad de los inferiores, art. 79 de la Ley 30/1992
- c) El poder de suplir a los titulares de los órganos inferiores.
- d) El poder de operar transferencias en el ejercicio de competencias respecto a los órganos inferiores, arts. 13 y 14 de la Ley 30/1992.
- e) El poder de control sobre la actuación de los órganos inferiores, art. 79 de la Ley 30/1992.

(19) GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 331-2.

(20) Jean DUBAS y Joseph DUPIN DE SAINT-CYR, *Organización de los servicios administrativos*, en «Enciclopedia de la empresa moderna», T. 9, Deusto, Bilbao, 1968, p.68.

(21) Cfr. MORELL OCAÑA, L., *Derecho de la Organización Administrativa*, cit., pp. 96-7 y GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 335-6.

- f) El poder de resolución sobre conflictos de atribuciones de los órganos inferiores, art. 20 de la Ley 30/1992 (22).
- g) La facultad disciplinaria sobre los titulares y funcionarios de su órgano (23).

Si nos fijamos bien la relación jerárquica no precisa de una concreción normativa para cada una de las facultades que puede requerir la orden del superior sino que la atribución que la jerarquía atribuye es global, amplia, omnimoda (24).

Todos estas facultades tienen su reverso en el deber de respeto, obediencia y acatamiento de las órdenes dadas a los inferiores. No olvidemos, como apunta PARADA VÁZQUEZ, que el principio de jerarquía ha sido entendido en las organizaciones públicas como una aplicación del régimen militar (25). Y esto aún cabe verificarlo hoy en donde en algunas Dependencias provinciales y Direcciones de servicio se asimilan más a una escuela de artillería que a una moderna unidad administrativa sumidas por la política de la calidad y el cumplimiento de objetivos.

La jerarquía y la potestad reconocida al órgano administrativo, genera la responsabilidad al titular por su mal uso. Circunstancia no siempre clara aunque pudiera parecer algo apodóctico. Y ello conviene aclararlo para un posible ejercicio en el foro jurisdiccional para exigir responsabilidad, sea administrativa, sea penal, ya que la responsabilidad civil es absorbida por la administrativa. Y ello sobre una interpretación sistemática con los antecedentes legislativos, principalmente con la Ley 4/1999, de 13 enero de modificación de la Ley 30/1992 de RJAPPAC, cuya Disp. Derogatoria única, deroga la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos.

Porque esa unión entre persona jurídica pública y persona privada es inextricable. Es pacífico en la legislación y en la doctrina no considerar a las personificaciones jurídicas públicas la cualidad de persona física. Y todo ello, porque la relación orgánica quiere que el titular de la persona jurídica forme

(22) PAREJO ALFONSO, L., *La Organización administrativa en general*, cit., p. 78 y ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 76-7.

(23) Vid. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, cit., p. 38.

(24) GARCÍA LLOVET, E., *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, «Revista de Administración Pública», 1993, 131, p. 77.

(25) PARADA VÁZQUEZ, R., *La degeneración del modelo de función pública*, Conmemoración 50 Aniversario «Revista de Administración Pública», 1999, núm. 150, p. 441.

su voluntad psicológica de querer y que inmediatamente después de formada se transforme en voluntad de la Administración (26). (Existió, no obstante, en la época romana, los *officia* impersonales de la magistraturas orgánicas, concebidas como centros abstractos de competencias totalmente independientes de las personas de sus titulares).

De este modo, el art. 7.2º de la LOFAGE, Ley 6/1997, declara que *los jefes de las unidades administrativas son responsables del correcto funcionamiento de la unidad y de la adecuada ejecución de las tareas asignadas a la misma.*

E igualmente el art. 81.1º del Decreto 315/1964, de 7 febrero que aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, en vigor en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público, Disp. Derogatoria Única. b), prevé que *los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo.*

Funciones todas ellas que, aún reconocidas al órgano, es ejercitado por el titular del mismo y por ello corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización. En el supuesto de infracción de derechos fundamentales deberá interponerse el recurso por el cauce del Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ex arts. 114 y ss. Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en relación con las siguientes resoluciones: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Burgos de 11 de abril de 2003 (27), Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid núm. 18 de 24 de octubre de 2003 (28), STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 24 de diciembre de 2003 (29), STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso Administrativo de 10 de junio de 2004 (30) y STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de septiembre de 2004 (31), entre otras.

Pertenece el principio de jerarquía al modelo de Administración burocrática analizada por Weber, encontrándose vigente en la totalidad de Adminis-

(26) GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, EDERSA, Madrid, 1967, p. 209.

(27) Inédita en los repertorios de jurisprudencia.

(28) RJCA 2003,1026.

(29) Recurso Apelación 1/94/2003.

(30) RJCA 2004,489.

(31) RJCA 2004, 1155.

traciones del mundo desde tiempo inmemorial (32). Sin embargo, en la actualidad, este principio va modulándose en atención a otras técnicas, identificadas hoy como ciencias, que inciden, del mismo modo, en la organización, véase la Gerencia o el *Management*. Pero estas técnicas, como veremos, topan con imponderables que las entorpecen. Entre otros motivos la máxima de que nadie puede ser un buen burócrata y un innovador es una gran verdad. Y ello se fundamenta, como apunta Mises, porque el progreso es precisamente lo que los estatutos y reglamentos no han previsto, queda necesariamente fuera de la actividad de la burocracia (33). Pero además, al Estado le es cómodo la organización burócrata, con independencia de sus resultados, porque la obediencia a la ley, el sometimiento a la costumbre y a la tradición es la primera de las virtudes que aprecia y valora como situación que evita problemas de gestión.

En los últimos años somos testigos de una profunda devaluación del principio de jerarquía con un desprecio nada disimulado a preservar su operatividad. Las razones obedecen a distintas causas: sociológicas, políticas (sindicales) y por la consciencia del funcionario de su relevancia en la organización. Una inercia difícil de frenar desde una posición ortodoxa, aún siendo la Administración una organización, y que la jerarquía es uno de sus elementos constitutivos, en donde la estructura piramidal de mando es innata a su propia existencia y a sus antecedentes históricos. Sin embargo hay que distinguir entre el mero y simple empleo de la potestad de mando sin mayor relevancia, es decir, el simplismo organizacional basado en la coacción sobre los subordinados y otra muy distinta la modulación de este principio en atención al elemento humano de la organización, que fundamenta la gestión de consenso, la gestión racional. Ese giro conductual de los funcionarios es consecuencia del sentimiento de pertenencia a una organización y esa identificación provoca sus ansias de contribuir a los fines fijados ¿La razón de esta metamorfosis? Posiblemente se deriven de los derechos fundamentales que la CE reconoce a la persona y al empleado público y que se impone sobre cualquier organización, pública y privada. Esta percepción se manifiesta con más saturación en las Administraciones Públicas en donde el elemento moral es quizás el más importante de la misma y en donde la dignidad, la autoestima profesional y la propia dimensión personal del funcionario tiene ras-

(32) ÁLVAREZ RICO, M., *Consideraciones en torno a los principios de organización de la Administración pública en la nueva Constitución española*, «Revista de Administración Pública», 1979, 89, p. 402. Vid. DE DIOS, S., *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

(33) Von Mises, L., *Burocracia*, cit., p. 95.

gos diferenciadores con otras organizaciones. Y ello deriva del vínculo de permanencia, prácticamente inalterable, que a contrario de lo que opinan algunos, generan estos sentimientos que determinan la propia consciencia del individuo.

La jerarquía desde un ámbito psicológico y sociológico no ha sido bien considerada. Ha sido causa de ineficacia en el servicio público, genera servilismo, conformismo, nepotismo y cómo no, acoso moral como medio de sometimiento de funcionarios al dictado del superior o la expulsión del funcionario de la organización, ex officio por la Administración Pública, o *motu proprio*, sea a través de renuncia, excedencias, traslado geográfico o traslado funcional a otras administraciones en el mismo territorio.

Desde el ámbito político liberal, la jerarquía se justifica como un medio para alcanzar el fin que es la consecución del interés general. Sin embargo, ello es rechazado por la doctrina marxista y liberal cuestionando la legitimidad de la burocracia misma (34). Ante este hecho, se buscaron formas alternativas y, entre ellas, el denominado *modelo participativo* generando la Administración participada. Hoy, en cambio, la Gerencia o el *Management*, como ciencia, se impone, superando otras tesis.

Precisamente este modelo de gestión trata de aumentar la eficacia potenciando el elemento humano, y es esta premisa el centro del *management* público que hoy se intenta aplicar en la Administración teniendo como obstáculos más poderosos la cultura de la organización y los valores que el funcionario ha asumido en sus años de carrera administrativa. Y ello, hay que decirlo, es un importante obstáculo en tanto el sistema queda amordazado por el inmovilismo innato de la organización y la inexistencia de una carrera administrativa directiva. No hay que olvidar como máxima de experiencia, es decir, algo comúnmente conocido, las iras que levanta un cargo cesado, muchas veces sin saber el motivo cierto.

PARADA VÁZQUEZ, referencia el rechazo de lo jerárquico en beneficio de la coordinación y cooperación buscando el consenso. Junto a ello la debilidad de una potestad disciplinaria inoperativa e incluso en ocasiones, deficiente, lo que ocasiona un atentado a la existencia de esta potestad y proporciona, para el estudioso de la organización, de modo significativo, una idea de lo que el principio de jerarquía importa a los titulares del mismo.

(34) CHEVALLIER-LOSCHAK, *Science Administrative*, París, 1978, pp. 181 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ (35) recogiendo la tesis de Alejandro NIETO denuncia la ignorancia existente hoy entre *jerarquía* y *dictadura* confusión explicada por el rechazo que causa ésta, proscrita implacablemente del mundo de los valores en uso. Aunque en cambio, otras formas de totalitarismos son aceptados socialmente en lo que supone una paradoja difícilmente creíble. E incluso no solo son admitidos sino, desgraciadamente, temidas, con una lesión flagrante de principios esenciales constitucionales.

Esta situación queda evidenciada en nuestro ordenamiento, concretamente en el CP: los antecedentes legislativos del ilícito penal que castiga la desobediencia de funcionario público, vigente art. 410, se inclinaban más hacia el principio de autoridad o jerarquía que el de legalidad junto a una tolerancia con el funcionario que cumple órdenes sabedor que éstas son ilegales (36). Hoy en cambio, el sometimiento al principio de legalidad es un mandato constitucional, art. 25 CE, habiéndose desbordado su interpretación jurídica y judicial con una superación razonable de aquellas ordenes que posean apariencia de principio jerárquico del art. 103 de la CE.

Bajo esta situación la búsqueda de acuerdo entre las partes puede resultar en ocasiones peligroso, si a eficacia nos referimos, cuando no se alcanza y cuando la psicología del funcionario rechaza *a priori* las órdenes dadas por el superior cuando ve frustradas sus expectativas o intereses o se cuestiona, simplemente, la orden. No olvidemos que cualquier organización, en el ámbito periférico para no mostrar una mayor confusión de grados jerárquicos, cualquier Dirección, Delegación o Jefatura Provincial está compuesta por diversas unidades administrativas con un número determinado de personal adscrito a las mismas. Esa diversificación de unidades no favorece concebir y asumir a la Dirección como órgano único sino como suma de distintas unidades estancas con gestiones diferenciadas. Esta premisa, muy frecuente, y la imposibilidad de integrarlas en un proyecto unitario —sobre todo cuando el gestor carece de competencias para ordenar la composición de su equipo directivo, caso frecuente en la Administración española— es causa del fracaso directivo y del fracaso de las estrategias desplegadas para alcanzar los objetivos públicos asignados.

La jerarquía, según TREVIJANO, es un criterio general de aplicación y estructuración de la función pública. Presupuesto de orden orgánico de coordina-

(35) GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 333, con remisión a Alejandro Nieto, en *La jerarquía administrativa*, «Documentación Administrativa», 1992, 229, p. 12.

(36) Vid. QUINTERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 1ª Edic., Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1153.

ción y subordinación permanente, se erige en sustrato de la relación de sujeción especial del funcionario público, que fundamenta posteriormente la potestad disciplinaria. No olvidemos que la determinación del régimen funcional, con los derechos y deberes de los funcionarios públicos es una cuestión de organización. Se derivan de estas definiciones dos vertientes esenciales para calibrar la dimensión de este principio:

- A) Vertebrar el principio de eficacia administrativa como elemento teleológico de cualquier organización pública.
- B) Justifica la potestad organizativa y directiva de la Administración Pública. Elemento este que habrá que razonarse con más profundidad en la actualidad, en donde la situación de preeminencia administrativa se atempera por la concurrencia de derechos fundamentales.

II. JERARQUÍA Y AUTORIDAD

Lo que produce la jerarquía es la autoridad, aunque organizacionalmente existen diversas clases de poderes:

1. Poder legítimo. Se llama así a la capacidad de una persona para influir en los demás.

Von Mises alude que el Estado es, en esencia, un aparato de compulsión y coerción. Su rasgo característico consiste en compeler mediante la aplicación o la amenaza de la fuerza a portarse de manera distinta a la que se quisiera (37). No hay duda que la jerarquía participa de la naturaleza compulsiva del Estado empleador frente a los funcionarios empleados que no cumplan sus ordenes o las cumplan de forma diferente —que no perjudicial— a cómo aquél quisiera. Los matices son indistintos cuando de utilizar la potestad disciplinaria se trata y cuando se utiliza como medida de coerción para reprimir pretensiones fundadas en Derecho contra el abuso de poder. Denunciando *exceso de poder* o *desviación de poder*, si lo preferimos, caprichos de poder en definitiva. Consentidos y admitidos por los superiores con lo que la imparcialidad administrativa quiebra, se desvanece la objetividad y con ello el apartado administrativo se convierte en predador de funcionarios, por las razones que sean. Es la democracia en estado puro. La democracia con vocación totalitaria empleando el miedo como válida herramienta de gestión.

(37) Ludwig VON MISES, *Gobierno Omnipotente (en nombre del Estado)*, Unión Editorial, Madrid, 2002, p. 79. Versión norteamericana de 1944: *Omnipotent Government. The Rise of Total State and Total War*, Yale University Press, 1944, trad: ELGOIBAR, P.

Empleando sus recursos compulsivos *en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la Ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho* (38).

Por ello aunque habitualmente no suele utilizarse esta metodología en la explicación de jerarquía la conexión *jerarquía y potestad disciplinaria* se unen, prácticamente confundándose. Véase por ejemplo, el art. 7.1º.a) RRDFP de 1986 que configura la falta grave de obediencia debida a los superiores y autoridades.

Este ilícito administrativo protege el principio de jerarquía del art. 103.1º CE como garante de la eficacia organizativa de la Administración Pública, como sancionan las SSTC 10 de octubre de 1983, FD tercero;

«Según la Constitución en su artículo 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio institucional 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, según su artículo 184. De modo coherente con tal deber, el artículo 207 del mismo Reglamento considera como faltas graves, en su apartado a), “la desobediencia o irresponsabilidad a los superiores o autoridades”, y en el c), “las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores”. La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía, al que pertenece como Inspector el recurrente, y la misión que el artículo 104.1 CE atribuye, entre otros, a dicho Cuerpo, obligan 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 para no incurrir en vulneración a ese respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. 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 de los derechos y deberes de los citados ciudadanos que el artículo 104.1 CE atribuye a las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre los que se encuentra el Cuerpo Superior de Policía, y esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudie-

(38) NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª Edic., Tecnos, Madrid, 2005, p. 29.

ran legítimamente realizar actos como los que merecieron la sanción del señor V. Por esa razón el ejercicio de su libertad sindical deberá reconocer como límites esos preceptos reglamentarios, sin perjuicio de la regulación de las peculiaridades de la libertad sindical que lleve a cabo la Ley a que se refiere el mismo artículo 28.1 de la Constitución. Límites que habrá de ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente, pero que en el caso que enjuiciamos han sido sin duda transgredidos por el recurrente, por lo que los actos de los poderes públicos que él impugna no han violado sus derechos fundamentales y el amparo que contra ellos pide no puede ser otorgado».

Y STC 20 de abril de 1989, FD segundo, con matices esenciales para ser entendido correctamente, como puede ser la eficacia del servicio y el perjuicio que la actitud del funcionario puede ocasionar a esa eficacia:

«[...] Ciertamente es y así se afirmaba en la citada STC 81/1983, que la situación del funcionario en orden a la libertad de expresión y a la de sindicación es hoy en día mucho más próxima que antaño, a la de cualquier ciudadano. Por eso, los límites específicos al ejercicio de esos derechos constitucionales, derivados de su condición funcional, han de ser interpretados restrictivamente. Pero no lo es menos que el art. 103.1 de la Constitución introduce un principio de jerarquía en el ámbito de las relaciones internas de la Administración, que subraya el art. 104.1 por lo que se refiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al señalar su dependencia del Gobierno. Estos principios de «jerarquía y subordinación», como reitera hoy en día el art. 5 d) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1986\788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se traducen en un deber de «respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos [...]».

Ponderando la eficacia de los derechos fundamentales aún dentro del ámbito de la función pública, la STC, Sala 1ª, 8 de octubre de 1985 (39), FD noveno:

Tal forma de argumentar sobre un tema de legalidad es rechazable, ya que el dilema de que se parte ni es exacto, ni en todo caso conduce a la consecuencia que se patrocina, porque, si se trata de infracciones de derechos fundamentales de la persona, nada importa que se realicen a través de una relación funcional, pues aquéllos siempre son preferentes sobre el ámbito material en que actúan, y porque el art. 6.1 de la Ley 62/1978, como precisa el Fiscal, al atribuir la competencia para conocer del proceso que regula no establece órganos competentes determinados, quedando sometida aquella a la que posean las diversas Salas de

(39) RTC 1985,109.

la jurisdicción contencioso-administrativa que conocen del procedimiento ordinario, por no existir hasta ahora desarrollada «la previsión especial» a que se refiere tal norma, por lo que estuvo bien aplicada la regla que para los actos y resoluciones en materia de personal recoge el art. 10.1,b) de la L.J.C.A. en relación con el último inciso del art. 6.1 del Real Decreto-ley 1/1977 de 4 de enero, lo que conduce a aplicar el procedimiento especial previsto en el art. 53.2 de la C.E., transitoriamente regulado por la Ley 62/1978, conociendo del mismo la Audiencia Territorial, en lugar de la Nacional, en atención a la Autoridad de quien procedía el acto recurrido y su alcance nacional, sin que la existencia de dicha relación funcional, como argumentan tanto el Fiscal como el Abogado del Estado, exija la tramitación del proceso por las reglas del art. 113 de la L.J.C.A., con desplazamiento del especial fijado en tan citada Ley 62/1978; solución que ha sido adoptada y razonada por la Sentencia recurrida con acierto, y que incluso ha sido seguida, contrariando con su conducta sus argumentos, por los propios recurrentes, en otro proceso de igual carácter, que interpusieron contra otro acuerdo del Director general de la Policía, ante la Audiencia Territorial, según consta documentalmente en las actuaciones.

El principio de jerarquía fundamenta la relación de especial sujeción que poseen los funcionarios con la Administración Pública. Ello deriva de su relación estatutaria incidiendo muy directamente en la organización y funcionamiento del servicio público. Aunque a tenor de las actuales perspectivas, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia esa vinculación se fundamenta no en una especial conexión, sino que es derivada de una relación jurídica de carácter público establecida por ley y cumpliendo lo exigido por el art. 103.3º CE. Véase a este respecto la STC 14 de febrero de 2005 (40) que específicamente referido a las relaciones de especial sujeción, el FD quinto, entra a estudiar su naturaleza. Rechaza que las relaciones de especial sujeción constituyan lagunas infranqueables para los derechos fundamentales. Parte para ello del significado ontológico de la calificada por la doctrina *relación de especial sujeción* que no es una categoría constitucional sino una mera descripción de determinadas situaciones y relaciones administrativas a las que se veta la aplicación de derechos constitucionales. Y todo ello aún cuando la CE no contenga ninguna excepción. Llegados a este punto y si bien pueden ser plausibles las razones esgrimidas por el TC para justificar esta inaplicación de derechos, podríamos convenir que quizás, la actuación del tribunal haya excedido los límites previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre del Tribunal Constitucional en su finalidad de interprete supremo de la CE. Ya se ha dicho en este estudio que no cabe subordinar derechos fundamentales a

(40) RTC 2005, 26.

otros que no lo son, véase, por ejemplo, que el fundamento de esa modulación constitucional se abraza a los principios del art. 103 CE, que no poseen el carácter de fundamentales, a diferencia de cualquier derecho fundamental del Título I, Capítulo II, Sección 1ª, arts. 14 a 30 CE.

Las sentencias son producto de una evolución interpretativa del TC que badea desde una práctica inobservancia del principio de legalidad en su dimensión formal y material —justificada en virtud de una mal llamada *potestad domestica*, que no es reconocida, además, en el ámbito laboral— a otra, vigente, en donde se replantean las tesis expuestas permitiendo, progresivamente, una aplicación del principio de legalidad en toda su amplitud rechazando inadecuadas modulaciones o limitaciones. Este cambio se detecta, como apunta Fernández Segado (41) en la STC 10 de octubre de 1983 (42), FD segundo:

«[...] El fondo del asunto consiste en la ponderación del ejercicio que un funcionario público ha hecho de determinados derechos que la Constitución le reconoce. En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3 y la de los derechos de los artículos 23.2, 20.1, a), y 28.1 CE, que luego analizaremos, son factores que de forma convergente 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 en la STC 29 de marzo de 1990 (43), en donde se relativizan las diferencias entre las relaciones de sujeción general y especial, importante es el razonamiento de su FD sexto. Sin embargo, bajo un criterio cuantitativo, el TC restringió los derechos fundamentales a los funcionarios públicos cuando afectaban a estas dos cuestiones:

(41) FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*, «Revista de Derecho Constitucional», 1993, 39, p. 246.

(42) RTC 198381. Recurso de Amparo núm. 42/1983.

(43) RTC 1990, 61.

- A) La comprobación de si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no *públicamente en entredicho* la autoridad de sus superiores jerárquicos.
- B) La determinación de si tal actuación *compromete el buen funcionamiento del servicio*.

Véase el FD segundo de la STC 20 de abril de 1989 (44), Sala 1ª:

«[...] No obstante, según declaraba este Tribunal en la STC 81/1983, de 10 de octubre, en un caso muy semejante al que nos ocupa, cuya doctrina ha sido tenida expresamente en cuenta por el Acuerdo sancionador y por las Sentencias judiciales que lo confirman, el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada Cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio [...]».

Estos límites resultan algo artificiosos si de restringir el valor omnímodo de los derechos fundamentales se trata. Es preciso probar por la Administración la relevancia de la orden administrativa y que la misma cause perjuicio a su eficacia administrativa. Partiendo del hecho que no toda orden investida de competencia jerárquica puede tener por objeto la eficacia administrativa y por tanto que redunde en la mejor prestación de los servicios públicos. Las presunciones *ius tantum* burocráticas requieren de una concreción material, porque la eficacia es medible y como tal posible de fiscalizar en orden a varios factores, materiales y humanos.

Sin embargo véase cómo las prescripciones del CP, concretamente el art. 410.1º castiga la desobediencia siempre bajo la concurrencia de ciertas circunstancias, elementos que por lo general carecen las ordenes administrativas, posiblemente por razones de inmediatez ejecutiva o por indolencia formal, lo que contribuye a diluir aun más la legalidad del contenido de la orden, es decir, su acoplamiento al Ordenamiento jurídico. El CP dicta: *las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cum-*

(44) RTC 1989, 69.

plimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Esto vuelve a chocar con los postulados de la doctrina sociológica, v.gr.: Max WEBER (45), la obediencia debe ser absoluta sin que el funcionario deba plantearse la legalidad de la orden recibida: « Sin esta disciplina moral, en el sentido más alto del vocablo, y sin esta abnegación todo el aparato se vendría abajo». Para Georg LUKÁCS (46), «la elevación a *Weltanschauung* del espíritu burocrático tiene como consecuencia que ante la objetividad del mandato todas las inclinaciones y opiniones individuales sean degradadas al nivel de mera subjetividad». En suma, como defiende MUÑOZ MACHADO (47), el deber de obediencia condiciona la libertad del funcionario, que no puede prevalecer sobre la orden jerárquica.

Para DUGUIT y CARRE DE MALBERG (48), en cambio, el deber de obediencia únicamente era debido a la Ley no existiendo una obediencia al superior jerárquico únicamente a la Ley y a los Reglamentos por incidencia del principio de legalidad. Este criterio posteriormente fue rebatido por HAURIUO (49) para quien la organización jerárquica significa superposición de grados en una organización de agentes de tal suerte que los agentes inferiores cumplen sus funciones no por obligación directa y única de observar la Ley, sino, como se deduce del estudio de MUÑOZ MACHADO, por la necesidad que la Administración Pública cumpla sus objetivos y las obligaciones del servicio que gestiona (50).

En cualquier caso el principio de obediencia jerárquica se sitúa bajo el principio de legalidad, lo que causa la aplicación del art. 25 de la CE en relación con el art. 103.1º de la CE que somete a la Administración Pública a la Ley y al Derecho.

(45) Max WEBER, *Economía y Sociedad*, t. II, 2.º Ed., México 1964, p. 1076.

(46) Georg LUKÁCS, *Marxismus und Stalinismus. Politische Aufsätze, Ausgewählte Schriften IV*, Hamburgo, 1970 y GARCÍA PELAYO, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, 1974.

(47) Muñoz Machado, S., *Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 1976, 607, pp. 607 y ss.

(48) DUGUIT, en sus obras: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III, 1923, pp. 285 y ss. y *Etudes de droit publique: l'état, le gouvernement et les agents*, t. II, 1903, pp. 619 y ss. y CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie général de l'état*, Paris, 1920, t. I, pp. 516 y ss.

(49) HAURIUO, *Les idées de M. Duguit*, Rec. de l'Académie de Législation de Toulouse, 1911, p. 1.

(50) Vid. MACHADO, *Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos*, cit., pp. 607 y ss..

La doctrina penalista si bien en un primer momento determinó que el bien jurídico protegido era el principio jerárquico de la organización administrativa, posteriormente ha evolucionado hacia la protección del ejercicio legítimo de la autoridad, como apunta VIVES ANTÓN, conforme a los principios y criterios del art. 103.1º de la CE. Y ello para servir los intereses generales, que son los que justifican la existencia de funcionarios y autoridades, pues sólo entonces merece la consideración de legítimo el ejercicio de la autoridad (51).

Observemos que siempre las sentencias de los tribunales se mueven en términos abstractos: «intereses generales». Hipérbole sin un contenido concreto en tanto se prescinde de su medición.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo concreta el bien jurídico protegido en la buena marcha y orden de la Administración en todas sus esferas, como establecen las SSTS de 6 de marzo de 1987 (52); 15 de febrero de 1990 (53); 5 de diciembre de 1990 (54); 14 de octubre de 1992 (55) y 14 de marzo de 1994 (56), cuyo FD segundo establece:

«[...] El bien jurídico protegido penalmente en este tipo delictivo es la buena marcha el orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legitimidad de toda la función administrativa. Es indudable que el incumplimiento de las decisiones de los Tribunales constituye una vulneración de este bien jurídico y que en el presente caso no concurre ninguna causa que la justifique».

Para ser apreciado el ilícito de desobediencia se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Existencia de una relación jerárquica y funcional entre el funcionario y la autoridad ordenante, SSTS 10 de octubre de 1990 (57) y 7 de junio de 1995 (58).

(51) ORTS BERENGUER, *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, en « Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, 30, s.p. [pero 337-60].

(52) RJ 1987, 2020.

(53) RJ 1990, 1548.

(54) RJ 1990, 9428.

(55) RJ 1992, 8193.

(56) RJ 1994, 3152.

(57) RJ 1990, 7946.

(58) RJ 1995, 4548.

b) Existencia de una orden dada por el superior jerárquico competente por razón de la materia, SSTS de 23 de septiembre de 1994 (59) y 20 de junio de 1995 (60). El Tribunal Supremo reitera la necesidad de la existencia de una orden legítima emanada de autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos y que vincule al que se recibe por caer dentro de los deberes de su cargo, SSTS 25 de febrero de 1994 (61) y de 28 de abril de 1995 (62).

c) Negativa del funcionario a cumplir abiertamente el contenido de las órdenes de la autoridad superior, negativa abierta, patente y categórica, STS de 16 de marzo de 1993 (63).

La negativa se produce cuando se exterioriza verbalmente, por escrito o gestualmente, la voluntad opuesta al acatamiento de aquellas decisiones, como cuando se produce una pasividad callada, la interposición de trabas o impedimentos delatadores de la voluntad rebelde del agente. En este sentido inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 9 diciembre 1964 (64); 16 de marzo de 1993 (65); 18 de abril de 1997 (66) y 11 de octubre de 1997 (67), interpretan el vocablo *abiertamente*, en el FD segundo señalando:

«En la interpretación que de ese vocablo ha hecho la jurisprudencia, en relación naturalmente al artículo 369 del antiguo Código (RCL 1973\2255 y NDL 5670), que también la emplea, hemos de destacar las Sentencias de 9 diciembre 1964 (RJ 1964\5277), 16 marzo 1993 (RJ 1993\2311) y la muy reciente de 18 abril 1997 (RJ 1997\2991). Todas ellas, en su conjunto, nos enseñan que la palabra «abiertamente» que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, ha de interpretarse, no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte «una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a la referida orden», es decir, aun sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la

(59) RJ 1994, 7217.

(60) RJ 1995, 4834.

(61) RJ 1994, 1566.

(62) RJ 1995, 3386.

(63) RJ 1993, 2311.

(64) RJ 1964, 5277.

(65) RJ 1993, 2311.

(66) RJ 1997, 2991.

(67) RJ 1997, 7218.

actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de «omisión»), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente requerida por la autoridad competente para ello; es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer. O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «*la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde*» [...].

d) El destinatario de la orden son autoridades o funcionarios públicos sometidos jerárquicamente y relacionados con su superior a través del Derecho Administrativo y disciplinario. El funcionario o la autoridad deben tener el deber de dar el debido cumplimiento a la orden recibida.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y ÉTICA: EL DIRECTIVO PÚBLICO

Hoy, en plena decadencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en plena expansión del autoritarismo de lo público, la transparencia junto a la ética de tercera generación, quiebran cualquier inmunidad de hecho y derecho que la autoridad poseía, al menos, teóricamente. Otra cosa es su efectiva concreción en la práctica, porque en ocasiones, su inercia es abrumadora, colapsando la profesionalidad independiente. No obstante, antecedentes jurisprudenciales existen y muchos: Véanse las SSTS, Sala 2ª, 25 de febrero de 1986 (68), FD decimocuarto y jurisprudencia citada: Sentencias de 22 de octubre de 1958, 11 de marzo de 1958, 22 de octubre de 1964, 23 de mayo de 1969, 23 de Junio de 1973, de 22 de Mayo de 1974, 30 de abril de 1976, 22 de abril de 1983, ponderando como eximente el incumplimiento de órdenes injustas lo que equivale a rechazar la obediencia debida:

«Olvida el motivo, al razonar así 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 —Sentencias de 22 de octubre de 1958 (RJ 1958\3039), 11 de marzo del mismo año (RJ 1958\804), 22 de octubre de 1964 (RJ 1964\4553) y 27 de enero de 1973 (RJ 1973\320)— que obligue legítimamente —23 de mayo de 1969 (RJ 1969\2953)—, por lo que al subordinado corresponde el deber siempre de examinar si la orden que recibe es justa o injusta —Sentencia de 23 de Junio de 1973 (RJ 1973\2896)— ya que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego a toda orden que reciba

(68) RJ 1986, 903.

del superior —Sentencia de 22 de Mayo de 1974 (RJ 1974\2409)— porque si la orden es injusta, no vincula al subordinado —Sentencia de 30 de abril de 1976 (RJ 1976\1832)— el mandato no puede constituir uno «atrocitatem facinoris», aun en el campo de lo militar, porque en este caso el subordinado, queda exonerado de obedecer Sentencia de 22 de abril de 1983 (RJ 1983\2300)-. Tendencia recogida en el artículo 21 de nuestro Código de Justicia Militar de 9 de Diciembre de 1985 (RCL 1985\2914), cuando afirma que no se estimará ni como atenuante, ni como eximente la obediencia debida cuando la orden entrañe ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes, usos de guerra o constituyan delitos, en particular la Constitución que consagra el derecho a la vida. Y como el mandato de cometer un asesinato, aunque exista una vinculación jerárquica, es una monstruosidad humana y jurídica, es claro que el motivo por falta de fundamento debe decaer [...]».

La existencia de la jerarquía supone varias consecuencias:

Primera.— Asignación de un ámbito de responsabilidad formal a cada una de las posiciones que componen la escala administrativa. Ello supone atribuir a esa posición el deber de cumplir y la potestad de hacer cumplir determinadas funciones.

Segunda: Atribución a cada posición de esa escala un concreto y específico porción de autoridad como reverso de aquella responsabilidad que se tiene.

Los problemas que originan los vínculos de autoridad son tres, apunta GONZÁLEZ NAVARRO (69), expuestos como principios de organización:

- C) El principio de unidad de mando, raramente admitido por la doctrina de la organización administrativa, entre otros Farol, quien afirma que para una acción cualquiera un agente no debe recibir órdenes más que de un solo jefe; los hombres no soportan la dualidad de mando.
- D) Principio del control de los subordinados: Amplitud de la esfera de control, es decir, cuántos subordinados deben depender de cada jefatura en un determinado nivel o escalón. En este sentido BLANCO DE TELLA (70) opina que una formulación prudente del principio que nos ocupa no puede ir más allá de afirmar que el número de subordinados inmediatos no puede exceder de aquel que permita un ejercicio efectivo de las funciones de la jefatura.

(69) GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Jerarquía Inteorgánica*, en «Diccionario de derecho Administrativo», t. II, dir. MUÑOZ MACHADO, S., Iustel, 2005, p. 1411.

(70) BLANCO DE TELLA, J., *Organización y dirección*, Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid, 1967.

- E) Principio de longitud de la escala jerárquica: Se defendía que el número de escalones óptimos es el de tres. Tesis que *a priori* merece su rechazo, a salvo estudios que motiven lo contrario. Ahora bien, la tesis opuesta, la de crear un excesivo número de niveles no es recomendable porque la presencia del directivo, debe ser cercana a los niveles inferiores de la organización, so pena de deshumanizar la organización. Hacerla lejana y por ello prescindible.

González Navarro reúne en cuatro líneas de actuación las funciones del directivo: planificar, organizar, mandar y controlar. Véase en este sentido la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso Administrativo, 15 de febrero de 2001 (71), FD tercero:

«[...] El principio de jerarquía establecido como principio de organización administrativa en el artículo 103 de la Constitución Española (RCL 1978\2836; ApNDL 2875) y en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246), comprende la potestad de dirección, supervisión y control del órgano superior sobre los inferiores, conllevando ello como corolario que, de alguna forma, el órgano superior se responsabiliza de las actuaciones de los inferiores que del mismo dependen jerárquicamente. Como consecuencia de ello y plasmación del principio referido, el nivel del puesto de trabajo –que es lo que es objeto de retribución en el complemento de destino– no puede ser inferior en el titular de la Jefatura de Unidad a los inferiores que del mismo dependen, pues la potestad de dirección y supervisión son incompatibles con la expresión de un inferior nivel en las retribuciones vinculadas al puesto, y esta consecuencia de dicho principio, que siempre vincula a la Administración, no puede enervarse con la circunstancia de que existan en concreto supuestos en los que el nivel de complemento de destino de determinados puestos sea inferior al de la expresada Jefatura, pues ello podría ser expresivo de una deficiente organización administrativa, que no puede pretender que tenga virtualidad a la hora del análisis del acto recurrido en el presente recurso.

Abundando en lo hasta ahora expresado ha de decirse que las funciones de la jefatura de unidad participan de las que corresponden a la propia unidad, pues no son escindibles aquellas de las que se le atribuyen a ésta, pues su dirección y organización hacen que el Jefe deba cuando menos tener un nivel de conocimientos y de responsabilidad equiparable al de los puestos subordinados de que el dependen, lo contrario supondría introducir principios extraños a los de organización administrativa, concretamente al principio de jerarquía con el alcance jurídico a que antes se ha hecho referencia, y vendría a convertir al Jefe de Unidad en una especie de controlador laboral.

(71) RJCA 2002, 612. Recurso de Apelación núm. 132/2001.

El empleo coordinado y equilibrado de estas potestades es lo que se denomina en la Teoría de la organización, *coordinación*. Principio que así mismo, se encuentra constitucionalizado en el art. 103.1º CE. Es más, tanto el principio de eficacia como el de coordinación, apunta Guaita Martorell, se constituyen en un mandato dirigido, impuesto a la Administración Pública y ese se concreta, como consecución de la eficacia y la coordinación, en una coexistencia pacífica (72). Esta circunstancia causa que el principio de eficacia no deba entenderse como un concepto jurídico indeterminado a efectos de control jurisdiccional, como razona MENÉNDEZ PÉREZ (73), sino que se concreta en la consecución de los fines fijados por el Ejecutivo, en ejecución de sus planes gestores lo que presupone la adopción de instrucciones, estrategias de gestión para alcanzar o mantener los objetivos. Es este cúmulo de instrucciones lo que debe enjuiciarse en cuanto a su operatividad para vislumbrar que la posible desobediencia del funcionario público

La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades refuerza el principio de autoridad con la finalidad de proteger el interés general que no es otro que gestionar objetivamente los *intereses generales* o el llamado *deber publico cualificado* como sanciona el art. 103.1º CE a través de la jerarquía.

IV. AUTORIDAD

Herbert A. SIMON, explicita que el termino autoridad se ha tratado generalmente como concepto legal que ha de redefinirse en función de los «derechos» y «obligaciones». Quien posee autoridad tiene el derecho de exigir obediencia, mientras que el subordinado tiene la obligación de obedecer (74). Pero este concepto tradicional debe ir acompañado de otro, como es la legitimidad que da significado funcional a la noción de autoridad legal. Desde luego, el proceso disciplinario no cumple, en lo que respecta a la cultura administrativa española, un paradigma de eficacia y ejemplaridad, porque por lo general, y así puedo afirmarlo, el infractor es víctima de represalias que nada tienen que ver con su falta. Se trata, como apunta Nieto, de dar ejemplo como

(72) GUAITA MARTORELL, A. *La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas*, «Revista de Administración Pública», 1983, 100-102, p. 2021.

(73) MENÉNDEZ PÉREZ, S., *El principio de eficacia de la función administrativa. virtualidad práctica: estudio jurisprudencial*, en «Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994, 32, s.p. [pero 13-64].

(74) Herbert A. SIMON, Donald W. SMITHBURG y Víctor A. THOMPSON, *Administración Pública*, Editorial Letras, México, 1968, p. 165.

de obligarle al silencio o a la humillación o a la expoliación personal o política y todo ello, de acuerdo con la Ley... (75).

Psicológicamente, el concepto de autoridad ofrece una sola parte de la estructura de la autoridad psicológica real en una organización. Existen otros elementos, la obediencia ciega con o sin razonamiento sobre la conveniencia o no de la orden pero también el convencimiento sobre las virtudes de la propuesta. Pero lo más sobresaliente en el ejercicio de la autoridad es la dificultad de comunicar adecuadamente las propuestas. Las comunicaciones autoritarias que pugnan con las ideas básicas de quien las recibe es un foco de problemas importantes si no son tratadas a tiempo o no se interviene en el momento oportuno para disipar los conflictos pro futuro. Ello es una regla que se obvia en la Administración Pública precisamente por una falsa seguridad que la autoridad produce en sus titulares.

Aunque a efectos legales el nombramiento en cargos de responsabilidad confiere potestad de mando, existen otras fuentes de poder que concurren simultáneamente. Fuentes que no están recogidas en la norma pero que son perceptibles dentro de la organización. FRENCH y RAVEN, detectaron cinco fuentes del poder personal (76): legítimo, de recompensa, coercitivo, experto y referente. Yo modificaría el de legítimo por el de legal, en tanto se acomoda más a la realidad.

— Poder legal. Es la capacidad de una persona para influir en los demás por el lugar que ocupa en la organización. Es denominado también como formal y es el característico en las organizaciones burocráticas. Se caracteriza:

- a) Está conferida por el nombramiento de una persona, sin ninguna otra característica.
- b) Es aceptada por los subordinados. La ejerce y es obedecido porque tiene un poder derivado del nombramiento legalmente conferido.
- c) La autoridad la ejerce en sentido vertical. Se impone de arriba hacia abajo.

French y Raven en su obra analizan el cumplimiento de las ordenes acotándolas a lo que denominan *zona de indiferencia* del subordinado, lo que equivaldría a la legalidad de la orden o instrucción en nuestro Derecho. Esa *zona de indiferencia*, sin embargo, es maleable en atención a factores inter-

(75) Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 29.

(76) John R. P. FRENCH y Bertram RAVEN, *The basis of Social Power*, en D. CARTWRIGHT, « Studies in Social Power », Ann Arbor, Institute for Social Research, University of Michigan, 1959, pp. 150-67.

nos y externos del empleado público. Pero lo más relevantes es la gestión de las otras fuentes de poder que concurren en la Administración.

Cabe deducir que el nombramiento legal no confiere, por regla general, legitimación que no legalidad. En un escenario crítico por razones ideológicas y personales, son las decisiones directivas las que consiguen la aceptación en el centro de trabajo. Bien en aplicación de estrategias gestoras creativas, bien en el mantenimiento del statu quo relegando la función de director.

V. COMPORTAMIENTOS POLÍTICOS ELUSIVOS DEL PODER LEGAL

Pueden concurrir comportamientos de tipo político o bajo tal apariencia, en todo caso, extraños a la esencia de la gerencia, que comprometen el poder legal. Cabe enumerar, entre otros, los siguientes:

1. Comportamientos fuera del sistema del poder legítimo y reconocido.
2. Comportamientos destinados a beneficiar a un individuo o unidad a expensas de la organización en general.
3. Comportamientos deliberados y dirigidos a adquirir y conservar el poder.

Existen otras clases de poderes que pueden llegar a desafiar al poder legal, entre éstos destacamos los siguientes:

— Poder de recompensa. Se basa en la capacidad de una persona de premiar a un subordinado por obedecerla. Se articula como instrumento del poder legítimo para ganarse la confianza de los funcionarios. Si lo que ofrece el gerente como recompensa no posee valor para el funcionario es muy probable que ese poder de recompensa no sea operativo.

Pero este poder puede ser ejercitado no solo por el gestor *sensu stricto*, también por otros subordinados con competencia más reducida lo que podría generar desafíos.

— Poder coercitivo. Se presenta como el antagonismo del poder de recompensa. Es el poder de castigar o el poder de coadyuvar a otros superiores a castigar al funcionario. Las prácticas represivas y el miedo que producen es otra fuente de poder aunque peligrosa porque incide directamente en la motivación de los funcionarios y en el clima laboral, provocando una crispación ineficiente con perjuicio manifiesto de la eficacia administrativa.

— Poder experto. Posee este tipo de poder cuando posee una habilidad especial que reviste mucho valor. Los expertos ostentan poder porque representan una garantía de eficacia para la Administración.

— Poder referente. Deriva del carisma de una persona y su intensidad es recíproca a la fuerza de aquélla. Es un poder que deriva de la admiración que posee esa persona en la organización.

Las cinco fuentes de poder personal se subdividen en dos apartados, personales y organizacionales. El poder experto es una característica personal mientras que el resto son derivados de la organización.

En la Administración, como en toda organización burocrática en donde concurren diversos sustratos de poder, su distribución es desigual, existiendo variaciones que matizan negativamente la eficacia de ese poder. La concentración del mismo causa privarlo a otros funcionarios, y esa retención o privación condiciona la motivación de los diversos funcionarios respecto a los objetivos asignados por la organización.

Junto a estas fuentes de poder unidas a la persona, existe lo que se denomina *poder estructural*. La propia organización lo confiere. Pero hay que matizar su extensión en orden a graduar la jerarquía de la organización: el poder estructural será más preeminente en instancias más superiores que en las inferiores, en donde los directivos se encuentran en estrecho contacto con los empleados. Seamos sinceros, no es lo mismo el trato con personal subordinado de confianza provisto mediante libre designación y por tanto de libre cese, que el trato con empleados cuyos puestos son adquiridos mediante concurso, conservando alguna mayor estabilidad en el empleo.

Existen manifestaciones de poder estructural materializadas en los recursos, el poder de decisión y el poder de información.

— Recursos: Para KANTER (77) el poder se deriva:

- A) Del acceso a los recursos, información y apoyo.
- B) Capacidad de conseguir la cooperación para hacer el trabajo necesario

El poder concurre cuando una persona tiene abiertos los canales de los recursos: sea recursos humanos, sea tecnología. En las organizaciones, los recursos vitales se distribuyen en línea descendiente por la jerarquía que los asigna. Por ejemplo, el director tiene más poder para asignar recursos que otros jefes que le siguen en la línea descendente.

Poder de decisión.

(77) R. M. KANTER, *Commitment and Community: Communes and Utopias in Sociological Perspective*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University, 1972.

El grado en que los individuos o unidades administrativas inciden en la toma de posesión delata el poder que adquirieron en una organización. Cabe que este poder se encuentre residenciado en una persona, desprovista de autoridad formal. Esto se encuentra verificado mediante la teoría de MILGRAM que demostró que parte del poder formal, otros individuos a quienes se percibe con poder también generan una influencia significativa en los demás.

Poder por información.

Expertos en organización estiman que la información es más poderosa que en cualquier otro componente de la estructura organizacional. Para VAN BEVEREN (78) el conocimiento se define como una conclusión o análisis derivado de datos e información. Los datos son hechos, estadísticos, instrucciones y ordenes de servicio; la información, el contexto en que se sitúan los datos.

La información, la preparación intelectual de los miembros de una organización es poder porque ofrece soluciones, algunas eficientes, otras eficaces, a los problemas de gestión. Es talento. Buscado únicamente por aquellos que están comprometidos sinceramente con la gestión pública.

Aunque es plausible la ayuda por estudios en las Administraciones Públicas, los conocimientos que éstos acumulan no son aprovechados adecuadamente, a salvo la promoción interna, aunque ésta está más orientada al tiempo en la organización que a los méritos del empleado público.

Poder proveer a funcionarios en consonancia con su riqueza cultural es otra cuestión que necesitará nuevos planteamientos, menos garantistas y mas abiertos.

(78) *A model of Knowledge Acquisition that Refocuses Knowledge Management, Journal of Knowledge Management.*