

El régimen disciplinario de los funcionarios públicos

Joan Manuel Trayter Jiménez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

EL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

TESIS DOCTORAL

TOMO II

Presentada por:

**Joan Manuel Trayter Jimenez
Departament de Dret Administratiu
Universitat de Barcelona**

**Dirigida por el Dr:
Rafael Entrena Cuesta
Catedrático de Derecho Administrativo**

Barcelona Febrero de 1.991

TITULO IV LA CALIFICACION DE LAS FALTAS	331
I INTRODUCCION	331
II EL DEBER DE FIDELIDAD A LA CONSTITUCION	332
1.- El deber de fidelidad a la Constitu- ción en Alemania	333
2.- El deber de fidelidad a la Constitu- ción en España	336
III EL ABANDONO DEL SERVICIO	342
1.- El abandono del servicio como falta disciplinaria	342
2.- El abandono del servicio como delito.	349

IV	LA DISCRIMINACION. LA INFRACCION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	352
	1.- Generalidades. La doctrina del TC sobre el articulo 14 CE	352
	2.- La infracción del principio de igualdad como falta disciplinaria ...	356
	3.- La infracción del principio de igualdad como delito cometido por los funcionarios públicos	358
V	LA FALTA GRAVE DE DESCONSIDERACION CON LOS SUPERIORES, COMPAÑEROS Y SUBORDINADOS	362
	1.- Caracteres generales	362
	2.- Elementos del ilícito	366
TITULO V DETERMINACION Y CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS		373
I	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	373
	1.- Origen, contenido y aplicación del principio de proporcionalidad	373
	2.- Naturaleza jurídica. El TC y el principio de proporcionalidad	378
	3.- Su aplicación en el derecho disciplinario	386
	4.- Consecuencias de su aplicación: El control de la discrecionalidad	390
II	CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS	398
	1.- La separación del servicio	398
	A Regulación positiva y contenido ..	398

B La necesidad de modular sus consecuencias. El problema de los fines y efectos de las sanciones disciplinarias	404
2.- La suspensión de funciones como sanción disciplinaria	409
3.- El traslado con cambio de residencia. Breves reflexiones sobre instituto de la desviación de poder	412
4.- La deducción proporcional de retribuciones	423
5.- El aparcamiento	425
 TITULO VI PRESCRIPCION DE FALTAS Y SANCIONES	 427
I CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION	427
II PRESCRIPCION DE LAS FALTAS	430
III PRESCRIPCION DE LAS SANCIONES	433
 TITULO VII LAS MEDIDAS CAUTELARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO PUBLICO	 445
I PLANTEAMIENTO	445
II FUNDAMENTO, CARACTERES Y LIMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA	446
1.- Carácter instrumental respecto del procedimiento incoado	448

	2.- Precariedad y provisionalidad: La influencia de los derechos fundamentales en cuanto al tiempo de suspensión	447
	3.- Dependencia del procedimiento principal	454
III	LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO SOMETIDO A PROCESAMIENTO JUDICIAL	456
IV	LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA COMO ACTO DE TRÁMITE Y SU POSIBLE IMPUGNACIÓN AUTÓNOMA	463
TÍTULO VIII EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO		468
I	EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. PRINCIPIOS GENERALES Y CONTENIDO	468
	1.- Iniciación del procedimiento: La incoación. La información previa	469
	2.- Desarrollo	472
II	ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 24 CE ..	477
	1.- Ámbito de aplicación del artículo 24 CE: la interpretación finalista de la norma fundamental	477
	A Introducción. Contenido	477
	B Su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores	479
	2.- Alcance y contenido de algunos derechos: El asesoramiento y asistencia de letrado, el carácter público del proceso, el derecho a conocer de la acusación formulada y el derecho de audiencia al interesado	483

3.- El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. El derecho al recurso y su aplicación en los procedimientos disciplinarios.	498
A La pertinencia y relevancia de la prueba	499
B La interdicción de recurrir autonomamente la denegación de la admisión y práctica de las pruebas ¿inconstitucional?.....	502
4.- La necesaria caducidad del procedimiento disciplinario por dilaciones indebidas en su tramitación	510

TITULO IX LA SUSPENSION DE LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS 524

I PROBLEMATICA GENERAL: LA TECNICA DE LA SUSPENSION DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ANTES Y DESPUES DE LA CONSTITUCION	524
II EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "NULLA POENA SINE IUDITIO" Y LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS	535
III LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL Y LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS ..	544

1.- La necesaria incidencia real en la esfera juridica por la que se reclama la tutela judicial: La suspensión de la ejecutividad de los actos disciplinarios hasta su firmeza en via jurisdiccional	544
--	-----

2.- El sometimiento de la ejecutividad de los actos sancionadores a la decisión de los tribunales: La modular ejecutiva y su posterior reinterpretación	553
A Las precisiones de la doctrina recogida en la STC 66/84, de 6 de Junio	553
B La situación actual: Ratificación del privilegio de la ejecución inmediata de los actos disciplinarios	557
3.- Valoración global del proceso jurisprudencial: La necesidad de retrasar la ejecución de la medida disciplinaria hasta que adquiera firmeza en vía administrativa. La ponderación de los intereses en juego como criterio para mantener o levantar la suspensión	564
 IV HACIA UN NECESARIO PERFECCIONAMIENTO DE LA SUSPENSION DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS	 569
 - CONCLUSIONES	 581
- ABREVIATURAS	588
- PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES	591
- PRINCIPALES DISPOSICIONES VIGENTES SOBRE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS	596
- BIBLIOGRAFIA	601

TITULO IV. LA CALIFICACION DE LAS FALTAS.

I.- INTRODUCCION

Para que una acción u omisión quede disciplinariamente sancionada es necesario que se encuentre tipificada como infracción por la normativa funcional aplicable al caso.

Seguidamente vamos a centrar nuestro estudio en las faltas recogidas por el Derecho positivo después de las modificaciones introducidas en la Ley 30/84, de 2 de Agosto, cuyo art. 31 especifica los ilícitos que, con carácter muy grave, rigen para todas las Administraciones Públicas (1).

Dado que la jurisprudencia se limita a examinar unos tipos muy reducidos de infracciones (2) y teniendo en cuenta, además, que la importancia de algunos de ellos, doctrinalmente hablando, es muy reducida, examinaremos un concreto número de faltas y dejaremos al margen el resto de ilícitos contemplados por el ordenamiento jurídico, cuyo estudio haría interminable las siguientes páginas.

(1) Por cuanto es considerado básico de acuerdo con el ap. 3 del art. 1 de la ley. La concreción de algunas faltas por ella tipificadas ha sido criticado por MARTÍN MATEO, Manual de Derecho Administrativo, IEN, Madrid 12 ed. 1988, pág. 287 y ss.

(2) Por otro lado debemos advertir que los análisis jurisprudenciales son más limitados que las tipificaciones realizadas en nuestro derecho positivo, caracterizado por largas series de faltas graves y muy graves que se van reproduciendo a lo largo de la distinta normativa reguladora del régimen disciplinario de las distintas Administraciones Públicas (Estatal, Autonómica y Local). Por lo general, las tipificaciones usadas por las autoridades administrativas se mueven en un margen muy estrecho de tipos y aún es más estrecho aquel que presenta la nota complementaria de haber sido reiteradamente estudiado por los tribunales.

F.J. MONTEJO y CASADO DE AMEZUA, Jurisprudencia sobre el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. INAP, Alcalá de Henares, 1987, pág. 8.

II.- EL DEBER DE FIDELIDAD A LA CONSTITUCION.

La L.M.R.F.P. introdujo como una de las faltas muy graves que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, "el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública" (art. 31.1 a) (3).

Hasta entonces y en relación a este tipo de falta disciplinaria, "los datos normativos de nuestro ordenamiento son escasísimos, nuestra historia institucional prácticamente nula .. Con todo ello, el tratamiento jurisprudencial y doctrinal ha debido ser, por consiguiente, casi inexistente" (4).

Desde estos momentos debemos señalar la ausencia de parangones o similitudes entre este ilícito y el contemplado en el Derecho preconstitucional que sancionaba "la conducta contraria a los principios fundamentales del movimiento nacional" (5), o la "conducta contraria al ordenamiento constitucional" (6) entre otras cosas porque el comportamiento que en la actualidad es susceptible de sanción únicamente puede desarrollarse durante el servicio, no fuera de él. Antes ocurría

(3) Del mismo modo se encuentra tipificada como falta de carácter muy grave en el RDCCE 33/86, de 10 de Enero, (art. 6 a).

(4) Antonio ENRIQUE IRUJO, La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (un estudio de los derechos Alzola y Escaño). Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid 1987, pág. 119. La mencionada monografía, de extraordinaria riqueza bibliográfica, ha sido utilizada básicamente para redactar esta parte del presente trabajo.

(5) Tipificada en el art. 98 del Decreto 315/64, de 7 de Febrero, por el que se aprueba la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Se consideraba era considerada como falta muy grave y podía dar lugar a la reparación del servicio (art. 91 de la L.F.C.E.).

(6) Art. 52 f del Real Decreto 3046/77, de 6 de Octubre, Texto articulado parcial de la Ley 41/75 de Bases de Régimen Local que la configuraba como falta de carácter grave.

todo lo contrario, pudiéndose sancionar las acciones u omisiones realizadas por lo funcionarios públicos en cualquier momento (7).

Por otro lado, el origen, argumentación doctrinal y jurisprudencial del concepto "deber de fidelidad a la Constitución" es alemán. Allí se crea y desarrolla, por lo que resulta obligado hacer un somero análisis de cómo el ordenamiento jurídico de ese país lo contempla y sus similitudes y diferencias con las leyes funcionariales españolas.

1.- El deber de fidelidad a la Constitución en Alemania.

El deber de fidelidad a la Constitución (Verfassungstreue) tiene, en Alemania, un significado activo. Consiste en que los ciudadanos no pueden acceder a la relación funcional si ofrecen garantías de que actuarán en todo momento a favor del ordenamiento fundamental liberal-democrático en el sentido de la ley fundamental (8). Por ello se exige de los funcionarios públicos la democracia "militante" o "combatiente" (Streitbar), que impone una identificación activa del funcionario con los principios básicos de la Constitución y que, correlativamente, niega capacidad para la función pública a quienes militen o actúen según los extremismos de izquierda (incluyendo a los comunistas) o de derechas (9).

(7) Tal como afirma Antonio EMIB IRUJO, La fidelidad ... op. cit., pág. 120. En contra A. PALOMAR OLIVERA, Derecho de la Función Pública (Régimen jurídico de los funcionarios públicos). Ed. BYCKINSON, Madrid 1990, pág. 274.

(8) Extracto del convenio celebrado en 1972 entre el Canciller de la República Federal Alemana y los presidentes de Gobierno de los Laenders. Recogido y citado por Antonio EMIB IRUJO, op. cit., pág. 11.

(9) GARCIA DE ENTERRIA, Prólogo del libro de Antonio EMIB IRUJO, La fidelidad ... op. cit.
De este modo, se hizo célebre el proceso a la maestra que en su solicitud de empleo se confiesa miembro del DKD (Deutsches Kommunistisches Partei) pero haciendo constar que aceptaría ciertos principios constitucionales como la soberanía popular, elecciones libres, principio de división de poderes ... Su candidatura es rechazada y ese rechazo es posteriormente ratificado por decisión judicial. Del mismo modo destaca la apertura del procedimiento disciplinario contra un profesor miembro del NPD por suscribir la iniciativa "STOP a los extranjeros" (Ausländerstopp). Citado por A. EMIB IRUJO, La fidelidad ... op. cit., pág. 64.

Para entender la concepción descrita es necesario señalar que al funcionario, en la República Federal Alemana, se le confían las funciones de soberanía, es decir, las funciones en que el Estado obra de forma jurídico-pública (10).

A partir de ahí, el funcionario debe predicar una doctrina militante, concepto que servirá de base para defender la Constitución, ya que ésta se articula en torno a un bien, un valor que debe ser jurídicamente protegido: el ordenamiento fundamental democrático-liberal (11).

Consecuencia de lo expuesto, es la necesidad de determinar el concepto, extensión y contenido del deber de fidelidad a la Constitución en el concreto ámbito de la función pública. La regulación positiva y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (12) establecen las siguientes características en

(10) Ver RUDOLF, Der Öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, MVDSTRL, 37, 1979, pág. 205. Citado por A. ENBID IRUJO, La fidelidad... op. cit., pág. 40. Sobre el mismo tema, y en la literatura jurídica española, ver MONTORO CHINER, M.J., La función pública en el federalismo alemán, INAP, Alcalá de Henares 1987, págs. 15 y ss.

(11) Sobre el concepto de ordenamiento fundamental democrático liberal ver W. SCHMITT GLAESER, Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, en Editorial Gehlen, Bad Homburg, 1968, págs. 33 y ss. citado por A. ENBID IRUJO, La fidelidad... op. cit., pág. 63.

Por su parte el Tribunal Constitucional define como ordenamiento fundamental democrático liberal en el sentido del art. 21.1 de la Constitución "un ordenamiento que bajo la exclusión de cualquier régimen de gobierno violento y despótico, representa un orden jurídico con fundamento en la igualdad, la libertad y la autodeterminación del pueblo según la voluntad de la respectiva mayoría. Entre los principios fundamentales de este ordenamiento hay que contar por lo menos el cuidado por los derechos del hombre concretizados en la Ley Fundamental, sobre todo el derecho de la personalidad, a la vida y al libre desarrollo, la soberanía del pueblo, la división de poderes, la responsabilidad del gobierno, la legalidad de la Administración, la independencia de los jueces, el principio de pluralidad de los partidos y la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos junto con el derecho a la formación y al ejercicio constitucional de una oposición." (Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán 2, I (12)).

Esta sentencia trata de la inconstitucionalidad del Sozialistische Reichspartei (SRP). Citado por A. ENBID IRUJO, La fidelidad... op. cit., pág. 65.

(12) La regulación positiva se recoge en la Ley de Funcionarios de la Federación de 12 de Julio de 1953 (art. 7, págs. 52, 58, 77) cuyos preceptos son introducidos por la Ley Marco de funcionarios de 3 de Junio de 1977.

Los mencionados preceptos fueron declarados conformes a la Constitución por el Auto del Tribunal Constitucional Alemán de 22 de Mayo de 1975.

la relación con la falta analizada:

- 1.- A la relación funcional puede acceder sólo quien ofrece la garantía de que en todo tiempo actuará en favor del ordenamiento fundamental democrático liberal en el sentido de la ley fundamental. Por ello, existe un examen previo de fidelidad constitucional antes de la incorporación del funcionario a su puesto de trabajo.
- 2.- El contenido del deber de fidelidad consiste siempre en una obligación de acción. Según el Tribunal Constitucional Federal Alemán "el deber de fidelidad política - fidelidad al Estado y a la Constitución - exige algo más que una acción formal, correcta, desinteresada, fría, distanciada interiormente frente al Estado y a la Constitución; la fidelidad exige al funcionario en particular, que se distancie claramente de los grupos y tentativas que ataquen, luchan y difamen a este Estado, a sus órganos constitucionales y al vigente orden constitucional. Del funcionario se espera que conozca y reconozca como un alto valor positivo ese Estado y a su Constitución, por el que merece la acción a actuar a favor" (13).

Por tanto, no se cumple el deber de fidelidad a la Constitución de una forma pasiva sino que siempre es precisa una acción frente a los enemigos de la Constitución, del Estado. Sin embargo, ello no significa la identificación total y absoluta con los fines del Gobierno respectivos, "sino de servir a la idea del Estado y a la del ordenamiento fundamental democrático liberal" (14).

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán 39, 334 (348).

(14) Tal como afirma Antonio ERMIJO IMUÑO, La fidelidad de los funcionarios op. cit., pág. 77 haciendo referencia a MAURER, Die Mitgliedschaft von Beamten Verfassungserfüllender Parteien und Organisationen, N.J.W., 1972, págs. 600 y ss.

- 3.- El deber de fidelidad debe cumplirse en todo tiempo, dentro y fuera del servicio, con el completo comportamiento del funcionario (15).
- 4.- El deber de fidelidad abarca a todos los funcionarios: temporales, interinos y a prueba. Del mismo modo rige respecto a los permanentes y empleados.
- 5.- El incumplimiento del deber de fidelidad justifica el despido de los funcionarios interinos y a prueba. Para los permanentes, un expediente disciplinario puede dar lugar a la separación del servicio.

2.- El deber de fidelidad a la Constitución en España.

Anclando las raíces del concepto en el Derecho Alemán, observamos que además de las semejanzas evidentes contempladas por ambos ordenamientos jurídicos, (se trata de una institución común, con una misma terminología y basada en un principio ideológico general) reúnen indubitadas diferencias.

En España, la preservación del orden constitucional se encuentra recogida en distintos preceptos y, de esta forma, algunos cuerpos de funcionarios cuentan, entre sus tareas más relevantes, las de proceder a esa defensa (16).

(15) "Desde el ingreso en la función pública, durante su pertenencia e incluso en las situaciones de excedencia y jubilación", MONTORO CHINER, M.J., La función pública, cit., pág. 34.

(16) Así, los jueces, según la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1 de Julio, los magistrados del Tribunal Constitucional cuando examinan la adecuación a la Constitución de leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley, los parlamentarios que para acceder a sus derechos y prerrogativas deben jurar fidelidad a la Constitución (arts. 20.1.3 y 121 b del Reglamento del Congreso y Senado respectivamente), el Gobierno, la Administración, las Fuerzas Armadas (art. 8 de la Constitución), el Ministerio Fiscal (art. 124 de la Constitución 33 de la Ley 50/81 por el que se aprueba el Estatuto

.../...

En el concreto ámbito de los funcionarios públicos, destaca, con relación al Derecho Alemán, la ausencia de un examen previo sobre la fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Únicamente se exige la imparcialidad y objetividad en el ejercicio del cargo público (17).

En segundo lugar, como vimos, en Alemania el deber de fidelidad se exige a los funcionarios públicos en todo momento. Por contra en España, el art. 31 de la Ley 30/84, de 2 de Agosto impone su respeto "en el ejercicio de la función pública", y ello no se limita a los lugares o tiempos habituales de trabajo, sino a la realidad, en un momento determinado, de ejercicio de la función pública (18).

En tercer lugar y respecto al contenido del deber de fidelidad a la Constitución en nuestro derecho debemos (19) el funcionario público debe ser fiel a:

(16) .../...

Orgánico del Ministerio Fiscal), los Gobernadores Civiles (art. 11.1 del Real Decreto 3017/80, de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de Gobernadores Civiles).

Entre la doctrina que ha estudiado el problema véase Ignacio de OTTO PARDO, Defensa de la Constitución y partidos políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985.

Ver igualmente Francisco TOMAS Y VALIENTE, La defensa de la constitución, en REP 16, 1982.

(17) De ese modo se manifiesta el art. 19 de la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En el mismo sentido ver el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado (Real Decreto 2223/84, de 19 de Diciembre) en el art. 18.2.

Así se manifiesta el art. 103 de la Constitución y el 92.2 de la Ley 7/85 de 2 de Abril.

Sobre el tema ver PAREJO ALFONSO, Estado Social y Administración Pública. Los Postulados Constitucionales de la Reforma Administrativa, Ed. Civitas, Madrid 1983; Jose Ramón PARADA VAQUER, Derecho Administrativo. Organización y Empleo Público, Ed. Marcial Pons, 2a. edición, Madrid 1988, págs. 329 y ss.

(18) Antonio EYDIA IRUJO, "La fidelidad..." op. cit., pág. 167.

(19) Artículo 31.1a de la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas urgentes para la Reforma de la Función Pública; art. 6a del Reglamento 33/86, de 10 de Enero, por el que se aprueba el Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, art. 147 del Texto Refundido de las disposiciones reguladoras del Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/86) que se remite, para la regulación de las faltas muy graves, a la Legislación de la Función Pública Estatal.

1o. Los fundamentos básicos de la Constitución, es decir los valores superiores del ordenamiento jurídico que se recogen en el artículo 1 de la Constitución y el principio de Soberanía Nacional (3).

2o. Tampoco serían admisibles manifestaciones que fueran contra la forma política del Estado o contra los órganos constitucionales. En definitiva, se trata de preservar el orden democrático fundamentado en la Constitución así como los órganos más relevantes consecuencia directa de la existencia de ese orden, de la voluntad constitucional que ha apostado por una determinada configuración de la forma jurídica del Estado.

En este sentido, y a raíz de lo afirmado, merece destacarse la tipificación que realizan distintas leyes funcionariales de las Administraciones Autonómicas respecto a la falta muy grave por "el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución o al Estatuto de Autonomía en el ejercicio de la función pública" (21).

Esta mención específica a la fidelidad a los Estatutos de Autonomía, no introduce obligaciones adicionales a las mencionadas. "Los Estatutos de Autonomía son leyes orgánicas ordenadas directamente de la Constitución, desarrolladoras, por tanto, de sus principios. En ellos se plasma también el

(20) El mencionado contenido iría dirigido más bien a los partidos políticos, asociaciones, parlamentarios, etc.

(21) Artículo 63 g de la Ley Foral de 30 de Marzo de 1983 reguladora del Estatuto del personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra (BOE de 22 de Junio); art. 59 a de la Ley 2/87 de 30 de Marzo de la Función Pública Canaria (B.O. de Canarias n.º 4 de 3 de Abril de 1987); artículo 93 a de la Ley 17/85 de 23 de Julio por la que se aprueban las normas reguladoras de la Función Pública de la Generalitat de Catalunya (Diario Oficial de la Generalitat n.º 569 de 31 de Julio); art. 3 del Reglamento 336/86, de 6 de Noviembre, por el que se aprueba el Régimen Disciplinario de la Función Pública de la Generalitat de Catalunya; art. 83 a de la Ley 1/86, de 10 de Abril, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, etc.

principio de Soberanía Nacional y se pueden hacer referencia a órganos constitucionales.

Unicamente podría pensarse en una obligación adicional del funcionario autonómico en relación con los órganos autonómicos reconocidos en el Estatuto, debiendo evitarse manifestaciones contrarias a ellos" (22).

En tercer lugar, para que un funcionario público no incurra en la falta muy grave de incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, basta que se abstenga de realizar conductas contrarias, cumplir al máximo el deber de neutralidad política y llevar a cabo una observancia escrupulosa del deber de obediencia a la Constitución. Evidentemente, en este aspecto, nuestro derecho se diferencia del ordenamiento jurídico alemán por cuanto, como dijimos, allí se exigía un "contenido activo" de esa obligación.

Por último debemos hacer constar que no toda infracción de los preceptos constitucionales constituye violación del deber de fidelidad. Para ello existe una tipificación específica en nuestras leyes funcionariales. En modo alguno podemos confundir la transgresión de cualquier disposición del ordenamiento jurídico, con el desconocimiento del deber de fidelidad a la Constitución. Si interpretásemos el mencionado ilícito de esa forma, estaríamos confundiendo el principio de legalidad recogido en el artículo 9.1 de la Constitución, con el deber de fidelidad a la misma, conceptos muy diferentes y que en modo alguno pueden asimilarse (23).

(22) Tal como afirma Antonio EMIB IRUJO, "La fidelidad..." op. cit., pág. 170.

(23) En contra de lo afirmado en el texto, Sentencia de la AT de Barcelona de 21 de Noviembre 1985.

En consecuencia, dado el carácter residual de esta falta sería lógico pensar una escasa aplicación de la misma en nuestro sistema jurídico pero, en muchas ocasiones, tanto los tribunales de justicia como la Administración a la hora de sancionar una determinada conducta que no tiene cabida en otro tipo disciplinario, la incluyen en el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución (24).

Por último señalar que entre la escasa jurisprudencia que ha analizado el concepto "deber de fidelidad a la Constitución" destaca la sentencia de la Sala 5a. del TS de 7 de Octubre de 1986 por la que se analiza la problemática causada por la supresión, en los nuevos reglamentos disciplinarios, de la "falta muy grave de probidad moral". ¿Cómo califican entonces la apropiación indebida de unos talones? (25).

(24) No obstante, la sentencia de la Sala 3a. de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de Noviembre de 1988, que examinó la adecuación a la legalidad vigente de la sanción impuesta a un funcionario de la Generalitat de Catalunya que se le acusaba de falta de fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Autonomía al haberse apropiado indebidamente de 15.000 a 20.000 Pts. procedentes de un empresario al que había inspeccionado, considera correcta la tipificación sancionada, cuestión que a todas luces contraviene el ordenamiento jurídico aplicable. El Letrado de la Generalitat de Catalunya (parte demandada), sostenía que cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico vigente era una falta de fidelidad a la Constitución y al Estatuto de Autonomía por cuanto constituía un desprestigio para las instituciones autonómicas catalanas. Aceptando esos argumentos, la sentencia considera que ante la supresión de la falta muy grave de probidad moral y material, la apropiación indebida de 15.000 a 20.000 pts. por parte de un funcionario público, puede perfectamente encuadrarse en la falta muy grave del deber de fidelidad a la Constitución o al Estatuto de Autonomía (Fundamento Jurídico n.º 4 de la sentencia de la Sala 3a. de lo Contencioso - Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de Noviembre de 1988).

(25) Que según el demandante "respondían al pago de gratificaciones de unos trabajos".

El abogado del Estado solicitó la incardinación de dicha conducta en la falta del deber de fidelidad a la Constitución.

La Sala, lejos de compartir esa opinión, califica los hechos como una falta grave recogida en el art. 7.1 º del Reglamento Disciplinario (el atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración) afirmando textualmente que no procede la mencionada tipificación en la falta de deber de fidelidad a la Constitución por cuanto en esa falta muy grave se incurriría cuando se infringiesen "los valores superiores del ordenamiento jurídico patrio consagrados en su art. 1".

III.- EL ABANDONO DEL SERVICIO

1.- El abandono del servicio como falta disciplinaria.

La falta muy grave de abandono de servicio, con tradición histórica en nuestro derecho (26), se encuentra recogida actualmente en diversa normativa de entre las que destacamos el art. 31.1 c de la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas urgentes para la reforma de la función pública y el reglamento disciplinario que la desarrolla (art. 6 c) (27).

Resulta fácilmente comprobable el dato de la excesiva inconcreción y amplitud que la mencionada tipificación nos proporciona. Sin duda alguna, forma parte de los tipos legales de carácter abierto, no excesivamente acordes con los principios de seguridad jurídica y legalidad, precisamente por el margen de discrecionalidad que ellos comportan (27 b).

(26) Anteriormente se encontraba tipificada en el Reglamento Disciplinario de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 2088/69, de 16 de Agosto) y en el art. 88 c de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Del mismo modo estaba recogida en las normas disciplinarias de la Administración Local (Capítulo 7 Sección 2 del RFAL).

(27) El abandono de servicio como falta de carácter muy grave se encuentra tipificada, además, por el art. 83 c de la Ley 1/84, de 10 de Diciembre, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid; 56 c de la Ley 2/87, de 30 de Marzo, de la Función Pública Canaria; Art. 93 c de la Ley de 23 de Julio de 1985 reguladora de la Función Pública de la Generalitat de Catalunya y en el art. 3 c del Reglamento de Funcionarios que la desarrolla.

Para la Administración Local, el art. 147 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local se remite a la regulación establecida en el art. 31.1 c de la Ley 30/84.

Para los funcionarios de la Administración de Justicia la Ley 6/85, de 1 de Julio, Orgánica del Poder Judicial (art. 417.3) recoge "el abandono o el retraso injustificado o reiterado en el desempeño de la función judicial".

Asimismo, el Reglamento Orgánico de los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia (Real Decreto 2903/85, de 19 de Septiembre) en su art. 81 b tipifica como falta muy grave "el abandono injustificado en el desempeño de sus funciones".

(27b) Al respecto ver Título III, Capítulo III, 18.

Afortunadamente, la jurisprudencia ha realizado una importante labor de determinación, imponiendo distintos requisitos para que una conducta pueda encajar en la mencionada falta. La ausencia o insuficiencia de los mismos daría lugar a la imposibilidad de calificar una omisión como "abandono de servicio".

Así, el Tribunal Supremo en esa loable e impercedera labor, ha declarado reiteradamente que "la falta muy grave de abandono de servicio supone una efectiva, es decir total y continuada, falta de asistencia al servicio, con voluntad de no volver, sin que concurra causa alguna de justificación; habiendo de caracterizarse tal inasistencia injustificada por un propósito de permanecer el funcionario completamente alejado del cumplimiento de su misión, de la que voluntariamente se aparta, con dejación absoluta de todas sus obligaciones oficiales" (28).

En consecuencia, para que un funcionario infrinja el ordenamiento jurídico disciplinario en el aspecto analizado, es imprescindible que concurran las siguientes condiciones:

- a. Una voluntad de no hacer manifestada externamente, es decir, una omisión.

En efecto, es sabido que las infracciones disciplinarias, al igual que los delitos y las faltas en el ordenamiento jurídico penal, deben ser realizadas por una acción u omisión voluntaria. El abandono de servicio se encuentra entre estas últimas (29).

(28) STS de 15 de Junio de 1968, 5 de Octubre de 1977.

(29) STS de 5 de Octubre de 1977, 14 de Febrero y 7 de Noviembre de 1984, y Sentencia de la Sala 3a, de 14 de Noviembre de 1985. Del mismo año se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 27 de Octubre de 1985.

Ese no hacer en que consiste el injusto examinado, debe estar conducido por la voluntad. En palabras de la doctrina penalista "las infracciones realizadas por omisión se caracterizan por la voluntad de no hacer algo que se esperaba que el sujeto hiciese" (30).

La omisión, por tanto, no consiste en un simple no hacer, sino en un no hacer algo que el ordenamiento jurídico espera que el sujeto haga. Lo relevante es que la acción esperada y exigida la omite el funcionario (31).

En segundo lugar, para que una infracción disciplinaria sea cometida por omisión, es necesario el pronunciamiento externo de la voluntad. Ese acto volitivo ha de objetivarse en el mundo exterior. Semejante manifestación tiene lugar precisamente mediante la no realización de la conducta, es decir con "el cese absoluto de prestar el servicio que está obligado a cumplir, como consecuencia de su función, esto es, que tenga la obligación de realizar una misión y que no la cumpla, en absoluto..." (32).

(30) José Antonio SAEZ CANTERO, Lecciones... op. cit., II, pág. 259.

Por lo afirmado, la doctrina sostiene que la omisión es un concepto normativo, no algo prejurídico como la acción. En este sentido ver S. HUERTAS TOCILDO ¿Concepto retológico o concepto normativo de omisión?, en Cuadernos de Política Criminal, n.º. 17, 1982, págs. 25 y ss.

(31) No obstante, parte de la doctrina penalista (E. MEYER, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3a. edición, Berlín 1949, trad. castellana con notas de Derecho Español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, I, 3a. edición, Madrid 1955; II, 3a. edición, revisada y reanotada por QUINTANA RIPOLLES, Madrid 1957), distingue entre acción esperada y acción exigida situando la primera en el plano de la acción y en el del injusto la segunda. Contra esa concepción se levanta B. RODRÍGUEZ RIPOLLES, La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid 1966.

(32) STS Sala 3a de 14 de Noviembre de 1963. En esta sentencia, el apelante se negó a "prestar un servicio público consistente en su negativa a cumplimentar cuestionarios de los penados que mensualmente han de prestar los trabajadores en situación de paro, actitud que se reitera insistentemente, conducta tipificada como falta muy grave de abandono del servicio". La resolución considera no ajustada a derecho la tipificación de abandono de servicio, entre otras cosas por que no era su función y además se presupone que el actor no rellenó los formularios "o por no saber escribir o por no saber cumplimentar los referidos cuestionarios".

En el mismo sentido se manifiesta la STS de 15 de Octubre de 1970.

Ambos requisitos (la intencionalidad y la manifestación externa del abandono de servicio) son recogidos impecablemente por la doctrina del Tribunal Supremo cuando afirma: "Para que exista el abandono de destino, constitutivo de falta muy grave, es necesario una clara intencionalidad, que sólo puede ser apreciada cuando materialmente el funcionario dejase el servicio, por tiempo indefinido, sin motivo alguno que lo justifique y con manifiesta voluntad de no volver a encargarse de él" (33).

b. Se exige un abandono de forma clara, total y expresa.

En cuanto al contenido de esa omisión, el Tribunal Supremo ha reiterado la exigencia de que el funcionario "haya abandonado el servicio de una forma clara, total y expresa o haya realizado actos que demuestren el deseo de romper la relación funcional" (34).

Por tanto, no podrá incardinarse una conducta en el mencionado injusto típico cuando 'la desobediencia se centre sobre cuestiones distintas, efectuadas al margen del trabajo establecido' (35) ni a "las faltas reiteradas de asistencia" (36), por cuanto "no implican un total incumplimiento de los deberes, ni un propósito de desentenderse de ellos o de

(33) STS, Sala 5a, de 5 de Octubre de 1977 por la que se revoca la resolución del Cabildo Insular que impuso al actor la sanción de separación del servicio.

(34) STS, Sala 5a. de 7 de Noviembre de 1984.

(35) "Fijándose arbitrariamente una jornada reducida, compatible con las conveniencias del funcionario e insuficiente para el adecuado cumplimiento de 'as funciones oficiales inherentes del cargo que se desempeña" (STS de 5 de Octubre de 1977).

(36) STS, Sala 5a, de 15 de Junio de 1968.

apartarse del cargo (37).

c. El elemento temporal: la duración del abandono.

¿Cuánto tiempo debe el funcionario público abandonar el servicio para que pueda incardinarse esa conducta en el tipo analizado?

La jurisprudencia no ha establecido unos cánones totalmente reglados. Al respecto, una resolución del Tribunal Supremo considera que incurre en esa falta al funcionario que no desempeñó su cargo desde la toma de posesión, el 12 de Agosto de 1972, hasta la suspensión decretada el 18 de Febrero de 1975 (38). No obstante, en la actualidad, alguna normativa autonómica ha concretado que el abandono de servicio constituye "la ausencia continuada e injustificada al trabajo durante más de un mes" (38b).

(37) STS, Sala 5a de 15 de Junio de 1969, que continúa diciendo: "Es manifiesto que el abandono de destino que se atribuyó por faltas de asistencia a la imprenta provincial imputadas al recurrente no puede ser acogido, pues el interesado mostró su deseo de prestar sus servicios. Para ello solicitó, sin éxito, una determinación concreta del puesto de trabajo que le asignaron en la imprenta de la corporación provincial, y, en consecuencia, procede estimar la apelación propuesta por Don ... contra la Sentencia dictada, que confirmó los actos administrativos impugnados por la diputación provincial de Valencia, que, como se ha expresado, han calificado erróneamente su falta de asistencia a la realización del servicio ...".

(38) STS, Sala 5a. de 30 de Octubre de 1980.

(38b) Art. 63 c Ley Foral 13/83, de 30 de Marzo, del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

Sin embargo, la STS de 14 de Noviembre 1.989 (ar. 8157) considera que la ausencia injustificada de un funcionario del cuerpo de bomberos del Ayuntamiento de Bilbao durante 72 horas, al haber hecho caso omiso a las ordenes de la Dirección del Parque es una conducta desobediente que "queda englobada en el abandono" del servicio.

d.- La intencionalidad: el deseo de romper la relación funcional del derecho disciplinario.

Para que un funcionario sea responsable de una falta muy grave de abandono del servicio, debe tener la capacidad de comprender y valorar la ilicitud del hecho y ha de poder actuar según esa interpretación (39). Cuando una de esas circunstancias no concurren (pues o bien no conoce el resultado antijurídico de su acción o bien no puede dirigir su voluntad hacia una orientación acorde con el ordenamiento jurídico) decimos que el sujeto posee un grado de imputabilidad disminuido, reduciéndose su responsabilidad.

Al respecto, el CP recoge una serie de causas que aminoran o suprimen la imputabilidad del expedientado (41) cuya apreciación

(39) El art. 20 del Código Penal Alemán dispone que "actúa sin culpabilidad quien al tiempo de comisión del hecho, a causa de una dolencia psíquica de carácter patológico, de un profundo trastorno de conciencia, de debilidad mental, o de cualquier otra grave anomalía psíquica es incapaz de apreciar el injusto derecho de actuar según esa apreciación".

El art. 9.1 del Código Penal dice que son circunstancias atenuantes "las expresadas en el capítulo anterior cuando no concuerdan los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

(40) Pues en ese caso podría imputarsele (es decir atribuirle) la conducta realizada. Al respecto, la STS de 25 de febrero de 1970 declarará que es imputable "quien tiene cubierto los límites mínimos de sus facultades intelectivas para conocer la bondad o malicia de los actos que realiza, y de sus facultades volitivas para querer libremente los actos ilícitos que lleva a cabo y también para haber podido libremente inhibirlos".

Sobre el tema ver MIR PUIG, S., Fundamento de la irresponsabilidad legal "el imputable, en Psicopatología, 2, 1982, págs. 150 y ss. En el ámbito del derecho de las sanciones en materia de disciplina de mercado y el problema de la imputabilidad ver J. TORRES MAS, Sanciones en materia ... op. cit., págs. 254 y ss.

(41) Entre ellas destacan

a) la enajenación

b) el trastorno mental transitorio, El art. 8.1 del Código Penal declara exento de responsabilidad al enajenado, es decir, al que no es dueño de sí mismo (del latín alienus) que dará lugar a la eximente completa cuando concorra cierta intensidad y permanencia.

En este sentido ver GIMBERNARD, E., Introducción a la parte general del derecho penal español, Madrid 1979, pág. 71; A. FERRER SANA, Comentarios al Código Penal, I, Murcia 1946, págs. 167 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Introducción al derecho penal español, Parte general, Madrid 1981, págs. 21 y ss.

por la jurisdicción penal vincula inexcusablemente al ámbito disciplinario (42) siendo necesario, dada su naturaleza eminentemente circunstancial, "analizar caso por caso" (43).

Por último, y en otro orden de cosas, debemos poner de manifiesto que para calificar una conducta como abandono del servicio e imponer la correspondiente sanción, se requiere la incoacción del procedimiento disciplinario, circunstancia no

(41) ...

Ahora bien, cuando falten algunos de esos requisitos podrá ser motivo de la existencia de trastorno mental transitorio (si falta la permanencia) o la existente incompleta del art. 9.1 cuando no concorra en la intensidad debida. Sobre la diferencia concreta entre el trastorno mental transitorio y la enajenación ver RODRIGUEZ DEVESA, J.L., Derecho penal, Parte general, págs. 578 y 579.

c) Las llamadas "actio liberae in causa" definidas como "un comportamiento que el autor pone en marcha de forma responsable, pero no desemboca en una acción típica hasta un determinado momento en que el sujeto ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad".

Sobre el tema ver, JESCHECK, Tratado de Derecho penal, II, pág. 610; L. COMO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho penal, Parte general, Valencia 1977, págs. 407 y ss.

En Derecho penal español, para apreciar la existente o atenuante como requisito negativo del estado de perturbación o alteración de las facultades intelectivas se exige que "no haya sido buscado en el propósito para delinquir" (art. 8.1) o "no se haya producido con el propósito delictivo" (art. 9.2).

Más genéricamente, J. CORDOBA ROSA, Las exigencias incompletas en el Código Penal, Oviedo 1966.

(42) STS de 2 de Abril 1957, 29 de Octubre 1981, 18 de Julio 1984, 20 de Junio de 1986.

Respecto a la asunción de los criterios indicativos del ámbito penal a las sanciones administrativas en lo referente al elemento subjetivo del ilícito y los criterios de imputabilidad efectuados en Italia por la Ley 1689/81 de 24 de Noviembre, ver M.A. SANOLLI, Le Sanzioni amministrative pecuniarie (il principio sostanziale e procedimentale), Jovene Editore, Napoli 1983, págs. 102 y ss.

(43) STS, Sala 5, de 14 de Febrero de 1984. La citada resolución, ante la sanción impuesta a un auxiliar administrativo del Hospital Psiquiátrico de Bétera por la comisión de una falta muy grave de abandono de servicio, declaró que "el grado de imputabilidad del sancionado se ve aquí sensiblemente disminuido en función de la depresión psíquica que le aquejaba, y que fue determinante de la inasistencia al desempeño de su función," , recogiendo, además, dos criterios genéricos sobre el tema:

a) "Que el concepto de imputabilidad penal puede ser estimado con igual valor en esta jurisdicción que en la criminal".

b) "Que la calificación de esta clase de conductas en orden a sus consecuencias disciplinarias tienen siempre una naturaleza eminentemente circunstancial, debiéndose analizar cada caso en concreto".

En parecidos términos, STS de 6 de Octubre de 1978.

compartida por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (44).

2 - El abandono del servicio como delito.

Si bien hemos examinado hasta ahora la falta muy grave de abandono del servicio (que por cierto puede conllevar la sanción disciplinaria de separación del servicio a perpetuidad) (45), es necesario comprobar de qué manera la misma acción se encuentra tipificada en el Código Penal como uno de los delitos de los "funcionarios en el ejercicio de sus cargos", resaltando las semejanzas y diferencias que contemplan uno y otro orden punitivo (46).

(44) Así en derecho francés "Au cas d'abandon de poste (qui englobe le cas de fonctionnaire refusant d'accepter le poste qui lui est assigné), le fonctionnaire est considéré comme rompant de lui-même le lien qui le rattachait au service et comme se plaçant ainsi en dehors du champ d'application des lois et règlements édictant des garanties disciplinaires", ANDRÉ de LAUBADÈRE - J.C. VENEZIA - Y. GAUDENET, Traité de Droit Administratif, II, 8e. éd., L.J.B.J., Paris 1984, págs. 113 y 114. Del mismo modo ver SILVERA, L'abandon de poste dans la fonction publique, A.J.D.A., 1957, I, 162; J. SIMILLE, La théorie de l'abandon de poste, A.J.D.A., 1984, pág. 420. Entre la jurisprudencia del Consejo de Estado que ratifica la legalidad de dicha actuación ver C.E. 21 abril 1950, Sicquel Ieb. pág. 225; 16 fev. 1951, Barbe Ieb. pág. 786; 19 dic. 1952, Port. 753.

(45) B la suspensión de funciones de 3 a 6 años. Asimismo puede imponerse la sanción de traslado con cambio de residencia. Sobre la problemática que plantean la imposición de una pena y la sanción por consistir de un mismo hecho ver el capítulo dedicado al principio "Non bis in ídem".

(46) La tipificación del mencionado delito podemos encontrarla, por primera vez, en el Código Penal de 1822 el cual dedicaba un título a los "delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo", incluyendo un capítulo referido a "los que incurran en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones". En el mencionado Código, se recogían nada menos que doce capítulos dedicados a los delitos de los funcionarios públicos, bajo el pretexto de que "sus faltas son ocho veces más graves y de más trascendencia que las de los otros". (Diario de las Actas y discusiones de las Cortes Extraordinarias de 1821. Discusiones del Proyecto del Código Penal. Tomo III/ 1822, pág. 666).

Por su parte, el Código Penal de 1848, siguiendo el mismo sistema que el anterior, incluía un título 8o. bajo el epígrafe "de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos". Entre los 17 capítulos de los que se compone, destaca uno bajo el epígrafe "el abandono de destino". El texto definitivo del Código se fundamentó en el proyecto Claró, miembro de la comisión redactora, que había hecho un esquema un tanto distinto, distribuyendo los mencionados delitos en ocho capítulos. El capítulo I (Prevaricación) se dividía en ocho secciones. La sección 5a. se titulaba "de la denegación de auxilio y abandono de destino", tal como se menciona en las "Actas de la Comisión Redactora" transcritas por Lasso Gaité.

Bajo el paraguas del capítulo VI (de la anticipación, prolongación y abandono de funciones) el actual Código Penal, en su art. 376 párrafo primero, señala: "el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandona, con daño de la causa pública, será castigado con las penas de multa de 30.000 a 150.000 Pts. e inhabilitación especial, y si no resultare daño de la causa pública, con la de suspensión".

Al respecto y como dice la doctrina, "el abandono de funciones se castiga como un delito base sobre el que recaen cualificaciones de diferente gravedad" (47).

Como puede comprobarse, ambas tipificaciones contienen claras semejanzas y algunas diferencias.

Entre las primeras podemos destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han reiterado la exigencia de que el abandono sea total, claro y expreso "pues no puede tenerse por tal la falta de asistencia a unas cuantas sesiones del Pleno" (48), constituyendo éste el elemento objetivo del delito (49). Por tanto, es necesario que exista, al igual que en la falta disciplinaria, una determinada temporalidad sin la cual no podemos incardinar una conducta en el referido tipo delictivo.

(46) .../...

La Reforma de 1850 no supuso variaciones al respecto. Por contra, el Código Penal de 1870, además de las muchas e importantes novedades que incluyó, renuñó a la anticipación y prolongación de funciones con el abandono y prevé una agravación para el caso de que el abandono tuviera como objeto "no perseguir los delitos contra la seguridad exterior del Estado o contra la Constitución". Por lo demás, los Códigos del 28, 32 y 44 no tienen especial interés en la materia que tratamos. Para un relato en profundidad del tema ver: R. CABADO RUIZ, Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, en Escritos Penales, Valencia 1979, págs. 2 y ss.

(47) José Luis HERNÁNDEZ SANMIGUEL - José Luis ALBACAR LOPEZ, Código Penal (comentarios y jurisprudencia), Ed. Comares, Granada 1987, págs. 816 y ss.

(48) Tal como señala la STS de 6 de Mayo de 1965 en la que analiza si la falta de asistencia en las sesiones del Ayuntamiento por parte de un Concejal constituye una violación del art. 376 del Código Penal.

(49) La Sentencia de 6 de Mayo de 1965 (Ar. 2440) ha estimado que el delito de abandono de funciones consta de un elemento objetivo, consistente en el hecho de abandonar la función de manera clara, no en la mera inasistencia a unas o a otras sesiones del organismo en el que se ejercen aquellas, y otro subjetivo, cual es la intención de no dejar cumplir las referidas funciones.

Por otro lado, en el mencionado tipo destaca un elemento subjetivo cual es la intención dolosa de dejar de cumplir las funciones encomendadas (50). Ese dato, resulta imprescindible para calificar una determinada conducta como falta disciplinaria de abandono del servicio.

Respecto a las diferencias más importantes entre una y otra normativa van referidas (51) al concepto mismo de funcionario (más amplio en la regulación penal) (52) y a los castigos previstos, que son más graves en la legislación disciplinaria (53).

(50) Tal como señala H. COBO DEL ROSAL - T. S. VIVES ANTON, Derecho Penal Especial, Vol. 1, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1987, pág. 459 (capítulo redactado por E. ORI).

(51) Para un análisis de la regulación establecida en el Código Penal ver entre otros Francisco MUGOZ COMDE, Derecho penal, Parte especial, Ed. 4a., Universidad de Sevilla 1982, págs. 685 y ss.; BACIGALUPD, Sobre la reforma de los delitos de funcionarios, en Documentación jurídica 1983; FERNANDEZ RODRIGUEZ, Determinados abusos en el ejercicio de la función pública, en ANPCP, 1981; QUERALT, El concepto penal de funcionario público, en C.P.C. núm. 27.

(52) Por cuanto incluye a toda persona que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa del ejercicio de funciones públicas (art. 119 CP). Según el TS (Sentencias de 26 de Junio de 1962 y 9 de Marzo de 1962) las citadas previsiones establecen los requisitos del modo de incorporación a la actividad (es decir, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente) y de la participación en el ejercicio de funciones públicas. Respecto a este último, el carácter de funcionario público es consustancial a los mismos y reclaman la concurrencia de tres elementos: Subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); Objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público); y Teológico (función pública es aquella en la que se persigue fines públicos). En este sentido ver COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho penal, ... op. cit., I, pág. 430.

(53) La pena prevista por la comisión de ese delito puede variar, como ya hemos dicho, según se produzca o no daño a la causa pública. Si concurre esa circunstancia puede imponerse la pena de multa de 30.000 a 150.000 pts. e inhabilitación especial. Si no resultare daño a la causa pública se sancionará con la suspensión.

En la legislación funcional puede corresponderle la suspensión de funciones de 3 a 6 años (art. 16 RDFCE) o de separación del servicio a perpetuidad (art. 15 RDFCE).

Ahora bien, para el personal laboral, tanto el extinguido TCI como el TS, han declarado que esa actitud debe incardinarse en la falta "repetida e injustificada de asistencia o puntualidad en el trabajo" (art. 57.2 ET) a la que le corresponde la sanción de despido disciplinario, (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 4 de Octubre de 1983, 9 de Diciembre de 1983, entre otras). Particularmente destaca la doctrina sentada por la sentencia del T.C.T. de 1 de Junio de 1983 en la que se dice "ante el relato histórico de la sentencia, queda acreditado que la autora, desobedeciendo las órdenes de la empresa abandonó su puesto de trabajo los días 4, 10 y 11, faltando el día 23 durante la jornada de la tarde, todos los días de febrero, de 1982, a pesar de las llamadas de atención, hechos que demuestran una manifiesta indisciplina".

IV.- LA DISCRIMINACION. LA INFRACCION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

1.- Generalidades. La doctrina del TC sobre el artículo 14 CE.

La falta de carácter muy grave que vamos a analizar, tipifica "toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (54).

Por tanto, resulta evidente y obvio que se ha introducido en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos, el principio de igualdad jurídica, de igualdad ante la Ley que el art. 14 de nuestra Constitución recoge, proclama y predica como uno de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico, recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional (55).

(54) La tipificación legal de dicha conducta, tiene su origen en la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas urgentes para la reforma de la función pública (art. 31.1 b).

Asimismo, se encuentra tipificada como falta de carácter muy grave en los arts. 6 b del Reglamento Disciplinario 33/86, de 10 de Enero, 58 b de la Ley 2/87, de 30 de Marzo, de la Función Pública Canaria y 93 b de la Ley 17/85, de 23 de Julio, de la Función Pública de la Generalitat de Catalunya. Para el ámbito local, el art. 147 del TRLR se remite a la regulación efectuada en la Ley 30/84. La única excepción respecto a este punto, es la Ley Foral de 30 de Marzo de 1983 reguladora del Estatuto del Personal al servicio de la Administración Pública Navarra que no la recoge como infracción disciplinaria.

(55) Tal como afirma el art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79, de 3 de Octubre.

Al respecto, hemos de señalar que el principio de igualdad posee una doble naturaleza jurídica:

a) Como derecho subjetivo a obtener un trato igual, el artículo 14 CE es de aplicación inmediata (esto es, no requiere de desarrollo mediante leyes para ser invocado ante los tribunales) y vincula a todos los poderes públicos (GARCIA de ENTERRIA - TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso ... op. cit., I, págs. 98 y ss. y entre otras muchas STC 62/82, de 22 de Noviembre, (RA de 16 de Diciembre 1982) STC 37/87, de 26 de Marzo, (RI 685/84 BOE de 14 de Abril de 1987) STC 86/83, de 26 de Octubre, STC 13/82, de 23 de Febrero, etc ...).

b) Como principio, pues impregna a todo nuestro ordenamiento jurídico (arts. 9.2, 14, 139.1, 149.1 CE) constituyendo además, un valor superior del régimen democrático (artículo 1.1 CE y STC 8/83 de 18 de Febrero (RA n.º. 240/82 BOE 23 de Marzo 1983), STC de 10 de Noviembre de 1981. .../...

Ahora bien, para poder examinar cuando una conducta cae sobre el ámbito tipificado por la legislación funcional, es necesario averiguar previamente en que circunstancias considera nuestro más Alto Tribunal, que se infringe el artículo 14 CE y se produce una discriminación no permitida por el ordenamiento jurídico post - constitucional (56). En este sentido, debemos afirmar con rotundidad que no toda desigualdad constituye una transgresión del artículo 14 CE (57) sino que la igualdad

(55) .../...

Sobre el tema ver E. ALONSO GARCIA, El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, RAP núm. 100 - 102 Enero - Diciembre 1983, Vol. I, págs. 21 y ss.; L. LOPEZ RODO, El principio de igualdad en la jurisprudencia del TC, RAP 100 - 102, Enero - Diciembre 1983, Vol. I, págs. 331 y ss. en especial 331 a 336; A. CANO MATA, El principio de igualdad en la doctrina del TC, EDESA, Madrid 1983; GONZALEZ SALINAS, La protección jurisdiccional del principio de igualdad, REDA núm. 36 págs. 75 y ss.

Sobre el principio de igualdad, en general ver, RECASENS SIBRES, L., Tratado general de filosofía del Derecho, México 1965, págs. 589 y ss.. Para el citado autor "igualdad es paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana". Asimismo ver TRULLOLS SERRA, A., Los Derechos Humanos, Madrid 1975, pág. 28; R. GARAU, La révolution et l'égalité civile, París 1953; F. de CASTRO, Derecho Civil en España, Madrid 1955; Oscar ALZAGA, La Constitución Española de 1978, Comentario sistemático, Madrid 1978; J. de ESTEVAN, Constituciones españolas y extranjeras, Madrid 1977, tomos I y III; L. PRIETO, Los Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tesis doctorado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; S. VARELA, La Constitución Española en el marco del Derecho constitucional comparado, en Lecturas sobre la Constitución Española I, Madrid 1979; GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA y otros, Comentarios a la Constitución Española, Comentarios al art. 14 por Javier GALVEZ, Ed. Civitas, Madrid 1985, págs. 254 y ss. Acerca de la aplicación de ese principio en derecho urbanístico ver Y.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Reflexiones en torno al principio de igualdad en derecho urbanístico, RMI núm. 65, págs. 13 y ss.

(56) Durante el régimen anterior, el Fuero de los Españoles recogía tímidamente, en su artículo 3, el principio de igualdad, precepto que no fue aplicado con contundencia por nuestros Tribunales de Justicia.

A nivel reglamentario, el artículo 2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, texto avanzado a su tiempo sin duda alguna, consagró ese principio como un auténtico derecho subjetivo (SSTS 14-4-63 y 9-4-62). Citadas por J. SUAY RINCÓN, El principio de igualdad en la Justicia Constitucional, IEAL Madrid 1985, pág. 142. Asimismo ver R. ENTRENA CUESTA, La igualdad ante la ley y su aplicación en Derecho Administrativo, RAP núm. 37 págs. 65 y ss.

(57) Ese que sería el teor literal del principio, ha variado, pues se han constitucionalizado intereses jurídicos que antes no lo estaban (por ejemplo la igualdad sustancial del artículo 9.2, la progresividad del sistema tributario, el derecho a la seguridad social, a la salud, a una vivienda digna y todo lo que es el capítulo 3 del Título I de la Constitución). Por consiguiente, el artículo 14 ha sido puesto en relación con los artículos que recogen esos intereses, y de esa combinación ha nacido el actual sentido del principio, que, por otro lado, es el único que posibilita avanzar, y no ser un obstáculo, en la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos tal y como pide el artículo 1.1 CE, que eleva la igualdad al rango de valor supremo del ordenamiento jurídico.

únicamente se considera violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (58).

En puridad - y siguiendo el esquema desarrollado por SUAY - (59) debemos distinguir el juicio de igualdad "en" la ley y "en aplicación de" la ley. Respecto al primero, referido obviamente al legislador, (Parlamento o Administración Pública), hemos de señalar que una norma será contraria al artículo 14 si la desigualdad que introduce carece, como dijimos, de una justificación objetiva y razonable (60). La demostración de esa circunstancia compete a los demandados quienes correrán con la "carga" (61) de justificar el porqué de dicha desigualdad que estará o no justificada en función de la finalidad perseguida por la ley, proceso mental que debe examinarse caso por caso (62). Por último es necesario, además, que exista una relación

(58) STC de 2 de Febrero de 1981 comentada por J.A. SOMALO GIMENEZ y L. CORONÓ CAPARRÓS en la obra colectiva Materiales para el estudio y aplicación de la Constitución Española de 1978 (1978 - 1982) Tomo II, Vol. I, Pamplona 1984, págs. 458 y ss.

Con posterioridad, ver, STC 42/85, de 5 de Julio. (RA 366/81), STC 62/87, de 22 de Noviembre. (Recurso de Amparo BOE de 10 de Diciembre de 1982), STC 59/82, de 28 de Julio. (Recurso de Amparo BOE de 18 de Agosto de 1982), STC 24/82, de 13 de Mayo. Recurso de Inconstitucionalidad (BOE de 9 de Junio de 1982), STC 25/87, de 26 de Febrero. (recurso de amparo 1070/85. BOE de 24 de Marzo de 1987), STC 29/87, de 6 de Marzo, (recurso de amparo n.º. 265/86. BOE de 24 de Marzo de 1987), STC 37/87, de 26 de Marzo, (recurso de Inconstitucionalidad 685/84. BOE de 14 de Abril de 1987), etc.

(59) J. SUAY RINCON, El principio ... op. cit., págs. 158 y ss.

(60) Reflejando los criterios establecidos por el TEDH en diversas sentencias como las de fecha 27 de Julio de 1968 y 27 de Octubre de 1975. Para una análisis de ese método, denominado "Test" de la racionalidad, ver, E. ALONSO GARCIA, El principio ... op. cit., págs. 23 y ss.; J. JIMENEZ CAMPO, La igualdad como límite frente al legislador, REDC n.º. 9.

(61) Pues aunque no se configura como una auténtica carga, "al recurrente le correspondería aportar el título de la comparación y al demandado demostrar la razonabilidad de la desigualdad" J. SUAY RINCON, El principio ... op. cit., págs. 167 y 204.

(62) Al respecto, compartimos la opinión del Magistrado Rubio Llorente expuesta en el voto particular

de proporcionalidad entre la norma y su finalidad (63).

Respecto al juicio de igualdad en aplicación de la ley, cuestión que nos interesa más sobre todo por la posible vulneración de la igualdad cuyo origen se encuentre en acto administrativo (64), puede producirse cuando un mismo precepto se aplica en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles).

Aquí lo desigual va a ser sinónimo de arbitrario (65). La razonabilidad de la actuación administrativa se va a medir respecto de la propia norma aplicable al caso suscitado. De esta

162) .../...

a la sentencia de 10 de noviembre de 1961 cuando afirma (es claro, en efecto, que el principio constitucional de igualdad obliga al legislador a no establecer diferencias que no estén justificadas por razones cuya legitimidad derive de su conexión, mediata e inmediata, con una finalidad constitucional legítima).

Dicha doctrina, a pesar de no haber sido plenamente adoptada por el TC, es compartida, entre otros, por SUAY RINCÓN, El principio ... op. cit., págs. 177 y ss. y 295 quien afirma que la Corte Italiana sí la ha seguido.

Sobre el tema ver, E. ALONSO GARCÍA, Principio ... op. cit., págs. 50 y ss. quien comparte que la discriminación contemplada en la norma debe apoyarse en una finalidad que no puede ser otra que la de conseguir un valor constitucionalmente protegido.

(63) El TC, en este tema, no ha seguido una doctrina unitaria. La STC de 3 de Agosto de 1983, declara constitucional el artículo 29.2 b de la Ley Especial de Barcelona por cinco votos contra cinco. El citado precepto exigía una edad inferior a los sesenta años para poder concursar en la provisión de los plazas de Secretario General, Interventor y Depositario de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona.

Así, mientras la sentencia se limita a afirmar que "ha de estar presente una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida", el voto particular sostiene que se ha de "justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos que estén constitucionalmente protegidos y tengan un carácter superior a los que resultan sacrificados, siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado".

Por tanto, la mayoría del TC no entra a examinar la proporcionalidad de la norma separándose de "las conclusiones sentadas por la Corte Italiana y el TS norteamericano" J. SUAY RINCÓN, El principio ... op. cit., pág. 182.

(64) O en una resolución judicial.

(65) J. SUAY RINCÓN, El principio ... op. cit., pág. 188 quien cita las SSTC 10 de Septiembre de 1981, 21 de Abril de 1982 y 10 de Noviembre de 1982.

manera - dice SUAY - serán razonables todas aquellas resoluciones que sean congruentes, deducibles racionalmente de la norma aplicable, y arbitrarias, las que no lo sean (66).

Por otro lado, la carga de probar la arbitrariedad corresponde en estos casos al recurrente (67) y no podrá pretenderse cuando el término de la comparación es un supuesto que ha recibido un trato ilegal (68) o la desigualdad se produce de mero hecho, sin relevancia jurídica (69).

2.- La infracción del principio de igualdad como falta disciplinaria.

Seguidamente vamos a examinar que circunstancias deben concurrir para considerar una determinada conducta como falta disciplinaria muy grave de infracción del principio de igualdad.

En primer lugar y respecto al sujeto activo deberá ser siempre un funcionario público en el ejercicio de su cargo. No podrá castigarse una acción u omisión discriminatoria que, o bien no haya sido realizada por un funcionario (en el sentido restringido dado por el derecho administrativo), o bien se produzca fuera del estricto desempeño de sus funciones.

(66) J. SUAY RINCON, El principio ... op. cit., pág. 188. Asimismo ver E. ALONSO GARCIA, El principio ... op. cit., págs. 69 y ss.

(67) Cuestión criticada por J. SUAY RINCON, El principio ... op. cit., pág. 190 pues en ocasiones, la prueba de la arbitrariedad es imposible. Por ello, "no se ha de pedir la prueba de la arbitrariedad, sino la de unos hechos y cuando esos hechos presenten indicios de que se ha actuado arbitrariamente, deberán ser quienes presuntamente así hayan actuado los que demuestren que no ha sido de ese modo".

(68) Doctrina ya iniciada por el TS en el régimen anterior J. SUAY RINCON, El principio ... op. cit., págs. 190 - 192. SSTC 30 de Marzo 1981, 16 de Junio 1982, 6 de Julio 1982.

(69) LAUREANO LOPEZ RODO, El principio ... op. cit., págs. 342 - 343; J. SUAY RINCON, El principio ... op. cit., págs. 196 y ss. SSTC 49/82, de 14 de Julio, 28 de Julio 1982.

En segundo lugar, la víctima de la infracción tipificada por nuestro ordenamiento disciplinario puede ser cualquier administrado, equiparándose nacionales y extranjeros (70).

En tercer lugar y respecto al bien jurídico protegido por esta falta, se halla representado, a nuestro juicio, por el servicio que la Administración Pública presta a la comunidad (71).

En cuarto lugar, y al hilo de la anterior afirmación, resulta imprescindible determinar qué conductas se encuentran sancionadas por el ordenamiento disciplinario. En puridad, no todo reconocimiento judicial de que se ha cometido una infracción al principio de igualdad conlleva necesariamente la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad disciplinaria. Por el contrario y con anterioridad, deberá quedar previa y expresamente constatado que se ha producido una discriminación de forma intencionada, voluntariamente.

Además, como el sujeto pasivo será siempre un administrado, hemos de destacar la imperiosa e ineludible necesidad que surge, tras la positivación de este tipo de ilícitos, de permitir el

(70) Tal como afirman GARCÍA de ENTERRÍA - I.R. FERNÁNDEZ, Curso ... op. cit., II, pág. 23, "El art. 13.1 de la Constitución parte, en materia de libertades públicas, de la regla de la equiparación entre nacionales y extranjeros (con la excepción de los derechos políticos activos, art. 23, que las Leyes o los Tratados puedan a su vez paliar, por lo que hace al derecho de sufragio activo municipal), sin perjuicio de admitir matizaciones que puedan establecer los tratados y las Leyes. Hoy esta reserva hay que rellenarla sobre todo con los Tratados internacionales de Derechos Humanos civiles y políticos de Naciones Unidas, ratificado por el Estado español en instrumento publicado en el "BOE" de 30 de Abril de 1977; arts. 1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos - ratificación en el "BOE" de 10 de Octubre de 1979), Tratados que, a su vez, tienen un valor interpretativo directo de la propia Constitución en esta materia según su art. 10.2. Ello, no obstante, no es el plano de los derechos fundamentales inherentes a la condición humana, en el que toda discriminación carecería de sentido, sino en el de derechos instrumentales de algún modo vinculados al funcionamiento del aparato político, o que razones de seguridad o de protección pueden objetivamente justificar una reserva en favor de nacionales, son a veces limitados o excluidos a los extranjeros".

(71) Sobre el tema, ver, Título II, Capítulo 17 del presente trabajo.

particular perjudicado actuar "a instancia de persona interesada" (72) en el procedimiento administrativo disciplinario, en defensa de sus derechos e intereses legítimos personales y directos (73). Tal como analizamos con mayor profundidad en otra parte del presente trabajo (74), carece de sentido la restricción efectuada en los artículos 27 y ss. RDFCE respecto a los interesados en el procedimiento disciplinario, que impide a los perjudicados impugnar, por ejemplo, la decisión de archivo de las actuaciones fruto de una denuncia (art. 27 RDFCE), la resolución absolviendo al funcionario expedientado (art. 48 RDFCE), la estimación parcial o total del recurso administrativo interpuesto por el sancionado, etc.

El derecho a una tutela judicial efectiva, junto con la equiparación de los principios del proceso penal (en donde se permite incluso la acción popular) con el procedimiento administrativo sancionador y la necesaria eficacia que debe guiar toda actuación administrativa, son algunos de los argumentos que deben permitir superar esas absurdas limitaciones fruto de una concepción doméstica y privatista del derecho disciplinario incompatible con lo que significa el Estado Social de Derecho.

3.- La infracción del principio de igualdad como delito cometido por los funcionarios públicos.

El Capítulo II del título 2 del libro segundo del Código Penal se ha dedicado a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las

(72) Empleando la expresión utilizada por el art. 67 LPA.

(73) De acuerdo con el artículo 23 LPA.

(74) Ver Título VIII.

leyes (75). La denominación del capítulo hace una referencia clara y evidente a las infracciones realizadas contra los derechos recogidos en el Título I de la Constitución. El mismo se divide en dos secciones dedicada, la primera, a los delitos cometidos por los particulares y la segunda a los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (76). En esta última, se agrupan una serie de infracciones cuyo denominador representan los atentados, infracciones o violaciones de los derechos de la persona (77).

Así, el código penal, respecto a la infracción del principio de igualdad señala que pueden ser sujetos activos del mencionado delito, "los funcionarios públicos que por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho".

(75) La rúbrica histórica hablaba de "los derechos individuales garantizados por la constitución". En la propuesta de 1983, se les dedicaba el título 20 y se hablaba de los delitos relativos al ejercicio de los "derechos fundamentales y libertades públicas", por referencia obligada al título primero de la Constitución Española de 1978.

(76) Su contenido ha experimentado, en el proceso de cambio de régimen político, dos modificaciones: la primera, llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/80, de 21 de Mayo, y la segunda por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de Junio.

(77) Tal como señalan H. COBO DEL ROSAL y otros, Derecho penal. Parte especial, vol. I, pág. 83 "tras los sucesivos cambios políticos en él reflejados, el contenido de la sección es un mere título de infracciones, articuladas sin orden ni concierto, en el que conviven, como objeto de protección, derechos, libertades y garantías de muy distinta estructura y entidad. Junto a derecho perteneciente a la esfera de libertad se protegen otros derechos de índole patrimonial, junto a los derechos "naturales" se colocan simples garantías institucionales, etc. La tarea de poner en orden a este caótico conjunto de tipologías corresponde al legislador quien, por cierto, no se ha mostrado dispuesto a abordarla pues, en este punto, ni el proyecto de 1980 ni la propuesta de 1983 representan una mejora sensible respecto de la regulación vigente".

Además, castiga dicha conducta cuando los hechos requeridos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos o por razón de pertenencia o no pertenencia de aquellos o de parte de los mismos a una etnia, raza o religión determinada (78).

En relación a las semejanzas y diferencias con la falta muy grave descrita en la legislación disciplinaria (único objeto del presente estudio), debemos señalar las siguientes cuestiones:

a) En lo referente al sueto activo del delito, el art. 181 nos señala que puede ser cometido por un funcionario público (79). Además, el art. 165 del Código Penal incluye también al particular encargado de un servicio público, con exclusión de sus dependientes. La conducta realizada por éstos, a título personal, no se haya incriminada (80).

(78) La tipificación del delito en el art. 165 del Código Penal dedicado a la infracción del principio de igualdad por parte de los particulares que presten un servicio público. Sin embargo, el art. 181 bis se refiere al anterior cuando la infracción mencionada sea cometida por un funcionario público.

Por lo demás, la inclusión de esos artículos da cumplimiento a los compromisos internacionales contraídos por España, principalmente, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (New York, 7 de Marzo de 1966. Instrumento de adhesión de España de 13 de Septiembre de 1968. BOE de 17 de Mayo); Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (New York, 18 de Diciembre de 1979. Instrumento de ratificación de España de 5 de Enero de 1984. BOE de 21 de Marzo).

La Convención Internacional sobre represión y castigo del crimen del Apartheid, que entró en vigor el 18 de Julio de 1976, no ha sido ratificada por España, y es, en consecuencia, irrelevante en la interpretación.

(79) Concepto más amplio en la esfera penal, como ya dijimos.

(80) Como dice José Luis MANTANARES S/MANIEGO, José Luis ALBARCA LOPEZ, Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia), Ed. Comares, Granada 1987, pág. 507 "quedan pues, correctamente sin incriminar las reservas de adhesión en locales correspondientes a asociaciones o agrupaciones estrictamente privadas carentes de aquella proyección pública".

.../...

b) En cuanto a la pena, el funcionario que incurra en la infracción señalada, puede ser condenado con una multa de 300.000 pts. y arresto mayor. Por contra, si realiza la falta muy grave tipificada en la legislación disciplinaria, puede ser separado del servicio a perpetuidad, suspendido de funciones de tres a seis años o sufrir un traslado con cambio de residencia durante el periodo máximo de tres años.

(89) .../...

Para un análisis en mayor profundidad de este tipo de delitos ver CARSONELL, Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en Documentación jurídica, Madrid 1983; GARCIA PABLO, Asociaciones ilícitas, Discriminación racial, en La Reforma del Código Penal de 1983, vol. II, Madrid 1985.

V.- LA FALTA GRAVE DE DESCONSIDERACION CON LOS SUPERIORES, COMPAÑEROS Y SUBORDINADOS.

1.- Caracteres generales.

Las normas disciplinarias tipifican distintas actuaciones relacionadas con la debida consideración, respeto, dignidad y necesaria obediencia de unos funcionarios en relación al resto (81). Dada la frecuente utilización de dichos injustos por la Administración sancionadora y dada la problemática jurídica que se produce con la posible afectación de los derechos fundamentales consagrados en el Título I de la CE, abordaremos someramente qué requisitos se exigen para que un funcionario incurra en la "falta grave de desconsideración con los superiores, compañeros y subordinados" (82). Al respecto, los problemas que se plantean son evidentes: ¿cuándo un funcionario

(81) El anterior RBFCE, de 1949, señalaba como faltas graves, en su artículo 71

A) La falta de obediencia respecto a los superiores y autoridades.

B) Las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores. Como falta de carácter leve (art. 8 b) preveía "la ligera incorrección con el público, compañeros o subordinados".

En la actualidad, el artículo 7.1 del RBFCE tipifica como falta "la grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados".

El Art. 7.1 8 RBFCE tipifica "El atentado grave a la dignidad de los funcionarios ...".

La normativa autonómica contempla algunas peculiaridades de cierta relevancia. Así, la Ley 8/85, de 15 de Abril de la Función Pública Catalana y el Reglamento disciplinario que la desarrolla, únicamente prevén como falta leve (art.5 b) "b) La irrespetuosa incorrección envers el públic, els companys o el subordinats" incluyendo como falta grave (art. 4 b) "b) La manca de consideració envers els administrats en les seves relacions amb el funcionaris" tal y como hacia el reglamento de 1949 en su artículo 7 f.

Por tanto, vemos que parece obviarse la falta de desconsideración con los superiores, circunstancia que esta creando múltiples problemas de tipificación. Al respecto, ver el apartado 2 del presente capítulo.

Por último, la Ley Foral de Navarra en su artículo 62 d, tipifica como falta leve: d) La incorrección en el trato con las autoridades, con los superiores, con los compañeros, con los subordinados y con los administrados" y como falta grave (art. 63 d) "d) La falta de respeto a las autoridades, superiores, compañeros, subordinados y administrados".

Asimismo, el art. 8 c RBFCE contempla como falta leve "la incorrección con ... superiores, compañeros y subordinados".

(82) Art. 7.1 e RBFCE.

en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión está incurriendo en una desconsideración con sus superiores? (83) ¿Dónde se encuentran los límites?

A nadie escapa lo delicado del asunto que abordamos cuya solución pasa por encontrar un equilibrio entre las exigencias impuestas por el principio de jerarquía administrativa y el ejercicio de los derechos subjetivos y fundamentales que la Norma Suprema reconoce a todos los ciudadanos.

Esos dos platillos de la balanza habrán de sopesarse con mesura para que, ofreciendo de forma eficaz un buen funcionamiento de los servicios públicos, sean respetadas las garantías impuestas por el Estado Social de Derecho.

Así, en una célebre resolución y ante las alegaciones del recurrente, inspector de policía y miembro de la unión sindical de ese cuerpo sancionado por criticar públicamente a sus superiores, dirigidas a demostrar la violación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, y libertad sindical, el TC (84) hacía el siguiente razonamiento:

(83) El CP, por su parte, contempla como ilícitos similares el desacato (art. 240) y la ofensa al superior jerárquico (art. 241 CP).

(84) STC 91/83 de 10 de Octubre. (Nota de un policía a Radio Zaragoza). Los hechos que dan lugar a la mencionada resolución son los siguientes: Don Serafín, Inspector del Cuerpo de Policía y secretario de propaganda del Sindicato de la Unión Sindical de la Policía de Zaragoza y miembro del Comité Provincial de dicho sindicato, con motivo de un traslado a San Sebastián de un compañero suyo, da a conocer, en nombre del sindicato, una nota que redactó la secretaria y se difundió por radio Zaragoza. La citada información decía: "como única respuesta a esta petición, la Jefatura Superior de Policía, violando los más elementales derechos individuales, familiares y sindicales ha resuelto ser trasladado al País Vasco. La Unión Sindical de Policía denuncia públicamente estos hechos que ponen de manifiesto una vez más la incapacidad profesional de algunos mandos del Cuerpo Superior de Policía para resolver los problemas y representa, por tanto, un obstáculo para el normal funcionamiento de una sociedad democrática". Radio Zaragoza no difundió el párrafo referido a la incapacidad profesional de algunos miembros del Cuerpo Superior de Policía. Por estos hechos, se le consideró responsable de dos faltas descritas en el artículo 207 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 de Julio de 1975,

.../...

En primer término, considera que si bien la Constitución reconoce una serie de derechos para todos los ciudadanos, el ejercicio de los mismos podía ser limitado para los funcionarios públicos con mayor o menor intensidad atendiendo al tipo de funciones que realizan y teniendo en cuenta si actúan o no en el desempeño de su cargo. Así, afirma: "como ... no todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización y de disciplina interna, todos esos y otros factores (como, por ejemplo que el funcionario actúe en su calidad de tal o en su condición de simple ciudadano) han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia de otros países para determinar hasta dónde deben llegar las restricciones a algunos derechos y libertades de funcionarios públicos ... algunos de los criterios utilizables con tal fin son el de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental o libertad pública pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos y el de si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio".

En segundo término, el problema se centrará en averiguar "los límites implícitos o inherentes a dicha condición funcional" que como han concretado otras resoluciones, "no pueden ser otros que los que tengan relación directa con las necesidades del servicio, de tal manera que de no observarlos el funcionario, se resentiría o perturbaría de modo inevitable la concreta esfera de la función pública en la que se incardina el empleado público, con daño grave para los intereses generales" (85).

(84) .../...

apartado A (el deber de respeto y obediencia a los superiores jerárquicos), B (la desobediencia y manifestaciones públicas de crítica y disconformidad respecto a las decisiones de los superiores).
Sobre el problema de la libertad del funcionario para participar en actividades electorales y políticas ver MURDZ MACHADO, S., Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos, PEMA n.º. 11, 1976, págs. 607-637.

(85) Entre otras, STS 5a, de 3 de Julio de 1982.

Con ellos el Tribunal Constitucional utiliza el método de interpretación de las normas jurídicas llamado "balancín - test" o teorías de valores por el cual no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege (86).

En la sentencia mencionada anteriormente, ese razonamiento se observa con claridad cuando el Tribunal afirma que "todos los derechos, al ser ejercitados, 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 su coordinación ... y esos bienes jurídicos 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 pudieran legítimamente realizar actos como los que mereció la sanción del señor G (87).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial reseñada considera posible, en nuestro ordenamiento, la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos al resto de ciudadanos por exigencia del principio de jerarquía que, a su vez, responde a un principio superior materializado en el derecho de los ciudadanos a exigir un funcionamiento eficaz del aparato administrativo. Ahora bien, resulta fácilmente constatable que esa doctrina jurisprudencial no proporciona diáfanos contornos, sobre los que poder determinar, a priori y

(86) STS 81/83, de 10 de Octubre.

Utilizando idéntico razonamiento en un supuesto fáctico muy similar STC 67/89, de 20 de Diciembre (Feria de la manzanilla de Cádiz). un análisis de los hechos que dieron lugar a la misma puede verse en el Título III, Capítulo II.

(87) STC 81/83, de 10 de Octubre.

en la generalidad de situaciones, cuando en comportamiento es ilícito o cuando simplemente está amparada por el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Seguramente no existe otra solución que la proporcionada por el Tribunal pero, como ya, hemos indicado en otro lugar (87 bis), consideramos inconstitucional la tipificación vía reglamentaria y sin cobertura legal de los ilícitos que restrinjan los derechos fundamentales reconocidos en el Título I, pues esa actuación vulnera la cláusula prevista por el art. 53 C.E.

La restricción del ejercicio de los derechos fundamentales para los funcionarios si bien, en ocasiones es necesario que se produzca, debe venir impuesta por mandato constitucional y respetar la reserva de Ley impuesta para esos derechos. La teoría de las especiales relaciones de sujeción en este ámbito debe ser, una vez más rechazada.

2.- Elementos del ilícito.

Hemos analizado el marco jurídico en el que debe asentarse la problemática planteada por la tipificación de este género de ilícitos. A continuación, y ya centrándonos en la falta grave de "desconsideración con los superiores, compañeros y subordinados" vamos a concretar que elementos deben concurrir para que una conducta pueda caer en este tipo disciplinario. La tipificación de este ilícito es consecuencia del deber que pesa sobre todo los funcionarios de respeto y obediencia, "a las autoridades y superiores jerárquicos", acatar sus órdenes con exacta disciplina, tratar con esmerada corrección ... a los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones (88).

(87) Ver Título II Capítulo II, 2 y título III Capítulo II, 2.

(88) Asimismo el art. 89 LFCE afirma que la gravedad o levedad de las faltas se fijará en función de ... c) el atentado a la dignidad del funcionario o de la Administración.

Así, y en primer lugar consideramos que esta falta grave únicamente puede ser cometida mediante una acción que comporte un menosprecio, descrédito, deshonra o "ataque a la honorabilidad" (89) de la persona a la que va dirigida.

Por tanto, rechazaremos la posibilidad de incurrir en ese ilícito mediante una mera omisión (90).

En segundo término, debe concurrir un elemento subjetivo básico que sería la voluntad de desconsiderar. Sin tal ánimo, no puede estimarse la existencia de dicho ilícito (91). Ahora bien, esa afirmación no significaría que la única meta final del autor debe ser dañar el honor ajeno; basta con el conocimiento del carácter lesivo para el honor y la asunción de las consecuencias dañosas de lo que se afirma. La dificultad que encierra averiguar, en cada caso, la voluntad con que se efectuó la crítica a una determinada actuación de superiores, compañeros o subordinados hizo que la normativa anterior exigiera el carácter público de la misma (92). Con la nueva redacción del precepto

(89) STS 8 de Febrero de 1966.

(90) Al igual que ocurre en el ámbito penal con los delitos por injuria o calumnia. Al respecto ver por todos COBO DEL ROSAL y otros. Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Tirat lo Blanch, Valencia 1.987, pág. 683.

(91) Así, la STS, Sala 3a, de 20 de Diciembre de 1974 afirma que "la falsa imputación ha producido indudable perturbación en el régimen interno del centro de trabajo, advirtiéndose una cierta animosidad del denunciante respecto al denunciado mediante provocación por parte de aquel acudido tarde al servicio y otras acusaciones tampoco acreditadas, fácil es llegar a la conclusión de que el actor, al formular tal denuncia, tuvo la intencionalidad - elemento satizador de la falta según el art. 89 de la Ley de 7 de Febrero de 1964- calificable de irrespetuosa, por cuanto dicho proceder atenta a la honorabilidad de superior, y difamó temerariamente, sin duda, su decoro profesional y no lo guardó la consideración debida a la función y al grado del cargo".

(92) En este sentido resulta significativo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por distintos sindicatos urbanos del Ayuntamiento de Viladecans contra la resolución que les sancionó por la comisión de tres faltas graves previstas en el art. 7 apartados A y B del Decreto 2008/65, al considerarles autores de los siguientes hechos:

lo los ahora denunciados "manifestaron verbalmente, en relación con su superior jerárquico, ... su intención de "cargárselo" por el motivo que de lo contrario "se nos va a cargar uno a uno".

.../...

esa exigencia desaparece por lo que cobra mayor importancia el "animus" con que se realiza una determinada manifestación no pudiendo sancionarse las actuaciones encaminadas a mejorar el servicio o hacerlo más eficaz.

Un problema de difícil solución se plantea respecto a la "exceptio veritatis" o la posibilidad de excepcionar la aplicación de esta falta de desconsideración si el autor de la acción demuestra que lo afirmado es cierto. El tema ha hecho correr ríos de tinta en el ámbito penal, (sobre todo para los delitos de injuria y calumnia) sin que ni la doctrina (93) ni la jurisprudencia (94) lleguen a conclusión alguna.

(92) .../...

2o Como miembros del comité de personal del Ayuntamiento de Valadecans ... entregaron junto con otros compañeros al corresponsal del diario El País un escrito en el que calificaban de "pequeño pinochet", "dictador" y anticonstitucional al Jefe de la Policía Municipal.

3o También como miembro del comité de personal recibió un escrito a la Alcaldía en el que se contenían expresiones tales, referidas al oficial jefe de la Policía Municipal por la que se le acusa de "abuso de poder", "amenaza a los guardias" y por último manifestaban "nuestra más enérgica repulsa hacia la persona del oficial jefe de la Guardia Urbana". (Extracto de la propuesta de resolución de fecha 8 de Marzo de 1985).

Al respecto, la Audiencia de Barcelona confirmó las sanciones impuestas por la comisión de los dos primeros cargos declarando la nulidad de la tercera por cuanto "no se trataba de una manifestación "pública" de crítica respecto a las decisiones de los "superiores" al reducirse a una comunicación al Alcalde y por tanto con carácter interno, con afán, es de suponer, de mejorar el funcionamiento del servicio público, por lo que al faltar la tipificación carece de cobertura dicha sanción y procede a anularla al no ser ajustada al hecho". (Sentencia AT de Barcelona de 17 de Abril de 1986).

(93) Así, RODRIGUEZ DE VESA afirma que la verdad de las imputaciones si bien puede eliminar el delito de calumnias no excluye el desacato.

Otros autores (GROIZARD, QUINTANO, CORROSA, NORILLAS) creen que la "exceptio veritatis" es aplicable también a los delitos del Capítulo VIII, Título II, Libro I, entre ellos, los recogidos en los artículos 240-241 cuya semejanza con la falta que se analiza es evidente.

Al respecto ver, por todos, COBO DEL ROSAL y otros. Verbo Penal. Parte especial... op. cit. pág. 165 y ss.

(94) Pág. 154, Cobo Parte Especial.

Ciertamente y por lo que respecta al ámbito disciplinario, la solución deberá darse de forma casuística, pues si bien es cierto que la Administración debe estar interesada en descubrir la verdad de hechos que pueden constituir un descrédito para ella y su funcionamiento, no podrán ampararse bajo dicho paraguas imputaciones maliciosas o irresponsables (aunque su único fin no sea desconsiderar al superior compañero o subordinado). En definitiva, constituye un elemento más que puede ser tenido en cuenta para reducir o incluso excluir la responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de que quede abierta la posibilidad de continuar otro tipo de acciones (civiles o penales principalmente).

En lo referente al sujeto pasivo de ese comportamiento, tanto puede ser un superior como un compañero o subordinado.

Al respecto, la jurisprudencia ha analizado el término "superior" dándole un sentido jerárquico.

Esa expresión -dice la SFS de 3 de Julio 1.982- "no cubre de forma indiscriminada a toda clase de autoridades u órganos de los departamentos ministeriales..., sino específicamente aquellos funcionarios u órganos que ocupen puestos de trabajo en la estructura jerárquica de naturaleza tal que mediante el ejercicio de sus competencias pueda quedar vinculada la conducta administrativa, es decir, la función, de empleado público inculpada, que deviene así el subordinado" (95).

(95) "Por lo que una visa alusiva a la superioridad no es suficiente" a los efectos de encuadrar una conducta en el tipo disciplinario aquí analizado. La mencionada resolución de la Sala 5 del TS (ar. 4778) examina un artículo publicado por Don Eloy G.V., meteorólogo, en el Boletín Informativo de la Asociación Sindical de Funcionarios de la Meteorología Española (Enero-febrero 1.980) titulado "el broche". En él tras el reclamo de unos aumentos salariales se vierten "rasas como las siguientes: "nos ha tomado por un grupo de señores de guñol a quien pueden mover a su capricho y antojo" o a (que "alguien" quiere sanearnos para lograr sus inconfesables objetivos...) añadiendo "se nos coloca en situaciones desesperadas, para que cuando el río se revuelva lo suficiente, se presente el ladino pescador a sacar la pieza deseada. ¡Qué equivocado está el golferas de la caña!" Y en el párr. 4o.

Por tanto, esa relación jerárquica a la que se refiere la falta de consideración, se corresponde con el concepto genérico dado en derecho administrativo (96). Podríamos definirla como aquella situación en que se encuentran 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 fiscalizar y controlar 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 (97). Así, no existirá jerarquía - dice ENTRENA CUESTA - (98) en los siguientes supuestos: 1. En

(95) .../...

"Bajan las gratificaciones; sabe la lombarda. Cinco de recopetín, trece de desvergüenza, seis de felonía y cuatro que me llevo para repartirlas en gratificaciones extraordinarias - y nos quedamos todos con una colitis a flor de labio. Como reate, se nos aplica el coeficiente de fricaci, y la mayoría perdemos la tira "per cápita". La rosa está más clara que el agua y el que no lo entiende es deficiente mental". "Todo esto sucederá, claro está, si permanecemos con los brazos cruzados y no estuviésemos dispuestos a poner las cosas en su sitio de una vez para siempre. Tantas mentiras, tantas tomaduras de pelo, humillantes desconsideraciones, cinismos y falsedad de quienes no piensan más que en barrer para sus bolsillos, no tiene nada de particular que colmen las paciencias más franciscanas". "Ha llegado la hora de denunciar tanta porquería e injusticia y recurrir a los medios necesarios para que jamás se nos vuelva a discriminar... no habrá limitaciones de ningún tipo en nuestra manera de operar, rodaremos a tumba abierta... el fin justifica los medios y se puede recurrir a todo... No estaremos solos en la lucha contra desaprensivos e inmorales... y finalmente... que más vale ponerse una vez colorado que ciento amarillo, estamos dispuestos a ponernos de un rojo subido, pero "esto" se acabó para siempre". Por ellas se le castiga disciplinariamente con el traslado con cambio de residencia al considerar esas expresiones constitutivas de falta grave de desconsideración a los superiores. El TS anula la sanción por violación de los derechos a la libertad de expresión (art. 20 CE) y libertad sindical (art. 28.1 CE) y señala que un órgano colegiado como es el Cuerpo Especial de Ayudantes de la eteareología encargado de establecer los complementos retributivos no puede ser considerado nunca, a los efectos de la falta tipificada en el reglamento disciplinario, como "superior". Sin embargo afirma que el tono del artículo sin llegar a constituir una verdadera crítica, se produce en términos desgarrados y de dudoso gusto mediante el empleo de metáforas e hipérboles, unas que pretenden ser humorísticas y otras, quejas del trato económico que entiendo haberse recibido."

(96) Sobre el origen del principio aplicado a la organización administrativa ver GARCIA DE ENTERRIA, La Administración española, primera edición. Alianza Editorial, Madrid 1.972, pág. 104 y ss. quien afirma que es copimachados del derecho romano, de la estructura organizativa de la Iglesia Católica.

(97) ENTRENA CUESTA, Oresa... op. cit. Vol. 1/2 pág. 70. Como podemos ver, la relación jerárquica se predica de los oficios, no de las personas. Será el lugar que ocupe cada oficio en la escala jerárquica y sus relaciones con los otros oficios, lo que venga a determinar las respectivas posiciones de superioridad-subordinación.

(98) ENTRENA CUESTA, Oresa... op. cit. vol. 1/2 pág. 70-72.

las relaciones entre la Administración y los particulares; 2. Entre la Administración y los restantes poderes del Estado; 3. Entre órganos de distintas ramas de la Administración, o entes públicos, a no ser que uno de ellos obre como órgano del otro": "en todo caso -añade- será necesario que los órganos a los cuales se quiere referir la jerarquía tengan una esfera de competencia propia en el sentido de que no sean meros órganos internos entre los que tan sólo se ha efectuado ... un repartimiento de negocios".

En definitiva, sólo las personas que desempeñan los oficios que se encuentren en una relación de supremacía en el sentido expuesto, podrán ser considerados "superiores" (99) y sujetos pasivos de esta falta (100).

Por otra parte, es de destacar la nula mención que alguna normativa autonómica (en concreto la catalana) hace del término superior, detalle que ha servido ya para anular judicialmente algunas sanciones pues no "resulta posible *strictu sensu*" encuadrar al Alcalde dada su condición de máxima autoridad local en los términos de "compañero, subordinado o administrado" (en el caso de autos el sujeto activo era un policía municipal) (101).

(99) Sobre los poderes del superior respecto al inferior jerárquico ver, entre otros, EXTREMA CUESTA, Cursa... op. cit. Vol. 172 pág. 71-72; GARCIA TREVIJANO y FDS J.A. Tratado... op. cit. Tomo II Vol. I pág. 429; ROMANO, Cursa de dretts administratius... op. cit. pág. 110; GARCIA DE ENTERRIA T.R. FERNANDEZ, Cursa... op. cit. Vol. II págs. 438 y ss.; VILLAR PALAGI J.L. Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las áreas. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid 1.968 pág. 57 y ss.

(100) Sobre el principio de jerarquía aplicado al delito de desobediencia de los funcionarios ver F. JAVIER ALVAREZ GARCIA, El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, Ed. Bosch, Barcelona 1.987 págs. 42 a 54.

(101) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Segunda) de fecha dos de febrero de 1.990. Ponente: Don Alberto Andrés Pereira que añade: "nos encontramos con que la conducta atribuida a la actora no se halla prevista en la normativa disciplinaria del Decreto de 6 de Noviembre de 1.986, ni ...".

Por último señalar que también pueden ser sujetos pasivos los compañeros o subordinados dato este que servirá para humanizar las relaciones en el seno de la Administración pues un insulto es siempre un insulto se dirija a quien se dirija. Por tanto, sería una aplicación del principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) que debe ser igual para todos, sin perjuicio de las diferentes posiciones que los individuos puedan mantener en cada momento (102).

(101) .../...

tampoco en el art. 95 (faltas leves), 94 (faltas graves), 93 (faltas muy graves) de la Ley 17/85, de la Función Pública de la Generalitat, de 23 de Julio, texto del que arranca el Reglamento Disciplinario, de 6 de Noviembre de 1.986, y cuya aplicabilidad, en la tramitación del expediente, está perfectamente sentada en virtud del contenido del apartado cuarto del art. 150 del Real Decreto 871/1984, de 18 de Abril, mientras para las faltas graves y leves recurre a las establecidas en la legislación de la Función Pública de la respectiva Comunidad Autónoma (art. 147.8 del Real Decreto 871/1984) pues las muy graves estarán constituidas por las previstas en la legislación básica del Estado (art. 147.1) al igual que dicha legislación supletoria cuando no exista normativa autonómica (147.2 del mismo Real Decreto citado).

IV.- La legislación sancionatoria de la Generalitat, al tipificar las faltas, sigue la línea del derogado Reglamento Disciplinario de 16 de Agosto de 1.969 que contemplaba (art. 6.b) la línea incorrección con el público, compañeros o subordinados como falta leve, mientras la normativa estatal, Decreto del 10 de enero, adiciona (art. 8.c) la incorrección con los superiores, conducta esta que cuando es de grave desconsideración (art. 7e) es reputada falta grave en la legislación disciplinaria estatal aunque, en el ámbito autonómico, solo goza de tipificación, siguiendo también la línea del derogado Reglamento Disciplinario de 1.969, en lo que hace referencia las relaciones con los demás trabajadores...".

(102) En parecidos términos DDMO DEL ROSAY y otros, Derecho Penal Parte especial Vol. I, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1.987 págs. 666 y ss. En especial, 682.

TITULO V. DETERMINACION Y CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS.

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

1.- Origen, contenido y aplicación del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, incluido en el más general de prohibición de exceso (1) nace, como tantos otros, en el Derecho Penal (2) y pasa al poder de policía (3), generalizándose hasta convertirse en un principio general del derecho (4) cuya función principal es la de limitar la discrecionalidad en el ejercicio de la actividad represiva del Estado (5).

Su aplicación impone que la configuración legislativa y la aplicación administrativa y judicial de cualquier clase de acciones restrictivas se adecue al fin previsto por el

(1) VIVES ANTON, T.S., Doctrina Constitucional y reforma del proceso penal, en El año especial II, "Justicia Penal", Madrid 1988, pág. 27. El mismo autor con N. COBO del ROSAL, Derecho Penal, ... op. cit., págs. 63 y ss; GARDERÍ LLIBREGAT, La aplicación ... op. cit., pág. 93; JOSE IGNACIO LOPEZ GONZALEZ, El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo, Instituto García Oviado, Sevilla 1988, págs. 28 y ss; IGAKI AGUIRREAZ KIENAGA, La coacción administrativa directa, Civitas, Madrid 1990, págs. 378 y ss. En especial, págs. 382 - 385.

(2) Sobre el tema ver, E. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, II, Madrid 1949, pág. 382 y ss. J. ANTON ONEGA y A. RODRIGUEZ MUÑOZ, Derecho penal. Parte General I, Madrid 1949, pág. 40 y ss. Al respecto, JOSE IGNACIO LOPEZ GONZALEZ, El principio ... op. cit., págs. 15 y ss afirma que en el derecho penal antiguo, la Ley de Talón representó ya ciertamente un principio de proporcionalidad objetiva "por el daño" que venía a limitar la reacción social, desmedida en muchos casos".

(3) JOAQUIN TORRIGOS MUG, Infracción y sanción administrativa el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso - administrativa, REMA año. 7 1975, págs. 607 y ss; GARCIA de ENTERRIA, Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario, REMA año. 5, 1975, págs. 203 y ss. Más concretamente A. NIETO GARCIA, Algunas precisiones sobre el concepto de policía, RAP año. 8, 1976, págs. 35 y ss.

(4) Sobre el tema ver el apartado B del presente capítulo.

(5) O para eliminarla según parece afirmar J. TORRIGOS MUG, Infracción y sanción ... op. cit., pág. 611. En el ámbito penal MIR PUIG, Derecho ... op. cit., pág. 83 le otorga la función de limitar el ejercicio de la actividad represiva del Estado.

ordenamiento jurídico (6), constituya una medida estrictamente necesaria en relación a la perturbación social provocada, en nuestro caso, por el mal funcionamiento del aparato administrativo (7) y observe una justa relación entre el castigo y la gravedad del hecho cometido (8).

Desde este prisma, nuestro derecho administrativo ya había consagrado como un límite a la actuación administrativa la regla de adecuación de los actos con los motivos y fines que los justifican (principio de adecuación de la medida) (9) y la elección del medio menos restrictivo (principio "pro libertate"

(6) Así, el TC en Sentencia 62/82, de 15 de Octubre, (RA 185/80 y 420/81. f.j. n.º. 2) declara que los castigos han de ser adecuados a su finalidad de tutela que persigue el ordenamiento jurídico.

Al respecto, MIR PUIG, Derecho ... op. cit., pág. 84 destaca la influencia del principio de proporcionalidad sobre la función de prevención general positiva que aconseja apoyar con mayor pena las obras (socialmente) más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquellas se devalúen.

Sobre los fines de las penas en relación con las sanciones disciplinarias ver Título II, Capítulo Iº y Título V Capítulo I c) del presente trabajo.

(7) Concretándose en el principio de "intervención mínima" COBO del ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho ... op. cit., pág. 84 o del "favor libertatis" J.L. LOPEZ SCHIALEZ, El principio ... op. cit., pág. 78. Del mismo modo, ver STC 62/82, de 15 de Octubre. f.j. n.º. 5.

En lo referente al derecho disciplinario, dos grandes consecuencias se derivan de dicha exigencia a) Que el legislador (Parlamento o Administración) no debe tipificar como infracción disciplinaria cualquier incumplimiento de un deber b) Que en el plano aplicativo, el órgano sancionador en uso de sus facultades discrecionales y ante la ausencia de necesidad de castigar debe, o bien no hacerlo, o bien sustituir una sanción por otra más leve pues, de lo contrario cabría recurrir la decisión en amparo constitucional. En parecidos términos y para el ámbito penal, COBO del ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho ... op. cit., págs. 64-65 y nota 19.

(8) Que se correspondería con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, COBO del ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho ... op. cit., pág. 65, GARCERÍ LLIBREBATI La aplicación ... op. cit., pág. 91.

Al respecto, será necesario, como veremos, tener presente los criterios establecidos por el artículo 89 LFCE.

(9) Sobre el tema ver, además de los citados en el capítulo II, 3 del presente título, GARCIA TREVILAND, Los actos administrativos ... op. cit., pág. 146 CARACTER. Causa, motivo y fin del acto administrativo, RAP n.º. 50 págs. 17 y ss. S. MARTIN RETORTILLO, El exceso de poder como vicio del acto administrativo, RAP n.º. 23 págs. 83 y ss.

Así y en otro orden de cosas, siempre que se ejercite una potestad administrativa para un fin distinto al fijado por el ordenamiento jurídico se incurrirá en desviación de poder (arts. 83.3 LJ y 48.2 LPA). GARCIA de ENTERRIA, La lucha contra las inmundades del poder ... op. cit., págs. 28 y ss. y la interdicción de la arbitrariedad RAP n.º. 36 págs. 160 y ss.

"pro activitate" o favor libertatis") (9 bis) todos ellos plasmados de forma positiva, entre otros, por los arts. 6 del RSCL (10), 84.2 de la LBRL (11), 40.2 de la LPA (12), 15 de la LEF (13) y que han sido reforzados por los preceptos constitucionales que resaltan como valores superiores del ordenamiento la "libertad" y la "justicia" (artículo 1.1) (14) o la dignidad de la persona que es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1) (15) junto con el papel que debe desempeñar la Administración Pública ("servir con objetividad los intereses generales ... con sometimiento a la Ley y el derecho art. 103.1 CE ") (16) y el control por parte de los

(9b) El principio de intervención sinia ha sido destacado en Italia por HAIGROVER, El principio de proporcionalità, en Ingresso, ambiente e pubblica amministrazione, 1979, págs. 558 y ss.

(10) Art. 6.1 "El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen.

2 Si fueran varios los admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual".

El citado reglamento, de 1955, ha sido alabado por toda la doctrina dada su calidad técnica. En este sentido ver R.F. CLAVERO AREVALO, El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Julio de 1955, en RAP n.º. 19, 1954, págs. 287 a 301; J.I. LOPEZ NIETO, El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo, Sevilla 1966, pág. 20.

(11) "Las actividades de intervención se ajustarán, en todo caso a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual". No obstante, si bien "se eleva a rango de disposición legislativa básica el contenido del art. 6 del RSCL ... se recoge de forma más abreviada y escueta ... el principio de proporcionalidad ... por lo que sería deseable ... su mantenimiento" J.I. LOPEZ NIETO, El principio ... op. cit., págs. 20 - 21.

(12) "El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos". Sobre el tema ver GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la LPA, Ed. Civitas, Madrid 1966, págs. 320 y ss.

(13) "declarada la utilidad pública o el interés social, la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación ...".

(14) La virtualidad de ese precepto ha sido puesta de relieve, entre otros, por LUCIANO PAREJO, Estado Social ... op. cit., pág. 72; GARCIA de ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución, BENC n.º. 10 1964, págs. 11 y ss.

(15) Al respecto ver, GONZALEZ PEREZ, La dignidad ... op. cit., págs. 133 y ss.

(16) Sobre el art. 103 CE, ver por todos BAENA de ALCAZA, Art. 103. La organización y la función Pública en Constitución Española de 1978, VIII, Madrid 1965, págs. 269 y ss; FERNANDO ENRIQUE FALLA, art. 103. en Comentarios a la Constitución ... op. cit., págs. 1222 y ss.

tribunales al sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican" (art. 106) (17) vedando cualquier arbitrariedad (art. 9.3) preceptos que inciden, de una forma u otra, en los distintos aspectos del principio de proporcionalidad (18).

De esa manera, la regla de la proporcionalidad va a comportar que la Administración elija entre las opciones posibles la menos limitativa de la libertad: si para mantener el orden en un recinto académico basta una mirada, no hay que proceder a la expulsión del alumno; si para mantener el orden de la calle, basta un silbato o un "circulen por favor" no hay que proceder, de entrada, a la carga indiscriminada; Eso es la proporcionalidad.

Dichos postulados se imponen igualmente en la parcela que estamos estudiando (19) no sólo por constituir un principio general del derecho que preside la interpretación y aplicación práctica de los sancionatorio - administrativo, (20) ni por ser

(17) A. GUAN A, Art. 106, Control judicial y responsabilidad de la Administración, en la Constitución Española ... op. cit., VIII, pág. 345; FERNANDO GARRIDO FALLA, Art. 106 en Colectivos ... op. cit., pág. 1455.

(18) Tal como afirma LOPEZ GONZALEZ, El principio ... op. cit., págs. 77 y ss.

(19) No obstante, no ha sido aplicado por la jurisprudencia hasta hace pocas fechas. Sobre el tema ver, J. TORRES MAS, Intracción y sanción ... op. cit., págs. 607 y ss.

En la actualidad, sin embargo, casi todas las leyes sancionadoras contienen criterios para graduar los castigos en proporción al hecho ilícito cometido. Sobre el tema ver, Título V, Capítulo I c) del presente trabajo.

(20) STS 29 de Abril de 1970, 14 de Febrero de 1977, 15 de Junio de 1981, 26 de Diciembre de 1984 y 18 de Junio 1984. No obstante, la STS de 20 de Febrero de 1981 considera la aplicación limitada del principio en las relaciones especiales de sujeción.

trasladable de la esfera penal dado su carácter informador y conformador de los castigos (21) y tampoco porque sea un reflejo de la equidad con que deben ponderarse las circunstancias, a efectos de determinar las sanciones, (22) sino, principalmente, porque el derecho disciplinario de los funcionarios públicos impone expresamente su respeto "para graduar las faltas y las sanciones" (23).

En este campo, como veremos, la aplicación del principio de proporcionalidad va a ejercer su influencia en dos esferas distintas:

- a) Por una parte, exigiendo que las normas punitivas (Leyes o reglamentos, tanto da), observen una congruencia entre la acción u omisión considerada ilícita y las sanciones o castigos para ellos previstos. Sería la llamada "proporcionalidad en la ley" cuyo respeto incumbe al legislador (Parlamento o Administración Pública en el ejercicio de la potestad reglamentaria).
- b) En segundo lugar, imponiendo al órgano sancionador encargado de aplicar la ley, la observancia de una relación causa - efecto, de forma que la medida de policía elegida sea la más adecuada al fin que se persigue.

(21) SSTs, Sala 4a., de 20 de Febrero de 1984, 5 de Noviembre de 1983, 18 de Junio de 1984 y Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 27 de Octubre de 1987.

(22) SSTs de 29 de Febrero de 1983, 21 de Marzo de 1984, 14 de Octubre de 1982.

(23) Art. 13 del RDFC.

2.- Naturaleza jurídica. El TC y el principio de proporcionalidad.

Antes de examinar la vigencia y efectos del principio en el derecho disciplinario es necesario realizar unos breves apuntes acerca de la naturaleza y su acomodo constitucional, circunstancia que repercutirá, principalmente, en los mecanismos procesales para reclamar su vulneración.

Al de proporcionalidad se le ha catalogado como principio de derecho natural (25), principio general del derecho (26), principio que emana del propio Estado de Derecho (27), cuya aplicación se circunscribe a la materia represiva por constituir

(25) BAYER O. Derecho Administrativo... op. cit., II, pág. 29.

(26) J. TORRES MAS. Infraacción... op. cit., pág. 614 y ss.; SANCIA de ENTERRIA - TR FERNANDEZ, CURSUS... op. cit., pág. 201-202 y Vol. II pag. 104.

J.L. VILLAR PALASI "Derecho Administrativo", Madrid, 1.950, pags. 552 y ss.; F. SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa", Madrid 1.976, pag. 226; L. MORELL DCASA.

"El criterio de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneos", en Revista Española de Derecho Administrativo, n.29, 1.981, pag. 281; R. GOMEZ-FERRER MORANT, "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los Poderes Públicos", en Libro homenaje a J. L. SANCIA-TREVILLO FLS, Madrid, 1.982, pág. 109; J. SALAS, "Registro de empresas periodísticas y editoriales", Sevilla, 1.975, págs. 83 y ss.; J.M. DE LA CUESTARA "Las Potestades administrativas", Madrid, 1.966, págs. 241 y 242 entre otras; J. DE LA CRUZ FERRER "Nullidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados", en Revista Española de Derecho Administrativo, n.º. 52, 1.986, págs. 607 y ss.

Entre la jurisprudencia, destacan esta característica en STC 62/82, de 15 de Octubre (fj n.4) y las SSTs de 15 de Junio de 1.981 y 26 de Diciembre 1.984.

En ese sentido se pronuncia igualmente el artículo 1.4 del CC.

(27) GONZALEZ PEREZ, La dignidad de la persona, Madrid 1.986, págs. 135 y ss. ha destacado que el principio que emana del art. 10.1 de la C. se constituye "como informador y límite de la actividad administrativa". Asimismo "la libertad" que la Constitución "reconoce como uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico material establecida principalmente para disciplinar el comportamiento de los poderes públicos, en orden a la integración, aplicación e interpretación del propio Ordenamiento jurídico. En tal sentido, la libertad se constituye en parámetro así mismo de la actividad de las Administraciones Públicas, dentro de cuyas múltiples manifestaciones aparecen los particulares como destinatarios de las relaciones jurídico administrativas", J.L. LOPEZ GONZALEZ, El principio op. cit., pág. 78.

En la doctrina y jurisprudencia alemana se ha considerado que el principio de proporcionalidad posee rango constitucional, dado que se deduce del principio del Estado de Derecho y de la esencia misma de los derechos fundamentales "ya que, en cuanto expresión del derecho de libertad del ciudadano frente al Estado, sólo pueden quedar limitados en la medida "indispensable" para proteger los intereses públicos", K. LORENZ, Derecho Administrativo. Fundamento de Ética Jurídica, Madrid 1.985, pág. 138.

Recogiendo los pronunciamientos del T.C. federal alemán, el T.C. español en Sentencia 65/84, de 22 de Mayo, (fj. n.º.2) hace las siguientes manifestaciones:

.../...

uno de los principios constitucionales de garantía penal, comunes a todo ordenamiento sancionador (28).

El T.C., por su parte, ha declarado expresamente que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho, informador por tanto, de la globalidad del ordenamiento jurídico (29). Ahora bien, en la doctrina jurisprudencial emanada de los recursos de amparo se puede apreciar que el T.C., en algunos ámbitos, ha hecho uso del mismo con valor de principio constitucional (30).

Las diferencias entre ambos conceptos son diversas. En este sentido, y sin perjuicio del estudio que efectuaremos posteriormente (31) resulta claro que mientras los principios generales constituyen el soporte o esqueleto del sistema, y la base del mismo, (de ahí el nombre de principios), cuyo significado trasciende de un precepto concreto dando sentido y organizado a muchos (por tanto, generales) (32), cuando adquieren rango constitucional pasan a presidir la totalidad del

(27) .../...

problema distinto sería examinar si el principio de proporcionalidad de la pena puede considerarse consagrado por otros preceptos constitucionales. Especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10) podrían invocarse como argumentos a favor de que nuestra Constitución consagra esa idea de proporcionalidad de la pena...

(28) SSTs, Sala 3, de 10 de Junio de 1.981 y Sala 4, de 7 de Abril de 1.982. Citadas por GARDENI LLOBREGAT, La aplicación..., cit., pág. 94.

(29) En la sentencia ya citada 62/82, de 15 de Octubre. Un análisis de la misma puede verse en el Título III Capítulo III del presente trabajo.

(30) Tal como afirma J.L. LOPEZ GONZALEZ, El principio..., cit., pág. 62 y ss. de quien seguiremos su clarificador esquema.

(31) Ver el apartado c del presente capítulo.

(32) En parecidos términos GARCIA de EXTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso..., cit., pág. 74. De ahí que se diga que los principios generales son la atmósfera que respiran las normas en un ordenamiento.

ordenamiento pues se les dota de la superioridad normativa formal que la Constitución implica y representa, (33) permitiendo incluso, según la ubicación del precepto que les ha dado cobijo, (de forma expresa o tácita) (34) la utilización de la Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y el Recurso de Amparo para asegurar su respeto (35). Por lo que aquí

interesa, y en primer lugar, el TC aplica el principio de proporcionalidad en sentido amplio, como prohibición de exceso, obligando a que cualquier acción pública (36) limitadora de los derechos y libertades fundamentales, constituya una medida necesaria (37) con el objetivo o fin perseguido al ponerla en práctica (38).

(33) Sobre el tema ver, por todos, SANCIA de ENTERRIA - I.R. FERNANDEZ, CURSO ... DE ..., pág. 79 - 80 y págs. 126 y ss. y STC de 2 de Febrero de 1981.

(34) Ejemplos de principios constitucionales serían, el principio de igualdad (art. 14 CE), el de seguridad jurídica (9.3 CE), jerarquía normativa (art. 9.3), etc. Por contra, un principio constitucional no recogido de forma expresa sería el "non bis in idem", que sin embargo, es una del principio de legalidad recogido en el art. 25.1 CE (STC 2/81, de 30 de Enero). Ver Título III, Capítulo V.

(35) Sí se encuentra entre los artículos 14 a 29 y 30.2 CE.

(36) Parlamento, Administración o jueces.

(37) O imprescindible.

(38) SSTC 62/82, de 15 de Octubre (art. 20 CE), 120/83, de 15 de Diciembre, 3/83, de 25 de Enero (Pleno) C.I. en relación con el art. 24.1, CE., 108/84, de 26 de Noviembre, en relación con el art. 24 CE., 2 de Julio 1.981 por referencia al artículo 24 CE.

Como resumen de esa doctrina jurisprudencial la STC. 104/87, de 17 de Junio, analiza la solicitud de nulidad radical del despido decretado por sentencias de la Magistratura de Trabajo y el Tribunal Central de Trabajo, por el carácter antisindical del mismo, por lesión del derecho de libertad sindical. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo y acoge la siguiente doctrina:

"... no cabe duda... que, como sostiene el Tribunal Central de Trabajo, ha existido un rigor excesivo, y una sanción notoriamente desproporcionada... El órgano judicial ha entendido que, al haber existido una causa disciplinaria, aunque leve, no ha existido un propósito antisindical frente a la trabajadora, pero no ha tenido en cuenta que se le ha perjudicado por su pertenencia o actividad sindical, y que el despido le ha impedido seguir desarrollando su actividad sindical en la Empresa..." (Fundamento Jurídico Segundo).

.../...

En segundo lugar, el TC otorga valor constitucional al principio de proporcionalidad cuando se trata de ponderar diversos derechos y libertades en conflicto, circunstancia que debe realizarse caso por caso (39).

Finalmente adquiere rango constitucional cuando existen bienes constitucionales que deben sopesarse, técnica empleada asimismo por la jurisprudencia americana (40).

Ahora bien, los datos anteriores, por lo que respecta al derecho punitivo del Estado, no clarifican donde está situado, en la vigente Constitución Española, el principio de proporcionalidad.

Al respecto, si bien la doctrina científica mayoritaria se muestra de acuerdo en la vigencia implícita del mismo en diversos preceptos constitucionales, (41) evita la polémica sobre donde ubicar su enunciado general (si en el art. 1 o en el

(38) .../...

"... frente a esto, sólo la existencia de una causa razonable y seria de despido podría haber llevado a calificar al despido al margen y fuera de todo carácter antisindical. Pero ello no ha ocurrido en el presente caso, en el que se ha podido calificar, por el propio Tribunal Central de Trabajo, como notoriamente desproporcionado, al sancionar con un despido, por lo que la decisión empresarial no podía estimarse razonablemente ajena a todo propósito discriminatorio antisindical" (Fundamento Jurídico Tercero).

(39) Técnica utilizada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán J.I. LOPEZ GONZALEZ, El principio... op. cit., pág. 40.

Aplicando en este ámbito el principio de proporcionalidad con valor de principio constitucional STC 104/86, de 17 de Julio (artículo 20.1 CE en relación con el 2º 4 CE) y STC 168/84, de 22 de Diciembre.

(40) STC 64/82, de 4 de Noviembre y STC 109/84, de 26 de Noviembre.

(41) Por ejemplo, la doctrina penalista lo infiere del artículo 15, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes; del artículo 17.2, que señala que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; del artículo 17.4, que obliga a fijar por Ley un plazo máximo de duración de la prisión provisional; del artículo 53.2 segundo párrafo, que proscribela utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas por Ley Orgánica en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, etc.
COSO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho... op. cit., pág. 43.

25), (42) polémica avivada por el TC que, en su primera declaración sobre el tema relacionada con medidas sancionatorias, residió el principio de proporcionalidad en aplicación de la ley, en el art. 10.2 de la CE, (43) ("interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con los textos internacionales en la materia") otorgando inusitada importancia, a los preceptos de la Convención Europea de Derechos del Hombre que protegen de forma explícita la violación de ese principio (44).

A la referida sentencia, le ha seguido otra de fecha 22 de Mayo de 1986 en donde se planteaba por el recurrente si la desproporción de las penas contempladas en nuestro código para los delitos de apropiación indebida y malversación de fondos, (por tanto, examinando el principio de proporcionalidad en la ley) (45) infringía el artículo 14 CE. El TC no entra a

(42) Al respecto ver, por todos, GARDERÍ LLIBREGAT, *La aplicación... de... cit.*, pág. 95 que añade: Del artículo 1 CE, en tanto recoge a la libertad y a la igualdad como "valores superiores" del ordenamiento jurídico y proclama el Estado de Derecho, puede desprenderse la vigencia del principio de proporcionalidad, también puede dimanar implícitamente del artículo 25.1 "que, al consagrar el principio de legalidad, no sólo establece el de tipicidad, sino también el de proporcionalidad entre la medida y la sanción".

(43) STC 62/82, de 15 de Octubre, ya citada. Para un análisis de los hechos que dieron lugar a la misma ver Tit. III Capítulo III del presente trabajo.

(44) En concreto destacar el art. 18 CEMH invocado por el TC y que afirma: "las restricciones que, en los términos del presente convenio, se impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicados más que con la finalidad para la cual han sido previstas".

(45) STC 65/86, de 22 de Mayo (Sala 2). La misma es fruto de un recurso de amparo contra una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por la que se declara no haber lugar a recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel. El Tribunal Constitucional deniega el amparo, pero se plantea el problema de si la desproporción de la pena (en los casos de apropiación indebida y de malversación de fondos) vulnera o no el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución.
(Para la apropiación indebida se aplica la pena de arresto mayor (un mes y un día a seis meses), y en casos especialmente señalados la de prisión menor (seis meses y un día a seis años); por el contrario, la malversación de caudales públicos se castiga con la reclusión menor (doce años y un día a veinte años).

valorar si dicha norma respeta el principio de proporcionalidad pues a él "no le corresponde enjuiciar la política jurídica del legislador" (46) declaración que, unida a la anterior, parece negar la existencia de un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción y "al negar tal cosa, se inclina también por la imposibilidad de recurrir ante él mismo, a través del recurso de amparo, la vulneración por parte de la autoridad pública del principio de proporcionalidad, a no ser que "la gravedad de la sanción fuese superior a la legalmente imponible" (FJ 6 de la STC 62/1982, de 15 de Octubre), circunstancia que de producirse y a nuestro juicio, vulneraría más bien el principio de tipicidad. Se genera entonces - dice GARBERRI LLOBREGAT - (47): un no deseable contrasentido: las vulneraciones antedichas, por estar amparadas en el Convenio de Roma, pueden evidenciarse a través del recurso individual ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (arts. 18 y sigs. CEDH), y no ante el TC español, con lo que el agraviado por un acto de un poder público habrá de recabar la tutela de su derecho allende nuestras fronteras" (48).

(46) En concreto, el f.j. n.º 5 de la sentencia dice: "... aunque ambos delitos se estructuran sobre una apropiación de bienes ajenos, hay también circunstancias en el de sustracción que lo diferencian claramente del otro. El autor de la sustracción, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado; por otro lado, la apropiación con la que se comete el delito de sustracción recae sobre bienes públicos, a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados en razón de los intereses generales afectados. De todo ello se deduce que el legislador no ha vulnerado el artículo 14 de la Constitución, al prever sanciones penales distintas para los delitos de apropiación indebida y sustracción de fondos, sin que corresponda al Tribunal Constitucional en este caso enjuiciar la política jurídica del legislador".

(47) GARBERRI LLOBREGAT, La aplicación ..., op. cit., pág. 95.

(48) En concreto, el TEDH parte de la base -dice LOPEZ GONZALEZ- de que los Estados miembros son libres para elegir las medidas y restricciones que -de conformidad con su Ordenamiento- juzgan necesarias. En consecuencia, se reconoce a los Estados contratantes un margen y poder de libre apreciación, sin que ello signifique una dejación del Tribunal de las funciones que le corresponden; por el contrario, tal margen de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión y control por parte del Tribunal, más o menos amplio según los casos. No es misión del Tribunal sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino apreciar y valorar -desde la perspectiva del Convenio- si en el caso concreto de que

...f...

(40) .../...

se trata de respetar las exigencias derivadas de los preceptos anteriormente citados. Tal doctrina se refleja, entre otros, en los casos "HANDSIDE" (7 de diciembre de 1976), "THE SUNDAY TIMES" (26 de abril de 1979), "SILVER Y OTROS" (25 de marzo de 1983), "ABDULAZIZ" (20 de mayo de 1985), etc.

Al propio tiempo, el Tribunal europeo ha ido estableciendo de acuerdo con los artículos de la Convención, los criterios que se han de dar para que la intrusión o injerencia, por parte de los Estados, en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales que aquella reconoce, sean compatibles con la Convención europea. Tales criterios o pautas de comportamiento del Tribunal son los siguientes:

a) que la injerencia en el ejercicio del derecho fundamental de que se trate la prevea la ley del Estado correspondiente. Aquí el Tribunal viene interpretando el concepto de ley en sentido amplio equivalente a Derecho (caso "MUDGEON" de 22 de octubre de 1981, considerando n.º. 43), incluso comprensivo también del derecho consuetudinario (caso "SUNDAY TIMES", fundamentos de Derecho n.º. 46 y ss., en el que se reconoce como suficiente la institución del "contempt of court" propia del Common law).

b) que la injerencia persiga algún fin o fines legitimados en los correspondientes preceptos de la Convención: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud o de la moral, protección de los derechos y las libertades de los demás (apartado segundo de los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Convención).

c) que la injerencia sea "necesaria", en una sociedad democrática, para lograr los referidos fines. Es aquí, con ocasión del concepto de "medida necesaria" donde el Tribunal aprecia todos los aspectos del caso que hacen referencia al interés público. El concepto de "medida necesaria" se hace depender -en la interpretación que viene realizando el Tribunal europeo- de la concurrencia de los siguientes elementos:

- Se ha de tratar no de una medida "útil", "deseable", "razonable", etc., sino de una "necesidad social importante" (caso "MUDGEON", considerando n.º. 51) o "necesidad social imperiosa" (caso "SILVER Y OTROS", fundamento de Derecho, n.º. 57) que justifique la intervención.

- La medida ha de ser proporcionada al fin legítimo que se persigue: es decir, que si las restricciones o limitaciones aparecen como desproporcionadas en el conjunto de intereses públicos concurrentes en el caso concreto, la medida pierde su carácter de necesaria en una sociedad democrática (caso "BARTHOLD", de 25 de marzo de 1985, fundamento de Derecho n.º. 59) (caso "COLOZZA y RUBINAT", de 12 de febrero de 1985, fundamento de Derecho n.º. 32).

- Los motivos invocados por la autoridad nacional para justificar la medida, han de ser pertinentes y suficientes (caso "SUNDAY TIMES", fundamento de Derecho n.º. 55).

En consecuencia, podemos afirmar -concluye- que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos opera claramente con el principio de proporcionalidad para la salvaguarda y protección de los derechos y libertades garantizados por la Convención. J.J. LOPEZ, El principio... op. cit., págs. 49-50-51.

En definitiva, de la doctrina del TC podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho. Ahora bien, en determinados ámbitos juega como un principio de rango constitucional.
2. Por lo que respecta al derecho punitivo del Estado, el enunciado general del principio se ubica en el artículo 10'2 CE y no en el 25.1 CE circunstancia que impide su protección mediante la ley 62/78, de 26 de Diciembre, de PJD y el recurso de Amparo.
3. Respecto al principio de proporcionalidad "en la ley", el TC ha declarado que el legislador es libre de establecer la política jurídica que crea oportuna y, por tanto, puede determinar los castigos que juzgue más apropiados en relación a los hechos considerados ilícitos. En este tema, nuestro más Alto Tribunal no puede intervenir, pues no existe un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la sanción con la gravedad de la infracción.
4. En lo que se refiere al principio de proporcionalidad "en aplicación de la ley" y como consecuencia de lo ya afirmado, resulta imposible utilizar la LPJD y el Recurso de Amparo ante su posible vulneración por parte de la Administración Pública que sanciona o del juez que revisa esa actuación, "a no ser que la gravedad de la sanción fuese superior a la legalmente imponible". A nuestro juicio, de concurrir esta última circunstancia se produciría más bien una infracción del principio de tipicidad de las sanciones por una falta de correspondencia entre la calificación de la conducta y el castigo correspondiente.

3.- Su aplicación en el derecho disciplinario.

La progresiva jurisdiccionalización del derecho disciplinario (49) ha producido, entre otros fenómenos, la aplicación cada vez mayor del principio de proporcionalidad (50). Sin embargo, hasta fechas recientes, el artículo 20 del anterior reglamento disciplinario estatal consideraba que la Administración poseía la potestad discrecional para imponer la sanción más adecuada "entre las posibles" (51). Fiel reflejo de esas previsiones era la STS de 9 de Diciembre de 1964 que declaraba ajustado a derecho la sanción disciplinaria de separación del servicio elegida por la Diputación de Oviedo para castigar a un funcionario en uso de una discrecionalidad rigurosamente correcta frente a la que nada es dable hacer a la Jurisdicción Contencioso - Administrativa en su función revisora, al no aparecer, con la aplicación de tal correctivo, precepto legal alguno infringido" (52).

Esa interpretación, que sin duda pugnaba con la idea de justicia pues, en ocasiones, a una misma falta muy grave se le señalaba cuatro posibles sanciones de muy diversa gravedad (53) fue paulatinamente superada al entender, tanto

(49) Fenómeno puesto de manifiesto por toda la doctrina y reclamado con insistencia por algunos autores. Al respecto ver, SUAY RINCÓN, Potestad ... op. cit., pág. 1329 y ss.

(50) En este sentido se manifestó J. TORRÓS MAS, *Infracción y sanción* ... op. cit., pág. 615 y ss.

(51) Art. 20 RRFCE de 16 de Agosto de 1969.

(52) Citada por J. TORRÓS MAS, *Infracción y sanción* ... op. cit., pág. 613. Idéntica doctrina se aplicaba para el resto de sanciones administrativas. En esa línea STS de 14 de Marzo de 1974, 4 de Octubre de 1962, 9 de Marzo de 1974, 21 de Marzo de 1973. Citadas por J. TORRÓS MAS, *Infracción* ... op. cit., págs. 613 - 614 - 615.

(53) Así lo hacía el art. 18 del RRFCE "que permitía imponer a la infracción muy grave las sanciones de pérdida de 5 a 20 días de retribución, traslado con cambio de residencia, suspensión de funciones y separación del servicio. Al respecto ver J. TORRÓS MAS, *Infracción y sanción* ... op. cit., págs. 614 y ss. que denunciaba igual fenómeno para otras leyes sancionadoras. .../...

la doctrina como la jurisprudencia (54), que los principios del ordenamiento punitivo del Estado debían ser similares ya que tanto la materia penal como el derecho administrativo sancionador participaban de una misma naturaleza (55). En la actualidad, nadie cuestiona la necesidad de aplicar el principio general de proporcionalidad en el derecho disciplinario.

(53) .../...

En el derecho comparado la situación era parecida. Así, el Consejo de Estado Francés no exigía ningún tipo de Control sobre la proporcionalidad de la sanción a la falta. (V. Cons. d'Etat 22 Nov. 1967, Adm. gén. de l'Assistance Publique c. Dlle. Chevreuil Droit public 1968, 40, concl. Kahn; D.S. 1969-1971, note Mourgeon).

(54) Pioneras en la materia fueron dos sentencias aisladas de fecha 5 de noviembre de 1.950 y 28 de noviembre de 1.966, ambas recaídas contra sanciones disciplinarias, a las que siguió otra de fecha de 30 de Mayo de 1.975.

La primera de ellas, declara al respecto que "si bien al no determinar la sanción aplicable a cada uno de las faltas parece dejar una prudente discrecionalidad del tribunal (se trataba, dice J. TORRES, del Tribunal Médico permanente del seguro obligatorio de enfermedad, órgano administrativo sancionador según la orden de 20 de Enero de 1.948, (arts. 67 a 69) su determinación en cada caso concreto, es evidente que ha querido señalar una escala de sanciones para las faltas graves y muy graves, que yendo desde la suspensión de 15 días a tres meses, hasta la pena máxima de separación del servicio, habrán de acomodarse en una justa y equitativa correspondencia a la intensidad de malicia y extensión de la acción dañosa para el Seguro que la falta entraña, esto es, a su mayor o menor grado de gravedad."

En el sexto Considerando, la misma Sentencia establece claramente que "...la corriente cada vez más acentuada, tanto en el orden doctrinal, cuanto en el de las legislaciones positivas, limitativa del concepto de discrecionalidad y el desajuste del ordenamiento jurídico vigente, al no excluir la revisión jurisdiccional de los actos emanados de facultades discrecionales, imponen el deber al juzgador de apreciar al revisar la resolución recurrida, no sólo su legalidad formal, que se halla externamente cumplida, sino si el uso del arbitrio otorgado al Tribunal puede estimarse conforme a derecho, mediante la obligada adecuación entre la gravedad del hecho que origina la sanción y la medida punitiva aplicada, y al no darse esta correlativa adecuación de intensidad y medida como se exige en el anterior considerando, surge la procedencia de revocar parcialmente el fallo recurrido, dejando sin efecto la sanción de separación definitiva del servicio en el Seguro de Enfermedad sustituyéndola por otra más adecuada."

Al respecto ver J. TORRES MAS, Infracción y sanción ... op. cit., pág. 617.

(55) J. TORRES MAS, Infracción y sanción ... op. cit., pág. 616. En la actualidad, "La línea mantenida por el Tribunal Supremo en aplicación de este capital principio es, en términos generales clara y uniforme" J.A. SANTAMARÍA PASTOR, LUCIANO PAREJO ALFONSO, Derecho Administrativo (la jurisprudencia del TS) Ed. Raon Arecos S.A. Madrid 1.989 págs. 218 y ss. Entre otras ver SSTS de 8 de Julio 1.981 y 9 de Noviembre 1.983.

Sin embargo, y desconfiando al análisis concreto de los distintos textos positivos, llama poderosamente la atención la enorme disparidad existente entre ellos. Así, junto a previsiones encomiables como la recogida en el Reglamento Disciplinario de la Comunidad Autónoma Catalana ("Per graduar les faltes y les sancions, a més del que objectivament s'ha comès o omès actuant sota el principi de proporcionalitat, cal tenir en compte:

- a) La intencionalitat
 - b) La perturbació en els serveis.
 - c) Els danys produïts a l'Administració o als administrats.
 - d) La reincidència en les faltes.
 - e) La participació en la comissió o en l'omissió.) (56)
- perviven otras normas (por ejemplo el Reglamento Disciplinario estatal) que ni menciona el tema, (57)

(56) Artículo 13 R.D.F.G.C.

- (57) El sistema seguido por nuestra legislación positiva podríamos dividirlo en dos grupos:
- 1) Aquellas normas que recogen de forma expresa los criterios a tener en cuenta para determinar la sanción, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Entre ellas destaca el artículo 13 del R.D.F.G.C. ya citado, y el artículo 66 de la Ley Foral Navarra de 1.983 que dice:
Art. 66. 1. Las sanciones se impondrán y graduarán de acuerdo con las siguientes circunstancias:
 - a) Naturaleza de la falta
 - b) Grado de participación de los responsables.
 - c) Perturbación del servicio.
 - d) Perjuicios ocasionados a la Administración o a los ciudadanos.
 - e) Reiteración o reincidencia.
 - 2) Otras normas no concretan ningún tipo de criterio para la determinación de los castigos conectando, simplemente, a cada grupo de faltas (muy graves, graves y leves) una serie de sanciones que pueden ser impuestas por la Administración. Algunas de ellas fijan una serie de elementos para determinar la gravedad o levedad de las faltas. Entre ellas destacan:
 - 1) R.D.F.C.E. 33/84, de 6 de Enero. Llama la atención la referencia a ciertos criterios en relación a los inductores y encubridores de una falta disciplinaria. En concreto afirma:
Artículo 12. Los funcionarios que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria, incurrirán en la misma responsabilidad que éstos. De no haberse consumado la falta, incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 09 de la Ley de Funcionarios Civiles del estado de 7 de febrero de 1964. La gravedad o levedad de las faltas no enumeradas en el artículo anterior se fijará reglamentariamente en función de los siguientes elementos:
 - a) Intencionalidad.
 - b) Perturbación del servicio.
 - c) Atentado a la dignidad del funcionario o de la Administración.
 - d) Falta de consideración con los administrados.
 - e) La reiteración o reincidencia. J.

cuestión esta que en ningún momento puede significar la no sujeción Administrativa al principio de proporcionalidad (58) pues, al constituir un principio general del derecho (59) resulta de obligada observancia y respeto, imponiéndose tanto al legislador, a la Administración sancionadora como al juez de lo contencioso tal y como tiene reconocido la mejor jurisprudencia (60).

(57) .../...

Artículo 13. Igualmente incurrirán en responsabilidad los funcionarios que encubrieren las faltas conculadas muy graves y graves cuando de dicho acto se deriven graves daños para la Administración o los ciudadanos y serán sancionados de acuerdo con los criterios previstos en el artículo anterior.

2) Ley de 28 de Noviembre de 1925 de Ordenación de la Función Pública de la Jcata de Andalucía que se refiere, en su artículo 1, a la legislación estatal vigente. Igual circunstancia ocurre con la ley 1/86, de 20 de febrero, de medidas para la ordenación de la Función Pública en la Comunidad Autónoma de Aragón y la ley de 21 de Julio de 1.925 que aprueba las normas reguladoras de la Función Pública Valenciana.

3) Ley 1/86, de 10 de Abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. El artículo 93.2 fija los criterios para "graduar las faltas en su gravedad o levedad".

En parecidos términos se pronuncia la L. Orgánica 2/86 de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos Seguridad (artículo 27).

(58) En el derecho administrativo sancionador español, la mayoría de leyes recientes si recogen múltiples cláusulas a examinar en el momento de cuantificar la sanción. Al respecto ver, GARDERÍ LLORREGAT, La aplicación ... op. cit., págs. 97 - 98.

(59) Los principios generales del derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, son aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad.

El Derecho Administrativo, según hoy impone inequívocamente la constitución, se constituye necesariamente sobre un sistema de principios generales del Derecho que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a estas todo su sentido y presiden toda su interpretación, como hoy recoge ya el artículo 1.4 CC.

Ahora bien, los principios generales del derecho pueden manifestarse de dos formas distintas.

a) Positivizados en una norma escrita, con lo cual adquieren el rango jurídico de la norma que los acoge, (Constitucional, reglamentaria, etc.).

b) No positivizados, no recogidos de forma expresa en ningún texto. En este caso seguirán cumpliendo su labor informadora siendo de obligado cumplimiento y aplicación.

Sobre el tema ver, por todos, GARCIA de EXTERRIA - TOMAS R. FERNANDEZ, Cuase ... op. cit., I, págs. 73 - 80.

(60) STS, Sala 4, de 20 de Febrero 1981, 27 de Enero 1987, 27 de Octubre 1984, 20 de Enero de 1987, 16 de Diciembre 1984, Sentencias AT Barcelona, Sala Jera, de 27 de Octubre 1987 y 20 de Febrero 1987, 23 Abril 1985, 4 Febrero 1986. La STS, Sala 4, de 14 de Marzo 1981 afirma, reiterando la doctrina jurisprudencial mayoritaria, que la "sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho", proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras.

4.- Consecuencias de su aplicación: El control de la discrecionalidad.

La traslación del principio de proporcionalidad al derecho disciplinario conlleva distintas consecuencias con respecto a los Poderes Públicos.

En primer lugar y referente al legislador (Parlamento o Administración Pública) impone la necesidad de que las normas disciplinarias concreten los criterios que han de servir para la graduación de la sanción, de forma que el órgano competente para castigar adopte, en cada caso, la consecuencia represiva que estime proporcionada (61). Asimismo y dentro del margen de libertad que posee el legislador para establecer los castigos, (62) el principio de proporcionalidad le obliga a elegir la carga coactiva más adecuada al fin que se persigue, justificada en la necesidad de tutela jurídica y por tanto enfocada únicamente a proteger los bienes derechos e intereses cuyo disfrute a de garantizar el derecho (63), impidiendo además, que la sanción disciplinaria descansa en fundamentaciones

(61) Tal como afirma GARDERÍ LLORREGAT, La aplicación ... op. cit., pág. 99 quien cita, en apoyo de esa tesis, las SSTS Sala 4 de 2 de Noviembre de 1981, y 23 de Marzo de 1982.

Idéntica exigencia había manifestado con anterioridad J. TORRES MAS, Infracción y sanción ... op. cit., págs. 610 y ss.. Por desgracia y tal como hemos indicado en la nota n.º. 57, nuestra legislación disciplinaria no prevé, en muchas ocasiones, dichas pautas de comportamiento.

(62) Reconocido expresamente por el TC en Sentencia 65/84, de 22 de Mayo.

(63) STC 62/82, de 15 de Octubre (fj. n.º. 5). Por tanto, no podrá sancionarse cualquier incumplimiento de un deber sino aquel que atente a bienes jurídicos postulados o protegidos por el ordenamiento (STS 27 de Enero 1987).

En parecidos términos COBO del ROSAL - I.S. VIVES ANTON, Derecho ... op. cit., págs. 64 y 558; GARDERÍ LLORREGAT, La aplicación ... op. cit., pág. 99.

exclusivamente retribucionistas (64). Sería el efecto que produce la aplicación del principio de proporcionalidad en la ley.

Sobre este aspecto ya nos hemos pronunciado en el sentido de rechazar, por desproporcionada, la sanción de separación del servicio a perpetuidad que excede, sin duda alguna, de la medida absoluta o estrictamente necesaria para tutelar los intereses dañados, y repudia cualquier consideración utilitaria de los castigos.

En segundo lugar y en relación a la potestad disciplinaria en manos de la Administración, el principio de proporcionalidad, en aplicación a la ley, además de imponer la elección del castigo menos restrictivo, supone por encima de cualquier otra consideración, un límite a la actividad discrecional de la Administración pues al igual que el juez penal, esta debe buscar de entre las sanciones posibles la más proporcionada al desvalor anti-jurídico, siendo su función convertir la pluralidad de soluciones en un única posibilidad justa (65). Esas afirmaciones - hechas a partir de la vigencia del principio de proporcionalidad - nos plantean un tema crucial y de difícil respuesta ¿Qué tipo de potestad es la disciplinaria, reglada o discrecional? (66).

(64) En general existen dos clases de justificaciones del castigo: a) El castigo se justifica en virtud del hecho ilícito cometido porque representa la justa retribución de la infracción llevada a cabo por la persona que ha actuado ilegalmente (teoría absolutas), b) Se justifica por su utilidad para evitar nuevas infracciones (teoría relativa).

Así COMB del ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Veracho ... op. cit., sostiene que "la STC 62/85 al afirmar que la pena hecha ha de ser adecuada a su finalidad de tutela, obliga a plantearse como problema la conformidad a la constitución de las denominadas teorías absolutas, al menos en sus versiones extremas".

(65) TOPICOS MAS, J., Infracción y sanción ... op. cit., pág. 621.

(66) Idéntico problema se plantea SUMAY RINCÓN para las sanciones administrativas (Sanciones ... op. cit., págs. 103 y ss.).

Como sabemos, en la actividad reglada todos los elementos del acto, de la actuación administrativa, vienen predeterminados por el derecho positivo. En el acto reglado, en consecuencia, no cabe margen de interpretación subjetiva para la Administración, pues todo su contenido se encuentra fijado por la norma. Por contra, en la actividad discrecional la determinación de alguno de esos elementos se reserva a la Administración permitiendo un cierto grado de juicio subjetivo, pues el ordenamiento no llega a suministrar todos los datos, debiendo examinarse analíticamente cada proceso.

Así, la potestad disciplinaria no parece una potestad reglada pues aunque las leyes recojan el principio de proporcionalidad y establezcan varios criterios para graduar las sanciones, "la existencia de cierto margen de apreciación (para la Administración) es difícilmente controvertible" (67).

Por otra parte, tampoco parece una potestad discrecional en el sentido dado por el derecho administrativo (68) pues si bien podíamos sostener esa afirmación antes de la vigencia del principio de proporcionalidad, (69) en la actualidad resulta de difícil aceptación.

Pues bien, si no es una cosa ni otra ¿entonces qué es?, ¿de qué ha servido la incorporación del principio de proporcionalidad?

(67) SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pág. 104.

(68) En ese sentido SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pág. 105.

(69) Al respecto ver el trabajo de NIETO, A., Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria, RAP núm. 44, págs. 147 y ss.

La solución pasa por considerar la potestad disciplinaria de la Administración (y en general la sancionadora) como una actividad discrecional pero - como dice SUAY - de tipo jurisdiccional, (70) circunstancia que pone de relieve, una vez más, su especialidad respecto del resto de actos administrativos (71).

(70) SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pag. 105. Una cosa distinta es que la actividad discrecional de la Administración pueda controlarse por la jurisdicción y la forma de articulación de ese control. Al respecto ver T.R. FERNÁNDEZ, Discrecionalidad y jurisdicción revisora REDA núm. 2 págs. 205 y ss.; GARCÍA de ENTERRÍA, La lucha ... op. cit., págs. 11 y ss., en donde establece los criterios para controlar esa actividad. Asimismo ver STS de 24 de Octubre 1988.

(71) Al respecto SUAY RINCÓN, afirma claramente que las sanciones "no son actos administrativos como los órdenes" pues "no están preordenados a la consecución de un interés público específico ... por lo que la potestad sancionadora no es una potestad discrecional ya que ésta se justifica exclusivamente en la necesidad de satisfacer ese interés (págs. 103 - 104 - 105).

En otra parte de su obra justifica esas afirmaciones diciendo:

1) En el ordenamiento las sanciones administrativas cumplen la misma función que las penales: restablecer la paz en el ordenamiento jurídico y reprimir a su transgresor.

2) Debe rechazarse la existencia de una función específica de las sanciones administrativas orientada a la satisfacción de un interés público específico (o interés administrativo).

a) "Si así fuera, no habría otro remedio e incluir algunos delitos dentro del grupo de las infracciones administrativas, por cuanto que también ellos, en ocasiones, están al servicio de intereses del mismo tipo (cada vez evidente, por ejemplo, como en los delitos contra la Administración Pública)".

b) Además, el Derecho positivo no pone obstáculos alguno para que bajo el mandato de las sanciones administrativas encuentren protección igualmente intereses que ninguna concepción guarda con el buen funcionamiento de la Administración.

c) La reciente experiencia despenalizadora acontecida en Italia y Alemania ratifican las anteriores manifestaciones. Como consecuencia de este proceso, el conocimiento de ciertas transgresiones que anteriormente correspondían al juez penal se ha visto transferido a las autoridades administrativas. Se ha operado, por consiguiente, un cambio en la autoridad competente, lo cual, a su vez, determina una alteración del "ámbito iuris" de la sanción, que es penal pasa a tener condición de administrativa pura y esto es lo que importa subrayar, el ilícito se conserva tal y como era la conducta que anteriormente constituía violación de una norma continúa siendo definida en los mismos términos y es reprochable en las mismas circunstancias que antes. El ilícito no sufre, pues, transformación alguna, simplemente se traslada la sede en que ha de hacerse efectivo. De modo, pues, que el ordenamiento sigue reaccionando ante los mismos hechos y los intereses protegidos son los mismos que lo eran antes en el Derecho penal.

d) La Administración Pública, cuando concede una licencia, otorga una subvención, celebra un contrato, expropia un bien, etc., no hace sino actuar el interés público, procurar su satisfacción. Por el contrario, cuando la Administración impone una sanción por la infracción de una regla de Derecho, no actúa ningún género de interés público, simplemente aplica el Derecho positivo al objeto de restablecer la paz jurídica

.../...

Así, una vez incluido el principio de proporcionalidad como criterio para determinar las sanciones, la operación lógica que efectúa el juez penal y la Administración "es exactamente la misma" (72): ambos determinan si los hechos son o no ciertos y una vez constatado ello examinan si son subsumibles en un norma que lleva aparejada una consecuencia punitiva. Esta no se encuentra total y absolutamente determinada y debe concretarse en virtud de las circunstancias concurrentes, presididas por el principio de proporcionalidad. Por tanto en ambos supuestos, la legislación fija un derecho punitivo abstracto en donde se permiten varias opciones entre las cuales el juez penal o la Administración deberán elegir el castigo adecuado al caso particular, orientado según los principios contenidos en ella.

En consecuencia y tras ese proceso no hay en ningún caso diversas soluciones justas desde el punto de vista de la normativa, sino una sola (73).

(71) .../...

quebrantada previamente por la acción de un particular se actúa, por consiguiente, para salvaguardar la puntual efectividad del ordenamiento jurídico. Es, en suma, el mismo interés que está presente en el derecho penal: la protección de bienes jurídicos que evidentemente pueda tener un cierto interés público pero que no tienen ninguna afinidad con el interés público como título habilitante de la actividad administrativa. SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., págs. 84 a 87.

(72) SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 105. La situación del juez ha sido denominada por la doctrina penalista, como de "discrecionalidad jurídicamente vinculada" JESCHECK, Tratado... op. cit., págs. 1191 y ss.

(73) Así, la doctrina penalista explica que en ese ámbito, "El legislador determina la clase de pena y el quantum de éstas, pero no de manera fija y absoluta, sino señalando un máximo y un mínimo entre los que pueda acaecerse el Juez, eligiendo, según su prudente arbitrio, orientado a tener de principios contenidos en la Ley, la pena adecuada al caso particular. En el código vigente, la fijación de ese marco legal tiene lugar a través de dos etapas: una primera, en que se determina el marco penal abstracto correspondiente a la figura de delito (determinado fundamentalmente en caso a la proporcionalidad de la pena con el injerto del hecho y la culpabilidad concurrente) y otra posterior en que ese marco resulte modificado por la .../...

En tercer lugar y por referencia al juez de lo contencioso, el principio de proporcionalidad posibilita que la sanción disciplinaria pueda ser revisada en vía jurisdiccional, ya que igualmente está vinculado por el mismo (75).

(73) .../...

concurriencia de las circunstancias atenuantes y agravantes legalmente previstas. El arbitrio judicial se mueve solamente dentro de los límites residuales, que la ley fija, una vez efectuadas las dos operaciones anteriores. Los criterios que guían esta operación se encuentran a) en el párrafo 2 del art. 2 según el cual "si la pena resultare notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito", el tribunal habrá de dirigirse al Gobierno proponiendo el indulto que estime conveniente. .../...

De tal precepto, no obstante no hallarse destinado a regular la individualización de la pena, se infiere que también en el momento aplicativo e individualizador el criterio básico sobre el que ha de fijarse la magnitud del castigo es el de la proporcionalidad con el injusto culpable, proporcionalidad en la que ha de verse un límite de todo castigo individual, b) la regla cuarta del artículo 61, dispone que "cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes, los tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio".

La referencia a la gravedad del hecho ha de entenderse modulada por el contenido del párrafo segundo del artículo 2 y en consecuencia se basa en la retribución proporcional al injusto culpable, orientada por criterios de prevención general. En la determinación de la gravedad del hecho, el juez actúa como el legislador.

COMO del ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Recurso... de... cit., págs. 645, 651 y 654. Además ver, MIR PUIG, S., Recurso... de... cit., pág. 664; SACIGALUPÓ, La individualización de la pena en la reforma penal en Revista Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, n.º. 3, 1980, págs. 55 y ss.

(74) SUAY RINCÓN, Sanciones... de... cit., pág. 105. Al respecto, la mejor doctrina administrativista ha comenzado a revisar aquella afirmación que consideraba desde una perspectiva normativa que en el ejercicio discrecional de la Administración cabían varias soluciones todas ellas justas.

Al respecto ver, T.R. FERNÁNDEZ, Discrecionalidad y arbitrariedad, en Los Estudios en Homenaje al profesor GARCÍA de ENTERRÍA, de próxima publicación.

(75) SSTs de 26 de Mayo 1980, 22 de Septiembre 1982 y 28 de Septiembre 1984.

En el derecho francés se está produciendo parecido fenómeno. A partir de una importante sentencia del Consejo del Estado de 1978 (Cons. d'Etat 9 juin 1978: Lebon, pág. 245; Rev. dr. publ. 1979, 227, note J. - M. Aubry A. J. P. A. 1978, 593, concl. Genevois; S.S. 1979, 30, note Pacteau; J.C.P. 79, II, 19139, note Bialoj; Rev. adm. 1978, note Moderne) el juez administrativo controla la discrecionalidad de la Administración al elegir la sanción disciplinaria mediante la técnica del error manifiesto de apreciación. A dicha sentencia le han seguido otras muchas (Cons. d'Etat jur. dr. 1978, dans Cochet; Lebon, pág. 483. - 29 janv. 1979, Mme. Mulhschmann; A. J. P. A. 1979, pág. 42, observ. S.S. - 11 mai 1979, Papouy; A. J. P. A. 1979, n.º. 10, pág. 42. - 7 nov. 1979, Mme. Berry - Mauron; Lebon, pág. 512. - 4 déc. 1981, Office nat. de la Chasse; Lebon, pág. 462). Es necesario recordar que en derecho francés no existe una tipificación de las faltas disciplinarias. Sobre el tema ver J.R. AUBRY, Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire en RDP 1980, págs. 1449 y ss.

En la actualidad, la jurisprudencia afirma que la proporcionalidad sirve para modular las sanciones "en razón al bien jurídico protegido" (76) a la "necesaria equidad" (77) que inspira la materia sancionadora impidiendo "la libérrima discrecionalidad de la Administración para elegir el castigo a imponer" (78) "u operando como corrector de la misma" (79) "en cuanto límite sustancial al ejercicio extensivo de las potestades públicas dada la aplicación al derecho administrativo sancionador de los principios inspiradores del orden penal" (80).

En definitiva, si bien la actual corriente jurisprudencial, en términos generales, nos parece loable y positiva, (81) en algún punto concreto resulta criticable.

(76) SSTs 20 de Febrero de 1981 y 27 de Enero de 1987.

(77) Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala Tera. de 27 de Octubre de 1987.

(78) STS, Sala 5a. de 27 de Octubre de 1986. Otras sentencias utilizan el principio de proporcionalidad "sin dejar a la Administración la posibilidad de aplicar discrecionalmente la sanción dentro de los límites que la ley señala". Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala Tera, de 18 de Octubre de 1985 y 20 de Febrero de 1987.

(79) STS de 27 de Octubre de 1986.

(80) STS de 20 de Enero de 1987, 16 de Diciembre de 1986, 20 de Septiembre de 1983.

En consecuencia, podemos afirmar que se ha superado ya aquella concepción que dejaba a criterio del jefe del servicio las faltas a observar y los castigos. JEZE GASTON, Principios generales del Derecho administrativo, III, Buenos Aires, 1949 pág. 100.

(81) En parecidos términos, J.A. SANTAMARÍA PASTOR - L. PAREJO ALFONSO, Derecho ... op. cit., pág. 218.

Al respecto, debemos señalar la poca claridad de la argumentación jurídica con la que, en múltiples ocasiones, se justifica la reducción o eliminación de un castigo disciplinario. A nuestro juicio resulta imprescindible concretar y especificar porque una sanción es desproporcionada, que parámetros se han tenido en cuenta, los criterios seguidos etc. En el momento presente no sabemos a ciencia cierta la suerte que va a correr una sanción disciplinaria después de pasar la dos instancias jurisdiccionales, olvidando con esas actuaciones principios básicos del ordenamiento como son el de seguridad jurídica y de igualdad y la propia distribución de funciones entre poderes.

II. CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS.

1.- La separación del servicio.

A. Regulación positiva y contenido.

La sanción más importante que puede ser impuesta a un funcionario público en el ámbito del derecho disciplinario, es la separación del servicio. El artículo 91 de la L.F.C.E. la recoge como uno de los castigos que son consecuencia de la comisión de una falta muy grave (82).

Ahora bien, esa afirmación no implica que siempre, por la comisión de un acto que sea calificado con este tipo de desvalor, deba ser acordada la separación del servicio. Evidentemente, es necesario contemplar las circunstancias modificativas de la responsabilidad y deberán ponderarse todos los factores que concurren en cada caso (83), con escrupuloso respeto del principio de proporcionalidad. El mencionado dato cobra aquí especial trascendencia pues la sanción que estudiamos produce, entre otras consecuencias, la extinción de la relación de empleo público (84) o si se prefiere la pérdida de la condición de funcionario (85) con carácter definitivo (86) la pérdida, asimismo, de todos los

(82) Del mismo modo prevén esta sanción el art. 14 A del RDFCE 33/86 de 10 de Enero y todas las disposiciones de carácter disciplinario del ordenamiento jurídico estatal, autonómico y local.

(83) Por cuanto la comisión de una falta de carácter muy grave pueda ser sancionada igualmente, o bien con la suspensión de funciones de tres a seis años (art. 16 del RDFCE entre otros), o con el traslado con cambio de residencia que imposibilitará "obtener nuevo destino en la localidad de la que fueron trasladados, durante tres años desde el momento en que se efectuó el traslado" (art. 16 in fine del reglamento citado). en el ámbito local se contempla a su vez la posibilidad de imponer la sanción de destitución del cargo (art. 148.1 del TRMRL).

A cerca de las circunstancias agravantes que deben concurrir para que una falta grave sea sancionada con la separación del servicio ver, STS de 14 de Noviembre 1.989 (ar. 8157).

(84) Artículo 66.3 RFAL.

(85) Artículo 37.10 LFCE

(86) Artículo 38.3 LFCE

derechos que le corresponden a él o a su familia, excepto los de carácter pasivo (87) no siendo factible, en el ámbito de la función pública estatal y autonómica, la rehabilitación (88), posibilidad que si contempla la legislación local aunque otorgando un amplio margen de discrecionalidad a la Administración en su apreciación (89).

Dado los efectos irreparables que este castigo conlleva, la legislación positiva se ha encargado de establecer un plus de garantías, reduciendo los órganos competentes para imponerla.

Así, para los funcionarios pertenecientes, hasta la fecha presente, a la Administración del Estado, solo podía acordarla el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de la Presidencia y previo informe de la Comisión Superior de Personal (90).

(87) Artículo 66.1 RFAL. En este sentido A. PALOMAR OLIVERA, loc. cit., pág. 208.

(88) Tal como afirma para la Administración del Estado, el artículo 93.1 LFCE. Para la Administración autonómica ver, por ejemplo, artículo 63 de la ley 17/85 de 23 de Julio de la Función Pública Catalana, que la regula como una sanción "con carácter definitivo".

(89) El artículo 138.1 C del TRLR lo recoge como causa de pérdida de la condición de funcionario "con carácter definitivo, sin perjuicio de los supuestos de rehabilitación", (artículo 138.4 TRLR y art. 66.3 RFAL) que en todo caso serán "excepcionales" debiendo estar activados por "causas fundadas y acreditadas en expediente" (artículo 66.3 RFAL). Al respecto, deberá acreditarse la cancelación de los antecedentes penales, haber conculcado las responsabilidades en que hubieran incurrido observando, asimismo, una conducta que les haga acreedores a dicho beneficio (art. 135.1 TRLR), que será apreciada de forma discrecional por la Administración (art. 66.3 RFAL).

(90) Tal como afirma el art. 47.1 del ROPCE. En parecidos términos, aunque no idénticos, se pronuncia el apartado 2 del art. 91 de la LFCE cuando establece que "será acordada por el Gobierno, a propuesta del Ministro correspondiente quien previamente oirá a la Comisión Superior del Personal". Así mismo, se manifestaba el art. 57.1 del Real Decreto 2008/67, de 16 de agosto. Al respecto, PARADA VAZQUEZ, obvia cuál es el "Ministro correspondiente" al que se refiere la ley cuando señala que sólo podrá imponerse "por acuerdo del Gobierno previo informe de la Comisión Superior del Personal" (PARADA VAZQUEZ, loc. cit., pág. 348).

En este sentido hemos de señalar que las competencias del anterior Ministro de la Presidencia en materia del personal funcionario, han sido conferidas al Ministerio para las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 3 del Real Decreto 1319/86, de 23 de Julio.

Por otro lado, en cuanto a la Comisión Superior del Personal se encuentra recogida en el artículo 9 de la Ley 30/84, de 2 de Agosto, y su regulación, composición y funciones está positivizada en el Real Decreto 453/85, de 6 de Marzo.

Esas previsiones han sido modificadas por la Ley 31/1990, de 27 de Diciembre, (91) de presupuestos generales del Estado que en su artículo 34 afirma: "En los expedientes disciplinarios con propuesta de separación del servicio se acordará ésta, cuando proceda, por el Ministerio del Departamento en el que se haya instruido el expediente disciplinario, con el visado del Ministerio del Departamento al que esté adscrito el Cuerpo o Escala al que pertenezca el funcionario expedientado, sin que sea preceptivo oír previamente a la Comisión Superior de Personal".

La mencionada regulación es criticable principalmente por el instrumento elegido para incluirla: La Ley de presupuestos, norma de tramitación parlamentaria específica (pues restringe enormemente la participación del Parlamento en su elaboración) (92) y cuyo contenido es precisamente "la ordenación jurídica del Gasto Público ... tanto en su aspecto de límite cuantitativo del mismo y fijación de su destino, como de los criterios a seguir para su mejor utilización (93). Por tanto, "siendo esta función genuina de la Ley de Presupuestos ... habrá ocasiones en que en la misma Ley se incluyan también otros aspectos evidentemente relacionados con el gasto público o incluso en ese plano de actuación" (94). Esa interpretación, admitida igualmente por

(91) BOE n.º. 311 de 28 de Diciembre de 1990.

(92) Ver principalmente el art. 134.6 de la CE, artículo 111 del Reglamento del Congreso y SSTC 63/86, de 21 de Mayo y 65/87, de 21 de Mayo. Asimismo y entre la doctrina ver, ALBIANA GARCIA QUINTANA, Las Cortes Generales y la disciplina presupuestaria, en ANVV, Las Cortes Generales Vol. I, Madrid 1987.

(93) J. MARTIN GUERALT - C. LOZANO SERRANO, Curso de derecho financiero y tributario, Ed. Tecnos, Madrid 1990, pág. 565 y 566. En parecidos términos FALCON y TELLA, R., Límites materiales y temporales de la parte dispositiva de la Ley de Presupuestos en ANVV, Las Cortes Generales, Vol. II, Madrid 1987.

(94) J. MARTIN GUERALT - C. LOZANO SERRANO, Curso de derecho financiero y tributario, Ed. Tecnos, Madrid 1990, pág. 566 citan, como materias que sí podrían ser incluidas en la Ley presupuestaria, la modificación en el sistema tributario, los criterios que rijan los sueldos y salarios de los funcionarios públicos, las condiciones de emisión de empréstitos públicos, etc.

el TC, (95) difícilmente casa con las previsiones que estamos analizando, pues ¿qué influencia ejerce sobre el gasto público que la Comisión de Personal emita o no un informe con ocasión de la propuesta de separación del servicio de los funcionarios públicos? ¿qué trascendencia presupuestaria tiene la designación de uno u otro órgano para acordar ese tipo de sanción?

Por su parte, la legislación sectorial de las Comunidades Autónomas designa al Consejo Ejecutivo, previo informe de la Comisión Técnica de la Función Pública (96).

Mayor problemática ha despertado la regulación prevista para los funcionarios transferidos, que exige para su adopción, el dictamen preceptivo y no vinculante del Consejo de Estado (97), circunstancia recogida por vez primera en el artículo 35 de la LOAPA (98) y que resulta un tanto discutible dado el silencio que, al respecto, guarda la Ley Orgánica reguladora de esa institución. (99).

(95) SSTC 27/81, de 20 de Julio (Fj. n.º 2), 53/86, de 21 de Mayo (Fj. n.º 12) y 65/87, de 21 de Mayo (Fj. n.º 4, 5 y 6).

(96) Art. 40 C del ROPFC que sigue diciendo "se exceptúa de esa regulación a los funcionarios del Estado que por traslado o libre designación ocupen puestos de trabajo en la Generalitat de Catalunya y se encuentren en situación de servicio activo en la Generalitat y en situación de servicios en Comunidades Autónomas o en su Administración de origen, que será competencia del Consejo de Ministros, con el informe previo de la Comisión Superior del Personal.

En todo caso, las sanciones disciplinarias que impliquen separación del servicio a funcionarios transferidos no se podrán adoptar sin el dictamen previo del Consejo de Estado".

En parecidos términos a los apuntados más arriba, se pronuncia la distinta normativa de las diferentes Comunidades Autónomas (por ejemplo el artículo 62.2 de la Ley 2/87, de 30 de Mayo, de la Función Pública Canaria).

(97) Art. 40 C in fine del ROPFC. Así lo dispone igualmente el art. 12 párrafo 2 del Real Decreto 730/86, de 11 de Abril, por el que se aprueban las situaciones de los funcionarios de la Administración del Estado.

(98) Actualmente Ley 12/83, de 14 de Octubre, del Proceso Autonómico.

(99) Parecidas afirmaciones fueron recogidas en el dictamen n.º 28 de 30 de Julio de 1982 del Consejo Consultivo de la Generalitat de Catalunya, emitido a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (Boletín Oficial de las Cortes Generales, CG, del 7 de Julio de 1982), en el que se señalat "ni en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, ni en el capítulo 2

En el ámbito local, se designa como órgano competente al pleno de la corporación (100) o de la Diputación provincial (101) según el lugar dónde desempeñe sus funciones el servidor público, requiriéndose, en ambos casos para acordarla, el voto de las 2/3 partes del número de hecho y en todo caso de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros. (102).

Por último, a la luz del derecho comparado, resulta un hecho incuestionable que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno prevén parecida regulación. (103) aunque

(99) .../...

del título 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ni en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, ni en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios del Estado se encuentra recogida esta actuación dictaminante del Consejo. Por otra parte, hace falta constatar que esta intervención sólo hace referencia a los funcionarios transferidos, sin que se exija para otros funcionarios de las comunidades autónomas que no procedan de la Administración estatal ... con lo que se establece una desigualdad entre los funcionarios de la misma comunidad y puede suponer una vulneración del artículo 9.2 y 3 de la Constitución". (Recopilación de dictámenes del Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña 1981/1982, Tomo I, Barcelona 1984, pág. 416).

(100) Según lo dispuesto en el art. 152.1 del TPRL. Del mismo modo, el art. 151 A del citado texto normativo señala como órgano competente "el Ministro de Administración Territorial, cuando se trate de imponer sanciones que supongan la destitución del cargo o la separación definitiva del servicio de funcionarios con habilitación de carácter nacional". En parecidos términos se pronuncia el art. 99.4 de la LRM.

Por otro lado, el art. 22.1 de la LRL 7/85 considera como una de las competencias del Pleno, "la separación del servicio de los funcionarios públicos así como la ratificación del despido del personal laboral".

(101) Art. 33.1 de la LRM, respecto al personal eventual, tanto su nombramiento como su cese son libres y corresponde al alcalde o presidente de la entidad local correspondiente (art. 104.1 de la LRM).

(102) Art. 47.2 J de la LRM que incluye asimismo al personal laboral.

(103) En Italia es "la destituzione per motivi disciplinari", la que más se asemeja, que, como los otros tipos de sanciones disciplinarias, deben estar previstas por la Ley lo que "esclude che l'Amministrazione possa creare nuove sanzioni, limitando i diritti del cittadino o ponendo loro nuovi obblighi", Gianfranco MOR, "Le sanzioni disciplinari", pág. 114. Del mismo modo ver M.S. GIANNI, Corso di diritto amministrativo, III, I, Milán 1.967, págs. 11-112; VIRE: "Il provvedimento amministrativo", Napoli 1.969, pág. 357.

En Francia sería la "revocation", la sanción equivalente. Al respecto ver J. MICHEL DE FORGES, Prat. ... cit. págs. 172 y ss.

posiblemente destaque una mayor atenuación en sus consecuencias. Así, por ejemplo, la legislación italiana sobre el "publici impiegati" observa como castigo más grave "la destituzione per motivi disciplinari" (104) que debe estar previsto en una "Ley" (so pena de infringir el derecho fundamental al cargo (105)) reservándola exclusivamente a algunos cuerpos funcionariales, teniendo en cuenta las peculiaridades del servicio a desempeñar (106).

Asimismo, y respecto a las relaciones que se producen entre la sanción de separación del servicio y el derecho a la pensión o jubilación que tienen todos los ciudadanos, la Corte Constitucional declaró hace ya tiempo la inconstitucionalidad de privar al sancionado de la misma, dado el carácter gravemente discriminatorio que se

(104) Las sanciones previstas en la legislación positiva son las siguientes:

- a) La censura.
- b) La riduzione dello stipendio e cioè la riduzione del trattamento economico, senza sospensione dell'obbligo di prestazione del servizio;
- c) La sospensione del trattamento economico;
- d) La destituzione per motivi disciplinari.

(105) Tal como recoge el art. 23.2 de la CE y el art. 51 de la Constitución italiana. Sobre el tema ver Título III, capítulo II, 2 del presente trabajo.

(106) Por ejemplo, si se trata del Cuerpo de Policía, por las características especiales y específicas de su labor podría recogerse mayores controles, limitaciones y requisitos, para su reincorporación sobre todo si la falta cometida ha sido por la indebida utilización de su área de servicio. Del mismo modo, si se trata del Cuerpo de Bomberos, el ordenamiento jurídico impedirá la reincorporación a los que hayan sido sancionados alguna vez por activo de haber incendiado algún bien particular o de otra naturaleza. En general, serían susceptibles de esta sanción los cuerpos de funcionarios que realizan tareas de autoridad. Al respecto, ver GIMFRANCO NOR, *La sanzione...* op. cit. págs., 119 y ss.

produciría en relación al "dipendenti privati" (107).

B. La necesidad de modular sus consecuencias. El problema de fines y efectos de las sanciones disciplinarias.

La necesidad de modular las consecuencias de la sanción que analizamos, tal y como se encuentra recogida en nuestro ordenamiento, (es decir como castigo perpetuo e irreparable) viene impuesta por distintos argumentos: a) Las funciones que cumplen las sanciones disciplinarias, equiparables a las a las penas. b) Los efectos que produce la separación del servicio, a priori de mayor gravedad que las penas. c) El principio de proporcionalidad. d) El agravio producido con respecto al personal laboral que ocupa sus servicios en la Administración y las sanciones para él previstas.

En primer lugar, cuando hacemos referencia a las funciones de la sanción disciplinaria, estamos hablando de las finalidades que persigue. Al respecto, si consideramos que los castigos disciplinarios, al igual que las penas, cumplen distintos objetivos (108) y por tanto, no buscan una única función específica; si creemos que junto a una finalidad puramente represiva procuran otra preventiva

(107) Sentencia de 13 de Enero de 1.966, n.º 3, en Jurisprudencia constitucional, 1.966, pág. 45. Sobre este punto ver GATTA, Intangibilità della pensione statale, en Revista Italiana de la Previsión Social, 1.966, pág. 887; SETE, Verso un nuovo concetto di pensione per il personale dello Stato, IVI, 1.968, pág. 496.

En Francia, la doctrina destaca que los nuevos estatutos de la función pública no prevén para la sanción de "revocation", análoga a nuestra separación del servicio, "plus la revocation avec suspension des droits à pension du Statut de 1.959" (Art. 30). "La revocation se peut dont être prononcée car en contre des agents alliant plus les droits à pension".

En este sentido ver Jean-Michel DE FORGES, Droit ..., cit., pág. 172 nota 40.

(108) Sobre los fines de las sanciones y de las penas ver Título II Capítulo IV, 2 del presente trabajo.

(109), no cabe otra conclusión que suprimir, tal y como hizo el código penal vigente (110), el carácter perpetuo e irreversible de los castigos.

Por el contrario, la actual regulación únicamente sería sostenible desde posiciones que atribuyan al derecho disciplinario en general, una función exclusivamente doméstica, orientada a la satisfacción de un interés administrativo, y a la sanción de separación del servicio en particular, un fin puramente represivo, justificable por la diferente naturaleza que posee con respecto a los castigos previstos en el derecho penal (111). El funcionario viene a convertirse en un instrumento al servicio de la ley de Talión (112), defendiendo así una extraña interpretación de la justicia, uno de los valores superiores que la Constitución reconoce al Estado de Derecho (113) y que constituye el resultado de la profunda dimensión social que debe presidir nuestro ordenamiento.

(109) NIETO A., Problemas capitales ... op. cit., pág. 80; OCTAVIO DE TOLEDO, La privatización... op. cit., pág. 265; SUAY RINCON, Sanciones... op. cit. pág. 81.

En contra, Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 2 de Mayo 1.967 (NJW, 1.967, II págs. 1.651-1.652) Citado por OCTAVIO DE TOLEDO, La privatización... op. cit. pág. 81.

Por su parte PARADA VAZQUEZ, JR El poder sancionador... op. cit., pág. 41 y ss. afirma: "si puede extraerse que el carácter de la sanción disciplinaria es abstractamente distinto que el de la pena".

(110) Que como sabemos suprimió las penas de carácter perpetuo.

(111) Sobre el tema ver Título II Capítulo IV del presente trabajo. Al respecto y como dijimos, el art. 26º del CP no distingue entre penas y sanciones disciplinarias.

(112) CÓDIGO del ROSAL - TS VIVES, Acción, Derecho... op. cit. pág. 567.

(113) Al respecto CÓDIGO del ROSAL - TS VIVES, Acción, Derecho... op. cit. afirman que "en un Estado de Derecho, castigar por castigar es sacrificar la libertad en aras de ciertas concepciones éticas más que discutibles" (pág. 567).

En segundo lugar, si observamos los efectos que produce la sanción de separación del servicio, a priori más graves que los castigos contemplados por el código penal, concluiremos fácilmente en la necesidad de modular su carácter perpetuo e irreparable.

El tema de los efectos ha sido uno de los pilares sobre los que se han fundamentado la existencia de diferencias entre pena y sanción.

Al respecto, una parte de la doctrina considera que, de un lado, la sanción administrativa produce efectos solamente en la esfera de la Administración y de otro que a la sanción administrativa no le acompaña la misma carga de reprobación social que por el contrario tiene la sanción penal (114). En base a esas afirmaciones concluyen justificando la aplicación de principios distintos para los castigos impuestos por la Administración. (115).

Sobre el primer argumento ya nos hemos pronunciado a lo largo del trabajo, poniendo de relieve la imposibilidad de mantener la existencia de un orden exclusivamente doméstico de la Administración, pues entre otras cosas, la dimensión social de nuestro Estado de Derecho constitucionalmente reconocida lo impide (116).

(114) Por ejemplo, ver MA SANDULLI, Le sanzioni, 14 - 15.

(115) MA SANDULLI, Le sanzioni, op. cit., págs. 155 y ss. y 192 y ss.

(116) Ver Título II, Capítulo IV.

Idéntica conclusión sostiene SURY RINCÓN, Sanciones, op. cit., pág. 104-107 y 79 y ss. "por su incompatibilidad con la posición constitucional que ocupa la Administración en los Estados Modernos". Al respecto y con anterioridad ver L. MARTÍN RETORTILLO, Sanciones penales y sanciones gubernativas en Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Universidad de Salamanca, 1971, págs. 15 y ss.

El segundo argumento se convierte en papel mojado en virtud precisamente del mantenimiento de una sanción disciplinaria perpetua, pues, dejando a un lado la dificultad objetiva de valorar el efectivo grado de reprobación que un castigo produce (117), lo que resulta indubitado es la inexistencia de penas de carácter perpetuo (118) y la consiguiente mayor gravedad cuantitativa de la sanción disciplinaria (119).

Por tanto, la circunstancia analizada, además de desmontar de raíz esa teoría, obliga a sus partidarios a reclamar en congruencia con esas argumentaciones, la reforma de la separación del servicio (convirtiéndolo como mínimo en un castigo de menor gravedad al más aflictivo que pueda imponerse en vía penal) (120).

Por otro lado, idéntica solución se impone entre los partidarios de una identidad sustancial del ordenamiento primitivos del Estado una vez abolida del código penal la

(117) En parecidos términos SUAY RINCON, *Sanciones...*, op. cit., pág. 107.

(118) Pues el propósito del código penal vigente, con respecto al anterior fue la suspensión de esos castigos.

(119) Al respecto SUAY RINCON, *Sanciones...*, op. cit., pág. 107 afirma que la doctrina de los distintos efectos ... únicamente demuestra una diversidad cuantitativa o de grado pero no puede justificar la desviación de una serie de principios elaborados en el ámbito penal. Además, se constata una tendencia legislativa encaminada a mitigar las diferencias en cuestión. Por ejemplo, la cada vez mayor publicidad de la sanción, (circunstancia que la doctrina italiana ha considerado como "una consecuencia directa de la función preventiva de las sanciones disciplinarias" (ANCHE IL LEGA, *Appunte in tema di licenziamento ingiurioso*, in *Mass Giurisprudenza Laborale*, 1.961 187) o una finalidad represiva y ejemplarizadora (LORIGA, *Seminari di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali d'ell università di Firenze*, Milano 1.966 pág. 207. Citados por GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni...*, op. cit., págs. 147-148. En contra ROMANO *Il Poteri...*, op. cit. IV, 266) es una clara demostración de la equiparación de los efectos entre la pena y las sanciones administrativas.

(120) O la aplicación en el seno del derecho disciplinario de mayores garantías que las contempladas en el ámbito penal, cuestión, como mínimo, un tanto difícil.

posibilidad de imponer castigos de carácter perpetuo. Esa circunstancia obliga a realizar la misma operación en el seno del derecho disciplinario pues de lo contrario se daría la paradoja que, con menos garantías, la sanción disciplinaria es más aflictiva que cualquier pena, dato éste que no resulta defendible desde ningún punto de vista (121).

En tercer lugar y como dijimos, (122) la consagración del principio de proporcionalidad en el derecho disciplinario impone, de la misma forma, la supresión de este castigo al exceder de la medida estrictamente necesaria para tutelar los bienes dañados (123).

En cuarto lugar, otra de las razones para modificar esta sanción nos la proporciona el análisis de los castigos que pueden ser impuestos al personal laboral que desempeña su trabajo en la Administración (124). De ese modo, observamos que únicamente la "rescisión de contrato" puede ser equiparada a la separación del servicio y, por tanto, el mismo hecho ilícito realizado por uno u otro tipo de personal al servicio de la Administración pública será reprimido de muy diversa forma (125).

(121) Sobre el tema de los efectos como criterio discriminador entre las sanciones administrativas y penales ver, SUAY RINCÓN J. Sanciones... op. cit., págs. 105 y ss. a quien básicamente hemos seguido.

(122) Ver Título V Capítulo I.

(123) Pues si los objetivos del todo el ordenamiento punitivo del Estado son comunes (proteger bienes jurídicos) no se entiende como pena el derecho penal son suficientes las penas temporales y el derecho disciplinario requiere este tipo de castigos perpetuos.

(124) Dada la progresiva laboralización de la Administración pública. Sobre el tema ver Título II Capítulo II.

(125) Dicha comparación ya la realizó FARANA VAZQUEZ, J.R., Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador, en R.A.P. n.º. 52 enero-abril de 1.967, págs. 59 y ss.

Fácilmente comprobamos la necesidad de reformar la sanción mencionada por cuanto mientras el despedido puede ser readmitido en la misma Administración en la que cesó (en función de la voluntad del empresario), en cambio el separado del servicio (en función de la prohibición legal) no; pero, además, en todo caso el despedido puede ser contratado (en función de la oferta y la demanda) por una empresa del mismo ramo donde desarrolle aquello para lo que está específicamente preparado, mientras que el separado del servicio (en función de una nueva prohibición legal) no sólo no puede volver a su trabajo, sino tampoco a ningún otro puesto en el seno de la Administración (126).

En este sentido, se da la paradoja que, dos personas trabajando en la Administración pública, una en contrato laboral y otra con un contrato sometido al Derecho administrativo, que ejerciesen las mismas funciones y realizasen el mismo ilícito, serían conderadas de distinta manera infringiendo presumiblemente los postulados que emanan del art. 14 de la CE.

2.- La suspensión de funciones como sanción disciplinaria.

La orden de suspensión de funciones de un funcionario público puede revestir carácter cautelar (127) o definitivo. Esta última será acordada en virtud de condena criminal o de sanción disciplinaria (128).

(126) Tal como afirma OCTAVIO DE TOLEDO, La preparación... op. cit., pág. 281.

(127) Al respecto ver Título VII del presente trabajo.

(128) Art. 50 de la LFCE y art. 23 Reglamento de Situaciones Administrativas.

Respecto a la suspensión de funciones, sanción profesional por excelencia (129), puede ser a su vez fruto de la comisión de una falta muy grave (en cuyo caso su duración no será superior a seis años ni inferior a tres), o por falta grave (que no podrá exceder de tres años) (130), regulación similar a la contemplada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (131).

(129) Junto con la separación del servicio y el traslado con cambio de residencia. Estas se oponían tradicionalmente a las sanciones de orden moral entre las que destaca el apercibimiento. MONTORO PUERTO, N., Régimen disciplinario de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, ... op. cit., pág. 126.

(130) Para los funcionarios del Estado (art. 16 del RRFCE). sin embargo, la duración de esta sanción varía según la normativa aplicable. Por ejemplo, el RRFCE 336/86, de 10 de Enero, en su art. 9.2 recoge para las faltas graves la duración de más de quince días y menos de un año, para las muy graves entre un año y seis años (art. 9.1). Respectos a los órganos competentes para imponer la sanción el art. 47 del RRFCE señala a los ministros y secretarios de Estado del departamento al que está destinado el funcionario o los subsecretarios por delegación. Sobre el tema ver PARRADA VAIDUEZ, J.R., Derecho administrativo. Organización y empleo público, 2. edición, Ed. Marcial Pons, pág. 368.

(131) El derecho italiano contempla una sanción similar a la que estamos analizando para los funcionarios civiles del Estado. Es la llamada "sospensione dalla qualifica o sospensione del servizio accompagnata dalla sospensione del trattamento economico". (Art. 81 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato).

En diversa legislación sectorial también se encuentra recogida la mencionada falta disciplinaria. Así, el art. 42 de la Ley de 5 de Marzo de 1961 n.º 90, "prevede per gli operari dello Stato la "sospensione del lavoro". Anche l'articolo 106 della legge n.º 524/1958 de 26 de Marzo per il personale delle ferrovie, etc."

Contenido de la sanción: según el artículo 81 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato, hanno una durata compresa tra uno e sei mesi altri ordinamenti fissano diversi limiti temporali: tre mesi per il personale delle Ferrovie dello Stato (art. 106-106 della legge n.º 425/1958 de 26 de marzo); fino ad un anno per i professori dell'istruzione media (art. 22 del RD n.º 1054/1923 et art. 16 della legge n.º 160/1955 e per i professori universitari (art. 87 del T.U. n.º 1952/1933). GIANFRANCO MOR, Le sanzioni, ... op. cit. págs. 130-131.

En el mismo sentido ver JANNITTI PIGNALLI, Disciplina nella pubblica amministrazione, in Massimo digesto italiano, vol. IV, Torino 1960, pp. 30 y ss.

En derecho francés, por su parte, los textos legislativos contemplan igualmente este tipo de sanción. Así, para la función pública del Estado, el "Statut des fonctions pour quinze jours ou plus. Cette exclusion temporaire "qui est privative de "fonction, peut être assortie d'un "exercice total ou partiel".

JEAN-MICHEL DE FORGES, Droit de la fonction publique, P.U.F.; Paris, octobre 1986, pág. 172.

Para un examen de la normativa vigente ver BERGER-LEVRANT, Code de la fonction publique I, II, Paris, octobre 1987, especialmente por I, pp. 474 y ss.

La característica principal de esta sanción frente a la separación del servicio es que su imposición no supone la extinción de la relación del servicio entre el funcionario y la Administración. Por el contrario, únicamente queda interrumpida durante el periodo que se alargue el castigo (132) pasando, el corregido disciplinariamente, a la situación administrativa de suspensión de funciones con carácter definitivo. En consecuencia, durante ese periodo estará privado de todos los derechos inherentes a la condición de funcionario (133) pudiendo perder su puesto de trabajo (134) si la suspensión definitiva excede del periodo en que permaneció en suspensión provisional (135). Cuando ello ocurra, el suspendido, una vez cumplido el tiempo de la sanción, podrá reincorporarse al puesto de trabajo que quede vacante de acuerdo con el orden de prioridades establecido

(131) .../...

Por otro lado, el derecho francés tipifica, dentro del tercer grupo, la sanción "d'exclusion temporaire de fonctions pour six mois à deux ans" muy parecida a nuestra suspensión de funciones, que conlleva igualmente la ausencia de remuneración. Del mismo modo puede ir acompañada de la sanción de "radiation du tableau d'avancement" (baja o cancelación del ascenso en la carrera del funcionario) pero, en este caso, "prononce à titre de sanction complémentaire". JEAN-MICHEL DE FORGES; *op. cit.*, pág. 172. Ver asimismo S. SALON et J.C. SAVIGNAC. Le Statut général des fonctionnaires de l'Etat A.J.D.A., avril 1984, pp. 191 y ss. LAUBADERE, *Traité de droit administratif*. L.S.B.J., Paris 1986, pág. 107; YVES GAUDENET, JEAN BERNARD RUBY, Agents Publics. Régime disciplinaire, J.C.A. 1985 fascicule 183, pp. 16 y ss.

(132) En este sentido, Francisco Javier MONTERO Y CASADO DE AMEZUA, "Las inhabilitaciones para la profesión de funcionario público. Revista de Administración Pública núm. 98, Mayo-Agosto de 1982, pág. 163 quien señala que la diferencia entre la separación del servicio y la suspensión de funciones es que en la primera implica "la pérdida del o de los cargos, frente a la mera privación del ejercicio en el caso de la suspensión".

(133) Art. 50.6 LFCE.

(134) Art. 50.2 LFCE.

(135) Art. 16 RIFCE y art. 23 Regto. de Situaciones Administrativas. Al respecto es necesario recordar que el suspenso provisional tiene derecho a percibir el 75% de su sueldo, trienios y pagas extraordinarias, así como la totalidad de la ayuda familiar (art. 22 Reglamento de situaciones administrativas 730/86, de 11 de Abril).

en la ley (136).

3.- El traslado con cambio de residencia. Breves reflexiones sobre el instituto de la desviación de poder.

Esta sanción no afecta para nada a la relación de servicio, todo lo más, puede incidir en la relación orgánica, a que la única consecuencia que produce es un cambio en el lugar de destino del funcionario. Las derivaciones negativas que supone van referidas a los inconvenientes y perjuicios que pueden ocasionar el cambio de lugar de la residencia habitual de una persona en el que normalmente desarrolla su vida social y afectiva (137).

De acuerdo con el art. 16 del RDFCE, el traslado con cambio de residencia es un tipo de sanción que puede ser impuesta por la comisión de una falta grave o muy grave. En el primer caso, el funcionario en cuestión no podrá obtener nuevo destino en la localidad de la que fue trasladado, durante el periodo máximo de un año, ampliándolo su duración a tres en años en el segundo (138).

(136) Ver Título VII de este trabajo. Artículo 4.º del RD 2617/85, de 9 de Diciembre, establece el supuesto orden de reincorporaciones:

- a) Excedentes forzosos
- b) Suspensos
- c) Excedentes voluntarios

así "si en el plazo de un mes no hubiere podido reincorporarse por no existir plaza vacante alguna, pasará el funcionario a la situación de excedencia forzosa". (art. 14).

(137) Tal como afirma Agustín PEREZ BARRIO, la responsabilidad civil y disciplinaria del funcionario civil de la Administración del Estado, Memoria presentada para la obtención del grado de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1984 (no publicada), pág. 273.

(138) Dicho plazo, de acuerdo con el art. 16 in fine del RDFCE se computará desde el momento en que se efectuó el traslado.

Dicho esto, vamos a examinar brevemente los principales problemas o controversias que tiene plantada este tipo de sanción (139).

En primer lugar, resulta necesario determinar a la luz de la doctrina de la desviación de poder, cuando una decisión administrativa de traslado forzoso justificada, aparentemente, en necesidades del funcionamiento del servicio, puede encerrar una auténtica sanción (140).

(138) .../...

Respecto a los órganos competentes para imponer la sanción de acuerdo con el art. 47 RDFCE y al igual que para la separación del servicio, el Ministro o Secretario del departamento en el que está destinado el funcionario o los subsecretarios por delegación de éstos (Como es sabido, la delegación consiste en "una transferencia del ejercicio de las competencias, pero mediante una manifestación volitiva del delegante" (José Antonio TREVIJANO FDS, Principios jurídicos de la organización administrativa. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1.975, , pág. 179. Del mismo modo, Rafael EXTREMA CUESTA, Curso op. cit., vol. I/II, pág. 25 la define como "un acto en virtud del cual un órgano administrativo transfiere a otro jerárquicamente subordinado el ejercicio de funciones que tiene atribuidas de forma alternativa conservando la titularidad sobre las mismas".)

(139) En realidad el traslado de lugar de trabajo con cambio de residencia, como sanción únicamente, está previsto, con diversos matices, para los funcionarios de la Administraciones Estatal y Autonómica (por ejemplo para esta última ver arts. 8, 9, 11 y 12 del RDFGC) casi que no ocurre, en el ámbito de la administración local donde el artículo 148 TRC no la recoge.

(140) El tema de la desviación de poder ha dado lugar a una extensa bibliografía. Por lo que aquí respecta han sido consultados, además de los citados posteriormente, las siguientes obras básicas:

CHINCHILLA, CARMEN, La desviación de poder, Ed. Civitas, Madrid 1989; ELAYERO AREVALO, La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del TS, RFP núm. 30, 1959 págs. 115 y ss.; TRUJILLO PÉREZ, J., La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo, RFP núm. 35, 1961, págs. 161 y ss.; SORIANO GARCÍA, J.E., Hacia el control de la desviación de poder por omisión, REJA 40 - 41, 1984, págs. 108 y ss.; MARTÍN RETORTILLO, S., La desviación de poder en el Derecho español, RFP núm. 22, 1977 págs. 133 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativo, Civitas, Madrid 1978, págs. 1028 y ss.; ALVAREZ RICO y GONZÁLEZ - HABA, La desviación de poder en materia de personal, RA núm. 157, 1974, págs. 34 y ss.; SÁNCHEZ ISAC, J., La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español, IEM, Madrid 1975; J. SANTAMARÍA PASTOR, Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control, REJA núm. 2, 1974, págs. 300 y ss.; MARTÍNEZ USEROS, E., Desviación de poder, voz de la Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Seis Barcelona 1985, pág. 315 y ss.; TORRES MAG, J., Reducción de la discrecionalidad en la potestad gubernativa de derecho de la legislación arrendaticia urbana, REJA núm. 37, 1983; GARCINO FALLA, F., Comentarios a la Constitución, Comentario al artículo 106.1 CE, 2a. ed., Civitas, Madrid 1985, pág. 1443; Curso ... op. cit., vol. I, págs. 433 y ss.; EXTREMA CUESTA, Curso ... op. cit., Vol. I/1, págs. 216 y ss.; GARCÍA de ENTERRÍA - I.R. FERNÁNDEZ, Curso ... op. cit., I, págs. 463 y ss.;

Como sabemos, la Administración en el ejercicio de cualquier actividad ha de perseguir el fin que le señale el ordenamiento jurídico, que no es otro ni puede ser otro que el interés público. De ahí que cuando en el ejercicio de sus potestades persiga fines distintos a los fijados en la norma, incurre en desviación de poder (art. 83.3 LJCA y 101.6 CE) (141) vicio que conlleva la anulabilidad del acto administrativo (art. 48 LPA) (142).

Entre las múltiples cuestiones que encierra este instituto, y por lo que aquí interesa, es necesario concretar las clases de desviación de poder que ha distinguido nuestro TS (143) circunstancia que adquiere extraordinario relieve en el ámbito de la actividad de policía en general y en el derecho disciplinario en particular por la limitación del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos (funcionarios o no) que se produce mediante el uso de la coacción. Así distinguimos:

- a) Desviación de poder hacia fines ajenos al interés general.

Se produce cuando el acto dictado por una Administración se inspira en móviles personales que pueden ser de la más variada gama y naturaleza (lucro personal, lucro ajeno, venganzas, represalias, preferencias políticas). Evidentemente, este acto administrativo incurre

(141) En concreto, la Constitucionalización del control de los fines que justifican la actuación administrativa ha de dar lugar, como dice el profesor GARRIDO FALSA, a una jurisprudencia más cercana al ideal de Justicia, GARRIDO FALSA, *Comentarios ... op. cit.*, págs. 1463 - 1464.

(142) El artículo 48 LPA dice: "Son anulables ... los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

(143) Seguirnos en esencia, el esquema propuesto por CARMEN EXINCILLA, *La desviación ... op. cit.*, pág. 98 y ss. Las sentencias citadas han sido extraídas, mayoritariamente, de su obra.

en una desviación de poder absoluta (144) o grosera, es decir *quesada* a la vista, y que por tanto, no precisa de sutiles interpretaciones y exámenes de lo actuado. La desviación de poder hacia fines ajenos a lo general ha sido reconocida en numerosas jurisprudencias del TS (145), también en materia de funciones públicas (146) y concretamente en lo atañe a medidas disciplinarias. Así, entre otras resoluciones importantes, el TS anula el acuerdo del Ayuntamiento de Magacela que impuso al recurrente la sanción de 13 años y seis meses de suspensión de funciones. El Tribunal, en sentencia de 14 de Noviembre de 1985, (147) estima que no se utilizó la potestad administrativa en interés del servicio, sino para castigar la negativa del actor a facilitar la única estufa que había en el consistorio, al Alcalde, conducta que, como mucho, podía constituir una falta de respeto pero no una infracción administrativa.

En otra ocasión, (Sentencia de 31 de Marzo 1987) (148) aprecia desviación de poder en una resolución del subsecretario de Educación y Ciencia por la que se cesaba al director del INBAD porque había indicios de un posible delito de malversación de fondos, incoándose en consecuencia, expediente disciplinario. En el proceso contencioso quedó demostrado que se había falseado la realidad con la intención de poder abrir un expediente y justificar con ello el cese en cuestión.

(144) La STS de 4 de Abril de 1972 (Ar.1204) distingue por vez primera entre desviación de poder absoluta y relativa. Al respecto ver J. SANTAMARIA, *Renovación ... op. cit.*, págs. 303 y ss.

(145) STS 6 de Marzo 1987 (Ar. 1906), 29 de Junio de 1987 (Ar. 6592), 29 de Noviembre 1985 (Ar. 5574).

(146) STS 27 de Septiembre 1985 (Ar. 4794), 5 de Octubre 1983 (4829), 8 de Julio 1983 (Ar. 3833), 11 de Abril 1986 (Ar. 1979), 1 de Octubre 1982 (Ar. 5933).

(147) Sala Tercera, Ar. 5670.

(148) Sala Quinta, Ar. 1608.

En lo referente a las relaciones entre el traslado por necesidades del funcionamiento del servicio (en comisión de servicio) y la imposición de una sanción de traslado con cambio de residencia, el TS en sentencia de 14 de Julio de 1985, examina la legalidad de una orden de la Dirección General del INE, que prorrogaba por un mes la comisión de servicios en Barcelona de un funcionario, Ingeniero Técnico Agrícola con destino en Badajoz, tras haber dirigido una comunicación al Presidente del Gobierno en relación con el uso del yate AZOR. El Tribunal no sólo considera la existencia de desviación de poder en esa orden sino además, al constituir una sanción encubierta, afirma que se violan los arts, 14, 23.2, 24 y 25 CE, no infringiéndose el derecho a la libertad de residencia (art. 19) "porque ésta siempre tendrá en los funcionarios el límite de ejercerla en el lugar en donde se cumple la función pública, y el traslado forzoso, como sanción encubierta, tiene mejor encaje en los preceptos antes invocados, que conllevan, por su vulneración, la configuración, la confirmación de la sentencia apelada ..." (149).

- b) Desviación de poder hacia fines públicos pero diferentes a aquel que señala el ordenamiento jurídico.

En estos casos, la Administración, conscientemente, se aparta del fin señalado por el ordenamiento jurídico, pero para atender otro que también es de interés público (150). Esta desviación de poder, que podríamos denominar relativo o sutil, es menos frecuente dada la dificultad probatoria que encierra. Al respecto destaca la STS de 24 de Junio 1986

(149) Se está refiriendo a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de Marzo 1986.

(150) Tal como afirma CARMEN CHINCILLA, La desviación... op. cit., pág. 94 - 95.

(151) por la que se anuló el acuerdo de la Jefatura General de Policía de Barcelona que ordenaba el traslado del actor, funcionario de ese cuerpo, a otra Comisaria. La desviación de poder estuvo en la finalidad del acuerdo que fue "atajar las tensiones producidas en el colectivo de policías destinados en la Comisaria de San Gervasio" y no, como se dijo, reforzar los efectivos de vigilancia e investigaciones de la Comisaria de San Andrés (152).

Otra Sentencia, de fecha 24 de Mayo 1985 (153) anuló el acuerdo del Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército que decretó el cese del actor en su destino y su paso a la situación de disponible forzoso. Hubo desviación de poder al ejercer la potestad de cese y traslado por razones de las necesidades del servicio para un fin distinto, pues el demandante había interpuesto veintidos recursos y convenia, por ello, que pasase a otra región donde no contara con los asesoramientos jurídicos que, según parece, le llevaban a adoptar esta postura con la que creaba un ambiente enrarecido.

En definitiva, dos grandes reflexiones se nos ocurren en relación con el instituto de la desviación de poder aplicado al régimen disciplinario y en concreto a la sanción aquí examinada.

- 1) Todo traslado forzoso que esté inspirado en fines distintos a las estrictas necesidades del

(151) Sala 5a., (Ar. 3777).

(152) Un breve comentario de esta sentencia puede verse en CARMEN CHINCHILLA, La desviación de poder, pgs. 95 - 96.

(153) Sala 5a., (Ar. 2600).

servicio, incurre en desviación de poder (154).

- 2) Esa medida, en ocasiones, puede encerrar una sanción encubierta que, por no respetar los principios del orden disciplinario, vulneraría los arts. 24 y 25 CE (155).

Sin embargo, en el sistema judicial español, el instituto de la desviación de poder aplicado al régimen disciplinario ha fracasado (156). Esa circunstancia se explica, en primer término, por el abuso que se ha hecho del mismo en los recursos de apelación, pues no olvidemos que el artículo 94 LJCA sólo la admite para las cuestiones de personal "en los casos de separación de empleados públicos inamovibles" o "cuando concurre desviación de poder". De ese modo, cualquier medida referente a un traslado forzoso ha sido impugnada en apelación invocando desviación de poder, circunstancia agrava por la gratuidad de estos recursos (157) y por la práctica llevada a cabo por el TS que entraba a analizar todas las cuestiones sobre la legalidad del acto, escamoteando el espíritu y la letra del precepto (158).

(154) Ver CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 139 y bibliografía allí citada sobre el tema.

(155) En este sentido la Sentencia ya citada de 14 de Julio de 1986 (Ar. 1608).

(156) Sobre la poca utilización de este instituto por los tribunales ver las críticas de SANTAMARÍA PASTOR, J., Renovaciones dogmáticas ... op. cit., pág. 304; SANCHEZ ISAC, J., La desviación de poder ... op. cit., pág. 199. Asimismo ver EXTREMA CUESTA, en el prólogo de ese mismo libro, pág. 16; SORIANO GARCIA, Hacia el control ... op. cit., pág. 177; C. CHINCHILLA, La desviación de poder ... op. cit., pág. 109 y ss..

(157) Tal como afirma CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 140.

(158) En parecidos términos CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 142 quien cita como ejemplo de esa línea jurisprudencial la STS, Sala 4a, de 9 de Junio 1959.

Afortunadamente, este criterio ha sido superado (159) "pues a partir de ahora, solo serán debatibles las cuestiones relacionadas con la mencionada desviación de poder" circunstancia que no impide el excepcional examen de otros argumentos íntimamente conectados con dicho instituto (160).

En segundo término, la exigencia impuesta por el TS sobre la existencia de una prueba absoluta indubitada, directa, clara y palmaria (161) (es decir una prueba diabólica) que demuestre fehacientemente la concurrencia de desviación de poder, ha servido para volatizar igualmente el sentido de la institución. Afortunadamente, la STS de 1 de Octubre de 1982 ha producido en la materia, un giro copernicano (162) pues, tras poner de manifiesto que la prueba de la desviación de poder nunca podrá ser absoluta o plena, considera admisible, para destruir la presunción de validez del acto y la existencia de desviación de poder, una prueba adecuada o suficiente (163) bastando para ello, como ha

(159) Como exponente de esta nueva concepción STS, 14 de Julio 1987 (Ar. 7128). Citada por CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 143.

(160) STS, de 30 de Noviembre 1981 (Ar. 4611) citada por CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 143 - 144.

(161) En este sentido, STS de 19 de Julio 1980 (Ar. 3222). Con anterioridad a las SSTS 7 de Junio 1964, 14 de Junio 1966, 7 de Abril 1980. Citada por CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 131 - 132 (Sala 5, Ar. 5835, Ponente: GARCIA MANUANO).

(162) "Hasta tal punto que no es exagerado pensar que será a partir de ella cuando las sentencias estimatorias de desviación de poder empezaran a producirse" CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 132 y ss.

(163) En concreto dice: "no cabe exigir prueba absoluta para acreditar en el proceso administrativo la desviación de poder pues, en primer lugar, la naturaleza intrínseca de este vicio de los actos administrativos reclama un tratamiento probatorio más flexible, en el que sea suficiente una razonable convicción, en base a pruebas y datos aportados, por parte del órgano jurisdiccional, de que la Administración se apartó del interés general concreto que le imponía la norma jurídica y los principios de la institución en juego, y en segundo término, una exigencia tan rigurosa de prueba absoluta haría en la mayor parte de los casos inviable este tipo de pretensiones y, en consecuencia, se abocaría a resultados de indefensión y a una quiebra del derecho fundamental a una efectiva tutela jurisdiccional, con violación del artículo 26.1 de la Constitución que proclama tal derecho".

admitido el TC en otro tipo de presunciones, la concurrencia de pruebas incidarias (164), que a diferencia de la pruebas directas no recaen directamente sobre los hechos constitutivos de la desviación invocada, sino que se dirigen a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no incurren en desviación de poder pero que de ellos se puede inferir "razonablemente" su existencia basado en el nexo causal y analógico existente entre los hechos probado y los que se trata de probar (165).

La utilización de este tipo de medios probatorios no debe extrañar a nadie pues resultan de uso corriente en el ámbito civil (166) y penal (167) estando tácitamente

(164) Por ejemplo, para destruir la presunción de inocencia (STC 174/85, de 17 de diciembre).

(165) STC 174/85, de 17 de Diciembre. Ahora bien en esa misma resolución, el TC destaca la importancia de "una adecuada motivación" cuando se utilice este tipo de razonamientos. La aplicación de la prueba de presunciones o indiciaria en la desviación de poder ha sido rechazada por la doctrina. En especial ver CLAYERO AREVALO, N. , La desviación ... op. cit., pág. 118 Y ss.; CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 134.

(166) Los medios probatorios admitidos en materia civil vienen recogidos en los arts. 578 a 666 LEC y 1214 a 1253 CC a los que por cierto se refiere el art. 74.4 LOCA.

En concreto, son perfectamente lícitos la confesión, prueba testifical, parcial, documental o inspección ocular. Además, el artículo 1215 CC añade que las pruebas pueden hacerse ... por presunciones (es decir, por indicios).

Ahora bien, como dice GUMSP, Derecho Procesal Civil, Madrid 1968 (reedición 1973) págs. 567 y ss. de esa clasificación no puede deducirse la ilegalidad de otro tipo de pruebas "porque en realidad la enumeración del art. 578 LEC unida a la del art. 1215 CC agota todas las especies impugnables de medios de prueba.

De ese modo, la STS de 10 de octubre 1987, Sala 4, (Gr. 8334) afirma reafirmándose a la anterior regulación que "en cuanto a la desviación de poder, siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil - de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano - artículo 1253 del Código Civil - derive ... la persecución de un fin distinto del previsto en la norma".

citada por CARMEN CHINCHILLA, La desviación ... op. cit., pág. 136.

(167) En el ámbito penal se distinguen este tipo de pruebas (coetáneamente admitidas, como decimos), de las otras sospechas (que no sirven por ejemplo para destruir la presunción de inocencia). Los criterios para diferenciarlos de las otras son las siguientes:

.../...

aceptados por el artículo 38 RDFCE al declarar que la acreditación de los hechos relevantes en la decisión son todos aquellos "admisibles en derecho" (168).

Además, en este ámbito concurre un dato adicional que refuerza la tesis aquí mencionada y es la previsión contenida en el art. 595 LEC cuando prohíbe que las autoridades y funcionarios confiesen en juicio, gozando del privilegio de contestar por escrito, vía informe, la pregunta que se les formula. ¿Cómo entonces, si se exige esa prueba diabólica, podemos demostrar la concurrencia de este tipo de desviación de poder?

Una segunda cuestión planteada por este tipo de sanción y totalmente distinta a la anterior se produce a la luz de la constitucionalización del derecho fundamental a la libre residencia, pues cualquier limitación del mismo deberá estar recogida en una norma con rango de ley y es indudable, que con ella se produce al menos una restricción del ejercicio de ese derecho (169).

(167) .../...

a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; b) los hechos constitutivos de infracción administrativa deben deducirse de esos hechos a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano; c) si los mismos hechos probados permiten diversas conclusiones o interpretaciones, tanto el instructor como el órgano sancionador deben razonar por qué eligen la que estiman probada; d) no es suficiente para considerar culpable al expedientado que su versión de los hechos no sea convincente o resulte contradicha por la prueba, pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente". JAEN VALLEJO, J.L., La presunción de inocencia, NCAL, Madrid 1985, págs. 55 y 56.

(168) A condición de que sea constitucionalmente legítima, STC de 24 de Septiembre de 1986, STC de 9 de Abril de 1987, STC 109/86, de 24 de Septiembre y STC 66/86, de 21 de Mayo. Así "la limitación de los radios de prueba sólo puede seguirse cuando esté regulada en una ley" (STS 21 de Mayo de 1985).

De ese modo, y en el tema de la existencia o inexistencia de desviación de poder parece abrirse camino la adopción de este tipo de razonamientos indiciarios (SST 3 de Febrero 1987, (Ar. 608), 4 de Diciembre 1985 (Ar. 5961), 4 de Diciembre 1987 (Ar. 8918). Citadas por CARMEN CHINCHILLA, La desviación... op. cit., pág. 136.

(169) Hasta el momento, únicamente el Real Decreto 3129/77, de 23 de Septiembre regula la libre entrada

.../...

A nuestro juicio, y como ya dijimos, no es dable la mera invocación de la especial relación que une al funcionario público con la Administración para obviar el sistema de protección establecido entre otros por el artículo 53 CE y permitir la creación ex novo de este castigo, por norma de carácter reglamentario (170) afirmación que sin embargo no comparten nuestro Tribunales (171).

Por último y respecto al Derecho comparado, la referida sanción no es frecuente encontrarla en los distintos textos disciplinarios. Así, en el ordenamiento jurídico francés, si bien se encuentra recogida en el Statut Général des Fonctionnaires, no puede ser impuesta a los funcionarios que desempeñan su puesto de trabajo en la Administración Territorial u Hospitalaria (172). Por su parte, en Italia, ni el Statuto degli Impiegati Civili dello Stato, ni la diversa normativa prevista para las distintas categorías de

(159) .../...

y salida del territorio nacional, limitándola en tres supuestos (los sometidos a procedimiento criminal, los condenados a penas impuestas por sentencia firme y los obligados al servicio militar), no existiendo regulación positiva alguna sobre la elección de residencia y circulación por el territorio nacional de los ciudadanos españoles.

Para una análisis del problema ver, por todos, el estudio de CASTELLS ARTECHE, J.L., El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España, Madrid Seminario y Ediciones, 1.974; FERNANDO SERRIDO FALLA y otros, Comentarios a la Constitución, Comentarios al art. 19 (por Juan Alfonso SANTAMARÍA), Ed.Civitas, Madrid 1.985, págs. 383 y ss.

(170) Ver al respecto Título II Capítulo II a).

(171) Por ejemplo ver, STS, sala 3 de 22 de febrero 1.985 (art. 826).

(172) "Le déplacement d'office n'existe pas dans la Fonction publique territoriale et hospitalaire". Jean Niche DE FORGES, Droit de la Fonction Publique, P.U.F., 1. edición, Paris, octubre de 1.965, pág. 172. Del mismo modo se pronuncia André DE LAUBÈRE, Traité de Droit administratif, tomo II, 8. edición, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1.966, pág. 109 quien añade "la réglementation disciplinaire résulte dans Décret de 25 d'Octobre 1.964". La mencionada sanción, por otro lado, está recogida en la Función pública del Estado en el segundo grupo que comprende "la radiation du tableau d'avancement, . 3^o: exclusion temporaire des fonctions pour 15 jours ou plus et le déplacement d'office".

"pubblici impiegati" prevén como castigo disciplinario el traslado forzoso del funcionario (173).

4.- La deducción proporcional de retribuciones.

El artículo 31.2 de la LMRF ha creado esta nueva posibilidad de castigo disciplinario (174) que debe ser añadido al abanico de sanciones previsto por la ley de 1964 (175).

Al respecto, la ley 30/84 se limita a declarar básica (176) y a indicarnos que podrá ser impuesta como consecuencia de las faltas leves de puntualidad y asistencia. La primera afirmación produce ciertos problemas interpretativos pues al señalar su carácter básico y omitir cualquier consideración respecto del resto de sanciones (casi todas ellas cualitativamente más importantes) provoca la duda sobre si estas deben poseer o no dicho carácter. Al respecto ya nos pronunciamos (177) en sentido negativo pues si el legislador hubiese querido hacer esa declaración la

(173) En este sentido ver GIMFRANCO MOR, Le sanzioni op. cit., págs. 130 y ss.

(174) Únicamente se preveía la "pérdida de cinco a veinte días de remuneraciones, excepto el complemento familiar" (art. 91 d LFCE) y la "pérdida de uno a cuatro días de remuneraciones" (art. 91 e LFCE). Ambos párrafos han sido expresamente derogados por la LMRFP (disposición derogatoria y art. 31.2).

(175) Así, en la actualidad la regulación y determinación de las sanciones para la Administración estatal, se encuentra recogida en los párrafos a, b, c, y f del ap. 1 del art. 91 de la LFCE y el art. 31.2 de la LMRFP, estando derogados los párrafos d y e del citado art. 91.

(176) Art. 1.3 LMRFP.

(177) Ver Título II Capítulo III.

habría recogido expresamente por lo que resulta de aplicación al principio generado del derecho "inclusionis unius, exclusionis alterius" (178).

Por otra parte y ante el silencio de la ley, el cálculo concreto de la deducción a efectuar en cada caso, viene determinado por el RDFCE, (179) previsiones que pueden servir de orientación para los funcionarios de la administración local dado que el artículo 148.1 TRRL la recoge como una de las sanciones a imponer por la conexión de faltas graves sin especificar nada más (180).

Por último y referente al derecho comparado, la citada sanción ha tenido una acogida desigual, reservándose, cuando está prevista, a la comisión de faltas de puntualidad y asistencia).

(178) Es el RDFCE quien en su art. 17 párrafo 2 dispone: "En la deducción proporcional de las se tomará como base la totalidad de las remuneraciones íntegras mensuales que perciba el funcionario en el momento de la comisión de la falta, dividiéndose la misma por 30 y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día. La cantidad obtenida será el valor/hora, que habrá de aplicarse al tiempo de trabajo no cumplido por el incumplimiento de la jornada de trabajo.

(179) Artículo 149 TRRL.

(180) En el derecho francés, el art. 56 del Statut Général des Fonctionnaires no la recoge como sanción disciplinaria. En el derecho italiano se contempla "la riduzione dello stipendio e cioè la riduzione del trattamento economico, senza sospensione dell'obbligo di prestazione del servizio" que para los funcionarios civiles del Estado se concreta en "da un décimo ad un quinto" (art. 80 dello Statuto).

Algunos textos disciplinarios únicamente recogen dos tipos de sanciones ("el licenciamiento e la riduzione degli assegni) lo que ha sido criticado por la doctrina al no tener en cuenta la gravedad de la falta. MENNOLA, Arventizio. In *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milano 1.959, págs. 616-617 y 618. Citado por G. MOR, *Le sanzioni ... op. cit.*, pág.130.

5. - El apercibimiento.

Sólo puede imponerse por la comisión de una falta leve (181) sin que sea necesaria la instrucción del expediente disciplinario, "salvo el trámite de audiencia al inculpado que deberá evacuarse en todo caso" (182). Las consecuencias que produce son mínimas: (183) su anotación en la hoja de servicios del funcionario (184) aunque si se producen varios apercibimientos como consecuencia de distintas faltas leves podría dar lugar a la imposición de una sanción por la comisión de una falta grave (185). El problema surge al comparar la regulación, aparentemente contradictoria, sobre las sanciones canceladas (186) pues mientras el art. 50 RDFCE establece que "en ningún caso se computaran a efectos de reincidencia" el art. 93.3 de la LFCE de 1.964 considera que "la cancelación (que se producirá a los seis meses) no

(181) Arts. 91.4 LFCE y 17 RDFCE. En el ámbito local art. 148.2 TRRL.

(182) Arts. 91.4 LFCE y 18.2 RDFCE. Ver Título VIII Capítulo II del presente trabajo.

(183) Por ello, se le ha otorgado el carácter de castigo acral MONTORO PUERTO, Régimen disciplinario ... op. cit. pág. 126.

(184) Art. 93 LFCE y 51 RDFCE.

Por contra, en el derecho francés el "advertissement", "n'est pas adscrit au dossier de l'agent". En este sentido se manifiesta Jean-Richel DE FORGES, Droit de la Fonction publique. P.U.F., 1.986, pág. 172. En el derecho italiano, es "la censura" el equivalente a la falta analizada, encontrándose recogida en el art. 79 dello Statuto degli Impiegati Civili dello Stato. Además, en ocasiones se prevé un tipo de sanción semejante: "L'annunziazione", GIANFRANCO MOR, La sanzione... op. cit., pág. 130, nota 2.

(185) El incumplimiento justificado del horario de trabajo, si acumulado supone menos de diez horas al mes, será reputado falta leve (art. 8 a del RDFCE); Por contra, si supera ese límite será considerado como falta grave (art. 7.1 L del mismo cuerpo legal). .../... Asimismo la tercera falta injustificada de asistencia en un período de tres meses constituye falta grave (art. 7.1 in RDFCE).

(186) O que pudieran serlo.

impedirá la apreciación de reincidencia si el funcionario vuelve a incurrir en falta" (187) añadiendo: En estos casos los plazos de cancelación de las nuevas anotaciones serán de duración doble que los señalados anteriormente.

(187) Los problemas no acaban ahí, pues mientras el 93 LFCE dice que "la anotación se cancelará a petición del interesado, el art. 51 RDFCE afirma que la cancelación "se producirá de oficio o a instancia de parte " equiparando las cancelaciones realizadas expresamente a las que pudieran serlo"(art. 50) RDFCE.

TITULO VI. PRESCRIPCION DE FALTAS Y SANCIONES.

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION.

Una de las causas de extinción de la responsabilidad disciplinaria prevista legalmente se produce cuando la Administración no ejercita "el derecho subjetivo que tiene, mediante la acción disciplinaria, a descubrir y sancionar la conducta irregular de sus funcionarios" "Si abandona el ejercicio de este derecho - acción durante cierto tiempo, la relación funcional ha de retornar al estado anterior a dicha conducta irregular ..." (1). En este sentido, la prescripción de la falta supone el transcurso de un plazo determinado tras la comisión de la misma sin que ésta haya sido perseguida; La prescripción de la sanción, el paso del tiempo tras la imposición del castigo, o tras una interrupción de su cumplimiento, sin que se lleve a efecto (2).

El respeto a ese instituto jurídico, que parece inexcusable e imprescindible, ha sido una de las más graves carencias históricas del derecho administrativo sancionador dado la falta de interés que, el tema, ha despertado en las grandes leyes administrativas, (3) provocando un sinfín de polémicas, disputas y controversias tanto doctrinales como jurisprudenciales.

(1) STS 19 de Octubre de 1976 (r. 4091).

(2) En parecidos términos GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de Orden Pública, Madrid 1971, págs. 225 y ss.; Del mismo autor, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, comentario al artículo 134, Madrid 1968, págs. 1215 y ss. y Derecho administrativo, Madrid 1972 págs. 273 - 276; PEREZ BARRIO, A., La responsabilidad ... op. cit., pág. 278.

(3) "Consecuencia de ello ha sido la falta de unos principios básicos que permitieran imponer un poco de orden dentro del caos normativo y dar una solución a los problemas no resueltos por unas disposiciones dictadas muchas veces con apresuramiento y con insuficiente perfección técnica".
J. TORRES MAG, Las sanciones en materia ... op. cit., pág. 258.
En parecidos términos, BARRIA de ENTERRIA - I.R. FERNANDEZ, Curso ... op. cit., II, pág. 160; L. MARTIN RETORTILLO, Multas administrativas, BAE núm. 79 pág. 36.

En la actualidad, podemos encontrar junto con opiniones que consideran, de conformidad con el artículo 25.1 de la Constitución, que si no hay Ley específica en contrario, el plazo de prescripción de las infracciones administrativas es el de dos meses del párrafo 6o. del artículo 113 del Código Penal (invocando también dicho plazo de prescripción cuando el procedimiento administrativo queda paralizado más de ese tiempo), (4) otras, que únicamente aplican dicha doctrina a las infracciones administrativas equiparable a las faltas penales (5) pasando por alguna resolución que aún sostiene, ante la ausencia de previsión expresa, la no aplicación del instituto de la prescripción al ámbito del derecho administrativo sancionador (6).

(4) En este sentido se pronuncian, entre otras, las sentencias de la Sala 4a. del Tribunal Supremo de 9 de Marzo de 1972 (R. Ar. 1294), 28 de Septiembre de 1973 (R. Ar. 3452), 17 de Junio de 1974 (R. Ar. 3207), 28 de Febrero, 6 y 7 de Marzo y 31 de Mayo, todas de 1981 (R. Ar. 522, 933 y 3156), 21 de Marzo, 17 y 19 de Octubre de 1983 (R. Ar. 1938, 5190 y 5206), 11 de Junio de 1984 (R. Ar. 3461), 1 y 8 de Julio de 1985 (R. Ar. 4924 y 4936), 28 de Enero y 19 de Febrero de 1986 (R. Ar. 74 y 1607), 30 de Noviembre de 1987 (R. Ar. 9331) y 7 de Marzo y 29 de Abril de 1988 (R. Ar. 1799 y 3242). También la Sala 5a. del mismo Alto Tribunal sigue actualmente de forma invariable esa doctrina. Entre otras, sentencias de 18 de Noviembre y 1 y 22 de Diciembre de 1987 (R. Ar. 8211, 9343 y 9607) y 4, 7, 8 (dos sentencias), 12 (dos sentencias) y 26 y 27 (tres sentencias) de Abril, 3 (dos sentencias) y 10 de Mayo de 1988 (R. Ar. 3246, 3307, 3310, 3311, 3321, 3322, 3427, 3428, 3429, 3430, 4033, 4034 y 4000).

(5) STS de 2 y 20 de Julio de 1973, 28 Septiembre y 26 de Octubre de 1973. La S/S de 15 de Julio de 1988 dice: "ese plazo de dos meses sólo puede aplicarse cuando la sanción administrativa aplicable fuera equiparable a la que el Código Penal prevé para las faltas, pero en caso de la equiparación no sea posible - por ejemplo, por tratarse de una multa cuya cuantía exceda de las que el Código Penal aparezca a las faltas -, en cuyo caso el plazo de prescripción será el aplicable a los delitos".

(6) STS de 12 de Mayo de 1965.

Así como otra corriente jurisprudencial, "en base a lo dispuesto en los artículos 6, 28, 113 y concordantes del CP ..." y ante ilícitos administrativos trascendentes" aplica el plazo de prescripción de 5 años (STTS 7 de Octubre 1976, 17 de Abril y 29 de Octubre 1968, 28 de Febrero 1973, 3 de Junio 1976, 16 de Mayo 1966, etc.).

Sobre el tema en la doctrina, ver, TOLLE JARDINES, Prescripción de las infracciones administrativas ¿Cuál es su plazo? *REDA* núm. 4, págs. 128 y ss.

Por su parte, el legislador, está incurriendo en parecidos errores que antaño pues si bien es cierto que la normativa reciente contempla un plazo de prescripción para los ilícitos, no ocurre lo mismo por lo que respecta a las sanciones, donde nuestro derecho positivo sigue mudo (7) incumpliendo de ese modo el principio constitucional de seguridad jurídica y dejando a los administrados en un estado de precario e indefensión más propia de ordenamientos jurídicos arcaicos y primitivos (8).

El fundamento de la prescripción es múltiple. Se halla en parte vinculado a la falta de necesidad de la sanción "tras el transcurso de cierto tiempo (fundamento material) y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo (fundamento procesal)" (9) cuestión, esta última, que solo afectaría a la prescripción de la falta. Además, y como ya dijimos, se considera que la nota más destacada de este instituto "es la necesidad de poner término a situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos ..." "por ser contrario al interés social una prolongada situación de

(7) Previendo únicamente un plazo de prescripción para las faltas se encuentran la Ley 22/88, de 28 de Julio de Costas (art. 92), la Ley 4/89 de 27 de Marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (art. 41), la Ley 16/87 de 30 de Julio de Ordenación de los Transportes Terrestres (art. 145).

Al comentar la Ley Alemana Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 19 de Febrero de 1967 (arts. 31 y ss.) SUMY, Sanciones ... op. cit., págs. 152 - 153, afirma que la misma pone especial "énfasis en la regulación de la prescripción de la "infracción", en perfecta sintonía con los principios característicos del Derecho penal, y como contraposición a lo que habría sido si, en lugar de éste, hubiese sido el Derecho civil el adoptado como punto de referencia (que habría puesto el acento en la prescripción de la "sanción" que es, a fin de cuentas, la "deuda" que el particular tiene con el Estado)".

En nuestro país ese podría ser también un argumento sobre la ausencia de regulación sobre la prescripción de las sanciones, argumento, a nuestro juicio nada convincente.

(8) Otras normas siguen sin establecer plazo alguno de prescripción. Entre ellas, podemos citar la Ley 26/84, de 19 de Julio, general para la defensa de los Consumidores y Usuarios.

(9) MIR PUIG, S. Derecho Penal ... op. cit., págs. 700 - 701; En la doctrina penalista se pronuncia favorable a un fundamento material de la prescripción, entre otros, MORILLAS CUERVA, Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, 1900, pág. 63. pág. 677.

inseguridad jurídica" (10).

II. PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS DISCIPLINARIAS.

Con carácter general, el artículo 87.2 de la LFCE señala que "las faltas leves prescribirán al mes, las graves a los dos años y las muy graves, a los seis años" duración que vienen recibiendo un trato diferente "si comparamos las distintas parcelas del territorio nacional" (11).

El mencionado plazo, como afirma claramente el artículo 20.1 del RDFCE, "comenzará a contarse desde que la falta se hubiese cometido" (12) descalificando de esta manera, aquellas previsiones legales y jurisprudenciales que de forma absurda lo verificaban en el momento de "haber sido conocida" (la falta) por la Administración (13).

(10) STS de 22 de Diciembre 1930 (ar. 1844), 25 Septiembre 1950 (ar. 1406).

Sobre el tema, se pronuncia, en parecidos términos, la doctrina civilista. En este sentido, ver PUGIBONTAN, J. Caducidad, Prescripción Extintiva y Amnistía, Ed. Bosch Barcelona 1968, pág. 261 BIEZ - PICAZO, La prescripción en el Código civil, Barcelona 1944, págs. 36 y ss.; VIDAL RAMÍREZ, La prescripción y la caducidad en el Código civil peruano, Lima 1963, págs. 88 y ss.

(11) MONTORO PUERTO, H. Implicaciones del principio de tipicidad ... op. cit., pág. 2214. De ese modo, el art. 20.1 del RDFCE reproduce idénticos plazos, el RDFEC (art. 15) prevé para las faltas leves el plazo de 3 meses, la Ley de 26 de Junio de Castilla la Mancha (art. 105) recoge el plazo de 3 años para las faltas muy graves y 1 año para las graves, etc.

(12) Anteriormente, el art. 25.1 del RDFCE 2008/69, se pronunciaba en idénticos términos, aplicando las reglas establecidas en el art. 114 del CP para los delitos. En el mismo sentido se manifiesta el art. 15.3 del RDFEC.

(13) La STS, Sala 5, de 25 de Enero de 1965 afirma que para la viabilidad de la prescripción es necesario el transcurso del tiempo "caracterizado por la inactividad administrativa desde que conocida la infracción". Igualmente STS, Sala 5 de 19 de Enero y STS 28 de Noviembre de 1966. Algunas de estas sentencias aplicaban las previsiones del artículo 107 del RFAE, hoy derogado, y sustituido por el ap. 3 del art. 146 del TRRL que señala: "Reglamentariamente se determinará la forma de computar (dichos) plazos de prescripción".

Ahora bien, la prescripción se interrumpe en el momento de la iniciación del procedimiento "a cuyo efecto la resolución de la incoación del expediente disciplinario deberá ser ~~de~~ damente registrada" (14) no incluyéndose dentro del mismo las diligencias previas o información reservada "ya que tal actividad de régimen interno carece de las exigencias mínimas predicables a un acto administrativo interruptorio" "porque otra cosa sería dejar al arbitrio de la Administración la concreción caprichosa del "dies a quo" (15) de la prescripción.

Al respecto sería deseable, además, que la apertura del procedimiento no determinase la interrupción indefinida de la prescripción sino que fueran los concretos trámites o fases que tienen lugar dentro del mismo los que lo hicieran, obligando a las autoridades administrativas y judiciales a "extremar al cuidado" (16) en su conducción.

(14) "Volviendo a comenzar el plazo si el expediente permaneciera paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al funcionario sujeto a procedimiento" (art. 20.2) RDFCE lo que significa que lo que fue una interrupción se transfera en suspensión, siendo computable el plazo anterior a la iniciación del procedimiento a efectos de la prescripción" BARRERA TRIVIÑO FDP, J.A., Tratado ... op. cit., pág. 999.

(15) STS 25 de Septiembre 1975, 24 Septiembre 1976, 15 de Octubre de 1979 (ar. 3452).
En contra de esa interpretación, STS, Sala 5, de 25 de Enero de 1965 al afirmar que el plazo de prescripción "se ha de contar desde que el hecho es conocido hasta que se inicie la instrucción del expediente, sino desde que lo conoce la autoridad llamada a sancionarlo hasta que se inicie el proceso investigador, en este caso las diligencias previas informativas que previene y ordena el citado artículo 1º.

(16) Tal como indica SNEY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., págs. 153 - 154 el art. 33 de la Ley Alemana de 19 de Febrero de 1967 sobre sanciones administrativas afirma:

1. Interrumpe la prescripción:

1) el primer interrogatorio del inculcado, la notificación de que se ha iniciado el procedimiento contra él, o la resolución en que se ordena dicho interrogatorio o notificación.

2) cualquier interrogatorio ante el juez del inculcado o un testimonio del mismo, o la resolución en que se ordena dicho interrogatorio.

3) el nombramiento de un jurado por la autoridad competente o por el juez, si anteriormente se ha efectuado el interrogatorio al inculcado o se le ha comunicado el inicio del procedimiento.

4) la orden de secuestro o de pesquisa de la autoridad administrativa competente o del juez, o las decisiones judiciales que confirman dichos órdenes.

5) la suspensión provisional del procedimiento, a causa de la actitud continua del inculcado, ordenada por la autoridad administrativa competente o por el juez, o cualquier resolución dictada por los mismos órganos después de la suspensión, en la que se ordena la constatación de la fechoría del inculcado o la obtención de las pruebas correspondientes.

4
Por último y dado que, según el art. 5.1 del CC, los plazos se computarán de fecha a fecha (17) ¿cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de las faltas continuas? ¿En qué momento se inicia la prescripción para los participantes o encubridores? Respecto al primer problema sería lógico esperar al último hecho (18). En lo referente al segundo, las dudas se reparten pudiéndose contar el mismo tiempo que para el autor o a partir del acto de participación o encubrimiento.

(17) .../...

- 6) la solicitud por la autoridad administrativa competente o por el juez de efectuar una pesquisa en el extranjero.
- 7) la audiencia a un organismo prescrita por la ley y ordenada por la autoridad administrativa antes de la conclusión de la fase instructora.
- 8) la renisión o la devolución de la causa del ministerio fiscal al juez en el sentido de los arts. 43 y 69.43.
- 9) la resolución administrativa sancionadora.
- 10) la presentación ante el juez de las actuaciones en el sentido del art. 69.4.2.
- 11) la fijación del debate contradictorio.
- 12) la indicación de la posibilidad de decidir sin debate contradictorio (art. 72.1.2).
- 13) la presentación de una instancia pública.
- 14) la apertura del debate.
- 15) la resolución penal sancionadora o cualquier otro acto equivalente a dicha resolución.

A causa de la imposición de consecuencias accesorias (Nebenfolge), también se interrumpe la prescripción del procedimiento instruido con ocasión de la realización del hecho punible.

2. La prescripción se interrumpe por una resolución desde que se le pone la firma. Si no se trata inmediatamente después, lo decisivo es el momento en que efectivamente recibe la transición correspondiente.

3. Después de cada interrupción, la prescripción comienza a computarse desde el principio. No obstante, la acción prescribe si en el momento indicado por el art. 31.3 ha transcurrido el doble del plazo legal de prescripción y, por tanto, no menos de dos años. A quien en el curso de un proceso penal se le imputa la comisión de un hecho que a la vez constituye infracción administrativa y penal, se aplica como plazo legal de prescripción el de la norma penal. El art. 32 no queda afectado por lo dispuesto en este apartado.

4. La interrupción produce efectos sólo en relación con el destinatario del procedimiento sancionador. En los supuestos previstos en el apartado primero, 1 a 7 y 13 a 15, la interrupción tiene lugar asimismo si el procedimiento se dirige a la represión de un hecho como infracción penal^o.

(17) *Y no contando los meses como de 30 días y los años de 365, como establecía el hoy derogado art. 7 del CC^o (STS 20 Octubre 1977).

(18) Una STS de 10 de abril de 1967 dice: "al imputársele al funcionario una falta continuada, que según la jurisprudencia del TS (Ss. de 24 de Marzo de 1941, 2 de Abril de 1956, etc.) supone una suma de actos del funcionario homogéneos, sistemáticos e intermitentes, que integran infracciones de la misma clase, constitutiva cada una de sí de una falta disciplinaria, pero unificadas jurídicamente por el común propósito del autor, las infracciones integrantes de la falta continuada son sólo la ejecución parcial de una falta única, por lo que al subsistir ésta en el momento de iniciar el expediente no puede extinguirse la excepción de prescripción^o."

III. PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES.

Dado que la LFCE no hacía mención alguna a la prescripción de las sanciones, el RDFCE ha debido llenar esa laguna normativa equiparando el plazo de estas al de las faltas disciplinarias (19). Al respecto, resulta curioso destacar que el CP prevé unos términos de prescripción más breves si el delito no ha sido juzgado que si la pena ya ha sido impuesta, (20) dato que no recoge, como hemos constatado, el derecho disciplinario de los funcionarios públicos (21).

Por otro lado, y en lo referente al tiempo a partir del cual comienza a correr la prescripción de la sanción existen discrepancias importantes. De ese modo, el RDFCE prevé su inicio "desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción" (22), dato no compartido por el RDFGC cuyo art. 15.3 proclama el día de la notificación como suceso a partir del cual comienza el plazo de prescripción.

A nuestro juicio ninguna de las normativas recoge de modo perspicaz, conjugando libertad y seguridad, el tema que abordamos, al no tener en cuenta, en el primer caso, las peculiaridades propias del derecho disciplinario y en el

(19) Art. 21.1 RDFCE. El anterior reglamento prevale el mismo plazo de prescripción para las sanciones (art. 26.1). Sin embargo, en Catalunya el RDFCE prevé para las sanciones impuestas por la comisión de faltas leves el plazo de 3 meses (art. 15.3).

(20) Tal como señala MIR PUIG, Derecho penal ... op. cit., pág. 702.

(21) Otra diferencia importante entre ambas normativas es el plazo de prescripción mucho más largo en las leyes de las previsiones recogidas en el art. 25.1 de la C.
En el mismo sentido, ver, GARCÍA de ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, Curso ... op. cit., II, pág. 169.

(22) "... o desde que se quebrantase el cumplimiento de la sanción si hubiere comenzado" (art. 21.2).

segundo, las previsiones jurisprudenciales sobre la ejecutividad de la sanción.

En efecto, el RDFCE reproduce los términos del anterior reglamento (23) que ha su vez transcribía y adaptaba lo previsto en el art. 116 del CP para la prescripción de las penas, (plazo que empieza a contar "desde la fecha de la sentencia firme") olvidando que el sistema de recursos judiciales y el principio de ejecutividad de los actos administrativos no hacen equiparables pena y sanción (24).

Lo mismo ocurre con el RDFGC que olvida la doctrina jurisprudencial que suspende la ejecutividad de las sanciones hasta que estas sean firmes en vía administrativa (25), acortando incorrectamente los plazos de prescripción.

A nuestro juicio, los reglamentos disciplinarios deberían regular el tema señalando como fecha a partir de la cual empieza a correr la prescripción "el momento en que la sanción sea ejecutiva", suspendiendo dicho plazo cuando los Tribunales suspendan, a su vez, la ejecutividad de la sanción.

(23) Art. 26.2 RDFCE 2000/69.

(24) Por cuanto una sanción puede estar ya cumplida aunque no sea firme en vía jurisdiccional o haber sido ya cumplida, dado el actual ritmo de los recursos contenciosos. Con esa regulación, por tanto, el plazo de prescripción previsto para las sanciones disciplinarias se vería alargado sin justificación alguna.

Dicho problema no se plantea en el proceso penal dado que los recursos ante el Tribunal Superior son a ambos efectos.

(25) Sobre el tema ver el Título II del presente trabajo.

**TITULO VII. LAS MEDIDAS CAUTELARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA
SUSPENSION PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO PUBLICO.**

I. PLANTEAMIENTO

Iniciado un procedimiento disciplinario o judicial podrán acordarse por la autoridad competente (1) "las medidas provisionales que estime oportunas con el fin de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer" (2) o en los casos "que la presunta gravedad de los hechos lo aconseje" (3), medidas consistentes en suspender de empleo al funcionario durante la tramitación del expediente, (4) trasladarlo a otro puesto de trabajo en la misma localidad (5) y, en ocasiones, también puede serle retirado una parte de su sueldo (6).

(1) En el procedimiento disciplinario se considera autoridad competente para acordar o levantar la suspensión preventiva del inculgado, aquella que ordenó su incoación (artículo 48 LFCE, artículo 33.1 RDFCE, artículo 150.2 TRML, artículo 116 RFAL).

(2) Artículo 38 del anterior RDFCE (Decreto 2088/69 de 16 de Agosto). En la actualidad, el artículo 116 RFAL justifica la adopción de esas medidas "cuando la permanencia del funcionario constituya obstáculo notorio para la instrucción del expediente".

(3) Artículo 116 RFAL.

(4) Artículos 47, 48 y 49 LFCE; artículo 24 RDFCE; artículo 19 RDFCE; artículo 22 Reglamento de Situaciones Administrativas; artículo 42 Ley 2/87 de 30 de Marzo de la Función Pública Canaria; artículos 116 RFAL y 150.2 TRML.

(5) Artículo 74.4 Ley de 23 de Junio de 1.985 de la Función Pública Catalana y artículo 19.1 de su reglamento que señala: "como medida de cautela, al iniciarse un expediente disciplinario por hechos directamente relacionados con el servicio, el funcionario puede ser trasladado a otro puesto de trabajo en la misma localidad".

(6) El art. 49.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de Febrero de 1.964 dice textualmente: "el suspenso provisional tendrá derecho a percibir en esta situación el 75% de su sueldo y la totalidad del complemento familiar". No obstante, la privación de una parte del sueldo está configurado de distinta forma en leyes funcionariales del Estado Español. Así, el Reglamento disciplinario 333/86, de 6 de Noviembre, de la Generalitat de Catalunya prohíbe expresamente dicha medida. La ley de la Comunidad de Navarra de 30 de Marzo de 1.983 recoge como medida cautelar, "la suspensión del sueldo inicial en su respectivo nivel, grado, premio por

Dada la necesaria existencia de esas medidas (7), en aras a la consecución de una indispensable y eficaz garantía para los intereses públicos que puedan resultar dañados, (8) y dada la gravedad que implican para el perjudicado en lo que de anticipación de la condena pueden suponer, nos debemos preguntar: ¿Cuándo una decisión de este tipo puede ser calificada de cautelar o provisional y cuándo constituye, por el contrario, una sanción encubierta? ¿A qué limitaciones y controles está sometida? Su adopción ¿Puede constituir una infracción de los derechos fundamentales del funcionario (9)? ¿Puede ser impugnada separadamente?

II. FUNDAMENTO, CARACTERES Y LIMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

Para que la decisión de suspender provisionalmente^{en función de} de empleo y sueldo o trasladarlo a otro puesto de trabajo en la misma localidad, constituya una medida cautelar y no una sanción encubierta, además de estar prevista en una Ley, (pues sino resulta, imposible decretarla) debe respetar los límites y características que nuestro ordenamiento

-
- (6) .../...
antigüedad y ayuda familiar", y la legislación de Castilla - la Mancha habla de retribuciones básicas y complemento familiar.
En el régimen disciplinario francés "l'ensemble de la rémunération continue lui être versée" (J. NICHEL de FURRES, Droit de la fonction publique. PUF 1.986, pág. 171).
- (7) En contra de su necesidad, LOPEZ FORT MADRUEZ J.F. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y el principio constitucional de presunción de inocencia (comentario a la Sentencia de 8 de Julio de 1.981) en REDA n.º. 33, 1.982 págs. 331.334.
- (8) GARDERX LLOMBESAT, La aplicación... op. cit., pág. 208.
- (9) Acerca de las consecuencias impuestas por el art. 24 de la CE en cuanto a la aplicación de esta medida ver RAFAEL EXTREMA CUESTA, Curso de..., Vol. 1/2. op. cit., pág. 333 y Vol. 1/1, pág. 257 con la bibliografía allí citada.

ha previsto para su adopción (10) sobre todo tras el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia, que como dijo el TC en Sentencia 108/84, de 26 de Abril (11) "es compatible con la adopción de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso".

Seguidamente vamos a analizar los requisitos que deben concurrir en una decisión para constituir, desde la vertiente del derecho disciplinario, una medida cautelar o provisional.

(10) Sobre el tema en la literatura procesalista hemos utilizado aquí, además de las citadas posteriormente, las siguientes obras básicas:

SIERRA-RAMOS, Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona 1.974, págs. 11 y ss.; RODRIGUEZ VALCARLOS, Medidas cautelares, RDProc. 1.947, pág. 239; BELSI, Medidas para asegurar la efectividad de la sentencia, RGLJ 1.953, II, pág. 309; GALLEDO DOMELL, El sistema de medidas cautelares en el derecho comparado, Madrid 1.956; TOME PAULE, Teoría general de las cauciones procesales, RPTC. 1.962, pág. 779; ROSAS RODRIGUEZ, Las medidas precautorias, 1.965; MENCE BUENADA, El proceso cautelar (Pronuncia), RDProc. 1.966 (4), pág. 111; FAJEN BULLEN, La reforma del proceso cautelar español, Temas del ordenamiento procesal, II, pág. 875. NIQUEL Y ALONSO, Notas sobre el proceso cautelar, RDProc. 1.966 (4), pág. 87; VARIOS, El sistema de medidas cautelares, Pamplona 1.974; FORT SIERRA, Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva, AAV/en "El sistema de medidas cautelares" Navarra 1974 pag 139

(11) RA 439/83. En parecidos términos SSTs de 30 de Mayo 1.985 y 25 de Enero 1.986.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia otorgan, a la suspensión de funciones, la naturaleza jurídica de medida cautelar o provisional. Al respecto ver:

NIQUEL DEZ, EDUARDO, "Suspensión provisional del funcionario "versus" presunción de inocencia "Última jurisprudencia". RAP n.º. 108. Septiembre-Diciembre 1.985, pág. 236-237.

J. FRANCISCO LÓPEZ - FORT SIERRA. "El régimen disciplinario de los Funcionarios Públicos y el principio constitucional de presunción de inocencia". REJA 33, pág. 334.

Asimismo, casi toda la jurisprudencia utiliza los términos de medidas cautelares, provisionales o preventivas. En ese sentido se manifiesta el Auto del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1.985 (Aranzadi n.º. 219).

Entre la doctrina francesa ver: ANNALE DE LA DOCTRINE FRANÇAISE DE DROIT ADMINISTRATIF, Tome II. Novena edición. LGD 1.984. Asimismo GAUCHET, YVES y ALBERT GERMET - DEJUMAT, "Ages Publicques. Régime Disciplinaire" JCA: Fascículo 183, 1.985, pág. 11 y ss.

.../...

1. Caracter instrumental respecto del procedimiento incoado.

Para que una decisión constituya una medida cautelar es necesario que su adopción sea imprescindible para conseguir el rápido y correcto fin del procedimiento principal, (12) de ahí que se predique su carácter instrumental respecto del procedimiento incoado (13).

Concretamente dicho acuerdo, en el procedimiento disciplinario, (14) vendría justificado por dos tipos de argumentos:

1) La necesidad de evitar que la continuación del funcionario en su puesto de trabajo pueda perturbar la normalidad del servicio público o perjudicar la instrucción del expediente en el cual se está depurando su presunta responsabilidad (15).

2) La gravedad de los hechos perseguidos (16).

Por tanto, para que la decisión de suspender provisionalmente al funcionario público, reducirle una parte

(12) "Su justificación en el derecho procesal civil, va desde el temor a la insolvencia, en caso de que se trate de un proceso contra un deudor, a la molestia que puede producir al deudante la continuación del estado actual hasta que recaiga en fallo ejecutorio". (PIETRO CASTRO, Derecho Procesal Civil y Penal, Vol. I, pág. 367).

(13) Ahora bien, entre la literatura procesalista existe una corriente que destaca la autonomía de la medida cautelar fruto de la llamada "justicia preventiva" (FONT SERNA, Las medidas... op. cit., pág. 139 y ss.)

Frente a ella, otros autores acentúan el dato de la instrumentalidad, dándole una visión mucho más restrictiva. (SERNA-RAMOS, Las medidas... op. cit. pág. 15 y ss) R.A. FERNANDEZ, Derecho Procesal Civil, III, Barcelona 1.986 pág. 334).

(14) El Tribunal Supremo en Auto de 15 de Enero 1.985 ha reconocido que "la suspensión preventiva de sueldo, conda al procedimiento disciplinario sancionador de los funcionarios públicos, tiene un carácter instrumental y cautelar respecto al procedimiento iniciado".

(15) STS, 3 de Febrero 1.987 (ar. 477).

(16) Artículos 116 RFAL, 424 LOPJ y SSTs de 23 de Julio 1.984 y 2 de Febrero 1.985.

de su sueldo o cambiarle de residencia constituya una medida cautelar, debe estar fundamentada en una de esas dos motivaciones (17), siempre respetando, como hemos dicho, el principio de proporcionalidad.

2. Precariedad y provisionalidad. La influencia de los derechos fundamentales en cuanto al tiempo de suspensión.

La adopción de una medida cautelar coloca al expedientado en una situación que de no tratarse el procedimiento principal en un período de tiempo prudente y rápido, carecerían de todo sentido (18) circunstancia que obliga a establecer unos plazos, transcurridos los cuales la suspensión debe levantarse (19).

Así, el artículo 49.2 LFCE dispone que el tiempo de suspensión provisional como consecuencia de expediente disciplinario no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado, (20) previsiones que rigen igualmente para los funcionarios de la Administración local (21) y que han sido reproducidas

(17) 0 en las dos.

(18) STS de 28 de Abril 1.986.

(19) Esta característica es contemplada por la doctrina procesalista para identificar las medidas cautelares. Al respecto ver, JESUS SAEZ JIMENEZ y EPIFANIO LOPEZ-FERNANDEZ DE GANDIA, "Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal". Ed. Santillana. Vol. II, Madrid 1.986, pág. 108. Entre la doctrina procesalista italiana destaca FOLLIERI, "Giudizio Cautelare Amministrativo e Interesse tutelati". Milán 1.981, pág. 73.

(20) De igual modo, el artículo 22.3 del Reglamento de Situaciones Administrativas (RD 730/86 de 11 de Abril) afirma: "La suspensión provisional como consecuencia del expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado". En parecidos términos se pronuncia el art. 48 del mismo cuerpo legal y el art. 33.2 RRFCE.

(21) Pues, a pesar de la falta de regulación expresa, la STS, Sala 3, de 3 de Febrero 1.987 señala: "las distintas normas que convergen para regular la función pública en la Administración Local, unas aplicables directamente por ser las propias de esta esfera y otras con misión integradora,

por la legislación autonómica (22).

Dicha característica, común a todas las medidas cautelares y compartida con alguna peculiaridad en el derecho comparado (pues generalmente se preve el plazo máximo de cuatro meses) (23), constituye a la vez un límite

(21) .../...

utilizables supletoriamente en defecto de aquellas, coinciden todas en autorizar explícitamente la adopción de la suspensión provisional como medida precautoria en los expedientes disciplinarios. Así lo establecen el texto articulado parcial de 1.977 (RD 63 de 6 de Octubre) en su art. 54, el Texto Refundido vigente (RD legislativo 781/86 de 18 de Abril) en su art. 150 y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico actual (RD 2568/86 de 28 de Noviembre), con carácter genérico, según su art. 164.

Ahora bien, las normas reseñadas no contienen limitación temporal alguna de dicha medida cautelar. En tal supuesto, hay que acceder a los mecanismos de integración más arriba aludidos. Es tradicional que la legislación reguladora de la Administración del Estado cuente una misma supletoria, complementaria en su caso, del ordenamiento específico de la Administración Local. Como signo de reflejo de esta técnica, el art. 140 del Texto Refundido 781/86, contiene un reenvío explícito a "la normativa básica estatal" y a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. En este aspecto coinciden el texto articulado anterior (Decreto 315/64 de 7 de Febrero) y el actual reglamento de situaciones administrativas (RD 730/84 de 11 de Abril) al advertir que la suspensión provisional como consecuencia de expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado" (art. 48 y 22 respectivamente).

(22) Artículo 19.2 RDFBC. Al respecto, la Ley 2/87, de 30 de Marzo de la Función Pública de Canarias (DOC 40 de 30 de Abril de 1.987) en su art. 43.3 dice: "el tiempo de suspensión provisional como consecuencia del expediente disciplinario, no podrá exceder de 6 meses, salvo en el caso de paralización del procedimiento imputado al interesado. La concurrencia de esta circunstancia, que deberá de ser declarada por resolución del instructor, determinará la pérdida de toda retribución, hasta que el expediente sea resuelto".

En parecidos términos se pronuncian distintas normas disciplinarias (por ej. artículo 425 LCPJ, 37.3 RCD ARAJ, art. 102 RD 429/86 de 29 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales).

(23) Así se manifiesta, en derecho comunitario, el Estatuto General de la Función Pública aprobado por el Reglamento de la CEE núm. 1473/ 72 del Consejo de Ministros de 30 de Junio de 1.973 (JOCE núm. L 160/14 de Junio de 1.972), que en su art. 86 párrafo tercero afirma: "la duración máxima de la medida cautelar será de 4 meses transcurridos los cuales el funcionario volverá a cobrar la integridad de su sueldo.

En el mismo sentido el "Statut Général des Fonctionnaires" franceses de 1.946, en su art. 30, afirma: "la suspensión no puede durar más de 4 meses a menos que el funcionario haya sido objeto de un procedimiento penal.

Cuando el plazo expire, el funcionario obligatoriamente debe volver a desempeñar sus funciones". Debemos tener en cuenta que el Statut Général de la Fonction Publique ha sido modificado en los años 83/84 y como principales variaciones impone el nacimiento del trato y los complementos familiares y de residencia durante los 4 meses que dura la suspensión. .../...

y una garantía jurídica de que el funcionario objeto de suspensión provisional lo será en un plazo razonable de tiempo. Si el mismo es sobrepasado, la "provisionalidad" desaparece y, en consecuencia, desaparece también la justificación última de su adopción que no es otra ni puede ser otra que el deseo de celeridad y rapidez en la instrucción y desarrollo del expediente, lo que conlleva la obligación de levantar la suspensión provisional de forma automática cuando se haya cumplido el plazo máximo establecido.

Además, esas previsiones legales, ya de por sí claras y elocuentes, se han visto reforzadas con la influencia y proyección de diversos derechos fundamentales

(23) .../...

Esa diferencia de tiempo tiene su origen en el plazo establecido por el desarrollo del procedimiento administrativo general por el artículo 61 LPA, tal y como afirma entre otras, la STS de 23 de Julio de 1.984 (Ar. 4.256).

Al respecto, la Resolución de la Dirección general de Administración Local de 26 de octubre de 1.957 (BOE de 3A de octubre), sobre Tramitación de Expedientes Disciplinarios, establece en su apartado 2:

"La suspensión preventiva del inculpaado, que puede ser acordada simultáneamente a la orden de incoación del expediente, o en el curso de éste a propuesta del Juez instructor, es medida precautoria y de excepción, por lo que sólo excepcionalmente debe ser adoptada.

Fuera de aquellos casos en que los hechos imputables se ofrezcan con caracteres verdaderamente graves o de aquellos otros en que la permanencia del funcionario constituya un obstáculo real y notorio para la instrucción del expediente, que son los únicos en los que el Reglamento autoriza la suspensión administrativa previa, el inculpaado debe proseguir normalmente en el ejercicio de sus funciones, durante la sustanciación del procedimiento.

Cuando, pese a lo restringido de las causas, la medida resulte procedente, es preciso que se decreta en forma motivada, es decir, expresándose las razones y fundamentos de la resolución".

Y en su apartado 4, párrafos 2o. y 5o.:

"Los expedientes deberán quedar concluidos, con la formulación de la propuesta de Juez instructor y su notificación al inculpaado, en el plazo de dos meses. En casos muy justificados y a petición razonada del instructor, el órgano que ordenó la incoación podrá prorrogar este plazo por una sola vez y por un tiempo máximo también de dos meses, dando cuenta al expedientado de la concesión de prórroga.

Transcurrido el plazo normal o prorrogado para la instrucción sin que ésta se halle ultimada, el funcionario inculpaado podrá dirigir escrito al Gobernador Civil de la provincia exponiendo el retraso y las circunstancias que en él concurran. Este escrito se cursará para su informe al Juez instructor, y si se comprobara que la demora no se halla debidamente justificada, el Gobernador Civil adoptará las medidas conducentes a la sanción de la negligencia y a la impulsación y rápida terminación de período de instrucción."

constitucionalmente reconocidos entre los que brilla con luz propia la presunción de inocencia (24).

Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria considera -a nuestro juicio con buen tino- que la vigencia de los artículos 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva), 23.2 (derecho al cargo) y 24.2 (presunción de inocencia) no entran necesariamente en conflicto con la adopción de la medidas analizadas (25) siempre que estas no se adopten de forma inmotivada (26) y genérica y, sobre todo, sin sujeción a plazo alguno ("sine die") pues en estos casos constituyen una sanción anticipada, que si los infringiría (27).

(24) Sobre el tema ver MINQUEZ BENÍ, E. Suspensión provisional del funcionario, ver su presunción de inocencia: última jurisprudencia, *RAP* n.º 108/1.985, págs. 235-253; LÓPEZ-FONT MARQUEZ J.F., El régimen... op. cit., págs. 331-334; LÓPEZ RAMON F, Límites Constitucionales de la autotutela administrativa, *RAP* 113/1.988 págs. 80-82; GARDERÍ LLIBREGAT, La aplicación... op. cit págs. 208-209.

(25) En contra LÓPEZ - FONT MARQUEZ, J.F. El régimen ... op cit., pág. 334.

(26) El requisito de la motivación ha sido puesto de relieve por el TC en Sentencia 108/84, de 26 de Abril, y por el TS en sentencias de 23 de Julio 1984, 23 de Febrero 1987 y 22 de Abril de 1985. La STS de 26 de Junio de 1984 exige, al respecto, que la adopción del acuerdo "sea de forma motivada, siempre que la presunta gravedad de los hechos lo aconseje o cuando la permanencia en el cargo constituya un obstáculo notorio para instrucción del expediente, circunstancias omitidas en el decreto por el que se suspendía preventivamente de empleo y sueldo al recurrente, que se limita a decir que se acuerda de la suspensión del actor y apelante por la presunta gravedad de los hechos imputados, esta es, transcribiendo el precepto que autoriza la suspensión, pero sin que ello pueda aceptarse como "resolución motivada".

(27) Por lo que se refiere al artículo 24.1 CE de la Constitución, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1985 (Aranzadi 1827) señala: "Considerando: Que en lo atinente al art. 24.1 de la Constitución, que impone el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien está referido literalmente a lo que dispensan los Jueces y Tribunales, ciertamente esta tutela puede verse gravemente comprometida tal y como se deduce de la circunstancia de haberse hecho ejecutiva esa medida cautelar provisional de suspensión de empleo y sueldo, en la parte que se indicó anteriormente, sosteniendo y permaneciendo en esta situación al funcionario más allá de lo dispuesto en las leyes, sin justificación ni explicación ilustrativa de la Resolución que así lo dispone, como si de sanción definitiva y firme se tratara, lo que conlleva una clara vulneración del artículo 24.1 de la Constitución".

En parecidos términos STS de 23 de Julio 1984.

Referente a los artículos 23.2 y 24.2 la STS de 1 de Abril 1985 dice: "aunque se trate de una suspensión de tipo provisional y preventivo, es decir, simple acto de trámite, aunque sea

Por último, un único reproche se nos ocurre respecto al plazo máximo de 6 meses de suspensión previsto legalmente. El mismo tiene su origen en la duración recogida por el artículo 61 LPA para el procedimiento administrativo general pero carece de sentido en nuestro ámbito, pues el cómputo total de trámites y actuaciones en el procedimiento disciplinario no supera los cuatro meses (28). Dicha circunstancia, haría recomendable adoptar el mencionado plazo, por lo demás, normalmente en el derecho comparado (29).

(27) .../...

temporalmente privó al funcionario expedientado del título de sus funciones, lo que no sólo infringe el art. 23,2 sino, también en el n.º 2 del art. 24, al sancionar anticipadamente a quien no había sido objeto de sanción disciplinaria alguna dichas medidas ... deben adoptarse sólo excepcionalmente, no con carácter generalizado e inseparable a todo expediente disciplinario, máxime sine die, con lo que viola también el art. 24 de la Constitución de obtener una tutela efectiva de los Tribunales, sino de otorgarse este procedimiento suario contra un acuerdo de trámite tan transcendente y también la presunción del derecho a estimar la inocencia protegido por el n.º 2 del indicado art. 24, sancionado con tal medida, anticipadamente, a quien no ha sido objeto de sanción disciplinaria, atribuyendo de esta forma indirecta los actos de la Administración, una prerrogativa superior a la que se exige para poder ejecutar una resolución judicial, por lo que resalta la exigencia que tal medida provisional no puede ser nunca arbitraria y discrecional, al incidir tan directamente en los derechos del art. 24 de la Constitución Española ...".

En parecidos términos se manifiestan las SSTs, de 23 de Julio de 1984 (Aranzadi 4229), y de 10 de Noviembre de 1984, aunque aquí se afirma que el quebranto del deber de residencia, si se hace con intención, no puede ser tenido en cuenta para contar la caducidad de los plazos de la medida adoptada.

(28) Sobre el tema ver Título VIII, Capítulo V, del presente trabajo.

(29) Ver nota 23 del presente Título.

Al respecto, consideramos carente de sentido la disparidad de plazos pues si el procedimiento disciplinario puede alargarse hasta un máximo de 4 meses ¿Por qué razón el funcionario puede estar suspendido provisionalmente durante 6 meses?

3. Dependencia del procedimiento principal.

Otra característica inseparable a las medidas cautelares es su dependencia del proceso principal (29). En el concreto ámbito analizado, dicha dependencia implica tres consecuencias importantes:

a) La suspensión provisional del funcionario debe adoptarse una vez incoado el correspondiente procedimiento disciplinario, no antes.

b) Las medidas cautelares únicamente pueden acordarse cuando existen indicios racionales manifiestos de la comisión de una infracción que dió lugar a la incoación del expediente disciplinario (30). Es el llamado "Fumus Boni Iuris" (humo o apariencia de buen derecho). En definitiva, se exige que el derecho pretendido parezca como probable.

Ahora bien, resulta ocioso resaltar lo delicado del asunto. El acuerdo de suspender provisionalmente al funcionario no podrá nunca prejuzgar la resolución sobre el fondo. Por tanto, sólo si en alguna fase del procedimiento se obtienen datos o pruebas sobre la participación del expedientado en los hechos perseguidos, el órgano competente podrá decidir su suspensión provisional (31).

(29) En este sentido, CALVOZA, "La tutela cautelar", Torino 1.953, pág. 100. GALLEGO MORRELL, "El sistema de medidas cautelares en el derecho comparado", Madrid 1.956, pág. 88.

(30) Entre otras, SSTs de 15 de Agosto de 1.985 (Aranzadi 1.971), STS de 3 de Febrero de 1.987, STS de 22 de Abril de 1.985 (Aranzadi 1.927) y ATS de 15 de Enero de 1.985. Del mismo modo se proocencia, en el proceso civil, MONTESANO, "Il provvedimento di urgenza nel processo civile". Napoli, Jovene 1.953, pág. 210. Asimismo, ver artículo 424 LOPJ.

(31) Por ello, el artículo 127 RFM permite la suspensión provisional b) "durante la instrucción del expediente...".

c) Además, como ya se señaló, debe existir un peligro de retraso en la sustanciación del procedimiento, lo que la doctrina civilista ha denominado un "periculum in mora" (32).

Así pues, esta tercera característica va íntimamente unida a la necesaria instrumentalidad que poseen ese tipo de medidas. Sin embargo, se diferencia de ella al poner el acento en la probabilidad de que el funcionario expedientado haya cometido los hechos que se le imputan, con independencia de su gravedad (33).

En definitiva y como conclusión puede afirmarse que la suspensión del funcionario durante la sustanciación del procedimiento administrativo constituye una medida perfectamente compatible con los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos siempre que se respeten los requisitos aludidos; en otro caso, la cautela podría tener el carácter de una sanción encubierta, circunstancia absolutamente proscrita en un Estado como el nuestro, social, democrático y de Derecho (34).

(32) CALERWIDNAI, "Introduzione Allo studio Sistematico Dei Provvedimenti Cautelari", Padova 1.936, pág. 20.

En palabras de MIGUEL ANIBEL FERNANDEZ es necesario "que exista un riesgo real de que, mientras se sustancia el proceso...", el expedientado "pueda intentar maniobras fraudulentas que pongan en peligro o hagan imposible una futura ejecución". (Derecho procesal..., pág. 346).

Por ello, la doctrina procesalista añade otra característica que va unida a las medidas cautelares y es la sorpresa en su adopción (FELLIERI, Judizio Cautelare, op. cit., pág. 196. CALVOGA, "In tema di provvedimenti cautelari Generali", en Rivista del Diritto Processuale 1.949 II. Pág. 210 y ss. Del mismo modo, MONTESANO, I Provvedimenti di Urgenza nel Processo Civile, Napoli, Jovene, 1.953. pág. 231) dato que no es posible trasladar al procedimiento disciplinario pues, por ejemplo, la LOPJ para su adopción impone, en el artículo 424 la previa "Audición al Ministerio Fiscal y al interesado".

(33) Al respecto el artículo 424 de la LOPJ dice: Solo podrá acordarse (la suspensión provisional) cuando aparezcan indicios racionales de la comisión de una falta muy grave.

(34) Tal como afirma GARDERÍ LOUREGAT, La aplicación..., op. cit., pág. 209, citando en apoyo de su tesis el Auto del TC de 3 de Diciembre de 1.966.

Esta solución es la que, quizás, conjuga mejor el interés público que persigue el rápido y eficaz desarrollo del procedimiento disciplinario y los intereses particulares del funcionario, el cual, obviamente, no puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en un procedimiento con todas las garantías.

III. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO SOMETIDO A PROCESAMIENTO JUDICIAL.

Si hasta ahora habíamos contemplado el supuesto de la suspensión provisional del funcionario público por habersele incoado un expediente disciplinario, en las siguientes páginas analizaremos los límites, motivaciones y circunstancias que rodean la suspensión del funcionario sometido a un procesamiento judicial.

El art. 48 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, punto de partida de nuestro estudio, establece que "la suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación del procedimiento judicial o disciplinario que se instruya al funcionario (35).

Hasta el momento, la normativa reguladora sobre el tema se regía por el Decreto de 23 de Diciembre del 57, sobre situaciones de los funcionarios procesados por los Tribunales (36). En el mismo y como principales características se recogían las siguientes:

(35) Del mismo año se pronuncia el art. 74 de la Ley Catalana de la Función Pública, de 23 de Julio de 1.965.

(36) Decreto de 23 de Diciembre de 1.957 (R.O.E. de 6 de Enero de 1.958) que establece: art. 1 los Ministerios Civiles y las Corporaciones Locales, tan pronto tengan conocimiento de que alguno de sus funcionarios ha sido procesado por actos ajenos al servicio o coetido en forma culposa,

- a) La suspensión provisional podía ser decretada por el juez o por las autoridades.
- b) Si el procesamiento era por la comisión de actos ajenos al servicio o cometidos en forma culposa, la suspensión era potestativa. Por contra, la suspensión era preceptiva cuando el procesamiento se debía a supuestos de hecho dolosos relacionados con el servicio.
- c) No existía límite en cuanto al tiempo de duración de la suspensión. Si la Administración adoptaba la medida, la suspensión duraba hasta que no hubiera sentencia firme en vía jurisdiccional. Si era la autoridad judicial, su prolongación era de carácter potestativo y discrecional.
- d) Al funcionario suspenso administrativamente se le retenía la séptima parte de su sueldo y seguía sujeto al deber de residencia. Al mismo tiempo, se le suspendía de empleo.

Con la aprobación de RDFCE de 1.969 surgió la duda de si parte de esa regulación se encontraba derogada, sobre todo en virtud^{de} su artículo 38.2 que sostenía: "No se pueden

(34) .../...

podrá suspender en su empleo sino lo hubiera hecho ya el Tribunal competente y atendido las circunstancias del caso. La suspensión será preceptiva cuando el procesamiento se deba a supuestos de hechos dolosos relacionados con el servicio.

- Art. 2 - al suspenso administrativo como consecuencia del procesamiento se le retendrá la séptima parte de su sueldo y seguirá sujeto al deber de residencia. Mientras queirantara esto o se hallara en inquerado paradero, no se acreditará haber alguno.

- Art. 3 - Si el proceso terminara sin declaración de responsabilidad para el funcionario, este tendrá derecho alas diferencias de sueldo dejado de percibir.

- Art. 4 - El tiempo de suspensión preventiva será computado a todos los efectos, salvo que la resolución judicial que recaiga implique la privación del cargo.

- Art. 5 - Se exceptúa de lo dispuesto en los artículos anteriores el personal dependiente del Ministerio de Justicia, que seguirá sometido a sus disposiciones específicas.

- Disposición final. Quedan derogados cuantas disposiciones sobre funcionarios civiles, con carácter general o relativo a cuerpos determinados, se opongan a lo establecido en este decreto.

dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o que implique violación de los derechos amparados por las leyes”.

Con posterioridad, el reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia junto con la necesaria cobertura legal de las normas que regulen o incidan en los derechos fundamentales (37) parecían reforzar las anteriores consideraciones, sobre todo teniendo en cuenta que del auto de procesamiento se derivaba, de forma inexcusable y sin límite temporal alguno, la suspensión del funcionario. Sin embargo, esos datos no fueron suficientes para que la jurisprudencia, de forma unánime, considerase derogadas dichas previsiones (38) por lo que hubo de ser el RDFCE de 1.986 quien expresamente efectuará esa declaración.

(37) Así EDUARDO HINQUEZ BEXI, *Suspensión... op. cit.*, pág. 249 consideró igualmente de dudosa legalidad, "al menos por su rango", el citado decreto.

(38) Así la STS, Sala Tercera, de 30 de Mayo de 1.985 (ar. 2.623) señaló, ante la alegación del recurrente sosteniendo que se había infringido, con la adopción preceptiva de la suspensión provisional, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, que "al haberse acordado la suspensión conforme a lo dispuesto en el art. 1 del decreto de 23 de Diciembre de 1.957, que lo impone con carácter reglado para los funcionarios presuntamente responsables de delitos dolosos, por indicios racionales de criminalidad suficientes para decretar el procesamiento de los mismos, es evidente que la medida precautoria no viola los derechos fundamentales invocados, por cuanto que, además, la norma aplicada cabe entenderla no derogada por la disposición derogatoria del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado por las propias razones expuestas por el Tribunal, consistentes en esencia, en que lo dispuesto en el decreto citado no entra en la medida disciplinaria, sino en ejecución de lo ordenado por esta disposición y que pudiera haber sido acordado por el juez directamente, en sustitución de cuyo acuerdo actúa la Administración". Por contra, la misma Sala Tercera del TS, en sentencia de 1 de Abril de 1.985, afirmó que "la suspensión preventiva o precautoria debe adoptarse sólo excepcionalmente y con carácter generalizado e inseparable a todo expediente disciplinario, *admixto sine die*". Otras resoluciones entre ellas la del 23 de Julio del 85, Sal 3a., de la Audiencia Territorial de Barcelona, (Ponente Juan F. Murcujada) consideraba la necesidad de interpretar el decreto de 23 de Diciembre de acuerdo con los principios constitucionales. Así, ante la imputación del delito de abusos deshonestos en la persona de un oligofrénico a un funcionario, se consideró conforme a derecho la adopción de la medida cautelar de suspensión aunque añadiendo: "El decreto de 23 de diciembre de 1.957 faculta para acordar la suspensión provisional del funcionario procesado mientras no se resuelva el procedimiento criminal".

La nueva normativa recoge las siguientes notas principales:

- a.- La orden de suspensión puede ser dictada por el juez o por la autoridad administrativa competente.
- b.- Flexibiliza la regla de la suspensión preceptiva en caso de procesamiento.

Así, el art. 24 del Reglamento Disciplinario (39) no distingue entre procesamiento por delitos dolosos relacionados con el servicio (en los que la suspensión se consideraba preceptiva) y delitos culposos (para los que la suspensión tenía carácter potestativo). En la actualidad, cualquiera que sea la causa del procesamiento "el subsecretario del departamento podrá acordar como medida preventiva la suspensión provisional" sino ha sido dictada antes por la autoridad judicial.

En consecuencia, es evidente que la regla de la suspensión obligatoria ha quedado superada.

- c.- La duración de la medida cautelar de suspensión provisional puede prolongarse durante todo el procesamiento.

En efecto, como sabemos, en el régimen general, la suspensión provisional del funcionario debe durar como máximo 6 meses. Por el contrario, en caso de procesamiento,

(39) Art. 24 del ROPCE 36/86 de 10 de Enero "el subsecretario del departamento podrá acordar como medida preventiva la suspensión provisional de los funcionarios sometidos a procesamiento, cualquiera que sea la causa del mismo, si esta medida no ha sido adoptada por la autoridad judicial que dictó el auto de procesamiento.

Esta suspensión cuando sea declarada por la autoridad administrativa, se regulará por lo dispuesto en los arts. 47, 48 y 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, y podrá prolongarse durante todo el procesamiento".

puede superar el término señalado alargándose incluso durante^{todo} el proceso judicial hasta que recaiga sentencia (40) circunstancia no compartida por el Derecho francés, que la limita a cuatro meses (41).

d.- El contenido de la suspensión provisional, en caso de procesamiento, será idéntico al régimen ordinario.

En efecto, si la suspensión ha sido adoptada por haber recaído auto de procesamiento contra el funcionario en cuestión, el contenido de la medida precautoria consistirá en la suspensión provisional de empleo y la retención del 25% de su sueldo siempre y cuando no sea declarado en rebeldía (42).

e.- Cuando el procesamiento del funcionario sea debido a la presunta comisión de hechos constitutivos de delito contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes y los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

(40) Art. 24 párrafo segundo del RDFCE.

(41) En efecto, el Statut des Fonctionnaires de 1.983-1.984 establece que el funcionario objeto de un procedimiento penal, podrá quedar en suspensión provisional por una duración no superior a los cuatro meses, reduciéndosele la mitad de su sueldo. No obstante, podrá seguir percibiendo la totalidad del suplemento por cargas familiares (Estatuto General título I, art. 30). Las mismas reglas se aplican a los funcionarios detenidos provisionalmente, que mantienen su derecho al sueldo cuando la suspensión provisional supere los cuatro meses (arrêt du Conseil d'Etat de 13 de Noviembre de 1.981 "Comedonilles", levont. pág. 410; A.J.D.A. Febrero de 1.982 pág. 79). Sobre la posible renovación de la suspensión ver G. LIET-DEANI "Le renouvellement des suspensions temporaires". Revue Administrative 1.958, pág. 490.

(42) El art. 49.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado al que se refiere el apartado 2o. del art. 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios Civiles del Estado establece que "el suspendido provisional tendrá derecho a percibir en esa situación el 75% de su sueldo y la totalidad del complemento familiar. No se le acredita haber alguno en caso de incomparecencia o declaración de rebeldía". Como dijimos, con anterior regulación, al funcionario se le retenía una séptima parte de su sueldo.

tipificados en los títulos 2 y 7 del libro 2o. del Código Penal, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario en tanto no exista resolución judicial (43).

Hasta la normativa anterior, el procesamiento de un funcionario por la presunta comisión de delitos dolosos conllevaba necesariamente la incoación del expediente disciplinario y la suspensión provisional de empleo y sueldo.

Además y paralelamente, podían seguirse dos procedimientos, uno en vía penal y otro en vía administrativa, con el indubitado peligro de que la resolución definitiva de ambos fuera diferente e incluso contradictoria.

Tras el reconocimiento a nivel constitucional del principio "non bis in idem" en su vertiente procesal (44), se impone la subordinación de la actividad administrativa a la jurisdicción penal (45) circunstancia que conlleva, en todo caso y no sólo en los supuestos citados, la paralización del procedimiento disciplinario hasta que no se haya pronunciado el juez penal, por lo que resulta a nuestro juicio y como dijimos (46), inconstitucional el párrafo 1 del artículo 23 del RDFCE cuando permite, tras la comunicación de los hechos presuntamente delictivos (47) al

(43) Artículo 23.2 RDFCE.

(44) Sobre el tema ver Título III, Capítulo V del presente trabajo.

(45) STC 77/83, de 3 de Octubre.

(46) Título III, Capítulo V, 2 del presente trabajo.

(47) Este párrafo 1 del artículo 23 se está refiriendo a los hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta penal no específicos de funcionarios.

Ministerio Fiscal, "la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera" reproduciendo la ya constitucionalmente derogada doctrina de las dos verdades según la cual lo que era verdad para la jurisdicción podría no serlo para la Administración o viceversa (48).

f.- Aplicación supletoria de la normativa Estatal al resto de Administraciones Públicas.

El artículo 3 del RDFCE declara expresamente su carácter supletorio "para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación", por lo que si existe regulación específica en la materia esta prevalecerá (49).

En definitiva y a modo de conclusión es evidente que la actual normativa se adapta mejor a los mandatos constitucionales. Al respecto, el carácter potestativo de la suspensión tras el auto de procesamiento (50) es una previsión que conjuga de forma correcta y perspicaz el

(48) GARCIA DE ENTERRIA - TR FERNANDEZ, *CURSUS JURIS*, 1964, 172. En el presente supuesto el relato fáctico puede ser verdad para un órgano del Estado y no haber existido para el otro o bien el funcionario puede haber participado en el mismo o puede no haberlo hecho.

(49) Por ejemplo, en cuanto al contenido de la suspensión provisional, el Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración de la Generalitat de Catalunya declara expresamente que no les será retirada a los funcionarios sometidos a dicha medida contable la parte de su sueldo. En este caso no serán de aplicación los arts. 47, 48 y 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado que reduce en un 25% las percepciones durante esa situación.

(50) No obstante, todavía hoy en nuestro ordenamiento jurídico, perviven normas sectoriales que contemplan con carácter reglado e imperativo la suspensión provisional del funcionario público. Claro exponente de lo firmado es el Reglamento de Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de Febrero de 1.954 (B.O.E. de 15 de Marzo), en su artículo 4.4, párrafo 2 señala, "el procesamiento de un funcionario llevará aparejada su inmediata suspensión de empleo y medio sueldo en el caso de que el hecho delictivo objeto de la causa criminal lo haga desmoronar en el concepto pública o sea incompatible con la prestación de los servicios de prisiones, a cuyo efecto se instruirá el oportuno expediente si no estuviera ya incoado".

derecho fundamental a la presunción de inocencia que posee todo funcionario y el interés público, que puede reclamar, ante la gravedad de los hechos imputados, la suspensión provisional de ese mismo servidor.

No obstante, junto a ese dato perviven otros que sería deseable modificar, entre ellos la posibilidad de continuar el procedimiento disciplinario de forma independiente al proceso penal o la ausencia del límite temporal de suspensión pues, al ir ligada a la duración del procesamiento y teniendo en cuenta la lentitud actual de los procesos penales, se puede convertir en una medida con consecuencias irreparables y definitivas.

IV. LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA COMO ACTO DE TRÁMITE Y SU POSIBLE IMPUGNACIÓN AUTÓNOMA.

Tradicionalmente, al estudiar las clases de actos administrativos se hace la distinción entre acto definitivo o resolutorio y acto de trámite (51). El primero es aquel que culmina el procedimiento administrativo a través del cual la Administración manifiesta su voluntad, juicio, conocimiento o deseo. Constituye, por tanto, la resolución final que decide el fondo del asunto (52).

Los actos de trámite, por el contrario, son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posible (53).

(51) Sobre el tema ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, Curso... op. cit., págs. 333 y ss. y bibliografía allí citada; GARRIDO FALLA, Tratado... op. cit., I pág. 406; ENTERRÍA CUESTA, Curso... op. cit., Vol. I/1 págs. 192 y ss.; El acto administrativo complejo en la esfera local REV. adm. 95.

(52) Artículo 45 RDFCE.

(53) Como en ocasiones la Administración, en los actos trámite, puede hacer declaraciones de juicio (informes) de deseo (propuestas) de conocimiento (constataciones, certificaciones). GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, Curso... op. cit., pág. 334 concluyen rechazando que la distinción

La consecuencia más importante de esa clasificación radica en el régimen de los recursos pues, en principio, sólo los actos definitivos son susceptibles de impugnación separada e independiente, tanto en vía administrativa como contencioso administrativa.

Dicha posibilidad de impugnación separada es en cambio excepcional, en lo que a los actos de trámite se refiere, circunscribiéndose a aquellos que imposibiliten la continuación del procedimiento o produzca indefensión (54) ya que, en estos casos, bajo la apariencia de meros actos procedimentales, no resolutorios del fondo de la asunto, de hecho vienen a decidirlo (55).

En consecuencia, y tradicionalmente el acto de suspensión provisional, al constituir un acto trámite o de procedimiento, era insusceptible de impugnación autónoma, debiendo esperar a la resolución definitiva del procedimiento disciplinario (56).

Sobre esta situación incidió de forma favorable la promulgación de la Ley 62/78, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (57)

(53) .../...

entre uno y otro acto se basa en que los definitivos sean declaraciones de voluntad con efectos exteriores, en tanto que los segundos no sean ni una cosa ni otra; En contra GARRIDO FALLA, Tratado... op. cit., I pág. 406.

(54) Art. 113 LPA y 37 LJCA. Asimismo ver J.A. SANTAMARÍA - LUCIANO PAREJO, Derecho administrativo ... op. cit., pág. 246.

(55) GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 354.

(56) STS de 30 de Junio de 1.954 y 28 de Enero de 1.955.

(57) Sobre todo y por lo que aquí respecta su artículo 6 que permite la impugnación "de los actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo que afecten a los derechos fundamentales de la persona...".

y la redacción del artículo 40 de la LOTC que permite la interposición del recurso de amparo contra la violación de los derechos fundamentales originados "por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes" (58).

El camino estaba abierto para admitir la impugnación de la medida cautelar de suspensión, cuando pudiera afectar a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, supliendo, de ese modo, una carencia en el derecho español (59) sin paragón en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (60). Así y a partir de una "luminosa" STS de B de

(57) .../...

Así mismo debe tenerse en cuenta la disposición transitoria 2 de la LOTC que considera a la LPJDF como vía previa al amparo constitucional. Al respecto ver STC 37/82, de 16 de Junio. Algunos aspectos de esta Ley son analizados en el Título II Capítulo II del presente trabajo. Así mismo ver bibliografía allí citada.

(58) La admisión de los recursos de amparo frente a violaciones de los derechos fundamentales por simple vía de hecho ha sido aceptado entre otras por la STC 18/84 de 7 de Febrero.

(59) Al respecto ver las críticas de GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, CUPA... op. cit., I pág. 479; GARCÍA DE ENTERRÍA, Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en el derecho español, en REA núm. 59, Septiembre 1.988 pág. 192 y Hacia una nueva justicia... op. cit., pág. 57.

(60) Así, la decisión de suspensión en derecho francés, es siempre susceptible de recurso y "puede ser atacada antes que recaiga una decisión disciplinaria definitiva". (Sentencia del Consejo de Estado de 19 de Mayo de 1.955, J.N.E. - CIRIO. AJDA 1.945-623).

Sobre la posible impugnación del acuerdo de suspensión cautelar y su relación con los derechos de defensa en la doctrina francesa ver C. HELLER, "La suspension dans le droit de la fonction publique", RDJ 1.980, pág. 299; S. LIET-VEAUX, "Le renouvellement des suspensions temporaires", Rev. adm., 1.938, pag. 491 y ss. Respecto al mismo problema en el derecho comunitario, es sabido que los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "deben ser dirigidos contra la decisión definitiva, lo que impide recurrir los actos preparatorios" (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas K.W. EIGMARD contra comisión de la CEE, asunto 11/64 REC II. Pág. 345-248). No obstante, frente a la decisión de suspensión provisional de los funcionarios son comúnmente admitidos los recursos interpuestos contra dicha medida. En este sentido destaca la sentencia recaída en el asunto 78/63 REC, núm. 10, pág. 740. De parecida forma se pronuncian Vanfersanden-Barzy, "Contentieux Communautaire" BRUYLAN, Bruselas 1.977, pág. 309.

Febrero de 1.980 (61) se inicia una línea jurisprudencial que admite la impugnación de la suspensión provisional del funcionario, con el único requisito "que los actos de la Administración estén sometidos al derecho administrativo y puedan afectar a un derecho fundamental de la persona reconocido en la Constitución ... ya que los derechos fundamentales pueden ser infringidos no sólo por actos definitivos sino por los de trámite (o incluso mediante la vía de hecho), y lo que la Ley ha pretendido al crear procedimiento especial es obtener una protección inmediata de esos derechos, lo que pugna con la necesidad de tener que esperar a que la Administración dicte un acto definitivo para ver si los actos anteriores o intermedios afectan a uno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, que pudieran ser incluso más perjudicados mediante un acto de trámite que mediante el definitivo que en su día se dictó" (62).

Esa doctrina, mayoritariamente seguida (63), debe servir

(61) En palabras de EDUARDO HINQUEL BERT, La suspensión..., pp. xii, pág. 239. La citada resolución textualmente señalaba "que si bien la medida cautelar de suspensión preventiva, adoptada como anexo a un procedimiento disciplinario, aquí en su fase de incoación, no reviste el carácter de acto de mera trámite que de aquella deduce la representación del Ayuntamiento de San Sebastián, comparecida como apelada, en presencia del rúgimen jurídico que para tal tipo de acto o medida provisional delimitan los arts. 116 y 125 a 128 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de Mayo de 1.932... dado que que sí mismo es susceptible de producir efectos jurídicos inmediatos en relación con el funcionario encamado, seguir tales efectos se condicionan a la resolución definitiva que recaiga en el expediente disciplinario".

(62) STS de 23 de Julio de 1.984, recaída contra un acuerdo de la dirección general de la Administración Local ordenando la incoación del expediente disciplinario y suspensión preventiva de empleo y sueldo de un funcionario.

(63) Entre las resoluciones que admiten la impugnación de la medida provisional de suspensión ver SSTS de 29 de Julio de 1.983, 25 de Abril 1.985, 26 de Junio 1.984 y 23 de Julio de 1.984. En concreto esta última afirma:

"que como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 29 de Julio de 1.983, en este proceso especial regulado por la Ley de 26 de Diciembre de 1.978 no pueden aplicarse las normas de la Ley reguladora de la jurisdicción, por hallarnos ante unos procesos con una finalidad determinada, cual es la de defender unos derechos fundamentales de la persona proclamados en la Constitución,

.../...

para flexibilizar la regla del carácter revisor de la jurisdicción y extender la posible impugnación de la suspensión cautelar a la vía ordinaria, siendo necesario al mismo tiempo adoptar, dada la duración de los procesos contenciosos, una vía procesal de carácter urgente y sumario que evite la obligatoriedad del recurso administrativo.

(63) .../...

y por ello se permite acceder ante la jurisdicción frente a actos no impugnables en los procesos contencioso-Administrativo normales, como ocurre en los actos que no agotan la vía administrativa, al ser susceptibles de Recurso de Reposición o de Alzada; es decir, que lo que persigue este proceso especial es proteger rápidamente los derechos fundamentales de la persona, y estos derechos lo mismo se infringen mediante actos definitivos que por los de trámite, por lo que basta con que los actos de la Administración estén sometidos a derecho administrativo y afecten al ejercicio de esos derechos para que puedan ser impugnados en este proceso especial por establecerlo así el art. 6 de la Ley del 78... En todo caso, un acto de trámite puede producir consecuencias que afecten a los derechos fundamentales, ya que puede negar o impedir al administrado el ejercicio de uno de los derechos fundamentales y causar una lesión de mayor intensidad que el acto que finalice el procedimiento, con lo que el administrado quedaría indefenso y sin obtener el derecho - también fundamental y protegido por el art. 24 de la Constitución - a obtener la tutela judicial efectiva.

En parecidos términos SAI Barcelona, Sala 3, de 30 de Mayo de 1.984.

Contra esos pronunciamientos se manifiestan las SSTs de 8 de Julio de 1.981 y 3 de Febrero 1.982.

La primera de ellas ha sido comentada de forma muy crítica por LOPEZ FERRI - MARQUEZ. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y el principio constitucional de presunción de inocencia (Comentario a la Sentencia de 8 de Julio de 1.981) en REDA núm. 33, 1.982, págs. 331 y ss.

Por su parte, la STS de 26 de Noviembre de 1.984 afirma:

"que tanto en el escrito de demanda como en el que prepara la presenta apelación se parte de un error sustancial, cual es el de calificar de sanciones lo que no son más que medidas provisionales tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su día pudiera recaer en el expediente disciplinario que se inició a los actores... y este error de planteamiento lleva a entender como acto recurrible lo que no es más que una medida cautelar adoptada en el seno del procedimiento disciplinario".

En el fundamento jurídico segundo de la citada sentencia, el Tribunal Supremo manifiesta que "tal suspensión ... afectaba única y exclusivamente a sus derechos funcionariales sin que supusiera restricción alguna de sus derechos fundamentales de libre expresión, asociación o reunión incluídos en cuanto a ellas no se extendía, ni podía extenderse, la suspensión".

TITULO VIII. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

I. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. PRINCIPIOS GENERALES Y CONTENIDO.

La sanción impuesta por la Administración consecuencia de la comisión de faltas graves o muy graves debe ser fruto de un procedimiento disciplinario (1). El artículo 18 del RDFCE lo precisa de forma indubitada:

1. No se podrán imponer sanciones por faltas graves o muy graves, sino en virtud de expediente instruido al efecto, con arreglo al procedimiento regulado en el título II del presente Reglamento.

2. Para la imposición de sanciones por faltas leves no será preceptiva la previa instrucción del expediente a que se refiere el apartado anterior, salvo el trámite de audiencia al inculpado que deberá evacuarse en todo caso.

Al respecto, la jurisprudencia ha remarcado que "la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora se encuentra sometida a normas de ineludible observancia, puesto que no puede, a su libre voluntad, sancionar cualquier hecho que considere constitutivo de infracción jurídica, ni imponer la sanción que tuviere por conveniente, sino que ha de ajustarse a normas del procedimiento legalmente establecido y por medio del órgano competente en cada caso, puede sancionar aquellos hechos que efectivamente vengán considerados como infracción jurídica en virtud de disposición legal" (2).

(1) Cumpliendo el aforismo "Quod nullus sine ordine iudiciario damnari valeat" (que nadie sea condenado sin sujeción al procedimiento legalmente establecido). Corpus Iuris Canonici, Causa II Citada por J.R. MANS, Los principios generales del derecho Ed. Bosch Barcelona 1.979, pág. 67. Sobre el procedimiento en general ver F. GARRIDO FALLA, La ley de Procedimiento Administrativo, 2a. ed. ENAP, sdo. 4 MADRID.1966 pags 63,722

(2) STS de 4 de Noviembre 1.980. En parecidos términos SSTs de 12 de Noviembre 1.981 y 12 de Mayo 1.984.

Entre ese conjunto de trámites y actuaciones que debe respetar la Administración para imponer una sanción disciplinaria se distingue una fase de instrucción y otra de resolución, estructura que nos recuerda sobremedida al proceso penal (3). Dentro de las mismas podemos reseñar los siguientes hitos procedimentales:

1.- Iniciación del procedimiento: La incoación. La información previa.

De acuerdo con el artículo 27 RDFCE el procedimiento "se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia" (4). Dicha regulación se separa de forma difícilmente justificable de la LECR donde la acción penal se configura como pública (5). En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que la denuncia "no tiene otro

(3) En parecidos términos SUAY RINCON, Sanciones... op. cit., pág. 108; GARCIA DE ENTERRIA Y R. FERNANDEZ, Curso... op. cit. II, pág. 172.

(4) Así mismo se pronuncian los arts. 134 LPA, 21 RDFCE y 149 TRLR. Para la determinación de los órganos competentes ver arts. 29 RDFCE, 23.1 RDFCE y 150.1 TRLR.

Se incurrirá en vicio de nulidad absoluta cuando el acto de iniciación sea acordado por un órgano manifiestamente incompetente, es decir, un órgano perteneciente a una Administración Pública distinta a la que el funcionario desempeña su puesto de trabajo. Al respecto, la STS de 10 de Marzo 1.987 afirma: "el 47.1 de la LPA, exige que el acto dictado por un órgano incompetente sea solo del pleno derecho, que la incompetencia sea manifiesta, y según doctrina de este Tribunal... el referido carácter se da en las incompetencias por razón de la materia y del territorio, pero no por razón de la jerarquía o grado".

En parecidos términos SSTs de 16 de Febrero de 1.988 (aranzadi 1.708.), de 2 de Julio de 1.981 (aranzadi 215), de 23 de Octubre de 1.983 (aranzadi 5.284).

Sobre el tema ver SANTAMARIA, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid 1.972, págs. 337 y ss.. Además GONZALEZ PENEZ, Comentarios a la LPA. Comentario al art. 47, Ed. Civitas, Madrid 1.986, pág. 392 y ss.

(5) A pesar del art. 101 de la LECR. Por contra, en el ámbito disciplinario pocas resoluciones sancionadoras tienen su origen en denuncias. Como excepción, ver, STS de 23 de Enero 1.978 (ar. 84).

efecto que el de poner en conocimiento de la Administración la comisión de hechos supuestamente ilícitos, con el fin de que se ponga en marcha su actividad investigadora y sancionadora" (6). Sin embargo, también han aclarado nuestros tribunales que "la incoación no es un acto discrecional del órgano administrativo, sin que ello impida que pueda rechazar de plano o no considerar las denuncias apócrifas carentes de fundamento" (7).

Ahora bien, con anterioridad, "el órgano competente para incoar el procedimiento, podrá acordar previamente la realización de una información reservada" (art. 28 RDPCE) cuya finalidad no es otra que la de decidir el archivo de las actuaciones o la incoación del expediente disciplinario (8) permitiendo verificar hasta que punto existe base racional para estimar que se ha cometido una infracción, a fin de evitar la existencia de un procedimiento sancionador con los correspondientes efectos desagradables y gravosos

(6) STS 27 de Junio 1.985.

(7) STS 24 de Septiembre 1.976. Por contra, la STS de 2 de junio 1.956 destaca la no obligatoriedad para la autoridad competente de incoar un expediente "a instancia de parte".

En el derecho francés, el inicio del expediente disciplinario es una potestad de la autoridad jerárquicamente superior que dispone, en este sentido, de un poder discrecional y puede, o bien pronunciar el inicio del procedimiento, o bien retardar su decisión (Arrêt du Conseil d'Etat de 27 de Mayo de 1.955, Rec. pág. 296).

El juez no puede obligar a la Administración a tomar la iniciativa de iniciación del expediente disciplinario (Arrêt du Conseil d'Etat de 4 de Febrero de 1.976).

No obstante, una Ley de 24 de Diciembre de 1.976 ha conferido al instructor el poder de sustituir a la autoridad disciplinaria en caso de inhabilitación de aquella para iniciar un procedimiento disciplinario. Este mecanismo aparece por el momento inaplicado. Ver J.M. NAVY y N. SORAGO, Traité de contentieux administratif, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, I, 1.986, pág. 39.

(8) STS de 25 de Febrero 1.983.

En la regulación anterior (art. 32.2 del Decreto 2.088/69, de 16 de Agosto) se preveía la imperativa motivación de la resolución que decidía el archivo de las actuaciones. En este sentido ver AGUSTIN PEREZ BARRIO, La responsabilidad civil y disciplinaria del funcionario civil de la Administración del Estado. Tesina de Licenciatura San Sebastián 1.955, pág. 298, (no publicada).

para el presunto culpable (9). Esta información reservada como no forma parte del expediente disciplinario (10), la jurisprudencia no le otorga plazo interruptivo alguno (11) circunstancia que obliga a la Administración a evacuarla con celeridad, so pena de infringir los plazos de prescripción legalmente señalados.

Con posterioridad, podrá dictarse el acto de iniciación del expediente disciplinario, unido inseparablemente al nombramiento de instructor y, en su caso, de secretario (12). "El primero deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado" (artículo 30 RDFCE) dato que recuerda con matices jerárquicos la técnica del "iudicium parium", juicio por pares o iguales "capaces de estimar por su propia experiencia el contenido concreto, según las circunstancias particulares, de los deberes funcionariales cuya infracción se reprocha al expedientado" (13).

La incoación del procedimiento con el nombramiento de

(9) Aunque la ley configura ese trámite con carácter potestativo "sería de desear un uso ponderado de esta información previa, lo que evitaría buen número de procedimientos alegemente incoados sin pensar en el descrédito que siempre supone para el inculpado".

SOMALEZ PEREZ, *Comentarios...* op. cit. págs. 1.222-1.223.

En derecho francés, este trámite es más frecuente utilizado incluso cuando ya han habido investigaciones en la jurisdicción penal o un juicio previo. El funcionario encargado de realizar esta investigación previa tiene el poder discrecional otorgado por las leyes, y no se siente en ningún momento vinculado por las apreciaciones del Juez Penal (Arrêt du Conseil d'Etat de 10 de Julio de 1.963, Hospital Hospicio Charge Reoon; Revue de droit public 1.964, 427, elección de los testigos).

(10) SSTs 25 de Septiembre 1.976, 2 de Octubre 1.976.

(11) STS 22 de Febrero 1.985.

(12) El art. 30 L RCFCE prevé el nombramiento de secretario "cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija".

(13) GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ. *Curso...* op. cit. II pág. 173.

instructor y secretario, acto que según la jurisprudencia es de mero trámite (14) y por tanto normalmente irrecurrible, (15) "se notificará al funcionario sujeto a expediente" (art. 31 RDFCE) con objeto que pueda ejercitar su derecho de recusación (art. 32 RDFCE) (16).

2.- Desarrollo.

El instructor, como su propio nombre indica, instruye el expediente mediante la práctica de pruebas y actuaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades susceptibles de sanción (art. 34.1 RDFCE). Para ello y en primer lugar, formulará un pliego de cargos, manifestación del principio acusatorio, (17) en donde se expondrán "los hechos imputados, con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida, y de las sanciones que

(14) SSTS de 5 de Julio y 14 de Julio 1.986, 7 de Octubre, 7 de Noviembre, 31 de Diciembre 1.985. Con anterioridad SSTS 26 de Marzo 1.909, 15 de Noviembre 1.955, 12 de Marzo 1.976 y 8 de Mayo 1.974.

(15) Con la aprobación de la LPJDF la jurisprudencia acepta su impugnación, aunque con unanimidad considera que la mera incoación del expediente disciplinario no conculca derecho fundamental alguno (STS 1 de Febrero 1.986 y SAT Barcelona 18 de Abril 1.986).

(16) En idéntico sentido, SSTS de 22 de Febrero 1.962 y 26 de Septiembre 1.963. Ahora bien, la inobservancia de dicho requisito únicamente será causa de invalidez de lo actuado cuando produzca indefensión (SSTS 24 de Marzo 1.962, 10 de Febrero 1.964, 23 de Diciembre 1.964, 6 de Junio 1.979, 1 de Febrero 1.986).

Sobre las causas de abstención y recusación ver GONZALEZ PEREZ Y GONZALEZ SALINAS. Procedimiento Administrativo Local, Madrid 1.980; GONZALEZ PEREZ, Comentarios... op. cit. Comentarios a los arts. 20 y 21 LPA, págs. 178 y ss. En el ámbito civil, ver, GARCIA DE ENTENRIA, Comentarios a la LEC, Madrid 1.943 págs. 508-594.

(17) "Lo que corrobora la atribución de la carga de la prueba de culpabilidad al instructor, art. 24.2 CE" GARCIA DE ENTENRIA - T.R. FERNANDEZ, Cursa... op. cit. II, pág. 174; En parecidos términos GARDERÍ LLIBREGAT, La sanción... op. cit. pág. 117.

Según afirma la STS de 12 de Junio 1.961, el pliego de cargos puede definirse como una actuación formal encaminada a que la Administración fije y declare de modo estricto y categórico su posición acusatoria frente a los autores de infracciones sancionables y que venga obligada a enjuiciar en el ejercicio de su potestad disciplinaria o correctiva, según se trata de funcionarios o de particulares, siendo por todo un trámite esencial e ineludible".

puedan ser de aplicación" (18). A continuación le será notificado al inculpado para que en el plazo de 10 días (19) formule sus descargos (20), es decir, las alegaciones que considere convenientes a su defensa pudiendo solicitar la práctica de las pruebas que crea necesarias, (art. 36 RDFCE) todo ello presidido por el principio antiformalista.

Ahora bien, para que este trámite tenga verdadero sentido, debe darse el traslado completo del expediente al inculpado, sin que el instructor pueda guardarse para sí pruebas o datos secretos (21) obtenidos principalmente en la información reservada, pues esa sería una triste y pobre concepción de los derechos de defensa (22). Tras la observancia de este trámite esencial de todo procedimiento disciplinario, (23) se abre el periodo probatorio

(18) GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Cursus... op. cit. II pág. 173, dicen sin embargo, que en el pliego de cargos deben constar los hechos imputados "sin calificaciones jurídicas de los mismos o deducciones sancionatorias".

(19) Art. 36 RDFCE. En parecidos términos art. 30 RDFGC. Para la Administración local el plazo es de 8 días (art. 122.1 RFAL). Ahora bien, tal y como afirma GONZALEZ PEREZ: 1.º La notificación del Pliego de Cargos debe indicar la concesión del plazo para contestarlo pues sino estaríamos ante una notificación defectuosa. 2.º El plazo de 10 días, es de 10 días hábiles según dispone el art. 60 LPA. 3.º Es susceptible de prórroga según aplicación supletoria del art. 57 LPA (GONZALEZ PEREZ, Comentarios... op. cit. pág. 1.234).

(20) Ahora bien, el interesado puede o no contestar el pliego de cargos de acuerdo con el tenor literal del art. 37 RDFCE. Por tanto, la no contestación no puede suponer reconocimiento alguno de los hechos imputados. En contra de esta afirmación la STS de 29 de Abril de 1.965 dice: "la falta de comparecencia y de presentación de descargos, por parte del inculpado, no podía indicar al instructor otra cosa que un acto de rebeldía por la tácita aceptación de las inculpaciones contenidas en el Pliego".

(21) GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Cursus... op. cit. II pág. 174.

(22) En parecidos términos, GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Cursus... op. cit. II, pág. 174.

(23) Pese su ausencia o insuficiencia determina la invalidez del procedimiento. Al respecto ver STS 20 de Enero 1.987 (ar. 20) y STS 8 de Abril 1.981 (ar. 1.928) que recogen la doctrina general en la materia.

.../...

(24) en donde el Instructor "podrá acordar la práctica de las pruebas solicitadas que juzgue oportunas, así como la de todas aquellas que considera pertinentes" (art. 37 RDFCE). Al respecto, la jurisprudencia proclama que el instructor debe necesariamente practicar las pruebas pertinentes y relevantes (25) para determinar las responsabilidades susceptibles de sanción (26) sin que quepa recurso alguno contra la inadmisión, que deberá ser motivada (art. 37 2 RDFCE) circunstancia que en ocasiones y como veremos, puede producir indefensión, no debiendo entenderse subsanada ni tampoco sustituirse por el mero ejercicio de un recurso jerárquico (27).

(23) .../...

Entre los requisitos formales a respetar por el pliego de cargos es necesario no indicar que no basta citar el precepto legal que se considera infringido (SSTS 31 de Enero 1.952 y 8 de Mayo 1.958) y deben ser expuestos correctamente y claramente los hechos que se imputan al expedientado (SSTS 3 de Mayo 1.979, 24 de Noviembre 1.973, 16 de Junio 1.984).

(24) Si bien, el RDFCE concreta que este período probatorio se abrirá tras la formalización del pliego de cargos y su notificación al inculpado, puede ocurrir que con anterioridad ya se hayan practicado ciertas actuaciones (tal como afirma el art. 35 RDFCE) tendientes a esclarecer los hechos imputados. Incluso el art. 36.1 LPA parece configurar este período antes de la notificación del pliego de cargos. Esa circunstancia indica -dice GONZALEZ PEREZ- que "el principio de preclusión no rige en el Procedimiento Administrativo. Al menos, no rige con la misma rigidez que en los Procesos Civiles. De aquí que quepa actividad probatoria después. Es más, la practicada a instancia del interesado lo será normalmente después cuando éste, a la vista del Pliego de Cargos, formula su contestación".

(25) GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios... op. cit., pág. 1.231., SSTS 20 de Marzo 1.962, 9 de Noviembre 1.966, 7 de Abril 1.967, 23 de Diciembre 1.969, 18 de Marzo 1.980, 26 de Mayo 1.983.

(26) Arts. 34, 36, 37 y 38 RDFCE. Como puede fácilmente apreciarse -dice GARDNER LLIBREGAT- la instrucción está orientada a la determinación de la responsabilidad del agente rigiendo, por tanto, el principio inquisitivo y no la búsqueda imparcial de la realidad sucedida en base a la aprehensión de hechos tanto de cargo como de descargo, como debiera ser siempre la actividad instructora en un Estado de Derecho: (GARDNER LLIBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 117). Por ello, GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso... op. cit. II pág. 173 dicen que es el instructor se reúnen las funciones que en el procedimiento criminal se distribuyen entre el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal".

(27) Al respecto, la STS de 20 de Mayo 1.983 (ar. 3.592) afirma: "la falta de decisiva prueba que pudo subsanarse, a la vez que la adecuada constatación del conjunto de circunstancias que determinaron la actuación del sancionado del modo en que lo hizo incluso con un posible resultado

.../...

Tras los descargos del inculpado y practicada las pruebas, el Instructor elaborará "la propuesta de resolución" en donde formulará una exposición de los hechos (necesariamente congruente con la realizada en el pliego de cargos) (28) una valoración y calificación jurídica de los mismos (29) proponiendo la resolución que estime pertinente.

De nuevo esa pieza es comunicada al inculpado para que en el plazo de diez días pueda alegar cuanto considere conveniente en su defensa, (art. 43 RDFCE) (30) circunstancia que constituye un plus de garantías sin duda debido a la trascendencia del acto disciplinario que puede recaer.

(27) .../...

distinto del inicial criterio del instructor y del órgano sancionador si aquel hubiera adquirido la práctica de los medios probatorios propuestos por el expedientado, cuyo total rechazo, precisamente, resultaba opuesto al mandato del art. 134 de la Ley de Procedimiento Administrativo y al criterio de la jurisprudencia de este tribunal, declarativo, por una parte, de que la denegación del recibimiento a prueba constituye una grave infracción procedimental - Sentencia de 2 de Junio de 1.976-, que no puede entenderse subsanada, ni tampoco sustituirse, dada la garantía de defensa que implica, por el mero ejercicio de un recurso jerárquico sin vista ni traslado de actuaciones y sin constancia de audiencia - Sentencia de 3 de Marzo del 79 y 18 de Marzo del 80- y por otra, de que la exigida comprobación de los hechos no puede ser apreciada "cuando aparece inculpidos los concretos trámites que para efectuarla se señalan en la correspondiente normativa" - Sentencia del 31 de Mayo de 1.978-^o.

En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Noviembre y de 23 de Diciembre de 1.964 y la de 2 de Junio de 1.976.

(28) La STS de 25 de Noviembre 1.970 afirma que "la disparidad entre la resolución y el pliego de cargos... obliga a no tener por ciertos hechos no incluidos en el primero, visto que el trámite -sustitutivo del de vista y del de audiencia- es donde la Administración ejercita la acción disciplinaria, o sea, el equivalente, según la más autorizada doctrina, a la calificación en el proceso penal". En parecidos términos STS de 14 de Mayo 1.974. Sobre el tema ver Título VII, Capítulo III.

(29) Art. 42 RDFCE.

(30) Plazo que varía según la distinta normativa: Ocho días para los funcionarios de la Generalitat de Catalunya (art. 41.1 RDFCE) y 15 días para los funcionarios de la Administración local (art. 124.3 RFAL).

Tras este nuevo debate, se eleva el expediente a resolución del órgano a quien corresponda la decisión (31), (art 47 RDFCE) debiendo resolver todos los extremos planteados en el mismo (32). Además y según el principio de congruencia, no podrán aceptarse hechos distintos de los que sirvieron de base a la propuesta de resolución (33) permitiendo, no obstante, una distinta valoración jurídica, otorgando previamente un nuevo trámite de audiencia (34).

Obviamente, en la misma resolución deberá determinarse con toda precisión la falta que se estime cometida, señalando los preceptos en que aparezca tipificada, el funcionario responsable y la sanción que se impone, haciendo expresa declaración en orden a las medidas provisionales adoptadas durante la tramitación del procedimiento (art. 48 RDFCE) e incluyendo los recursos que caben contra la misma, órgano y plazo (35).

(31) Determinados en el art. 47 RDFCE. Sobre el tema ver BUENO AÑAS. El procedimiento sancionador de los funcionarios públicos, en BA n.ºs. 56-57, págs. 60 y ss.

(32) Art. 45 RDFCE.

(33) STS 8 de Abril 1.983, 8 de Noviembre 1.985, 13 de Noviembre 1.985.

(34) Art. 45.2 y 46 RDFCE.

(35) Ahora bien, podría ocurrir que bajo una actuación distinta y bajo un procedimiento diferente o simplemente inexistente, se realizara por la administración un acto que en el fondo (o en la forma) fuera una sanción. Sería el caso visto en otra parte de este trabajo (Título V, Capítulo II, 3) del traslado de un funcionario apartado en aparentes necesidades del servicio u otro tipo de acciones que incluso sin estar notificadas ni producirse por el cauce ordinario constituyeran actos administrativos disciplinarios. Estos supuestos pueden y deben ser controlados por la Jurisdicción Contenciosa tal y como puso de relieve T.R. FERNÁNDEZ, Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación, RAE n.º 61, 1970, págs. 125 y ss. criticando la STS de 9 de Marzo de 1966 (caso de los Capuchinos de Sarriá) y ha sido ratificado recientemente por ISAKI AGUIRREAZ KJEMGA, La coacción administrativa directa, Ed. Civitas, Madrid 1990, págs. 406 y ss.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO A LA LUZ DEL ARTICULO 24 CE.

1.- Ambito de aplicación del artículo 24 CE: La interpretación finalista de la norma fundamental.

A) Introducción. Contenido.

El artículo 24 CE establece literalmente:

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."

En dicho precepto, de aplicación directa e inmediata (1) y que vincula a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) se distinguen, como vemos, dos grandes apartados. El primero contempla el derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales proscribiendo la indefensión. Su plasmación se concreta en "el derecho (subjetivo y fundamental) al contraste judicial de los derechos o intereses legítimos invocados" (2) y despliega su virtualidad, según la mejor doctrina, en tres momentos diferentes (3): el primero es el derecho al acceso a la jurisdicción, que impone la revisión judicial de todo acto

(1) STC 16/83, de 14 de Marzo, entre otras muchas.

(2) En palabras de BERNEDO VERA, La tutela judicial del administrado, REJA n.º. 35, pág. 549.

(3) Seguiremos el clarificador esquema propuesto por GONZALEZ PEREZ, J., El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Civitas, Madrid 1.989, págs. 43 a 45 tomando como punto de partida el f.º n.º. 2 de la STC 26/83, de 13 de Abril.

administrativo sancionador (4). El segundo es el derecho a un proceso debido en el que se observen determinadas garantías, cuestión íntimamente relacionada, tal como veremos y analizaremos, con el apartado 2 de la citada disposición. Se vulnera este derecho cuando el incumplimiento de un determinado trámite provoca indefensión. Por último, el apartado del art. 24 irradia su fuerza sobre la sentencia dictada, obligando y otorgando el derecho a su ejecución (5).

Por otro lado, el párrafo 2 del mismo precepto consagra una serie de principios, derechos y garantías que deben respetarse en el desarrollo del proceso.

(4) Prescribiendo no sólo la interdicción para y simple de revisar un acto administrativo sino, incluso, cualquier medida que obstaculice o dificulte el acceso de los ciudadanos a la justicia. Sobre el tema, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica* op. cit., pág. 75; BERNEDO VEGA, *La tutela...* op. cit., págs. 466 y ss.; El desarrollo constitucional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en *El desarrollo de la Constitución Española de 1.978*, Universidad de Zaragoza 1.982, págs. 18 y ss. y págs. 275 y ss.. Sobre el problema de la inadmisibilidad de los recursos ver ALBACAR LOPEZ, *Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional*, en *El Poder Judicial*, Universidad de Santo Tomás de Aquino, Tucuman 1.982, págs. 422 y ss.. Respecto de las dificultades de luchar judicialmente con la Administración ver ENTERRÍA CUESTA, *Límites de la actividad de policía municipal*, *REV. n.º* 126, pág. 316. Un análisis genérico de la influencia del art. 24 en los tribunales de lo contencioso administrativo puede verse en MARTÍN BETORTILLO, L., *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid 1.983, págs. 17 y ss. Acerca de la ruptura de la unidad jurisdiccional y la exclusión de cualquier recurso por la comisión de una falta disciplinaria leve que realiza la Ley Orgánica 12/85, de 27 de Noviembre, por la que se aprueba el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, ver LOPEZ RAMON, F., *Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar*, *REDA* n.º 54, págs. 165 y ss.

(5) Sobre el problema de la ejecución de sentencias y el derecho a la tutela judicial efectiva ver, entre otros, FONT I LLOVET, T., *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Civitas, Madrid 1.985 quien establece la primera relación entre ambos en la STC de 14 de Junio de 1.982 (pág. 52); GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, *REDA* n.º 52, 1.985, págs. 478 y ss.; BOSHINGUEZ RODRIGO, L.M., *La potestad expropiatoria del Soberano de suspensión o inexecución de sentencias en materia contencioso-administrativa*, *REDA* n.º 54, págs. 210 y ss.; PINAR MARAS, J.L., *Jurisprudencia Constitucional sobre la posición de la Administración en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, *Libro homenaje a Villar Palasi*, Ed. Civitas, 1.969, págs. 110 y ss. en especial págs. 127 y 141.

.../...

- B) Su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores.

En los inicios de la andadura constitucional, la constante referencia que el art. 24 hacía a "jueces y tribunales", "proceso", "proceso público" y "juez ordinario" otorgaba sólidos argumentos para sostener la inaplicación del mismo en las actuaciones no desarrolladas ante los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, separándose de la interpretación efectuada por otros Altos Tribunales estatales y en la línea propuesta por el TEDH, (6) no dudó en aplicar, mediante una interpretación finalista, "los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la CE en materia de procedimiento... a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución..." (STC 18/81, de 8 de Junio, Funcionarios de Correos de Barcelona) (7).

(6) Tal y como afirma GARDNER LLORREGAT, *La aplicación...* op. cit., pág. 170.

"Con ello, el TC español se separa, por ejemplo, de la Corte Constitucional Italiana - la cual ha entendido que las garantías de incidencia procesal que se recogen en la Constitución Italiana se refieren exclusivamente al campo jurisdiccional - y alita activamente en la doctrina del TEDH favorecedora de la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH, cuyas garantías ocupan un lugar tan eminente que no pueden ser interpretadas de forma restrictiva. Vid. SS TEMA 9 de Octubre de 1.979, n.º. 24 (caso Airey), 13 de Mayo de 1.980, n.º. 33 (caso Artico), 9 de Abril de 1.984, n.º. 28 (caso Godey) y 12 de Febrero de 1.985, n.º. 26 (caso Colozza)".

(7) Comentado por GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitución como norma...* op. cit., págs. 249 y ss; PRIETO SANCIUS, L. *La jurisprudencia constitucional...* op. cit., págs. 110 y 22; CANO MATA, A. *Las infracciones...* op. cit., pág. 133 y ss; BERMEO VERA, *La tutela...* op. cit., págs. 168 y ss; SANZ GANDEGUIL, F. *La potestad...* op. cit., pág. 154 y ss. quien señala:

"La resolución del Tribunal tuvo algo de inesperado para el Ministerio Fiscal y Abogado del Estado que no parecían prever - como de hecho tampoco parecía previsible - la aplicación del art. 24 C.E. al procedimiento sancionador administrativo.

.../...

En esa resolución se declaran inconstitucionales las sanciones decretadas por el Gobierno Civil de Barcelona a unos funcionarios del Servicio de Correos que ocupaban un cargo de representación sindical, sanciones que se impusieron "sin seguir procedimiento alguno y sin observar siquiera el elemental trámite de audiencia" (8). Esa solución, "dada en términos constitucionales y no de legalidad ordinaria" (9) era consecuencia lógica de la equiparación con matices entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. En consecuencia, "se trasladan... no sólo los principios penales sino también los referentes al proceso penal, y en concreto los enunciados como básicos en el art. 24 de la Constitución..." (10).

Ahora bien, una vez hecha esa declaración general, que no implica "la plena aplicación inmediata y total de ese precepto al procedimiento sancionador y en concreto al régimen disciplinario, (11) el TC ha ido especificando de forma un tanto imprecisa que derechos deben respetarse y

(7) .../...

En los antecedentes de la sentencia, concretamente en el número 8, se recoge la opinión del Abogado del Estado, que afirma que del art. 24 C.E. no derivan principios directamente aplicables a las relaciones Administración-ciudadano, ni tampoco, por tanto, al supuesto de hecho sobre el que versa el presente recurso de amparo. La actividad de la Administración pública se rige por normas propias como reconoce la Constitución en su art. 105 c), que reserva a la Ley la regulación del procedimiento administrativo...".

Según el Ministerio Fiscal, las cautelas sobre la potestad sancionatoria de la Administración, sus limitaciones constitucionales, se reducirían así al art. 25, porque no todos los principios propios del Derecho Penal son extensibles al ordenamiento administrativo sancionador, como prueba el texto de los arts. 24 y 25 del texto constitucional". (Nota n.º. 12, págs. 159 y 160).

(8) Antecedente n.º. 1 de la Sentencia.

(9) Fj. n.º. 2.

(10) PRIETO SANCIS, L. La jurisprudencia... op. cit., pág. 102 y ssi; GARBERRI LLOCREGAT, La aplicación... op. cit., pág. 173.

(11) STC 21/81, de 15 de Junio.

cuales no. Respecto a los primeros, el TC ha estimado incardinables los referentes a "los derechos de defensa", (sin especificar que entiende por ellos) (12), la presunción de inocencia y a la actividad probatoria (13), incluyendo también el derecho "a que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga" (14).

En este sentido, la inobservancia de algún trámite procedimental trascendente durante la sustanciación del procedimiento disciplinario (por ejemplo el rechazo a practicar una prueba importante para la defensa) puede significar la vulneración de esa garantía concreta recogida en el párrafo 2 del precepto y además, siempre que se haya producido indefensión, se estará vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva (15). El problema, pues, se

(12) La STC 77/83, de 3 de Octubre recoge como límite a la potestad sancionadora de la Administración, "el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la C.E. que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones". Cuentada por CAMO NATA, Las infracciones... op. cit., pág. 239; SANZ GANDESEGUI, La potestad... op. cit., pág. 162 y ss.

Los términos de una y otra sentencia han sido reproducidos por abstractora jurisprudencia entre ellas, SSTS de 20 de Enero de 1.997, 10 de Noviembre de 1.956, STC de 26 de Diciembre de 1.983, Auto del TC de 17 de Octubre de 1.984. En esa línea, aplicando los principios procesales del derecho penal al régimen disciplinario, se pronuncian las SSTS de 29 de Abril de 1.981, 30 de Mayo de 1.991, 17 de Junio de 1.962, 14 de Mayo de 1.984, 18 de Junio de 1.984, 8 de Octubre de 1.984, etc.

(13) STC 2/87 de 21 de Enero. En parecidos términos, STC 73/85 de 14 de Junio, 74/85 de 18 de Junio y STSJC, Sección 2, de 16 de Septiembre de 1.989.

(14) STC 125/83 de 26 de Diciembre (Fj. n.º. 3).

(15) Así, los derechos que enumera el apartado 2 de este art. 24 no son sino una concreción del principio general. La norma resulta vulnerada cualquiera que sea la modalidad que revista la indefensión. Como dice la STC de 12 de Mayo de 1.982 "cuando... las garantías de defensa se han respetado, no podrá argüirse legítimamente que se ha violado el derecho al proceso" GONZÁLEZ PEPEL; El derecho... op. cit., pág. 146.

centrará en si ha existido o no indefensión, cuestión que deberá ser probada por el funcionario que la alega (16).

Por tanto, en las siguientes páginas intentaremos examinar de forma casuística, que concretas garantías son aplicables en la sustanciación del procedimiento disciplinario y que consecuencias deben derivarse de dicha traslación. Algunas ya la ha extraído el TC; otras, por el contrario, todavía no. Sin embargo, de su vigencia en algunos trámites y actuaciones del procedimiento disciplinario se desprende la necesaria reforma de diversos preceptos.

(16) La doctrina sobre el tema viene reflejada en la STC 78/87, de 10 de Junio, que dice: "Es obligado, por otro lado, para valorar el supuesto enjuiciado, recordar la doctrina reiterada de este Tribunal, que entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (STC 64/1.986, de 21 de Mayo), sin que coincida necesariamente, pese a lo anterior, una indefensión relevante constitucionalmente con un concepto de la misma naturaleza jurídico-procesal (STC 70/1984, de 11 de Junio), así como tampoco se produce por cualquier infracción de las reglas procesales (STC 48/1.986 de 23 de Abril), consistiendo, en esencia, en el impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, en la privación de la potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses por la parte, para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias (STC 89/1.985, de 1 de Julio). Tal doctrina se sostuvo ya en la STC 28/1.981, de 23 de Julio, que consideraba que existía indefensión cuando se sitúa a las partes en posición de desigualdad o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, indicándose ya que la indefensión ha de apreciarse en cada instancia, así como que no puede afirmarse que se haya producido indefensión si ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin reportar alguna limitación no trascendente de las facultades de defensa, y que la segunda instancia puede suponer un desarrollo complementario de tales facultades".

2.- Alcance y contenido de algunos derechos: El asesoramiento y asistencia de letrado, el carácter público del proceso, el derecho a conocer de la acusación formulada y el derecho de audiencia al interesado.

Según reiterada doctrina del TC, el derecho de asistencia de letrado, "debe ser permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento (1)".

De ese modo, "la interpretación finalista de los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la C.E. en materia de procedimiento (2)... garantiza (en el procedimiento disciplinario) (3) la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del mismo... por Letrado-defensor designado por el recurrente... lo cual le permite redactar su pliego de descargo y proponer las pruebas pertinentes para su defensa" (4) pero no exige la presencia personal del Letrado en todos los trámites (5) previsión a nuestro juicio correcta, pues tampoco es preceptiva ni en el procedimiento administrativo (6) ni en

(1) STC 74/85, de 18 de Junio; STC 12/87, de 21 de Enero (RA n.º. 910 y 919/85).

(2) STC 21/81, de 15 de Junio.

(3) Se está refiriendo a un procedimiento disciplinario de carácter penitenciario (STC 74/85 de 18 de Junio). Sobre el tema ver ANTONIO CAMO MATA, Potestad normativa sancionadora de la CCAM, *RAE* 119, 1973, págs. 228-229.

(4) STC 192/87, de 2 de Diciembre.

(5) En parecidos términos STC 192/87, de 2 de Diciembre.

(6) Si bien es potestativa, de acuerdo con el art. 24 LPA y los ep 3 y 4 de la exposición de motivos de la ley. Sobre el tema ver GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la LPA, Comentario al art. 24, Ed. Civitas, Madrid 1.980, págs. 221-231; la representación de los interesados en la LPA, *RAE* n.º. 52, pág. 19 y ss. Asimismo ver, sentencias del TS de 8 de Mayo de 1.976, 14 de Mayo de 1.962 y 18 de Junio de 1.973.

todos los procesos penales (7).

Asimismo, el TC ha destacado de forma lúcida, la no obligatoriedad de la asistencia jurídica gratuita en estos procedimientos "pues tal derecho, como resulta del art. 6.1 de la CEDH, sólo existe claramente en los procesos judiciales y además, no en todos los casos, sino cuando los intereses de la justicia lo requieran (8)".

En definitiva, únicamente cuando se impida al funcionario la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente en el sentido expuesto, se le causa indefensión y se vulneran los postulados del art. 24 CE (9).

(6) .../...

Existen unos casos para los procedimientos económico-administrativos en los que sí exige la intervención preceptiva de Abogado (arts. 35 y 38 Foral). Al respecto ver GONZALEZ PEREZ Y TOLENO, Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las Escuelas - Administrativas, Madrid 1.993, art. 38; GONZALEZ SALINAS, P., 'La interposición de la reclamación económico-administrativa y la presentación del documento acreditativo de la representación', REPARO, no. 31, págs. 238 y ss.

(7) Pues sólo es preceptiva en la esfera del proceso penal por delito (STC 74/85, de 18 de Julio). Para el juicio de faltas, los artículos 962 y ss. de la LECR la configura como potestativa.

(8) STC 2/87, de 21 de Enero.

En los procesos penales por delito, sin embargo, se requiere además que la asistencia sea efectiva (STC 106/89, de 8 de Junio), que asista a la vista oral (STC 130/86, de 29 de Octubre) aunque no se infrinja el art. 24 si se impone de oficio (STC 46/88, de 21 de Marzo). Ver GONZALEZ PEREZ, J., El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Civitas, Madrid 1.989, págs. 136-145.

Sobre la defensa en los procesos penales ver RAMOS MENDEZ, F., El proceso penal (lectura constitucional), Ed. Bosch, Barcelona 1.988, pág. 17; LORCA NAVAMARTE A.M., Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, Madrid 1.986, págs. 234 y ss.; MORENO CATEMA, La defensa en el proceso penal, Madrid 1.982.

(9) Estos casos pueden producirse cuando el funcionario comete hechos presuntamente delictivos que además constituyen falta disciplinaria. Si se decreta su prisión provisional, podrían causarse situaciones de indefensión jurídica por la imposibilidad de notificar los sucesivos trámites procedimentales en el plazo previsto, unido a las lógicas dificultades en la comunicación con su Abogado.

En lo referente al carácter público del proceso, derecho que históricamente se justifica, de un lado, como una garantía para los ciudadanos contra la posible arbitrariedad judicial y de otro, en el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus tribunales, en tanto que instrumento de control popular sobre la justicia (10), podemos constatar su tenue aplicación a lo largo del procedimiento disciplinario. Esa afirmación es fruto de la doctrina dictada por nuestro más Alto Tribunal según la que "no sólo el art. 24.2 de la C.E. no es aplicable en su integridad a los procedimientos administrativos disciplinarios ni puede decirse que necesariamente, desde la perspectiva constitucional, tengan éstos que ser públicos, sino que también la regla del carácter público del proceso, incluso cuando es judicial, puede sufrir excepciones, como establece nuestra legislación y admite el art. 6.1 del Convenio de Roma (11)".

Al respecto - tal y como afirma GARDERÍ LLOBREGAT - la aplicación del referido derecho constitucional a la esfera administrativa sancionadora, a pesar de lo sostenido por el TC, "no se presenta, en línea de principio, excesivamente dificultosa (12) toda vez que tanto la LPA como los reglamentos disciplinarios aseguran o bien la publicación o bien la notificación de los actos administrativos (13) no sólo al expedientado sino también "al firmante de denuncia" (14).

(10) GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. págs. 183-184.

(11) STC 192/87, de 2 de Diciembre. En parecidos términos STC 2/87, de 21 de Enero y 190/87, de 1 de Diciembre.

(12) GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 184.

(13) Arts. 46 LPA (publicación), 87 LPA (información pública), art. 48.3 RRFCE (notificación al inculpado).

(14) Art. 48.3 in fine RRFCE.

Ahora bien, con el fin de proporcionar un mayor control de los ciudadanos sobre el personal a su servicio, "la vigencia de este derecho ha de desplegar su eficacia desde los inicios del procedimiento administrativo, siendo pública, entonces, tanto la fase de instrucción, como el pliego de cargos y la propuesta resolución (15)".

El primero de los llamados derechos de defensa es, obviamente, el conocer la acusación formulada (16). Mal puede uno defenderse si no está informado perfectamente, con claridad y rigor, de los hechos considerados punibles, su participación en los mismos, las normas infringidas y las sanciones que pueden serle de aplicación. Resulta fácilmente constatable la importancia y trascendencia de este derecho. Sin él todos lo demás carecen de sentido. La defensa se convierte en una pura pantomima sin eficacia alguna y sin ningún rigor. El procedimiento y sus concretas garantías posteriores en el tiempo se derrumbarán cual castillo de naipes por una falta de consistencia en la base, en los cimientos sobre los que se sustentan derechos tan importantes como el de audiencia que se convertirá en una formal e inútil posibilidad de alegar no se sabe qué, de rebatir algo que se ignora o de lo que no se tiene pleno

(15) GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 184. Al respecto, PAREJO ALFENSO Estado Social... op. cit. págs. 281-282, afirma, a la luz de las Sentencias del TEJN de 26 y 27 de Mayo de 1.991 (asunto Le Compte, Van Leuren y De Meyere), que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de que ésta se preste en audiencia pública (al menos en una de las instancias y respecto a todas las cuestiones objeto del proceso).

(16) La STC 44/83, de 24 de Mayo dice: "El derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo si que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto".
Del mismo modo la STC 141/86, de 12 de Noviembre (RA 769/85) afirma que su función esencial radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compece muy mal con la dignidad del hombre y por ello con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas. En su forma más aguda y radical, trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa. Es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa.

conocimiento, situando al "acusado" en la más pura e impotente indefensión (17).

En esa línea, el TC ha afirmado que "el derecho a ser informado de la acusación" como principio establecido en el artículo 24 de la Constitución, no es exclusivo del orden penal, sino que tiene su vigencia frente a todas las instancias públicas represivas (18).

Así, en los procedimientos disciplinarios esa operación se lleva a cabo en dos momentos distintos: Al formularse el pliego de cargos y al redactar la propuesta de resolución. Ambos escritos deberán comprender (dicen los arts. 35 y 42) los hechos imputados, con expresión de la falta cometida, y de la sanción que puede ser de aplicación ... (19) . Además,

(17) El derecho a conocer de la acusación formulada es, además, el que hace posible la contradicción, sin la cual "no puede decirse siquiera que exista un verdadero procedimiento en sentido jurídico". CAJORELA PRIETO, L. Ma. - ARNALDO ALCUBILLA, E., Temas de derecho constitucional y derecho administrativo, Ed. Parcial Pons, Madrid 1988, pág. 854. Sobre la importancia de la contradicción en el procedimiento ver ROTO VILLANOVA, S., El procedimiento administrativo como garantía jurídica, RE n.º. 48, pág. 70; María Alessandra SANGULLI, La Sanzione Amministrativa pecuniaria (crimini sostanziali o procedimentali), Jovane editore, Napoli 1983, págs. 155 - 166; CERRI, Difesa e contraddittorio nel procedimento amministrativo, in Giurisprudenza costituzionale, 1971, pág. 2733. Sobre el procedimiento disciplinario en la Comunidad Europea y el derecho a conocer de la acusación formulada ver RIDEU JOEL, Le rôle de la C.J.C.E. et techniques de protection des droits fondamentaux dans la CEE en RJDC, n.º. 2 a 1981, pág. 13.

(18) STS 31/86, de 20 de Febrero (RA 18/85).

De igual modo ocurre en los procesos civil y laboral, en los cuales el demandado no puede oponerse eficazmente a la pretensión del actor sin que previamente se le traslade la demanda (arts. 575 LEC y 71 LPL), o en el proceso contencioso - administrativo, en el cual el administrado tiene derecho a tener a su disposición el expediente administrativo para redactar la demanda (art. 61.1 LJCA), de la cual se dará entrega a "las partes legitimadas como demandados o coadyuvantes" (art. 68.1 LJCA).

(19) La jurisprudencia tiene declarado que la Administración, en el pliego de cargos, debe fijar de modo "estricto y categórico su posición acusatoria frente a los autores de infracciones sancionables (STS 12 de junio de 1961, 21 de Octubre de 1960, 9 de Junio de 1959). En este sentido, su finalidad es que a los efectos de defensa del expedientado éste conozca los hechos que se le imputan (STS de 9 de Junio de 1979).

.../...

el pliego de cargos deberá redactarse de modo claro y preciso, en párrafos numerados por cada uno de los hechos imputados al funcionario (20).

Ahora bien, como el examen que estamos realizando se refiere a la protección que otorga el art. 24 de la Constitución, ¿cuándo se infringirá ese precepto? (21). En este sentido, el no conocimiento de los hechos punibles, por ejemplo, puede producir indefensión y sólo en este instante se caerá sobre el ámbito del derecho fundamental protegido (22).

Al respecto, supondría igualmente una clara vulneración del derecho a ser informado de la acusación el cambio sustancial de calificación jurídica (23) o la ampliación de la acusación a nuevos hechos punibles (24) en una fase

(19) .../...

El TC en Sentencia 192/87, de 2 de Diciembre, afirma: "El derecho a ser informado de la acusación se cumple con el traslado del pliego de cargos a través del cual el sometido al expediente disciplinario tiene conocimiento de los hechos que se le imputan y de la calificación jurídica que éstos merecen para la Administración, sin que el conocimiento de la denuncia constituya una exigencia constitucional".

(20) Art. 35.2 RDFCE.

(21) Otro tipo de infracciones, sin relevancia constitucional, son estudiadas en el capítulo de este mismo trabajo titulado "La sustanciación del procedimiento sancionador".

(22) La STC 6/82, de 4 de Marzo, afirma que el concepto de indefensión "no hay que interpretarlo como necesariamente equivalente a la imposibilidad de defenderse pues puede haber también indefensión cuando por decisiones del órgano judicial (o del instructor del expediente, en nuestro caso) se produzca una disminución indebida de las posibilidades legales de defensa.
En parecidos términos ATC 907/1987, de 15 de Julio.

(23) Sin embargo, el artículo 45 RDFCE permite al órgano sancionador variar la calificación jurídica contenida en la propuesta de resolución, sin expresar a que límites estará sujeta dicha variación.

(24) Art. 45 RDFCE.

procedimental donde al sujeto pasivo de aquélla no le quedara la oportunidad de ejercitar una defensa tendente a la exculpación de los nuevos hechos o la nueva calificación realizada por la autoridad sancionadora (25), no subsanándose dichas exigencias por haberse podido dilucidar la cuestión en sede jurisdiccional, (26) pues esa sería una pobre y triste concepción de los derechos de defensa. En caso de estimarse vulnerado ese derecho fundamental, deben

(25) Tal y como señala la STJ 29/99, de 6 de Febrero, (RA 462/87) "Chocolates Elgorriaga". En la citada resolución se declaró contrario al art. 24 el acuerdo del Consejo de Ministros por no haber comunicado al recurrente la propuesta de resolución en la que se incrementaba la sanción inicialmente propuesta, de manera sustancial (pasaba de 40.000 Pts. a 50 millones ⁽¹⁾) al aplicarse la agravante de reincidencia. En el f.º n.º 2 del fallo puede leerse: "En efecto, esa falta de comunicación de la segunda y última propuesta de resolución del expediente resulta de las actuaciones, como admiten todas las partes,..ella constituye sin duda una violación del derecho constitucional del expedientado a su defensa en el seno del procedimiento administrativo sancionador e, incluso, más en concreto, como señala el Ministerio Fiscal, del derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución. Es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías que este precepto constitucional impone por relación directa al proceso penal son igualmente aplicables al procedimiento administrativo sancionador, en tanto que manifestación del "ius puniendi" del Estado, y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de este tipo de procedimiento. Sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador, claramente estipulado en las normas del procedimiento administrativo, forma parte de las garantías que establece el art. 24.2 de la Constitución, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento.

Estas garantías han sido comunicadas por la Administración en el presente caso. A ello no puede oponerse la actitud pasiva o pretendidamente negligente, a juicio del Abogado del Estado, de la entidad sancionada en anteriores fases del procedimiento, puesto que esta circunstancia no dispensaba a la Administración de su obligación de comunicar a la misma la propuesta final de resolución, a fin de que pudiera formular alegaciones en su defensa. Menos aún cabe oponer que, conociendo la recurrente la infracción que se le imputaba, carecía de trascendencia constitucional que no se le diera audiencia sobre un "elemento secundario de la infracción", al decir del Abogado del Estado, como era la agravante de reincidencia. Ni el referido elemento era secundario, pues determinó una modificación de la propuesta inicial de resolución que incrementaba extraordinariamente la cuantía de la sanción, si, aunque lo hubiera sido, podría quedar al margen de las garantías constitucionales, ya que, en todo caso, modificaba la calificación de la falta y la consecuencia punitiva, elementos estos indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho a la defensa."

(26) STS de 31 de Mayo de 1982. En parecidos términos GONZALEZ PEREZ, El derecho a la tutela... op. cit., pág. 174; SANZ GARCÉSURI, La potestad... op. cit., págs. 162 y ss.; BERNEDO VERA, La tutela... op. cit., pág. 572.

retrotraerse las actuaciones al momento en que se produjo el menoscabo y falta de comunicación de la acusación (27) careciendo de importancia el que, con posterioridad, se haya solventado ese desconocimiento.

En definitiva, la consagración en los ap. 1 y 2 del art. 24 del derecho fundamental a "conocer de la acusación formulada" ha servido para reforzar, en lo referente a los procedimientos disciplinarios, las previsiones legales ya efectuadas con anterioridad, elevando al más alto rango una exigencia básica, inexcusable e ineludible de todo proceso que tenga por objeto la imposición de una sanción (28).

(27) Así la STC 29/89, de 6 de Febrero, ya citada, en su f.j. n.º 7 afirma: "La constatación de esta última infracción constitucional comporta la anulación de la sanción impuesta y la retroacción de las actuaciones administrativas al momento inmediatamente posterior a la definitiva propuesta de resolución a fin de que pueda ejercerse el derecho a la audiencia y a la defensa de la recurrente, en la forma prevista por la ley.

(28) GONZALEZ PEREZ, El derecho ..., op. cit., pág. 171.

Asimismo, en los procedimientos disciplinarios de otros países se impone como garantía mínima y general el conocimiento por parte del inculpaado de los hechos que se le imputan. En Francia, por ejemplo, "la Communication du dossier" en el procedimiento disciplinario fue establecido en la Ley de 22 de Abril de 1905 (art. 45) y figura en el art. 19 del Título I del Statut Général des fonctionnaires que precisat "le fonctionnaire à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée, a droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et de tous les documents annexes et à l'assistance de défenseurs de son choix. L'administration doit informer le fonctionnaire de son droit à communication du dossier".

En cuanto al contenido de ese derecho, la jurisprudencia exige que la comunicación sea íntegra (Cons. d'Etat 22 mars 1944, Protat; Lebon, pág. 95. - 26 fév. 1947, Bourret; Lebon, pág. 576, - 7 fév. 1962, Bille Delpeux, req. n.º. 47194. - 22 juin 1962, Grenade c. Bâtigue général en Algérie, req. n.º. 50284 et 50993. - 9 janv. 1963, Dame Brocat A.J.P.A. 1963, n.º. 134. - 20 fév. 1970, sin. int. c. Dumotier; A.J.P.A. 1970, 427).

Además y respecto al contenido de esa comunicación, la jurisprudencia exige que el interesado esté en situación de formular todas las observaciones que juzgue útiles "Si cette condition n'est pas remplie, la procédure doit être tenue pour irrégulière (Cons. d'Etat 4 janv. 1954, Bille Bertheley; R.P.A. 1954, n.º. 58. - 4 fév. 1955, Massoni; Rev. adm. 1955, pág. 196, note 1 let - Veaux - 15 juill. 1957, Corvizy; R.P.A. 1957, n.º. 325. - 1er. mai 1978, Morel, req. n.º. 94926).

Además, a partir de la sentencia Marcaules (Cons. d'Etat 30 de octubre 1959; A.J.P.A. 1960, 50) la jurisprudencia ha admitido la asistencia de letrado en el momento de la comunicación del dossier. Esta posibilidad se haya prevista en el artículo anteriormente citado y en el decreto 84/761, de 25 de octubre de 1984 (art. 1).

.../...

Una vez conocido cuáles son los cargos que se imputan al funcionario expedientado, deberá serle concedido el derecho de audiencia pues "nadie puede ser condenado sin ser oído" principio de ética jurídica y axioma que alcanza a todas las esferas del ordenamiento por el fondo de ecuanimidad y justicia que encierra (29), constituyendo

(28) .../...

Para la doctrina italiana más reciente "el reconocimiento del derecho inviolable de defensa en cualquier trámite del procedimiento sancionador" (art. 24.2 CII) ... y en concreto el derecho a ser informado de la acusación formulada contra el administrado "expresa ... la posición de igualdad de las partes en el procedimiento como expresión jurídica de la posibilidad ... de atacar y defenderse". Además, como ya dijimos en una exigencia del principio de contradicción, y una plasmación del justo procedimiento como expresión de la idea de imparcialidad".

Por todos ver María Alessandra SANBILI, Le sanzioni amministrative pecuniarie (principi sostanziali e procedimentali), Jovene Editore, Napoli 1983, págs. 156 193, en especial págs. 156 - 159; BELFINO, Amministrazione e diritto di difesa, in Rassegna di diritto pubblico, 1972, pág. 289; ALLEGRETTI, L'imparzialità amministrativa, Padova 1965, págs. 245 y ss.

Las consecuencias de la falta de comunicación del dossier es la nulidad del procedimiento y de la sanción posterior "Il en va de même au cas de communication d'un dossier incomplet (Cons. d'Etat 9 janv. 1953, Brocat A.J.P.A. 1963, 373. - 23 fév. 1968, sin. int. c. Benacout A.J.P.A. 1968, 476), aussi comme si la sanction a été prise sur la base de pièces autres que celles figurant au dossier comme au IV. Cons. d'Etat 9 janv. 1953, Dane Brocat Lebon, Table, pág. 913, 918. - 13 juillet 1963, Quesselt Dr. Adm. 1963, pág. 283. - 20 jan. 1967, Jarry et Féd. (doc. nat. (C.F.T.), req. n.º. 65079).

(29) En lo referente al concepto, contenido, protección y consecuencias de la vigencia de ese trámite en los procedimientos administrativos la STS de 27 de Marzo de 1984 dice: "se trata de un trámite que ha sido considerado de observancia obligatoria - S. de 13 de Mayo de 1948 -, de extraordinaria importancia - S. de 4 de Marzo de 1947 -, necesario - S. de 25 de Abril de 1950 -, más que cualificado - S. de 29 de Marzo de 1943 -, cardinal - S. de 2 de Marzo de 1931 -, sustancial - S. de 11 de Julio de 1932 -, fundamental - S. de 12 de Febrero de 1951 -, capital - S. de 13 de Enero de 1905 -, esencial - S. de 7 de Marzo de 1956 -, esencialísimo - S. de 27 de Mayo de 1935 -, sagrado - S. de 15 de Junio de 1925 -; es un trámite del que se puede decir todo esto, porque obedece a un "eterno principio de justicia", que exige que nadie sea condenado sin ser oído - S. de 15 de Noviembre de 1934 -, lo que justifica que el principio se aplique en todas las jurisdicciones - Ss. de 20 de Mayo de 1993, 23 de Abril de 1932, 28 de Junio de 1933, 5 de Febrero de 1947 - y que haya formado parte de nuestro Derecho histórico (Leyes 6a. y 8a., título 5, Libro III de la Novísima Recopilación), llegando a alcanzar rango constitucional en nuestra Ley Fundamental de 27 de Diciembre de 1978 (art. 24.1), objeto de aplicación en la Sentencia de esta Sala 4a. de 2 de Julio de 1981.

Jada la universalidad del principio, al que decir tiene que ha formado parte de nuestro Ordenamiento Administrativo, lo mismo que en la vigente Ley Procedimental de 17 de Julio de 1958 (art. 2), razón por la cual la jurisprudencia no ha tenido que recurrir, para aplicarlo a ningún esfuerzo creador, ni a los principios generales del derecho.

En la práctica, sin embargo, los Tribunales, sin llegar a la degradación del principio del que nos venimos ocupando, ha procurado atemperarlo, en su funcionalidad, a la razón de su existencia,

.../...

en todos los países de nuestro entorno el núcleo esencial de los derechos de defensa en el procedimiento administrativo (30).

(29) .../...

despojándolo de toda consideración dogmática y de ritualidad curialesca, conectándolo con otros principios igualmente dignos de estos, como son el espiritualista y el de economía procesal. La clave para la acentuación de estos principios, aparte de su contrapuesto nos la da la finalidad del primero de ellos, el de audiencia, que no es otra, como es sabido, que la de salvaguardar la garantía del administrado, frente a la actuación de la Administración, razón por la cual esta garantía, y la expectativa que la misma ofrece, se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades, si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo, sin influencia alguna en su sentido.

Es por lo expuesto por lo que la jurisprudencia ha procurado reconocer la aplicación del precepto contenido en el citado artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, condicionando las nulidades a que se haya producido indefensión - Ss. de 15 de Junio de 1961, de 23 de Octubre de 1962, 20 de Marzo de 1964, 29 de Septiembre de 1964 - la que no pudo producirse si el interesado utilizó el recurso de Alzada, o el de reposición - Ss. de 6 de Junio de 1960 y 3 de Noviembre de 1964 -, o cuando tuvo una abundante intervención en las actuaciones en vía administrativa - S. de 13 de Enero de 1961 -, y, naturalmente, después en la jurisdiccional, recordándose a este respecto lo establecido en el art. 48.2 de la tan repetida Ley de Procedimiento Administrativo - S. de 2 de Enero de 1963 -, doctrina constantemente aplicada hasta nuestros días: Ss. de 3 de Noviembre de 1964, 26 de Septiembre de 1964, 22 de Febrero de 1968, 9 de Abril de 1975, 6 de Noviembre de 1976, 18 de Abril de 1978 y 31 de Octubre de 1980."

(30) Esa circunstancia (el respeto a la audiencia del inculpado en todos los países miembros de la Comunidad Europea) ha hecho que, ante la ausencia de texto administrativo que lo contemplase, haya sido mediante la técnica de los principios generales del derecho que se ha incorporado a los procedimientos administrativos de sanción. (I.J.C.E. Transocean Marine Paint de 23 - I- 74, Caso 1774, Col. 1974). En la pág. 1089, el Abogado General WARNER hace las siguientes consideraciones: "la regla "audi alteram partem" es varias veces centenaria en Derecho inglés; está fuertemente establecida y es de aplicación diaria. Es considerada como una regla de justicia natural, una frase de estilo algo florido y a veces criticada referente a un concepto parecido a lo que se denomina más humilde en los países de lengua francesa los principios generales del Derecho". La regla existe también en el Derecho escocés, en el Derecho danés y en el Derecho irlandés. En cuanto al Derecho francés, parece que el principio es bastante reciente" Juan Manuel TRONTERO JIMENEZ, La defensa de las empresas frente a las sanciones de la Administración europea, Ed. Bosch, Barcelona 1986, pág. 26 nota 32 y bibliografía allí citada.

Sobre el respeto de esta regla en los procedimientos administrativos sancionadores ver por todos, N.A. SANDULLI; La sanzione ..., op. cit., págs. 135 y ss. En la página 159 afirma: "Contrariamente a quanto sostenuto in dottrina, la Corte Costituzionale ha tuttora ripertutamente escluso che la regola espone le proprie ragioni prima che vengano adottati provvedimenti limitativi dei loro diritti" possa considerarsi generalmente assunta a principio costituzionale (Cfr. sentt. 20 Marzo 1978 n. 23, 30 Dicembre 1972 n. 212, 6 luglio 1965 n. 99, 2 Marzo 1962 n. 13, rispettivamente in Gjur. cost., 1978, I, 466; 1972, I, 2277; 1965, I, 745; 1962, I, 136)".

La exclusión sorprende por cuanto, como sabemos, el art. 24.2 de la Constitución Italiana es idéntico al nuestro. Ahora bien, esa falta de relevancia constitucional no implica la no vigencia del principio. Muy al contrario, es uno de los pilares y exigencias del procedimiento

.../...

La posibilidad de que los interesados critiquen el material obrante en el expediente y el resultado de las pruebas practicadas (31), alegando y presentando cuantos documentos estimen pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, se encuentra positivizado, para los procedimientos administrativos en general, en el art. 91 de la L.P.A. (32), cuyas previsiones han sido elevadas a rango constitucional en virtud del art. 105 CE (33).

(30) .../...

contradictorio. En Francia, el respeto a la audiencia del interesado como integrante de los llamados "derechos de defensa" ha sido postergada recientemente por lo que respecta a los procedimientos administrativos sancionadores (y por ende en el Statut Général des Fonctionnaires, por ejemplo arts. 18 y ss.). Ahora bien, como dice la mejor doctrina: "Cependant, dans le silence des textes, il existe des garanties minimales, découlant du principe du contradictoire et des droits de la défense, dont la jurisprudence exige la respect même de mesures prises en considération de la personne" (V.P. Delvolvé, L'acte administratif, Sirey 1983, pág. 165)°.

Sobre el tema ver, además, J. PUISOYE, La jurisprudence sur le respect des droits de la défense devant l'administration, A.L.R.A., 1962, pág. 69.

(31) GONZALEZ NAVARRO, Derecho administrativo ... op. cit., pág. 324.

(32) Sobre el tema ver SERRANO GUIRADO, El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, RAP n.º. 44, págs. 129 - 190; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la LPA, Coentario al art. 91, Ed. Civitas, Madrid 1980, págs. 668 - 687; La revisión de la LPA, DA nos. 62 - 63, págs. 26 y ss.; GONZALEZ BERENGUER, El particular y el expediente administrativo según la Ley de Procedimiento, RA n.º. 28, págs. 23 y ss.; GARRIDO, El principio audi alteram partem en la vigente LPA, PEYL, n.º. 90, págs. 817 - 826; GARCIA DE ENTERRIA - PAREJO ALFONSO, L., Lecciones de derecho urbanístico, Civitas, Madrid 1981, págs. 836 y ss.; SANCHEZ MORON, N., La participación del ciudadano en la Administración Pública, Madrid 1980; ROYO VILLANOVA, S., El procedimiento administrativo como garantía jurídica, Rev. Est. Políticos, n.º. 48, 1949, págs. 55 y ss.; MARTIN RETORTILLO, L., Las sanciones ... op. cit., págs. 199 y ss.

(33) Tal como afirma GARRIDO FALLA, La Comisión Constitucional del Congreso el 24 de Julio de 1978 aprobó un texto que decía "La Ley regulará (...) c) El procedimiento a través del cual los actos administrativos deben producirse, sin que en ningún caso pueda omitirse el trámite de audiencia del interesado".

La propuesta no prosperó, y el art. 105, CE afirma: "La Ley regulará (...) c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado".

Adviértase - dice el autor - que la expresión constitucional en esta materia lo que realmente ha querido es añadir un elemento de cautela "cuando proceda". Lo cual es un acierto, ya que el principio de audiencia tiene sentido cuando se trate de decidir sobre derechos de los

.../...

En lo referente a los procedimientos sancionadores, la protección de ese derecho se haya reforzada de forma importante. El Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de declarar contrario al art. 24 CE "la imposición de una sanción administrativa sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión, sin tener oportunidad de hacerse oír, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y adquiera firmeza": son las llamadas sanciones de plano (74).

Esa circunstancia nos indica que en este tipo de procedimientos (entre los que deben incluirse los disciplinarios) las garantías y sistemas de protección se encuentran reforzados por la indubitada aplicación del art. 24, su consideración de derecho fundamental y la consiguiente posibilidad de recurrir en Amparo ante su presunta o supuesta violación (75).

(33) .../...

administrados (resolución de un recurso en que hay dos o más parte interesadas, procedimientos contradictorios, sancionadores o disciplinarios, etc.) pero no puede ser una regla de inexcusable exigencia para dictar cualquier resolución administrativa, como hubiere ocurrido si hubiese prosperado el atípico texto que aprobó el pleno del Congreso ...".

GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución..., op. cit., pág. 1454.

(34) STC de 8 de Junio 81 (Funcionarios de Correos de Barcelona, ff. n.º. 3).

Con posterioridad, STS de 10 de Noviembre de 1.984, 18 de Marzo de 1.980, 4 de Julio y 19 y 26 de Diciembre de 1.983, 21 de Junio de 1.985. Sobre el tema, además de la bibliografía ya citada, ver, MARTÍN RETORTILLO, L., Las sanciones de orden público en Derecho Español, Ed. Tecnos, Madrid 1.973; J.E. GARCÍA SORIANO, Sanciones de plano. Su vigencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1.980), REDA n.º. 26, págs 489 y ss.; CAMO NATA, Las infracciones..., op. cit., págs. 153 y ss.

(35) Por ejemplo, STC 125/83, de 26 de Diciembre, que declara la no aplicación retroactiva del art. 24 a supuestos nacidos con anterioridad a la Constitución; STC 77/83, de 3 Octubre, y STC 18/81, de 8 de Junio (ya citadas); STC 4 de Abril de 1.984 y STS de 20 y 24 de Enero de 1.987. Así la interpretación mayoritaria afirma: "No cabe duda de que el derecho de defensa pertenece a los principios constitucionales en que debe inspirarse el procedimiento administrativo sancionador. Así lo tiene reconocido el Tribunal desde antiguo (SS. 73/85, de 14 de Junio, y 15/85, de 18 de Junio, y más recientemente en la sentencia 2/87, de 21 de Enero) una de cuyas manifestaciones es el derecho de audiencia de los interesados... en los procedimientos administrativos sancionadores... comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva (Auto del TC de 13 de Mayo de 1.987)".

Al respecto, los reglamentos disciplinarios prevén, para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves, el ejercicio del derecho de audiencia en dos momentos distintos: al contestar el pliego de cargos (art. 36 RDFCE) y al deducir alegaciones a la propuesta de resolución (art. 43 RDFCE) (36). Por consiguiente, puede producirse violación del derecho a ser oído tanto si no se da al funcionario la oportunidad de defenderse, como si ese trámite se produce en otro instante diferente, no pudiendo aceptarse como cauce adecuado para ejercitar el derecho de referencia, la interposición del recurso administrativo pertinente, pues esa forma de actuar sería una lamentable concepción de los derechos de defensa y vulneraría igualmente el art. 24 de la Constitución (37).

Y decimos el art. 24 del Texto Constitucional porque ese es el precepto infringido (y no el art. 105 de la CE) (38) cuando se inobserva el derecho a ser oído en los

(36) "Para la imposición de sanciones por faltas leves no será preceptiva la previa instrucción del expediente... salvo el trámite de audiencia al inculpado que deberá evitarse en todo caso" (art. 18.2 RDFCE).

Sobre el contenido de esos trámites ver el capítulo siguiente del presente trabajo.

(37) "En los procedimientos ordinarios, el trámite de audiencia se da una vez instruido el expediente o inmediatamente antes de la propuesta de resolución". GONZÁLEZ PÉREZ, Comentarios..., op. cit., pág. 668.

(38) "No obstante, tiene también declarado en alguna ocasión nuestro Alto Tribunal, que el encuadramiento procesal del principio básico de que nadie puede ser condenado sin ser oído, ofrece diferentes modalidades administrativas y en muchos casos, por su sencillez y naturaleza especial, el cauce primero señalado al desarrollo de tal principio es el recurso de reposición, o el de súplica o el de alzada; pues la finalidad esencial del principio es evitar la indefensión (STS, Sala 4a., de 21 de Enero de 1.963. En análogo sentido, STS, Sala 4a., de 5 de Abril de 1.963)".

GONZÁLEZ NAVARRO, Tratado..., op. cit., pág. 327 y STS de 28 de Septiembre de 1.964.

En contra de esa interpretación, STS 9 de Octubre de 1.959, 13 y 25 de Mayo de 1.960, 28 de Enero de 1.963, 21 de Abril de 1.959, 5 y 15 de Junio de 1.961 y STC 102/83, de 23 de Julio.

En los procedimientos administrativos no sancionadores, el TC suele considerar que no se aplican las garantías del art. 24 y, en consecuencia, suele inadmitir los recursos de amparo interpuestos contra la infracción del derecho a ser oído. Así afirma: "Ocurre, además, que aún si se

.../...

procedimientos disciplinarios, cuestión que no aparece clara por lo que respecta a las sanciones fruto de una especial relación de sujeción en la doctrina del Tribunal Constitucional, (39) pero que debe ser aceptada sin reparos

(38) .../...

entendiese que se había omitido el trámite de audiencia, tampoco ello constituiría una infracción susceptible de anular, sino sólo contraría al art. 105 c) de la Constitución, donde sólo se exige la audiencia "cuando proceda" (y aquí legalmente no procedía), pues las exigencias del art. 24 no son trasladables sin más a toda transacción administrativa" STC 66/85, de 30 de Mayo, Autos del TC 564/87, de 20 de Mayo, 29 de Octubre de 1.985, 14 de Enero de 1.987, 29 de Julio de 1.987, 22 de Diciembre de 1.986, 1.197/87, de 26 de Octubre y 357/87, de 27 de Mayo que dice: "la falta de audiencia administrativa no constituye indefensión sobre todo si tal falta ha sido revisada por la jurisdicción y considerada por ésta irrelevante". En el mismo sentido, STC 175/87 de 4 de Noviembre. Sin embargo, otras resoluciones sí consideran la aplicación del art. 24 en los procedimientos administrativos. Así afirman: "el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, consagran el principio informador del derecho, de que nadie puede ser condenado sin ser oído", y que en la actualidad se reconoce como derecho constitucional en el art. 105 c) y 24.1 de la Constitución Española, trámite de audiencia que al incumplirse genera la más absoluta indefensión y, por tanto, la nulidad de las actuaciones practicadas en vía administrativa, cuando no se haya cumplido tal trámite con algún interesado" (STS 19 de Enero de 1.985, 12 de Febrero de 1.987, 13 de Octubre de 1.982).

(39) Si bien hemos ya indicado la aplicación del art. 24 en los procedimientos sancionadores, en alguna ocasión, cuando se analiza una sanción fruto de relaciones especiales de sujeción, su virtualidad se satiza (STC 21/81, de 15 de Junio, ATC de 13 de Octubre de 1.987, STS de 7 de Abril de 1.986).

En contra de esa interpretación se manifiesta abundante jurisprudencia. Así, además de las ya citadas, la STS de 20 de Enero de 1.987 afirma: "omisiones que consisten en la falta de formulación de un Pliego de Cargos y en la omisión del trámite de audiencia antes de dictar resolución, todos ellos esenciales en todo expediente sancionador, que no pueden ser omitidos aunque el sancionado pertenezca a un Cuerpo como el de la Guardia Civil, ni una norma, con rango de Ley, que así lo establezca.

SEGUNDO: Las omisiones de estos trámites, esenciales en todo expediente sancionador, infringen manifiestamente lo establecido en los arts. 24 y 25 de la Constitución, en cuanto el sancionado ignora la acusación formulada contra él, y al mismo tiempo queda privado de cualquier posibilidad de defensa, conculcándose la presunción de inocencia. Es cierto que el art. 24 de la Constitución, contiene una expresa referencia a los procedimientos judiciales, al establecer el derecho de todo ciudadano a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, pero este precepto ha sido interpretado tanto por esta Sala con reiteración, como también reiteradamente por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento, han de ser aplicados a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y en la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 -de la Constitución-, debiéndose de tener en cuenta además, que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado -Sentencia de 8 de Junio de 1.981 (R.T. Const. 181)-.

siempre que su olvido produzca indefensión pues de otro modo se corre el peligro de convertir lo que deberían ser auténticos principios fundamentales, en meros enunciados con escaso valor, infringiendo el principio de seguridad jurídica (pues no sabemos como podemos ejercer, a ciencia cierta, la tutela judicial y menos aún como será esta más efectiva) y olvidando de esta forma el aforismo "defensiones quocumque tempore postulante reo negari no oportet" formulado por PAULO (40) hace cientos de años.

(40) "Pidiéndola al reo, no se le debe negar nunca la defensa". Parágrafo 9 del fragmento de PAULO n.º. 19 del título 48 (de questionibus) del libro 18 del Digesto. El derecho a ser oído se recoge además en las reglas "audi alteram partem", "Nemo debet inauditus damnari", "Nemo damnatus, nisi auditus". RAMS, J.M., Los principios generales del derecho, Ed. Bosch, Barcelona 1.978, pág. 26.

3. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. El derecho al recurso y su aplicación en los procedimientos disciplinarios.

El Tribunal Constitucional tiene declarado en lo que afecta a la utilización de los distintos medios de prueba, la relevancia constitucional (art. 24.2) del derecho que posee el expedientado en un procedimiento disciplinario, "a aportar y proponer las pruebas (1) que estime pertinentes (2) y relevantes" (3), afirmaciones que refuerzan las recogidas por el derecho positivo cuando sostiene que el instructor podrá acordar la práctica de las pruebas que reúnan esa característica, además de otras que considere oportunas (art. 37.1 RDFCE).

Por otro lado, el párrafo 2 del artículo 37.2 completa el régimen legal permitiendo al instructor denegar la admisión y práctica de las pruebas para averiguar cuestiones que considere innecesarias, debidamente motivada, "sin que contra esa resolución quepa recurso alguno".

Por tanto y a la luz del artículo 24, dos cuestiones con trascendencia constitucional son las que se plantean:

- a) ¿Cuando un medio de prueba es considerado pertinente y relevante para el esclarecimiento de los hechos?
¿Cuando su denegación infringe lo dispuesto en el art. 24.2 CE?

(1) STC 192/87, de 23 de Diciembre.

(2) En concreto, la STC 125/83, de 26 de Diciembre declara que la aplicación del artículo 24.2 de la C.E. a los procedimientos administrativos sancionadores supone "que el presunto inculpaado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes".

(3) ATC 294/83, de 8 de Mayo, entre otros muchos.

b) Una vez reconocido el derecho constitucional al recurso (art. 24.1) ¿Resulta lícita la interdicción total de recurrir autónomamente la decisión del instructor de inadmitir los medios probatorios propuestos por el interesado?

A) La "pertinencia" y "relevancia" de la prueba.

Aunque la jurisprudencia contencioso-administrativa no se ha mostrado muy rigurosa a la hora de concretar cuando un medio probatorio es o no pertinente y relevante, (4) el TC ha seguido el criterio genérico de analizar su vinculación con el objeto del proceso (5).

De ese modo, en los procedimientos disciplinarios, deberán ser admitidas y practicadas las pruebas adecuadas para determinar, comprobar y esclarecer los hechos que dieron lugar a la incoacción del expediente y aquellas que resulten apropiadas para concretar las responsabilidades susceptibles de sanción (6). Al respecto, no debemos olvidar

(4) Poes interpretando el art. 98.1 LPA considera que reúne esa cualidad la que recaiga sobre "hechos relevantes para la decisión del asunto (STS de 17 de Marzo de 1.964). Citado por GONZALEZ PENEZ, J. Comentarios... op. cit., pág. 457. Así mismo ver BASSOLS COMA, N. Algunas consideraciones sobre el procedimiento sancionador, en *Id. cit.* 68/1.963, pág. 71 y ss.

(5) ANTC 681/84 de 14 de Noviembre, 191/84 de 28 de Marzo, 268/84, de 19 de Marzo. Al respecto, la STC 51/85 de 10 de Abril declara que la pertinencia de las pruebas es la relación que los datos guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye "thema decidendi" para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal.
En parecidos términos, SSTC 30/86 de 20 de Febrero, 50/86 de 22 de Marzo.

(6) Art. 34.1 RPPCE. Al respecto, la doctrina procesalista considera que los hechos objeto de prueba han de ser a) Posibles. b) Verosímiles. c) Relevantes y pertinentes. d) No prohibidos por la ley, e) No exentos de prueba. Entre estos últimos se encuentran los hechos admitidos por las partes y los hechos notorios a los que es de aplicación el adagio "notaria no eget probatione". Para un análisis del tema ver FENECH, N., *Notario procesal penal*, II, Ed. Labor, Madrid 1.962, págs. 597 a 599; CALENDEBARRA, P., la definición del falso notario 1.925, trad. española de Sentis en *Revista de derecho procesal argentino*, 1.945, I, págs. 95 y ss.; AYARRAGARAY, Con

.../...

que en la instrucción del expediente rige el principio inquisitivo y por tanto, la finalidad del mismo más que la búsqueda imparcial de la realidad esta orientada hacia la determinación de la responsabilidad del agente (7), dato que por lo demás, resulta difícilmente defendible una vez reconocida la unidad del derecho punitivo del Estado y la consiguiente traslación de las garantías procesales del ámbito penal a los procedimientos administrativos sancionadores.

Un segundo escollo se plantea principalmente con el sujeto encargado de valorar si la prueba instada por el interesado reúne o no las características indicadas con anterioridad.

Al respecto, el TC ha declarado, para la generalidad de procesos, que "la apreciación de la pertinencia de la prueba corresponde a los órganos del Poder Judicial ante los que se solicita (8) por lo que únicamente se permite el control del TC cuando pudiendo producir indefensión, la denegación de un medio de prueba carece de toda fundamentación o la

(6) .../...

notivo de "El hecho notorio" de Lorenzo Carnelli, en Revista de Derecho procesal argentino, 1.945, I, pág. 64.

Por su parte, los arts. 37.1 y 38 del RDFCE utiliza igualmente los términos "pertinente" y "relevante" para describir los medios de prueba y los hechos susceptibles de ser probados.

Al respecto, la STC 50/83, de 14 de Julio considera irrelevante como medio de prueba en un procedimiento disciplinario "las experiencias externas del perro del expedientado".

(7) Ver Título VIII, Capítulo I del presente trabajo. Por último, la prueba no puede versar sobre cuestiones de derecho dada la indubitada aplicación del principio "iura novit curia" (STC de 22 de Mayo de 1.975). Sobre el tema ver, GONZALEZ PEREZ, J., Derecho procesal administrativo, 2a. ed., Madrid 1.966, II, págs. 729 y ss.; GONZALEZ NAVARRO, "La prueba en el procedimiento administrativo," en Procedimientos administrativos especiales, EDAP, 1.969, págs. 35 y ss.

(8) STC 147/87, de 25 de Septiembre y MATC 410/83, de 13 de Octubre, 191/84, de 28 de Marzo, 420/84, de 11 de Julio, 681/84, de 14 de Noviembre, 546/85, de 2 de Octubre, 137/86, de 12 de Febrero, 268/86, de 19 de Marzo, 553/87, de 13 de Mayo, 1010/87, de 16 de Septiembre.

motivación del rechazo es arbitraria o irrazonable" (9).

Esa doctrina, aplicada al procedimiento disciplinario, produce dos consecuencias que merecen ser comentadas. Por una parte, reitera las previsiones legales que trasladan al instructor del expediente la valoración sobre si la prueba instada por el interesado es o no pertinente, regulación que coloca al órgano decisorio en la tesitura de sancionar al funcionario en base a los hechos probados por el instructor; por otra, refuerza la necesidad de motivar la denegación de las pruebas propuestas por el expedientado (art. 37.1 RDFCE) pues la ausencia o insuficiencia de ese requisito, implica que la resolución sancionadora no sólo caiga en el ámbito del artículo 48 LPA sino, además, infrinja el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE con las consecuencias procesales que ello comporta (10).

En tercer lugar y por último, el TC tiene declarado igualmente que corresponde al recurrente aportar los argumentos que acrediten la conexión y relevancia de las pruebas propuestas con el objeto del procedimiento. De ese modo exige que el presunto perjudicado dé razones suficientes para "destruir" la decisión administrativa adoptada de no concesión de pruebas (11) y demuestre que el rechazo de la prueba le ha causado indefensión, es decir, que justifique hasta qué punto la resolución "pudo acaso haber sido otra si la prueba se hubiera admitido" (12) o si

(9) Entre otras muchas SSTC de 11 de Mayo de 1.983, 7 de Mayo de 1.984, y 19 de Julio de 1.985, y los Autos de 25 de Septiembre de 1.983, 11 y 18 de Julio de 1.984 y 16 de Enero, 11 de Julio y 2 de Octubre de 1.985. Auto 819/85, de 29 de Noviembre, JC. 1. IIII.

(10) Pues posibilita el recurso por la vía de la LPJDF y el amparo constitucional.

(11) STC 2/87, de 21 de Enero; STC 116/83, de 7 de Diciembre f.j. n.º. 3; STC 30/86, de 29 de Febrero.

(12) STC 116/83, de 7 de Diciembre; STC 147/87, de 25 de Septiembre; STC 40/86, de 1 de Abril; STC 97/83 de 10 de Junio.

admitida se hubiera practicado (13). Sólo en estos casos se podrá considerar infringido el derecho a utilizar, en la sustanciación del procedimiento disciplinario, los medios de prueba pertinentes para la defensa.

B. La interdicción de recurrir autónomamente la denegación de la admisión y práctica de las pruebas, ¿in constitucional?

Una segunda cuestión íntimamente ligada con el problema anterior es la que planteábamos al inicio de este epígrafe. ¿Qué recursos caben ante la no admisión de una prueba propuesta por el expedientado?

Una simple lectura del art. 37.2 del RDFCE nos daría rápida respuesta al tema suscitado: contra la denegación de la admisión y práctica de las pruebas no cabe recurso del inculpado. Ahora bien, una vez dictada la resolución definitiva si podrá ser uno de los motivos que dan lugar a la impugnación de la sanción (14).

Esta solución no nos parece jurídicamente aceptable a la luz de los argumentos que seguidamente exponemos. A nadie escapa la importancia y trascendencia de los medios probatorios en la resolución de los expedientes disciplinarios. Si no existe posibilidad de recurrir autónomamente la decisión de inadmisión de una prueba se está condicionando la decisión final del expediente, se están limitando injustificadamente los medios de defensa del inculpado (hasta el momento presumido inocente) y se le está

(13) STC 97/87, de 10 de Junio; STC 116/83, de 7 de Diciembre. Ambas abordan el problema de una prueba admitida y posteriormente no practicada, cuestión que ocurre con frecuencia incluso ante los órganos jurisdiccionales.

(14) STS de 20 de Mayo de 1.983 (art. 3.382) y 15 de Diciembre de 1.986 (art. 1.146).

obligando a recurrir una decisión final que probablemente ya le ha considerado responsable de los hechos imputados. Al hilo de lo expuesto, un elenco de argumentos nos llevan a dudar sobre la constitucionalidad de esas previsiones, sobre todo a la luz del artículo 24.1 CE tal y como ha sido interpretado por el TC.

En efecto, una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva lo constituye, precisamente, el derecho al recurso (15). Si bien es cierto que el TC ha considerado la ausencia de "principio alguno en la Constitución que obligue a la existencia de unos determinados recursos, por lo que pertenece al ámbito de libertad del legislador establecer los que estime oportunos" (16), también ha reconocido que debe ser una "Ley (17) la que determine los cauces y condiciones del ejercicio de ese derecho y siempre evitando establecer obstáculos contrarios a su contenido esencial" (18).

Al respecto, el tribunal ha concretado que el derecho a la tutela judicial efectiva "puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto a los

(15) STC 117/84, de 13 de Octubre; STC 49/87, de 23 de Abril; STC 58/87, de 19 de Mayo entre otras muchas.

(16) STC 28/87, de 5 de Marzo. Además, el derecho a la doble instancia únicamente existe en el orden penal (STC 58/87, de 19 de Mayo; STC 69/87, de 22 de Mayo; STC 3/83, de 25 de Enero).

(17) STC 100/87, de 12 de Junio; STC 154/87, de 14 de Octubre; STC 99/85 (fj. n.º. 4); STC 171/88 de 30 de Septiembre y 201/87, de 16 de Diciembre.

(18) STC 172/87, de 3 de Noviembre; STC 87/84, de 27 de Julio; STC 185/87, de 18 de Noviembre.

finas que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución", entre ellos, por ejemplo, evitar los efectos distorsionadores para el sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad (19).

Pues bien, en nuestro caso, ni la prohibición de utilizar cualquier recurso ante la inadmisión de una prueba ha sido decisión del legislador (obviando el mandato del art. 53.1 CE) ni se respeta, con esa regulación, el contenido esencial del derecho ya que nos encontramos, no lo olvidemos, ante una interdicción clara y simple de interponer recurso por parte del inculpado (20).

(19) STC 206/87, de 21 de Diciembre, ATC 171/86, de 19 de Febrero.

La sentencia citada en concreto afirmaba que "ese obstáculo deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionales protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables (STC 158/1.987, de 20 de Octubre, Fj. 4o.). Entre las finalidades atendibles de esos obstáculos cabe incluir la de prevenir los resultados distorsionadores del entorno sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad, como en el Auto 171/1.986, de 19 de Febrero, de este Tribunal (Recurso de Amparo 1.223/85), se sostuvo, o sancionar el ejercicio abusivo, temerario o de mala fe del propio derecho de acceso a la justicia, finalidades ambas que, juntamente o por separado, persiguen medidas como la condena en costas, la pérdida de depósitos o fianzas, la imposición de multas por temeridad u otras semejantes."

(20) Así, para que un acto sea susceptible de recurso, además de lo apuntado, debe provenir de la Administración Pública y estar sujeto al derecho administrativo (art. 1.1 LJCA). Quedan excluidos por tanto, los actos políticos, que después de la Constitución únicamente son aquellos por los que se relacionan los distintos poderes del Estado.

Sobre el problema antes de la Constitución ver: GUITA, "Los actos políticos o de gobierno en Derecho español", *RINC*, 4 (1965), págs. 74 - 98, y El Consejo de Ministros, 2a. ed., Madrid 1967, págs. 68 - 72; BAENA DEL ALCAZAR, "Administración y Gobierno en la Ley Orgánica del Estado", *AA*, marzo - abril 1975, págs. 29 y ss.; SANCHEZ AGESTA, "Concepto jurídico del acto político", *Monografía a don Nicolás Pérez Serrano*, Madrid 1959, II, pág. 201; CARRO Y FERNANDEZ VALMAYOR, "La doctrina del acto político", *RMP*, núm. 53, págs. 131 - 228; DOMÍNGUEZ PENEZ, "El principio antiformalista de la LJ", *RMP*, núm. 57, pág. 197; GUITA, "Actos políticos y Justicia administrativa", en *Primeras Jornadas alicantinas de estudios jurídicos y financieros*, Alicante 1973, págs. 115 - 132; LOPEZ GARRIDO, "Principio de legalidad versus acto político", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 43 (1972), págs. 113 - 168. La doctrina actual queda claramente expuesta en la Sentencia de la Sala 4a. del TS de 22 de Enero de 1982 que confirma sentencia de la Audiencia Nacional que estimó recurso interpuesto por sáedito extranjero contra orden de expulsión de la Dirección General de Seguridad del Estado, por falta de trámite de audiencia del afectado.

A esta segunda afirmación llegamos tras examinar el régimen de impugnación que para los actos administrativos se encuentra previsto tanto en la LPA como en la LJCA.

En efecto, tradicionalmente se había sostenido que, como regla, sólo eran autónomamente susceptibles de recurso los actos definitivos, es decir, aquellos que deciden el fondo del asunto. Por contra y según los art. 113 LPA y 37 LJ, cuando se trataba de meros actos-trámite (aquellos actos instrumentales de las resoluciones) eran irrecurribles salvo "que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión" (21).

Pues bien, la decisión del instructor de denegar la admisión y práctica de las pruebas propuestas por el interesado es sin duda alguna un acto a trámite que prepara la resolución final, pero un acto a trámite que, en ocasiones y según doctrina del propio TC, puede producir indefensión (22) por lo que la interdicción total y absoluta de recurrirlo constituye un obstáculo desmesurado a la jurisdicción, que se separa de forma no razonable de las

(21) En verdad, "la jurisprudencia había interpretado con mayor rigor esos enunciados legales y consideraba evidente que si el acto produce indefensión, pero no impide continuar el procedimiento no será susceptible de impugnación autónoma", GONZALEZ PENEZ, J., Comentarios a la LPA, ... 59, cit., pág. 760.

Asimismo, STS de 22 de Mayo de 1990 (nr 3843), STS de 19 de Junio de 1994 (nr 3441), STS de 2 de Julio de 1995 (nr 2728) entre otras muchas.

(22) En este sentido, el concepto de indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos (STC 87/1986, de 1 de Julio). En diversas ocasiones este Tribunal ha reconocido las interrelaciones existentes entre la indefensión contemplada en el art. 24.1 de la Constitución y el derecho a los medios de prueba, y ha entendido como incluida dentro de los medios de defensa, cuya privación o desconocimiento puede constituir indefensión, también la posibilidad de aportación de medios de prueba, habiendo afirmado que "la relación entre el derecho a las pruebas e indefensión, acerca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho" (Sentencia 51/1.985, de 10 de Abril). De este modo, la denegación de pruebas en determinadas circunstancias, pudiera haber "provocado indefensión" (Sentencia de 7 de Diciembre de 1.983).

previsiones legales e incide de lleno en el contenido esencial del derecho al recurso, pues simplemente lo suprime.

Pero es que además, y al hilo de lo afirmado anteriormente, una vez reconocido en normas con rango de ley (Art. 6 (LPJDDJ)) incluso orgánica (art. 41.2 LOTC) la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante el TC "las disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho" de los poderes públicos que viclen derechos fundamentales, resulta ilegal prohibir, vía reglamentaria, la interposición de todo recurso contra un acto trámite como es la decisión de denegar la práctica de los medios probatorios propuestos por el expedientado, pues esa regulación contraviene el principio de jerarquía normativa, también reconocido en la Norma Fundamental (art. 9.3 CE).

Asimismo y una vez hecha la equiparación con matices de todo el orden punitivo del Estado, resulta como mínimo sorprendente, dadas las similitudes entre el proceso penal y el procedimiento disciplinario, que en el ámbito penal este prevista, en todo caso, la posibilidad de accionar algún tipo de recurso contra la inadmisión de los medios probatorios propuestos por las partes (23) y esa misma

(23) Así la LECR, respecto al procedimiento penal ordinario distingue dos tipos de diligencias: Aquellas efectuadas en la fase de instrucción y las realizadas en el juicio oral.

En cuanto a los primeras, ante la inadmisión de una prueba cabe recurso de reposición y, en su caso, de apelación. Así lo disponen los arts. 216 y 217 LECR ("contra todos los autos del juez instructor cabe recurso de reposición. Si es denegado, cabrá recurso de apelación a un solo efecto). Asimismo, ver los arts. 219 y 311 de la LECR. Como es sabido, el recurso de reposición es un recurso no devolutivo, pues el mismo juez que ha dictado la resolución inicial impugnada y ante el que se interpone, es competente para conocer de él (art. 220 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es similar al recurso de reposición en el ámbito civil. Cabe contra las providencias y autos del Juez de Instrucción. Por contra, el recurso de apelación es un recurso devolutivo típico cuya interposición origina a la competencia de un órgano superior jerárquico llamado "órgano ad quem" respecto del que ha pronunciado la resolución judicial llamado "ad quo". Supone un curso

.../...

123) .../...

conocimiento por parte del órgano ad quem del contenido total de la resolución impugnada y en el caso analizado (la denegación de las pruebas propuestas por las partes) decide quién será competente para conocer de la causa oral.

Del mismo modo, la ley prevé que si no fuere procedente recurso alguno (caso de la admisión de una prueba sobre la que no hay conformidad por la parte contraria), cabe siempre recurso de súplica (arts. 234 y 237 de la LECr).

En cuanto a la fase del juicio oral puede accionarse el recurso de casación.

En tal sentido, "el vicio o defecto procesal que da origen al motivo de casación por denegación de prueba, recogido en el art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene su fundamento en el derecho que toda persona tiene a utilizar los medios probatorios para demostrar la justificación de sus pretensiones, estando esta facultad considerada como un derecho fundamental y consagrada como tal en el art. 24 de la Constitución, derecho que encuentra su límite en la pertinente ... garantía de derecho de las partes y de la seguridad jurídica, debiendo conjugarse en todo momento estos derechos a utilizar la prueba y a la seguridad jurídica, para que no se produzca la indefensión de las partes que intervienen en el proceso.

Pues bien, para la viabilidad del recurso de casación, basado en la denegación de prueba, es preciso que concurren los siguientes condicionamientos: A) que la prueba denegada haya sido propuesta por quienes sean partes en el proceso ... B) que sea pertinente ... C) que se manifieste el contenido de la prueba denegada a efectos de determinar su admisión o inadmisión; D) que se haga constar la correspondiente protesta como justificante del petitum de la subsanación de la falta o vicio procesal cometido". Antonio Ma. LORCA NAVARRETE, Derecho procesal penal, Ed. Tecnos, Madrid 1980, pág. 220.

Por otro lado, contra la admisión de un prueba cabe recurso de súplica.

Respecto a otro tipo de procesos concurren parecidas circunstancias. Al respecto ver, los arts. 790, 791 y 800 de la LEC (procedimientos especiales) así como lo dispuesto en el art. 10 de la Ley Orgánica 10/80, de 11 de Noviembre, para el enjuiciamiento de delitos dolosos, oenos graves y flagrantes.

En general, sobre los recursos en el procedimiento penal ver P. ARAGONES ALONSO; Instituciones de derecho procesal penal, Madrid 1984; A.M. LORCA NAVARRETE, Derecho procesal penal, Ed. Tecnos, Madrid 1980, págs. 212 y ss.; FENECH, Proceso penal, Tomo II, págs. 746 y ss.

Asimismo, y por lo que respecta a la regulación legal de la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa, (arts. 74 y 75 Ld) después de establecer que únicamente se puede pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otro sí en los escritos de demanda y contestación se afirma que la denegación de las pruebas propuestas por las partes deberá ser realizada por medio de auto que siempre será recurrible. En este sentido caben dos posibilidades:

a) Que dicho auto no sea apelable ante el TS. Este será el caso de los procesos no susceptibles de apelación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 de la Ley Jurisdiccional. En estos supuestos, únicamente cabe el recurso de súplica que se interpondrá ante la misma sala.

b) Que el auto sea apelable. En este caso deberá interponerse la apelación ante la propia sala, siendo el TS quien resuelva el contencioso.

Al respecto ver GARCIA RAMÍREZ, La tutela efectiva y el principio de seguridad jurídica. Algunos problemas que se plantean en el recurso contencioso-administrativo, Vol. Colección "Seminarios jurídicos", Ministerio de Justicia, Madrid 1985, págs. 649 y ss.; GONZÁLEZ SALTOS, P., La indebida admisión de la apelación en el proceso administrativo sobre protección de los derechos fundamentales, en REMA n.º. 55 (Julio - Septiembre 1987). Del mismo autor ver el artículo 24 de la C. y la apelación en el proceso contencioso-administrativo, RAP n.º. 103 (Mayo - Agosto 1983) y "el recurso de súplica contra providencias del TS" en RECA n.º. 51 (Julio - Septiembre 1986).

Como manual básico ver, RODRÍGUEZ PEDRERO, Súplica y apelación en el proceso contencioso-administrativo, Ed. Edersa, Madrid 1980.

posibilidad quede expresamente prohibida cuando la Administración pone en marcha sus mecanismos represivos, con el agravante que incluso en otro tipo de procedimientos ante la propia Administración se prevé dicha posibilidad, (24) sin que ello signifique un trastorno distorsionador del sistema que se derivaría de una excesiva litigiosidad.

En definitiva y como conclusión, hasta que el art. 37.2 RDFCE no sea impugnado y declarado nulo, sería conveniente dejarlo inaplicable. Una interpretación favorable a los derechos fundamentales en juego (25) no puede arrojar otra solución.

(24) Por ejemplo, art. 100 Reglo. de Procedimiento Económico - Administrativo y art. 77.2 del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sobre la naturaleza administrativa y no judicial del TDC ver J. GARRIGUES, La defensa de la competencia mercantil, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, págs. 108 y ss., y por A. SUMITA, Derecho Administrativo especial, IV, Zaragoza 1966, págs. 176 y ss.. Contrat J.A. GARCIA TRAVIJO, Tratado de Derecho Administrativo, I, Madrid 1964, pág. 70.

(25) Así la STC 139/87, de 22 de Julio, dice: "La exigencia legal de presupuestos y requisitos procesales - como los establecidos para la viabilidad de las acciones judiciales y recursos - no pueden, en principio, como reiteradamente ha señalado este Tribunal, considerarse contraria al art. 24.1 de la CE, siempre que su aplicación no traspase los límites de la proporcionalidad y finalidad pretendida, ya que la normativa vigente ha de interpretarse siempre en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, aquí el del acceso a la jurisdicción, y por eso cuando el requisito, en su caso, haya perdido su finalidad o su incumplimiento pueda ser subsanable, es razonable concluir que su exigencia puede convertirse en desmesurada excesiva desde la perspectiva constitucional, en cuanto aquella produzca la inefectividad del derecho en juego, contrariamente a la tutela efectiva que la Constitución consagra en el precepto citado. En definitiva, si la omisión del requisito o presupuesto pueda ser subsanable o no afecta a la regularidad del procedimiento ni a los intereses de la parte contraria, la interpretación judicial, lejos de ser restrictiva, habrá de ser favorable al ejercicio del derecho constitucional reconocido".

En análogos términos, SSTC 14/1987, de 11 de Febrero; S. 24/1987, de 25 de Febrero; S. 31/1987, de 12 de Marzo; S. 132/1987, de 21 de Julio; S. 68/1988, de 19 de Abril; S. 149/1988, de 124 de Julio; S. 148/1988 de 14 de Julio; S. 172/1988, de 3 de Octubre.

4.- La necesaria caducidad del procedimiento disciplinario por dilaciones indebidas en su tramitación.

Entre las diversas figuras que se designan con la palabra caducidad (1) vamos a intentar demostrar seguidamente, la necesaria extinción de los procedimientos disciplinarios que superen de forma indebida los plazos establecidos para su sustanciación por causas imputables a la Administración, única forma de dar auténtico sentido al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, salvando la pendencia indefinida de expedientes inmovilizados por desidia del instructor o del órgano encargado de imponer la sanción, cumpliendo, de ese modo, con los principios de seguridad jurídica, igualdad de las partes en litigio, la necesaria celeridad y eficacia del procedimiento, evitando demoras no razonables y la

(1) Así GONZALEZ PEREZ distingue entre la extinción de derechos que nacen con una vida determinada y la extinción de un procedimiento por paralización imputable al interesado. Para diferenciar ésta de aquella... debería llamarse prescripción como hacen algunas legislaciones hispano-americanas. GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la LPA. Comentario al art. 99, Ed. Civitas Madrid 1.966, pág. 719. Además ver GONZALEZ NAVARRO, Derecho administrativo español, II, Pamplona 1.968, págs. 463-464. Del mismo autor "La llamada caducidad del procedimiento administrativo," RAP n.º 45, Sept-Diciembre 1.964, págs. 191-230 en especial págs. 194 y 229.

Una distinción entre prescripción y caducidad puede verse en SANTAMARIA PASTOR, El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo (Prescripción o caducidad?), RAP n.º 58, 1.969, págs. 185 y ss.

Al respecto BRONI afirma que la caducidad referida al ejercicio de derechos tiene naturaleza procesal... se refiere a la interposición de la demanda... se computa desde el día siguiente a la notificación de la resolución administrativa... no puede suspenderse ni interrumpirse. De fin es dar estabilidad y firmeza a una situación jurídica que la necesita" y tiene en cuenta datos objetivos. Por contra la prescripción, al tener en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho... puede interrumpirse, BRONI, J.R., Derecho Subjetivo y responsabilidad pública, Ed. Srouz, Madrid 1.966, págs. 217 y 218.

La caducidad que nosotros estudiaremos y que pretendemos necesaria se asemeja a lo que la doctrina procesalista denomina "caducidad en la instancia" (arts. 411 a 420 LEC) o sea la terminación de los procesos... en caso de que transcurran ciertos periodos de tiempo sin que se registren avances de las actuaciones procesales". ANDRES DE LA OLIVA-M.A. FERNANDEZ, Derecho procesal (Civ) II, PPU 1.968, pág. 445.

consiguiente indefensión para el funcionario expedientado, circunstancia que sin duda provoca un daño al interés público por la pérdida de los efectos disuasorios y de prevención inherente a la sanción punitiva.

En efecto, tradicionalmente, la LPA había contemplado la caducidad del procedimiento administrativo por causas imputables al interesado, no a la Administración. Cuando ello ocurre - art. 99 LPA - es requerido para que en el plazo de tres meses remueva el obstáculo que impide su continuación, declarando la caducidad sino lo hiciera (2).

Este sistema regia y rige en principio para los procedimientos iniciados a instancia de parte no existiendo una regulación específica que sirva de contrapeso, es decir, que declare la caducidad del expediente por causa imputable a la Administración, (3) dato que ya había sido criticado

(2) El art. 99 de la LPA tras la reforma producida por la Ley 164/63, de 2 de Diciembre, señala: "1. Paralizado un expediente por causa imputable al administrado, la Administración le advertirá que, transcurrido tres meses, se producirá la caducidad del mismo, con archivo de las actuaciones. No será aplicable esta regla cuando la Administración ejercite la facultad prevista en el número 2 del art. 98.

2. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción".

En este sentido apuntado se pronuncia abrumadora jurisprudencia, entre otras, SSTS de 28 de Diciembre de 1.983, 6 de Marzo de 1.975, 6 de Octubre de 1.581, 18 de Noviembre de 1.986, 4 de Noviembre de 1.985 y 16 de Marzo de 1.982. Esta última dice: "la jurisprudencia ha negado reiteradamente que el retraso achacable a la Administración pueda originar la caducidad".

(3) La jurisprudencia se ha mostrado unánime en el tema. Por ejemplo, la STS, Sala 5a, de 20 de Octubre de 1.976 afirma: "Que la alegación sobre la caducidad de la falta cometida no tiene apoyo en ningún precepto legal; el art. 99 de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo se refiere a la caducidad del expediente, pero sin extinguir la acción para perseguir la falta en otro nuevo, como resulta de su lectura y de su párrafo 2o., en el que expresamente se dice: "La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción"; y el art. 22 de Reglamento Disciplinario, que al exponer las causas de extinción de la responsabilidad disciplinaria no expresa la caducidad, y si la prescripción, tanto de la falta como de la sanción; por tanto, no es causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria la caducidad, y como en el presente caso, al tratarse de la falta muy grave, no se ha dado lugar a

.../...

hace años por la doctrina pues "si la caducidad encuentre su apoyatura en razones de seguridad jurídica, en evitar la incertidumbre que supone un procedimiento en marcha, no existe razón alguna -se decía- para no aplicar la caducidad "a los procedimientos incoados de oficio (4)".

Este primer argumento se ha visto reforzado por la incidenciadel artículo 24 CE tal y como lo ha interpretado el TC, al proclamar la igualdad de las partes en el proceso y proscribir cualquier discriminación no razonada (5). De ese modo, si el instituto de la caducidad encuentra su fundamento subjetivo en la presunta voluntad de los interesados de abandonar el procedimiento (6), fundamento

(3) .../...

la prescripción por no haber transcurrido los seis años fijados para la misma tanto por el art. 87 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles de Estado como por el 25 del Reglamento Disciplinario, la sanción ha sido impuesta dentro de las normas del ordenamiento jurídico, sin que se haya impugnado la naturaleza de la sanción ni ser posible, dado el carácter de las sanciones aplicables a los funcionarios públicos y prerrogativas de la Administración en esta materia".

En parecidos términos STS de 15 de Junio de 1.984.

(4) GONZALEZ PEREZ J, El procedimiento administrativo, Madrid 1.964, pág. 539 quien textualmente decía "en los procedimientos incoados de oficio no estaría de más aplicar la institución de la caducidad para evitar los supuestos, cada infrecuentes, de procedimientos incoados por la Administración -por ejemplo, sancionadores- que quedan paralizados cuanto quiera el órgano competente, con los perjuicios que ello ocasiona al presunto culpable. Si la caducidad tiene su fundamento en razones de seguridad jurídica, en evitar la incertidumbre que supone un procedimiento en marcha, no existe razón alguna para no aplicar la caducidad a los procedimientos incoados de oficio".

En parecidos términos GONZALEZ NAVARRO, La llamada... op. cit., pág. 228, conclusión segunda.

En materia de disciplina de mercado ver J. TORRES RUIZ, Las sanciones... op. cit., pág. 258 y ss.

(5) D dicho de otro modo impidiendo, toda desigualdad (STC 4/82, de 8 de Febrero, STC de 23 de Abril de 1.981, STC 32/82, de 7 de Junio, STC 28/81, de 23 de Julio, Stc 98/87, de 10 de Junio).

(6) Fundamento repetido por alguna jurisprudencia (STS 9 de Noviembre de 1.971 y 20 de Diciembre de 1.966, 19 de Noviembre de 1.984) y por cierto sector de la doctrina (VILLAR Y ROMERO, Breve Práctico Administrativo, 2a. ed., Madrid 1.968, pág. 96).

Frente a ello, la tesis objetiva ya apuntada fundamenta la figura en la necesidad de evitar la duración excesiva de los procedimientos en aplicación del principio de seguridad jurídica. En este sentido, por ejemplo, STS de 27 de Marzo de 1.962. Por último, una zona de las dos concepciones es lo que sostiene LOPEZ NIETO, El procedimiento administrativo, Barcelona 1.966, pág. 305.

recogido de forma expresa por la normativa disciplinaria cuando afirma, por ejemplo, "que contestado el pliego de cargos o transcurrido el plazo sin hacerlo, el instructor podrá acordar la práctica de las pruebas solicitadas... (art. 37.1 RDFCE) o cuando prevé que oído el inculpado o transcurrido el plazo sin alegación alguna se remitirá el expediente... (art. 44 RDFCE). ¿Por qué no se realiza la misma presunción cuando el instructor no redacta el pliego de cargos o la propuesta en el plazo determinado o cuando el órgano sancionador no dicta resolución dentro de los 10 primeros días previstos en la ley? (7).

Lo segundo argumento nada desdeñable deriva de las previsiones recogidas en el artículo 29 de la LPA que, como es sabido, contempla entre los principios informantes de todo procedimiento administrativo, la economía, celeridad y eficacia (8), principio este último elevado a rango constitucional por el art. 103.1 CE (9).

(7) La STS de 11 de Marzo de 1.972 afirma: "la jurisprudencia ha negado reiteradamente que el retraso achacable a la Administración pueda originar la caducidad". Los argumentos para rechazar la caducidad por causa imputable a la Administración se encuentran recogidos en GONZALEZ NAVARRO, La litis... op. cit., págs. 209-210.

(8) La jurisprudencia ha declarado acerca del principio de celeridad que la tardanza en resolver un expediente, si bien puede generar faltas administrativas, estas no pueden conducir a la caducidad del mismo (STS de 19 de Diciembre de 1.961).

Sobre el principio de economía, el que nos interesa en estos momentos, ver por todos, JIMENEZ ASANJO, Economía Procesal, MEJ, VII, págs. 897 y ss..

Los tres principios constituyen según GONZALEZ PEREZ "el principio de Administración eficiente"; GONZALEZ PEREZ, El Administrado, Madrid 1.966, págs. 60 y ss..

(9) Al respecto, SARRIDO FALLA se pregunta: "¿Qué se gana al convertir el precepto en constitucional? Bien, digamos simplemente, que es la consagración del más alto nivel de un buen deseo...", SARRIDO FALLA, L.N. CAZORLA, ENTRENA CUESTA y otros, Comentarios a la Constitución, Comentario al art. 103.1, Ed. Civitas, Madrid 1.985, pág. 1.427. Sobre el sancionado precepto ver ROVERSI MONACO, F., "Breves consideraciones sobre el Gobierno y la Administración en la Constitución española" en La Constitución española de 1.978, obra colectiva dirigida por A. FREDERI y E.

El sistema que da contenido a esas declaraciones genéricas es, precisamente, el establecimiento de unos plazos para el desarrollo del procedimiento.

Al respecto, el procedimiento disciplinario previsto en los artículos 25 a 48 del RDFCE, no contiene una disposición relativa a la duración máxima del mismo, duración que, sin embargo, resulta posible averiguar atendiendo al tenor de esos preceptos.

Así, -dice- en el plazo no superior a un mes contado a partir de la incoación del procedimiento, el Instructor debe formular un pliego de cargos (10) que se notificará al inculcado para que lo conteste en 10 días (11) debiendo en un mes practicar las pruebas propuestas y admitidas (12), concediendo 10 días para que el instructor redacte la propuesta de resolución (13) que será examinada y contestada por el inculcado en 10 días (14) tras lo cual y en el plazo de otros 10 días adoptará resolución que pone fin al expediente (15).

(9) .../...

GARCÍA DE ENTERRÍA, Ed. Civitas, Madrid 1.990, págs. 596 y ss.; BAENA, N., "La Ordenación de la Administración Central y periférica y la actividad administrativa", en La Administración en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1.990.

Por último decir que algunas leyes de gobierno y Administración de las Comunidades Autónomas han retirado el precepto constitucional. Así, art. 34.1 LeyAnd; art. 52.1, LeyCan; art. 44, LeyExt, art. 47.2, LeyMad, y art. 65, LeyVal.

(10) Artículo 35.1 RDFCE.

(11) Artículo 36 RDFCE.

(12) Artículo 37.2 RDFCE.

(13) Artículo 43 RDFCE.

(14) Artículo 41 y 44 RDFCE.

(15) Artículo 45 RDFCE.

Por tanto, si el incumplimiento de esas minuciosas previsiones (16) no acarrea consecuencia jurídica alguna, estamos convirtiendo en meros enunciados o recomendaciones lo que deberían ser auténticas normas imperativas dotadas de contenido propio y que deben servir no sólo para hacer efectivo el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3) y cumplir con la necesaria celeridad de la actuación administrativa (art. 29 LPA) sino ,además, para proteger de forma concreta el interés público y de terceros posiblemente dañado por la actuación del funcionario expedientado, que requiere impedir la desaparición de pruebas o piezas de convicción, y que la sanción posea ese efecto disuasorio y de prevención especial tan importante para el buen funcionamiento del aparato administrativo.

Todo ello se conseguiría de forma relativamente sencilla si una vez superados los plazos legalmente previstos para la sustanciación del procedimiento sin razón alguna, simplemente motivado por desidia, pereza o desinterés del instructor o del órgano encargado de sancionar, se declarara la caducidad del expediente.

Al hilo de lo expuesto y en tercer lugar, las anteriores previsiones vienen reafirmadas por la consagración constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en virtud del cual no pueden admitirse en adelante, por ninguna de las partes, paralizaciones, interrupciones improcedentes, desidias absurdas y "tiempos

(16) En todo alguno comparable a las efectuadas en los artículos 133 a 137 LPA, donde es imposible saber cual debe ser la duración del procedimiento sancionador.

muestran" entre una fase del procedimiento y la siguiente (17).

Al respecto y por lo que aquí nos interesa, el Tribunal Constitucional ha sentado las siguientes líneas doctrinales en aplicación de ese precepto:

a) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado (18) y como tal debe ser dotado en cada caso de contenido concreto, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico.

b) Esos datos objetivos se circunscriben al examen de "la complejidad del asunto objeto de enjuiciamiento, el comportamiento del recurrente, la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades judiciales" (19) y las consecuencias que de la demora

(17) ALFONSO ROSETE, Comentarios a la Constitución, Col. dirigida por Oscar ALIAGA, Comentario al art. 24, III, Ed. Edersa, Madrid 1.981, págs. 55.

Sobre el tema ver DE RIBEL, Consideraciones sobre la lentitud de los procesos y sus posibles soluciones, en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, 1.971, pág. 55; GONZALEZ PEREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Civitas, Madrid 1.989, págs. 212.225; RAMOZ MACHADO, El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: las indemnizaciones debidas, PERA, n.º. 25, págs. 310 y ss.; GIMENO SERRA V; Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio) en justicia, n.º. 2/1.987, págs. 356 y ss.; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en JUSTICIA II/1.986, pág. 395 (también publicado en Pi número especial I, "Derechos Humanos", Madrid 1.988 págs. 47-60); GARDERÍ LLOMBEAT, La aplicación..., op. cit., págs. 164-190.

(18) STC 133/88 de 4 de Julio, 35/84 de 14 de Marzo y de 24 de Noviembre 1.988.

(19) STC 10 de Marzo de 1.980 (caso Koinj), 15 de Julio de 1.982 (caso Ecla), 10 de Diciembre 1.982 (caso Foti) y 13 de Julio 1.983 (caso 2 Inermiana i Sterner).

Esa jurisprudencia ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en Sentencia 133/88, de 4 de Julio (ff. n.º. 1) y anteriormente SSTC 21/81, de 14 de Julio, 35/84, de 14 de Marzo.

Al respecto la STC 24 de Noviembre de 1.988 dice: "El art. 24.2 de la Constitución, empleando la expresión utilizada por el art. 14.3c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos de Nueva York de 19 de Diciembre de 1.966, reconoce el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que es similar, según se haya declarado en la S. 5/1.985, de 23 de Enero, al que consagra bajo la

se derivan para los litigantes (20) pudiendo existir violación de este derecho aunque los jueces hayan actuado con la máxima diligencia, si la dilación deriva de defectos estructurales de la propia Administración de justicia (21).

c) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se circunscribe a la órbita del proceso penal, sino que se extiende a cualquier otro proceso (22).

d) Su virtualidad no puede restringirse en base a distinciones sobre el origen de la dilación indebida

(19) .../...

fórmula de "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas aprobado en Roma el 4 de Noviembre de 1.950, ratificado por España en Instrumento publicado en el B.O.E. de 10 de Octubre de 1.979. El valor interpretativo de estos tratados y acuerdos viene expresamente sancionado en el art. 10.2 de nuestra Constitución, habiendo sido igualmente reconocido por nuestra doctrina constitucional, de manera reiterada y constante, el valor que a estos efectos tiene la jurisprudencia pronunciada por el TEDH.

(20) STC 36/84, de 14 de Marzo y 133/88, de 4 de Julio.

(21) 273/90, de 24 de Noviembre, que tras reconocer la vulneración de ese derecho no aclara las consecuencias que deben derivarse de esa circunstancia.

(22) La STC 24/82, de 14 de Julio, extiende ese derecho a los procesos contencioso-administrativos e incluso a cualquier proceso. Así afirma: "aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no vea que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial debe plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que pueden acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al establecer en su art. 6.1 que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...". A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos *Muozister* y *Ringeisen*) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso *König*), en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente "la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales" (Cour Eur. D.N. *Affaire König*, Sesión de 23 abril 1.977, serie A, n.º. 27, páq. 34)".

Sobre el tema ver VILLAR PALAGI y COBOS NIENRO, La inercia de la Administración (la tardanza de los procedimientos y la tardanza del proceso), en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n.º. 1, 1.989, páqs. 45 y ss.

que el propio precepto constitucional no establece (23).

En consecuencia, se infringe el derecho reconocido en el artículo 24.2 CE siempre que se produzca una paralización en un proceso por causa no prevista en las leyes procesales, imputable a alguno de los sujetos del proceso (24).

La proyección de esa doctrina al ámbito disciplinario y puesta en relación con el instituto de la caducidad, arroja ciertas cuestiones de gran interés. Por lo pronto y según lo afirmado, existirá dilación o retraso cuando la sustanciación del procedimiento sancionador supere los plazos previstos legalmente (25). Ahora bien, este dato objetivo no puede significar "per se" la caducidad del expediente, siendo necesario además, que la dilación sea indebida, es decir, que el procedimiento no se haya desarrollado en un "plazo razonable". Para constatar esta circunstancia han de tenerse en cuenta los motivos por los que se ha producido el retraso, fundamentalmente "la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar" (27), el comportamiento del expedientado y la diligencia con

(23) STC de 24 de Noviembre 1.988 (fju. n.º. 7).

(24) GONZALEZ PEREZ, El derecho..., op. cit., pág. 223.

(25) Su vigencia en los procedimientos sancionadores, si bien no ha sido reconocida expresamente por el TC, tampoco ha sido rechazada.

Al respecto no parece que exista ninguna dificultad adicional en su aplicación circunstancia que hace no sólo posible sino recomendable entender el ámbito de aplicación del derecho.

(26) Que deben contarse desde el día en que el sujeto es inculcado hasta que la autoridad pública se pronuncie sobre el fondo (Decisión CEDM 6323/73 (casa Bocchini c/Italia)). Citado por GARDERÍ LLIBREBAT La aplicación..., op. cit., pág. 100.

(27) Esta circunstancia está prevista de forma expresa en el art. 30 ROFCE para el nombramiento de secretario en la instrucción del expediente.

que el asunto haya sido llevado tanto por el instructor del procedimiento como por el órgano encargado de imponer la sanción y la consecuencia que de la demora se sigue para el inculpado, para el denunciante y su relación al interés público.

Así, por ejemplo, el RDFGC (art. 39) permite la ampliación de los plazos previstos legalmente "siempre que haya causa justificada y que así se haga constar en el expediente". En estos casos, obviamente, la dilación no puede ser considerada indebida ni debe ser sancionada con la caducidad. Tampoco se producirá esa circunstancia si la actitud procesal del funcionario expedientado pudiera considerarse objetivamente como un obstáculo para el desarrollo del procedimiento, por obedecer a una lógica injustificadamente dilatoria, de no colaboración o de obstruccionismo.

Por el contrario, un retraso causado por el instructor del expediente u órgano decisorio del mismo, irrazonable e irrazonado, donde se hayan producido tiempos muertos en los que no se ha efectuado actividad alguna utilizable y utilizada a los fines del procedimiento, constituye una vulneración del artículo 24.2 CE (28).

Ahora bien, para que la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la sustanciación del procedimiento disciplinario tenga sentido propio, es necesario que conlleve unas consecuencias jurídicas importantes pues lo sería absurdo es que su vulneración no acarreará más satisfacciones que la mera declaración retórica de la violación del art. 24.2 CE.

(28) El TC en sentencia 133/88, de 4 de Julio, (fj. n.º. 3) ha declarado que en los procedimientos que deben ser impulsados de oficio, la autoridad competente debe extremar el cuidado en el cumplimiento de los plazos.

Esa actitud sería una triste concepción de lo que significa, en nuestro Estado Social de Derecho, la consagración constitucional de los derechos fundamentales, y convertiría en papel mojado el conjunto de previsiones legales que establecen la duración máxima de los procedimientos disciplinarios.

Por el contrario, una medida que daría auténtico contenido al derecho analizado y que contribuiría, a su vez, al respeto de los plazos minuciosamente previstos en las leyes disciplinarias sería la instauración del instituto de la caducidad (29), de cuya simbiosis tanto el interés privado como el público saldrían beneficiados.

Por último y para los que todavía piensen que la postura aquí sostenida es inviable o desproporcionada, únicamente recordaremos que diversas leyes sancionadoras (principalmente en materia de disciplina de mercado (30) y

(29) Junto con otro tipo de medidas como el derecho a la indemnización por los daños causados.

(30) En efecto, ya el Decreto 2530/76, de 8 de Octubre, abordaba la cuestión "con gran casuismo... que pretende hacer frente a la inseguridad anterior..." J. TORRES MAS, Las sanciones... op. cit., pág. 230.

Con posterioridad, el Decreto 439/83, de 10 de Octubre, de la Generalitat de Catalunya, por el que se tipifican las infracciones y se regulan las sanciones en materia de comercialización de bienes, productos y prestaciones de servicios en desarrollo de la Ley 15/83 sobre higiene y control alimentario dispone en su 10 (Prescripción y caducidad) apartado 2º "L'acció per perseguir les infraccions caducarà quan, coneguda per l'Administració l'existència d'una infracció i finalitzades les diligències adreçades a l'aclariment dels fets, hagin transcurrit sis mesos sense que l'autoritat competent hagi ordenat d'iniciar l'aperté procediment".

En el párrafo tercero añade: "Iniciat el procediment sancionador previst en els articles 133 i 137 de la Llei de Procediment Administratiu i passats sis mesos des de la notificació a l'interessat de cadascun dels tràmits previstos en la dita Llei sense que s'impulsi el tràmit següent, es produirà la caducitat del procediment i s'arxivaran les actuacions, excepte entre la notificació de l'aportada de resolució i aquesta, en què podrà transcórrer un any".

La misma regulación se encuentra recogida en los arts. 22.2 y 3 del Decreto 143/86, de 10 de Abril, del Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya que desarrolla la ley citada.

tráfico) (31) recoge el instituto de la caducidad "evitando alargar los trámites de un procedimiento necesitado de rapidez y ejemplaridad" (32).

Asimismo, en el derecho disciplinario, resulta familiar el instituto de la caducidad. Tal es el caso del Reglamento Nacional del Trabajo para las contribuciones y recaudaciones del Estado (Orden de 9 de Diciembre de 1.948) que en su art. 61.4 recoge expresamente que los expedientes disciplinarios deben "quedar resueltos y notificados en el plazo de dos meses desde la fecha de iniciación transcurrido el cual serán sobreesidos automáticamente cualquiera que sea su estado" (33) circunstancia que pone de relieve la

(31) El anterior código de la circulación disponía en su art. 290 párrafo 2 lo siguiente: "Dedará sin efecto toda denuncia de la que no se haya hecho notificación en el domicilio del interesado dentro de los treinta días siguientes a la fecha de haberse formulado, a menos que anteriormente no se haya hecho una notificación personal".

Sobre el tema ver GONZALEZ NAVARRO, El procedimiento sancionador del Código de la circulación, en el n.º. 43 de la *RJC*, Enero - Abril 1964, especialmente pág. 416.

(32) J. TORRES RAB, Las sanciones ... op. cit., pág. 259.

(33) Además: "Si la práctica de pruebas u otros trámites impiden la terminación en el plazo marcado antes de espirar éste, se enviará copia del expediente a la Magistratura de Trabajo, proponiendo la ampliación de plazo por un término de otros dos meses, con indicación de las causas que motivan". Así mismo en el párrafo 1.º. (la fina) del mismo artículo dice: "Los expedientes por faltas graves o muy graves habrán de iniciarse dentro del plazo de tres meses a contar desde el momento en que el recaudador tuvo conocimiento de la falta, entendiéndose que transcurrido ese plazo, queda perdonada la falta y prescrito el derecho para sancionar".

La citada disposición fue invocada recientemente en el caso "del fraude de los recaudadores". En este tormentoso affaire, fueron expedientados distintos trabajadores del servicio de recaudación pertenecientes a la Diputación de Barcelona por realizar unas prácticas consistentes en el cobro de unas denominadas dietas de testigos en cada ocasión que se efectuaba un embargo (o incluso si no se efectuaba la operación) en lugar de realizar un prearrato entre todos los deudores. Por estas acciones únicamente fue despedido un oficial primero, que debió ser readmitido en virtud de la Sentencia de Magistratura de Trabajo n.º. 25 de Barcelona de fecha 5 de Julio de 1.968 al considerarse infringido el principio de igualdad (arts. 14C y 17.1 ET). Sobre el tema que nos ocupa y ante la invocación del actor sobre la caducidad del expediente, la resolución considera en su f.º.º. 2.º que independientemente de que no se hayan cumplido los requisitos exigidos en el art. 60.4 del Reglamento Nacional de Trabajo, denunciado por el actor en el sentido, de que si excede la tramitación del procedimiento sancionador de dos meses; se ha de sobreeser el expediente ... lo cierto es que el expediente sancionador no está previsto en el presente caso por la

viabilidad - y necesidad - de la tesis aquí sostenida, pues contribuye a dotar de contenido a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), eficacia de la actuación administrativa (art. 103 CE), celeridad del procedimiento (art. 29 LPA), igualdad de las partes en el proceso (art. 24 CE) y a cumplir escrupulosamente no sólo con los plazos establecidos en los artículos 35.1, 36.2, 37.2, 43, 41, 44 y 45 del RDFCE sino, con el derecho fundamental a proceso sin dilaciones indebidas, poniendo de relieve una vez más, la célebre frase de profesor COUTURE, cuando dijo: "en el procedimiento, el tiempo es algo más que oro: es justicia" (34).

(33) .../...

legislación laboral), y al mismo tiempo, en el mismo no se ha producido indefensión, pues el demandante formuló pliego de descargos, compareció en el expediente y propuso medios de prueba, y el mero hecho de que se le admitiera solamente en parte esta última actuación de propuesta de prueba, no constituye de por sí base suficiente para declarar la nulidad del despido".

(34) COUTURE, Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Buenos Aires 1.954, pág. 37 (cit por MONTENEGRO AROCA J. Introducción al Derecho Procesal, 2a. ed. Madrid 1.979, pág. 165).

TITULO IX. LA SUSPENSION DE LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS.

I. PROBLEMATICA GENERAL: LA TECNICA DE LA SUSPENSION DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ANTES Y DESPUES DE LA CONSTITUCION.

Si bien existen fundadas dudas sobre la vigencia del principio de decisión ejecutoria en los orígenes de nuestro sistema contencioso, (1) lo cierto es que hasta fechas recientes era comúnmente admitido que los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos, lo que convierte al administrado en parte demandante y ejecutada, dejando a la Administración la posición procesal más cómoda (2).

Sobre esta base -y con anterioridad a la LJCA de 1956 -(3), la interposición de cualquier recurso-administrativo o judicial-no suspendía -como regla- la resolución impugnada, situación que podía variar si el juzgador, de forma discrecional, apreciaba la

(1) Favores a la existencia del privilegio de la ejecutividad de los actos ya desde la Ley de 8 de Enero de 1845, NIETO, A., Sobre la tesis de PARADA en relación con el origen de lo contencioso-administrativo, RAP núm. 57, 1969, págs. 15 y ss.; GALLEGO AMACIARTE, Administración y proceso administrativo y contencioso, Madrid 1971 pág. 151. En contra, PARADA, J.R. Privilegio de la decisión ejecutoria y proceso contencioso, RAP núm. 75, 1968, pág. 68 y ss.; Del mismo autor, Réplica a NIETO sobre el principio de decisión ejecutoria en el sistema Contencioso-administrativo, RAP núm. 59, 1969, pág. 70 y ss.; T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, La doctrina de los vicios de orden público, Madrid 1970, pág. 40 y ss. Para un examen de la evolución histórica de la institución ver RODRIGUEZ ARANA NIÑOZ, J., La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso), Ed. Monteclaro, Santiago de Compostela, 1966, págs. 60 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA, La formación histórica del principio de autotutela de la Administración, Homenaje a SINDIC SACRISTAN, Moneda y Crédito núm. 128, 1974, pág. 59-87.

(2) TORRES MAS, J. La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativo, RJC núm. 4 1966, pág. 72. En parecidos términos, GARCIA DE ENTERRIA - TORRES FERNANDEZ, Caso ..., op. cit., I, Edición 1969, pág. 439. Asimismo ver, MARTIN RETORTILLO GONZALEZ, C., Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo Contencioso, Madrid 1963, pág. 41.

(3) RODRIGUEZ ARANA NIÑOZ, J. La suspensión ..., op. cit. págs. 100 y ss.

posible existencia de daños exclusivamente irreparables (4).

En ese panorama, irrumpió la LJCA que además de ordenar, en su artículo 122, (5) la suspensión de la ejecutividad de los actos en los supuestos de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación (6), trazaba, en su espíritu, un camino de interpretación flexible a los Tribunales, al señalar en su exposición de motivos que "al juzgar sobre su procedencia, se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla, sin más, por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivar de la ejecución sea valorable económicamente".

(4) Art. 3 del Real Decreto Orgánico, de 4 de Julio de 1861; art. 100 de la Ley SANTAMARIA de PAREDES de 1800. No obstante y tal como afirma MARTIN RETORTILLO GONZALEZ, C., *La suspensión...*, op. cit. pág. 47 y ss., 75 y ss. el artículo 261 del Estatuto Municipal de CALVO SOTELO de 8 de Marzo de 1924, preveía la posibilidad de suspensión de los actos impugnados para evitar daños y perjuicios de reparación imposible o difícil.

(5) El artículo 122.2 establece "procederá la suspensión..." previsión que ha llevado a la doctrina a afirmar "que se ha impuesto una actividad reglada vinculada a la interpretación de un concepto jurídico indeterminado: daño o perjuicio de reparación imposible o difícil" J. TORRES MAS. *Suspensión judicial en la jurisdicción...* op. cit. pág. 77. En parecidos términos se pronuncian JOSE MARIA FERNANDEZ PASTRANA, *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, RAP, 120, Septiembre - Diciembre 1969, pág. 277 y 278; RODRIGUEZ ARANDA NIÑO, J., *La suspensión...* op. cit. págs. 100 - 101, por su parte, destaca que hemos pasado del "podrá" del artículo 100 de la Ley de 1800 al "procederá" del artículo 122 actual. No obstante, GARCIA DE ENTENRIA - T. RAMON FERNANDEZ en la quinta edición de su *Curso de...* op. cit. pág. 508, únicamente han encontrado una sola sentencia del TS (de 30 de Junio 1971) que reconozca como reglada la potestad de conceder o denegar la suspensión.

(6) A pesar de ello, y tal como afirma SARRISO FALLA F. *Tratado...* op. cit., Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid 1967 pág. 459 la ejecutividad continúa siendo "un rasgo común y ordinario de los actos administrativos... justamente de aquí se desprende la regla del carácter no suspensivo de los recursos administrativos y jurisdiccionales". II La previsión es parecida a la prevista en los ordenamientos hispanoamericanos. Al respecto ver CASSAGNE. *La suspensión del acto en sede administrativa y los efectos de la interposición del recurso, en la obra colectiva Acto Administrativo*, Univ de Santo Tomás 1962, págs. 89 y ss.

A la citada regulación legal, que sin duda significaba un paso adelante (7) en la lucha contra las inmunidades del poder (8) se le añade el supuesto previsto en el art. 116 LPA al contemplar, como otra de las causas de suspensión, la tacha de nulidad de pleno derecho del acto recurrido (9).

En ese contexto, el RDFACE de 1969, después de declarar su adecuación a la anterior normativa, (10) únicamente recogía como

(7) Así, MARTIN RETORTILLO GONZALEZ, Suspensión ... op. cit., pág. 51 - 52 consideró excesivo el cambio producido afirmando:

"¿Ha sido un acierto de la nueva Ley el dar tantas facilidades para la suspensión de la actividad administrativa?"

"¿No hubiera sido conveniente mantener la expresión de "perjuicio grave" que se contenía en el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo?"

"Las resoluciones de la Administración Pública no son penas para antologías; son determinaciones postuladas en un procedimiento administrativo concreto por los particulares que, si no quedan satisfechos al ser denegadas sus pretensiones, se vuelven alrados contra esa Administración, que no se avino a sus particulares conveniencias; otras veces son denegadas por el interés público que, por un imperativo legal, en ocasiones por una exigencia legal acuciante, la Administración viene obligada a tutelar y satisfacer. Si esto es así ¿por qué, solo por que lo pida un particular, puede suspenderse, siquiera sea temporalmente, el acto administrativo? Lograda la suspensión, es de temer la maniobra dilatoria, el alargamiento injustificado del proceso contencioso-administrativo, para prolongar cuanto puedan una situación ventajosa. En la mayoría de los casos, la suspensión viene solicitándose en el escrito inicial del proceso, casi siempre desprovisto de sólidas razones."

(8) En feliz frase de GARCIA DE ENTERRIA, La lucha contra las inmunidades del poder, Ed. Civitas, 1983.

(9) Para BONITA PARTORELLI, La eficacia del acto administrativo, RAP núm. 27, 1960, pág. 58, "el añadido es correcto pues si un acto es tachado de nulidad no parece excesivo que pueda ser suspendido en su ejecución sin tener en cuenta la responsabilidad de los daños causados". En parecidos términos se pronuncian TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo, Madrid 1965 II, pág. 203; GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USENOS, Derecho Administrativo, 9 ed., Madrid 1968, III, pág. 502 GONZALEZ PEREZ, Comentarios..., op. cit. pág. 977. En contra GARCIA de ENTERRIA - T. V. FERNANDEZ... Cursus ..., op. cit., pág. 545.

Ahora bien, parece obvio que la Administración, de acuerdo con la literalidad del precepto no viene obligada a suspender la eficacia del acto cuando el recurso se funda en una causa de nulidad, que por lo demás es bastante frecuente. En este sentido ver FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., La doctrina de los vicios de orden público, Madrid 1970, pág. 121; SANCHEZ LEGIDO, La suspensión de los efectos del acto administrativo objeto de recurso. RAP núm. 79, pág. 253. En contra de lo afirmado ver, SANTAMARIA PASTOR, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid 1970, pág. 422.

(10) El RDFACE 2000/69, de 14 de Agosto, en su exposición de motivos establecía que "El procedimiento disciplinario, regulado en el Título II del presente reglamento se adapta a las normas contenidas en la LFCE, pero recogiendo las peculiaridades que se han considerado oportunas por tratarse de un procedimiento especial".

novedad la posibilidad de que el órgano competente para decidir la incoacción del procedimiento pudiera acordar la suspensión o inejecución de la sanción, de oficio o a instancia del interesado, "si mediara justa causa para ello" (11).

La regulación de 1956, al operar sobre una situación tan excepcional y limitada (12) hacía suponer que tendría una incidencia destacable (13). Así parecieron probarlo los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo que otorgó, entre otros, la suspensión de la separación del servicio de un profesor de Universidad, teniendo en cuenta los perjuicios de índole moral totalmente irreparables, los de índole económica, en su mayoría de muy difícil reparación, y la incidencia en la modesta economía del funcionario encausado (14).

No obstante, lo que parecía, en su momento, un auténtico avance en la idea de hacer justicia (15), de mantener la situación jurídica inalterada en el caso de que la sentencia dictada con posterioridad fuera favorable a las tesis del

(11) Art. 62º 1º RFPECE. En el ap. 2º añadía: En estos casos, con excepción de la sanción por faltas leves, deberá ser oída previamente la Comisión Superior de Personalº.

Asimismo el artículo 11º 2º del Reglamento señalaba:

"La sanción impuesta será, en todo caso, anotada en la hoja de servicio del funcionario y de no ser posible su cumplimiento en el momento en que se dicte la resolución, se hará efectiva a su reintegro en el servicio activo, salvo que haya transcurrido el plazo de prescripción".

(12) Puesto que con la Ley de 1900 todo era valorable y reparable económicamente y por tanto en contadas ocasiones procedía otorgar la suspensión. Al respecto ver MARTIN RETORTILLO GONZALEZ C., *Suspensión...*, op. cit., pág. 78; Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo, Madrid 1956, págs. 236; J. TORRES. *Suspensión judicial...*, op. cit., pág. 81; J.N. FERNANDEZ PASTRANA, *La influencia...*, op. cit., pág. 278-279.

(13) J.N. FERNANDEZ PASTRANA, *La influencia...*, op. cit., pág. 279.

(14) Auto de 2 de Diciembre de 1960. Asimismo, en el ámbito sancionador, auto de 17 de Febrero de 1961. No obstante, junto con esas decisiones pervivían otras sosteniendo la línea argumental tradicional. Al respecto ver, GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa*, Ed. Civitas, Madrid 1974, págs. 1332 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, L., *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, *REDA* n.º. 1, 1976, pag. 145

(15) J. TORRES MAS, *Suspensión...*, op. cit., pág. 89.

administrado, se vió convertido en papel mojado por obra y gracia de una aplicación jurisprudencial restrictiva y carente de base (16).

Decisiones de nuestros Tribunales sosteniendo que las sanciones pecuniarias no son nunca irreparables, pues la Administración es siempre solvente (17), configurando la medida suspensiva como una potestad discrecional de la Administración o del juzgador (18) unido a la casi nula ponderación de los intereses en juego (19), a la rigidez en el principio de la carga de la prueba, que recaía en el solicitante de la suspensión (20), la dificultad en la aplicación del criterio de

(16) FONT I LLOVET, Tomás, Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos, FEBA, n.º. 34, 1962, pág. 477 y ss.; J. TORRES MAS, Suspensión..., op. cit., pág. 82; RODRIGUEZ ARANA-MIRÓZ, La suspensión, ...op. cit., pág. 108; SANTAMARÍA PASTOR: Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Balance y perspectivas, RAP, n.º. 93, págs. 195 y ss..

(17) Doctrina que todavía hoy recogen los ATS, Sala 3a., de 17 de Abril de 1965, STS, Sala 4a., de 27 de Enero de 1967. Anteriormente ATS de 5 de Enero de 1970. Los Autos del TS que consideraban lo contrario eran minoría. Al respecto ver GARCIA de EXTERMINA - T.R. FERNANDEZ, Caja..., op. cit. I, pág. 545; CAMO MATA, A. Licitaciones al principio de ejecutividad administrativa, en El control de garantías por el TC y otros estudios, Madrid 1964, pág. 233 y ss. Por lo demás, esa concepción excluía el concepto legal de daños y perjuicios morales. Así SASTRE LEGIDO, E., La suspensión..., op. cit. pág. 449 comenta el Auto de 24 de Junio de 1975 que denegó la suspensión de una Orden Ministerial que suponía la sanción de clausura de diversas Facultades de la Universidad de Valladolid. El Tribunal Supremo afirmó que "la cancelación del curso académico sólo implica la consiguiente pérdida de matrícula, de fácil reparación económica...". Pues la suspensión de todas las funciones docentes sólo originaba el perjuicio de no recibir enseñanza en los centros clausurados, "lo que no puede repararse con sólo mayor esfuerzo en el estudio por los propios alumnos que pueden vencer y suplir con su trabajo personal...". Citado igualmente por FONT I LLOVET, Nuevas consideraciones... op. cit., pág. 481.

(18) Línea jurisprudencial que dura hasta el año 1978. Ver J. RODRIGUEZ ARANA-MIRÓZ, La suspensión... op. cit., págs. 107 y ss.

(19) Tal como afirma, entre otros J. RODRIGUEZ ARANA-MIRÓZ, La suspensión... op. cit., pág. 124: "El análisis de la jurisprudencia de 1954 a 1964, demuestra que el juego del interés público en la mecánica de la suspensión ha sido insuficiente... En parecidos términos J.M. RODRIGUEZ PASTRANA, La influencia... op. cit., págs. 200 y 201; J. TORRES MAS, La suspensión... op. cit., págs. 89 y 90..

(20) RODRIGUEZ ARANA-MIRÓZ, J. La suspensión... op. cit., págs. 112 y ss.

la posible nulidad de pleno derecho del acto impugnado para otorgar la medida cautelar (21), el carácter no suspensivo de los recursos (22) y, sobretudo, la creciente lentitud del proceso contencioso-administrativo (23) hacía necesario un cambio profundo en el tema que conjugase la necesaria y nunca puesta en duda eficacia de la actuación administrativa con las garantías y derechos de los particulares. Se había llegado a una situación desesperante resumida felizmente por el profesor FONT I LLOVET cuando sostuvo:

"Sucede con no poca frecuencia que la obtención de una sentencia favorable de los Tribunales de lo Contencioso produce a nuestros ciudadanos menos justicia que frustración: el acto impugnado y que finalmente anulan los Jueces ha sido ya ejecutado en su totalidad y las eventuales medidas reparatorias de que pueda disponer el afectado resultan a menudo, como es sabido, insuficientes " (24).

(21) Pues supone "una anticipación de juicio de fondo sobre la validez o nulidad del acto recurrido, que no siempre es posible en tanto no se paraliza la instrucción del recurso" GARCÍA de ENTERRÍA y I.R. FERNÁNDEZ op. cit., I, pág. 545, consecuencia lógica del carácter cautelar de la orden provisional. L. PAREJO, Estado Social... op. cit., pág. 310.

(22) Arts. 34 LRJAE, 116 LPA, 122 LJCA. Al respecto ver GARRIBO FALLA, F. Tratado... op. cit. I, págs. 457-468; FERNANDO LOPEZ RAMON, Límites constitucionales de la autotutela administrativa, *RAE* 115, Enero-Abril 1990, pág. 63; J.A. SANTAMARÍA PASTOR Tutela... op. cit., págs. 1613-1617; DOMÍNGUEZ-FERRER MORANT, Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos, *REJA* año. 34, 1982, págs. 300 y ss.

(23) J. TORRES MAS, Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial, *REJA* año. 61, 1989, pág. 119.

(24) T. FONT I LLOVET, Nuevas consideraciones... op. cit. pág. 477. En otro lugar el profesor SANTAMARÍA PASTOR decía que esa situación "está poniendo en grave peligro la credibilidad de los ciudadanos no sólo hacia la realidad y utilidad de la jurisdicción contenciosa, sino también, y lo que es peor, hacia la eficacia del aparato coactivo del Estado", Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso, *RAE* 100-102, Vol. II Enero-Diciembre 1983, pág. 1616.

En medio de ese panorama, denunciado por toda la doctrina con la misma constancia de que hacía gala el Tribunal Supremo para denegar una vez sí y otra también las suspensiones solicitadas, se producen casi coetáneamente dos eventos trascendentales que servirán de apoyo para buscar sistemas alternativos a la autotutela administrativa o cuando menos para rectificar la praxis hasta entonces llevada a cabo: La Constitución Española de 1978 y La Ley 62/78, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Así, rápidamente, los intentos doctrinales pretendieron encontrar, principalmente en el artículo 24.1 de la CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, la sustitución del principio de la ejecutividad de los actos por el de la suspensión automática (25) (regla que alcanzaba especial virulencia respecto a las medidas sancionadoras) proponiendo

(25) Así JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: Balance y perspectivas, RAP núm 95 1981, pág. 125 y ss. y en el estudio Tutela judicial... op. cit., pág. 1816 propone: "mediante una sencilla reforma de la ley de lo contencioso que estableciera un trámite incidental previo al proceso en el que el Tribunal, ante las alegaciones de las partes, y tomando en cuenta todos los intereses en juego, decidiera libremente sobre la procedencia o no de la suspensión, sin que esta estuviera circunscrita exclusivamente, como hoy ocurre, a los casos de producción de daños de reparación difícil o imposible".

LUCIANO PAREJO, Estado Social y Administración Pública... op. cit., pág. 290 y posteriormente en tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo, RCM núm. 39, 1984, págs. 19 y ss., considere necesario:

- a) Establecer como regla el efecto suspensión automática a la impugnación del acto, sin perjuicio de que la Administración pueda decidir o, en su caso, obtener razonando o, si así procede, acreditando grave perjuicio para el interés público, el alzamiento de la suspensión.
- b) A título de salvedad a la posibilidad de la decisión -administrativa o judicial- de alzamiento de la suspensión, la inejecutabilidad en todo caso de los actos administrativos de carácter sancionatorio hasta la firmeza de los mismos.
- c) Ejecutividad inmediata, sin perjuicio de la suspensión administrativa o judicial de algunos actos (entre ellos los contemplados por el art. 17 LOP) en los que prima el interés general.

(75) .../...

- d) Exclusión del régimen general de la suspensión ciertos actos en los que no está implicado, en igual medida o intensidad, el derecho a la tutela judicial efectiva (actos recaídos en el marco de las relaciones de control entre Administraciones o Entes públicos) y otros actos de liquidación y gestión tributaria), cuya impugnación está sujeta en nuestro ordenamiento a un régimen propio y específico, que aconseja la modulación de la técnica suspensiva (modulación que por sí misma exigiria la naturaleza singular de estos actos) para su mejor acomodación a dicho régimen.
- e) Adopción de otro tipo de medidas cautelares (trifre y constant d'urgence y orden provisional o "Einstweilige Anordnung").

ANTONIO CAMO PATA, limitaciones al principio de ejecutividad administrativa, REDA núm. 37 1983, págs. 213 y ss. propuso recuperar la invocación de la nulidad de pleno derecho como causa de suspensión de los actos recurridos conforme al artículo 116 LPA.

En otro trabajo, "Comentarios a la Ley 62/78 de 26 de Diciembre sobre protecciones jurisdiccionales de los derechos fundamentales de la persona (doctrina del Tribunal Constitucional)", Ed. Edersa, Madrid 1983, pág. 131 propone la aplicación generalizada de la fórmula recogida en la LPJDFP es decir, el permitir, con carácter general, la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas objeto de impugnación, con afianzamiento de los daños o perjuicios que pudieran causarse, y la excepción de improcedencia de suspender, en los casos de perjuicios de difícil reparación al interés público o a terceros. Esto supone, indudablemente, - añade - invertir la fórmula actual, pero estimamos que esta inversión es aconsejable, pues sirve para garantizar tanto el interés público como los derechos individuales de los recurrentes y de terceros.

Dichas manifestaciones ya se encontraban en su anterior estudio "La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria, RMP núm. 98, 1982, págs. 47-77.

J. "SOLÍS 1986, años más tarde postula "una solución semejante a la adoptada en la Ley de 26 de Diciembre de 1978 o en la LOTC para el recurso de amparo. "Sin perjuicio de que, en ocasiones, pueda llegarse a negar la eficacia inmediata del acto, o a darse un efecto suspensivo automático a la interposición del "recurso administrativo o jurisdiccional" (por ejemplo los actos sancionadores), la regla general debería seguir siendo el reconocimiento de fuerza imperativa al acto administrativo. Esta afirmación sitúa al Tribunal en la obligación de pronunciarse a favor o en contra de la medida suspensiva en base a los distintos intereses en juego. Así, la principal novedad debería radicar en asumir la finalidad perseguida por la medida cautelar como técnica de equilibrio entre la eficacia de la actividad administrativa y la efectividad de la tutela judicial. Al estar reconocida como derecho fundamental la tutela judicial efectiva debe prevalecer este polo de tensión y, por tanto, corresponderá a la Administración demostrar los perjuicios irreparables para los intereses públicos que justifiquen la eficacia inmediata del acto. En este caso se sustituirá la conservación fáctica por el derecho a una reparación económica en el supuesto de que la resolución judicial no pudiera reponer las cosas a su estado primitivo o la ejecución del acto hubiera causado unos daños que el recurrente no debía soportar".

La suspensión judicial ... op. cit. pág. 91; Suspensión cautelar ... op. cit. pág. 117.

FERNANDO LOPEZ RAMON, por su parte y centrándose en el ámbito de las sanciones disciplinarias apuesta claramente (aunque ya han pasado 9 años desde la aprobación de la Constitución) por el establecimiento de dos requisitos que ya había consagrado cierta jurisprudencia para la ejecución administrativa de sanciones disciplinarias, en virtud de la incidencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. "En primer término, un condicionante procedimental: las sanciones solo podrán ejecutarse forzosamente cuando sean recurribles ante los tribunales, por la renuncia de la posibilidad del control judicial sobre la ejecución. En consecuencia, serían inejecutables de ejecución forzosa las sanciones que no agotaran la vía administrativa y las que, aun agotándola, no se encontraran exceptuadas del recurso de reposición, a su ser, naturalmente, que hubieran ganado firmeza.

En segundo lugar, un condicionante sustantivo de la potestad de autotutela administrativa en materia sancionatoria: no será posible la ejecución forzosa de una sanción si tal ejecución impide el pleno reintegro de la situación existente antes del acto, en virtud del criterio garantizador de la utilidad de una eventual sentencia estimatoria".

125) .../...

Límites constitucionales ... op. cit. pá. 78.

RODRIGUEZ - ARANA RUBIO, La suspensión del acto... op. cit. especialmente págs. 298 y ss. y 334 reclama a) la rapidez en la adopción de la medida cautelar de suspensión. b) Ampliación de los supuestos de suspensión a la luz del artículo 24.1 CE. c) Mayor importancia a la hora de otorgar o denegar la suspensión al equilibrio existente entre prerrogativa y garantía dentro del marco de la tutela judicial efectiva. Recientemente y en otro trabajo (Sobre nueva sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-1987) FCM núm. 34, 1987 págs. 439 y ss.) ha desarrollado esta última idea contrastando la suspensión en la ponderación de los intereses en juego (públicos y privados), aconsejando la suspensión en asuntos relacionados con las libertades públicas.

FONT I LLOVET, Nuevas consideraciones ... op. cit., en especial págs. 486- 498 creyó necesario:

a) Revitalizar las causas de nulidad absoluta como presupuesto de la suspensión. b) Superar la literalidad del art. 122 LJ. El Tribunal para acordar o denegar la suspensión "debe tener en cuenta todas las circunstancias que en cada caso concurren, entre ellas debe ponderarse la mayor o menor medida en que la satisfacción del interés público está requiriendo la inmediata ejecución del acto, es decir, la traducción material de los efectos jurídicos que el acto produce desde que se dicta."

En definitiva, concluye, "el otorgamiento de la suspensión a la luz del art. 24.1 del C. debe basarse en reconocer amplias facultades al tribunal juzgador para valorar en cada ocasión todas las circunstancias particulares que en ella concurren desde la trascendencia de los intereses en juego hasta la gravedad de los eventuales perjuicios, pasando por las condiciones mínimas de apariencia de legitimidad"

SOMALEZ PEREZ, J. Nuevos sistemas de control de la Administración Pública, en la obra colectiva Justicia Administrativa, Universidad de Santo Tomás de Aquino, Tercera 1981, págs. 82 y ss. i "El control judicial de la Administración. Realidad y perspectivas, en la obra colectiva Derecho Procesal administrativo, Bogotá 1990, pág. 221 El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Civitas Madrid 1989 págs. 258 y ss. i Comentarios a la ley de la Jurisdicción contra contencioso - administrativo, Madrid 1979, pág. 1343 y ss. i Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Civitas, Madrid 1968, págs. 995 y ss. sostiene, de acuerdo con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a) Por un lado reconocer efectos suspensivos automáticos a la iniciación del proceso respecto de actos sancionadores y siempre que se preste caución en otros b) En los demás casos, la suspensión en lugar de constituir una excepción pasa a ser la regla general, como para el proceso administrativo de protección de los derechos fundamentales prevé la ley de 26 de diciembre de 1978. c) Posibilidad de adoptar otras medidas cautelares en casos de inactividad administrativa y en los de actividad administrativa positiva no limitadora o interventora.

PARRA VAZQUEZ Derecho Administrativo. I. Parte General, Marcial Pons, Madrid 1999 propone la suspensión del acto sancionador hasta que sea firme en vía judicial en virtud principalmente de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y la equiparación derecho penal - derecho administrativo sancionador, (págs. 349 - 372).

GARCIA DE ENTERRIA, E. Hacia una nueva justicia administrativa .. Ed. Civitas Madrid 1999, pág. 56 y ss. defiende a) El carácter suspensivo de los recursos donde se ventilan derechos fundamentales tal y como recoge la ley 62 de 1978 b) La puesta a disposición del juez contencioso-administrativo de una panoplia de medidas cautelares de que hoy carecen (medidas cautelares de prestación positiva, sistemas análogos al refugio francés, etc.) c) Respecto a las sanciones de protección del orden general, se reclama la aplicación de los mismos garantías que rigen el orden penal, y más especialmente las que derivan del principio nulla poena sine iudicio expresamente proclamada en el artículo 24.2 CE, suspendiéndose en consecuencia la ejecutividad de ese tipo de actos pues en estos casos se suplanta por la Administración el papel de los jueces. Ver asimismo, GARCIA DE ENTERRIA - J.R. FERNANDEZ, Caso ... op. cit., pág. 510).

generalizar el esquema previsto en el artículo 7 de la LPJDF (26).

Además, a partir de 1980, la jurisprudencia comienza a sacudirse el polvo de anteriores posturas restrictivas sobre la suspensión de los actos administrativos recurridos, abriendo nuevas vías de interpretación de los perjuicios de imposible o difícil reparación que podían motivar la excepcional suspensión de los actos impugnados (27).

Por su parte y desde el primer momento, el Tribunal Constitucional puso su atención en el tema de los actos sancionatorios (28). Así, en el Auto de 13 de octubre de 1980 ya afirmó:

(25) .../...

GARRETI LLOMBREGAT, JOSE, La aplicación ... op. cit., pág. 116 y ss. sostiene a) la constitucionalidad del artículo 122 LJ si se interpreta de forma acorde con el espíritu protector de los derechos fundamentales, siempre que se traduzca en un bien ponderado análisis de los intereses en juego, en cada caso concreto b) la regla, en el ámbito sancionador, debería ser la suspensión de la ejecutividad de los actos sobre todo ... en los disciplinarios c) Aplicación analógica del art. 7.5 LPJDF a todos los supuestos en que se imponen administrativamente sanciones de tipo pecuniario.

(26) Bóveda se invierte la carga de la prueba, JAVIER SALAS - TORRES MAS, J., Comentarios ... op. cit., pág. 125 y ss. En el sentido apuntado en el texto, además de los ya citados en la nota anterior, ver, LINDE PANIAGUA, E., La instauración del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: La LPJDF, en REMA núm. 23, 1979, pág. 561 y ss.; MARTIN RETORTILLO, L. Evolución reciente del contencioso-administrativo. RAP núm. 95 pág. 80 y ss.; JOSE BIAZ DELGADO - VICENTE ESCUIN PALOP, La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la LPJDF, RAP núm. 117, 1980, pág. 200.

(27) Ver el análisis efectuado por F. LOPEZ RAMON, Litales ... op. cit. págs. 48 y ss.; FONT I LLOVET, Nuevas consideraciones ... op. cit., págs. 477 - 487; PAREJO ALFONSO, L., La tutela judicial castelar ... op. cit., págs. 19-44; TORRES MAS J., La suspensión judicial ... págs. 80-90; RODRIGUEZ-ARANA MUGIBZ, J., La suspensión ... op. cit., pág. 105-122; MARTINEZ PEREZ, P.A. Resoluciones de expedientes disciplinarios a funcionarios de la Administración Local y su conexión con el art. 24.1 de la Constitución Española (Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva), en La Ley núm. 1708, 12 de Mayo 1987, págs. 1 y ss.

(28) Sirviéndose para ello de la regulación efectuada en la LOTE 2/79 de 3 de Octubre cuyo artículo 56.1 señala: "La Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero".

"plantear el problema de la inmediata ejecutividad de las sanciones administrativas antes de que hayan alcanzado firmeza los actos que las hayan impuesto y antes de que sobre las mismas se haya podido proseguir un debido proceso legal con todas sus garantías, así como la cuestión relativa a la ejecución de la sanción, cuando no se apliquen las medidas de suspensión, puede constituir un obstáculo que de hecho prive al sancionado de su derecho a la tutela efectiva en relación con el artículo 24 de la Constitución".

El camino estaba preparado para que se produjera, precisamente en el ámbito que tratamos, (el que sin duda había sufrido más cambios con la vigencia del texto constitucional) una verdadera convulsión en el tema de la ejecutividad de los actos administrativos.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "NULLA POENA SINE IUDICIO" Y LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS.

Una vez reconocida la aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia en el ámbito que nos ocupa (29) y concretado, asimismo, que en una de sus vertientes exige "que nadie pueda ser considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria" (30) podría entenderse que la regla de la ejecutividad del acto disciplinario, aún no confirmado judicialmente, supondría una contradicción con esos postulados constitucionales.

(29) Ver el Título VIII, Capítulo II, dedicado a la influencia del artículo 24 CE en el procedimiento disciplinario.

(30) Recogido por primera vez en el Auto del TC 94/81, de 22 de Julio, Sala Primera (Sección Segunda). RA n.º. 147/81.

En el ámbito penal parece casi unánimemente admitido que la presunción de inocencia sigue operando hasta que la sentencia no deviene firme (es decir, o bien cuando se han agotado todos los recursos pertinentes contra la misma, o bien si han transcurrido los plazos para interponerlos). En este sentido se manifiestan incluso los mayores detractores del principio. Al respecto ver MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, Vol. I (Traducción Santis Melendo y Ayerra Redín), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, Parte Primera, Cap. IV, págs. 250 y ss. Ahora bien, que el principio funcione así no significa que determinados autores compartan sus consecuencias. Así, FERRO, Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento penal, traducción de PEREZ OLIVA, Madrid 1967, págs. 304 y ss. y Sociología Criminal, (Traducción de Soto Hernández) Tomo II 1908, págs. 194 y ss. admite con reticencias que "la presunción de inocencia exista mientras se instruye el proceso y aún mientras se debate ... pero no después de una sentencia de condena".

A pesar de la opinión de los positivistas italianos contrarios al principio de referencia, lo cierto es que el artículo 27 de su Constitución recoge que "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva" expresión esta última que constituye, según VAZQUEZ SOTELO, La presunción de inocencia ... op. cit., pág. 259 un error técnico fácilmente corregible pues debería referirse a la "condena firme o condena pasada en cosa juzgada", ya que la presunción de inocencia debe seguir operando durante los recursos admisibles contra la sentencia de condena (apelación y casación)...

Asimismo, el art. 9 de la Declaración de 1739 recoge solemnemente que todo acusado tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que por sentencia judicial declare irrevocablemente su culpabilidad". En nuestros términos ha sido interpretado el art. 6.2 CESC.

En definitiva, "ante todo, en la "presunción de inocencia" debe verse una aplicación concreta del principio general del favor rei, que domina todo el planteamiento general del procedimiento penal moderno, siendo, por lo tanto, un principio general informador del proceso y de la legislación penal y procesal, que obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad, hasta que una u otra estén establecidas con certeza jurídica firme", VAZQUEZ SOTELO, La presunción ... op. cit., pág. 265.

En efecto, el problema jurídico que se plantea tras la vigencia del artículo 24.2 de la CE es averiguar si, en el supuesto de la imposición de una sanción disciplinaria, deberían ser los Tribunales quienes en última instancia, estuvieran llamados a determinar la culpabilidad de los sancionados. En otras palabras, si el funcionario castigado disciplinariamente es inocente hasta que una sentencia judicial no declare lo contrario, resulta lógico considerar que debería ser el juez quien decidiera sobre la conveniencia o no de ejecutar previamente la sanción pues, de lo contrario, si consagramos la regla de la autotutela ejecutiva, estaríamos tratando como presunto culpable a un inocente o al menos le estaríamos aplicando las consecuencias de una culpabilidad todavía no legalmente declarada, infringiendo la regla "nulla poena sine

(30) .../...

En el ámbito del proceso contencioso-administrativo y referido a la problemática que estamos abordando, la presunción de inocencia jugaría de distinta forma pues no olvidamos que no existe (a diferencia del proceso penal) derecho a la doble instancia (STC 29/87 de 5 de Mayo STC 15/87 de 11 de Febrero, STC 3/83 de 25 de Enero). En concreto, la STC 197/88 de 24 de Octubre dice:

"La exclusión del recurso de apelación en materia de personal se funda en razones objetivas de ordenación procesal y no en subjetivas de discriminación de carácter alguno".

Así, el recurso de apelación, cuando se ejercita de acuerdo con el artículo 94 LJCA posee únicamente el efecto devolutivo.

Sobre el tema ver: J.A. RODRIGUEZ PEDREÑO, Súplica y apelación en el proceso contencioso-administrativo, Edersa 1980 págs. 47 y ss.; GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios a la LJCA, Madrid 1989, págs. 1130 y ss. Derecho Procesal administrativo, Madrid 1987, Tomo III; TRUJILLO, QUINTANA Y BOLEA, Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo, Barcelona 1969, Tomo II; PERA VERDAGUER, F., El recurso contencioso-administrativo en la jurisprudencia, El Consultor Madrid 1988 págs. 475 y ss.; Comentarios a la Ley de Contencioso-administrativo, Bosch Barcelona 1969 págs. 640 y ss.; CANO MATA, Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativo de 27 de Diciembre de 1956 (Doctrina del TC sobre derogación de algunos de sus artículos e interpretación de otros), Ed. Edersa Madrid 1985 págs. 231 y ss.

Por tanto, esas diferencias sí podrían constituir los "matices" de que habla el TC en la traslación de los principios del art. 24 CE al ámbito administrativo.

judicio" (31).

En base a ello, parece evidente la contradicción entre la consagración de la regla de la ejecutividad de las sanciones disciplinarias (32) y la consideración de que ese mismo funcionario, que ya está cumpliendo la sanción, es inocente hasta que una sentencia judicial no declare lo contrario.

Ante ese paradigma, dos posturas son las que, a nuestro juicio, podrían apuntarse: o bien sostenemos que esa vertiente de la presunción de inocencia no es aplicable en el derecho disciplinario (33) o por el contrario la consideramos plenamente válida y vigente.

La primera solución fue adoptada por el TC en Sentencia 66/84, de 6 de Junio, en la que ante la ejecución inmediata de una sanción impuesta en el marco de una especial relación con la

(31) En ese sentido GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso ... op. cit. I pág. 460 dicen:

"Así como en la actividad llamada arbitrariedad la Administración sustituye indebidamente al juez civil, así en esta actividad sancionatoria viene a sustituir indebidamente al juez penal. En los dos casos la autotutela administrativa está notoriamente aplicada fuera de su ámbito y en los dos también se suplanta por la Administración el papel de los jueces en la vida colectiva, que la Constitución define como exclusivo (art. 117.3), tanto en los juicios civiles (los cuales están definidos por el art. 51 LEC), como en los penales, infringiendo aquí además el principio nulla poena sine iudicio que expresamente proclama el artículo 24.2 de la Constitución y que, obviamente, debe aplicarse a un concepto material de pena, desde la perspectiva del ciudadano, sin que sea lícito el equilibrio semántico de que las sanciones administrativas no son verdaderas penas (aún cuando pueden llegar a cifras ilimitadas de sanciones pecuniarias -por ejemplo, art. 228.7 LS, art. 6 del Decreto de 17 de Noviembre de 1966, hoy nuevamente en vigor en materia de disciplina del mercado tras la anulación por Sentencia de 13 de marzo de 1981 del Decreto de 20 de Diciembre de 1974, lo que supone admitir la confiscación total de los bienes, constitucionalmente prohibida, art. 33.1 de la Constitución). Es el juez, en efecto, al que pertenece en exclusiva la heterotutela de que en realidad aquí se trata".

(32) Reconocida, entre otros, por el artículo 49 RDFCE.

(33) Pues pasaría a formar parte de los "casos" con los que se aplican los principios del derecho penal en el ámbito que nos ocupa, solución a todas luces discutible.

Administración, (34) sostuvo que, en este ámbito no son aplicables los principios que rigen en lo punitivo (35) por lo que "la efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia: la propia legitimidad de la potestad sancionatoria y la sujeción a un procedimiento contradictorio, (36) abierto al juego de la prueba según las pertinentes reglas al respecto, excluye toda idea en confrontación con la presunción de inocencia". A partir de ahí, el Tribunal declara que el privilegio de la ejecutividad no debe considerarse quebrado en todos los casos por el artículo 24.2; todo lo más debe ser reinterpretado a la luz de éste.

Esa doctrina, que está siendo repetida casi sin excepción por el Tribunal Supremo cuando se alega la violación de la presunción de inocencia por la ejecutividad inmediata de una

(34) Dicha resolución, ya comentada anteriormente, trae causa de los hechos siguientes:

El Delegado Provincial del MOPU impuso al recurrente, procautor de viviendas de promoción oficial, dos sanciones pecuniarias, referidas a su actividad. El sancionado interpuso recurso contencioso-administrativo y en él solicitó su suspensión. La Audiencia denegó la suspensión de la ejecutividad de los actos sancionatorios, invocando el art. 122 LJ, y contra esa denegación se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo. Mientras se tramitaba ésta, se solicitó del Supremo la suspensión de la ejecución de los actos sancionatorios, solicitud que fue denegada. Asimismo, el Tribunal Supremo denegó posteriormente la apelación contra el Auto de la Audiencia. Concluido este trámite, y mientras seguía su curso el recurso contencioso-administrativo contra la sanción impuesta, el recurrente acudió ante el Tribunal Constitucional alegando la violación del artículo 24.2 CE.

(35) Tal y como comenta María RUBIO, *De nuevo...*, op. cit., pág. 478-479 para el Tribunal las sanciones en el ámbito de las especiales relaciones de sujeción se diferencian cualitativamente de aquellas que "se orientan a la protección del orden general, próximas a las punitivas y reclinatoras en línea de principios de garantías que, teniendo su inicial campo de aplicación en lo punitivo, son extensibles al sancionador que hemos dicho, en la medida que la afinidad material lo exija". Sin embargo esas garantías no son trasladables al ámbito de las sanciones impuestas en virtud de relaciones especiales.

(36) Sin duda, la existencia de un procedimiento debería ser el dato central que permita ejecutar la sanción. El tenor de la relación especial de sujeción no debería ser determinante.

sanción, cualquiera que sea (37), plantea graves problemas, pues si en este tipo de relación se excluye su vigencia ¿por qué se admite en otros? (38). Ciertamente creemos que el Tribunal podía haber enfocado el tema desde otra perspectiva. Una cosa es que la Administración pueda imponer sanciones y otra muy distinta es quien debe determinar la culpabilidad de los sancionados (si la propia Administración o los Tribunales) y esa determinación resulta capital para hacer efectiva la sanción y por tanto, está estrechamente vinculada a la suspensión del acto sancionador (39).

(37) Entendiéndose que la incidencia de la presunción de inocencia en este ámbito provoca únicamente una "intensificación del control judicial de la ejecutividad, valorándose en cada caso los intereses en juego". Autos del TS de 13 de Junio 1988 (Sala 4, Ar. 5329); 28 de Marzo de 1988 (Sala 4, Ar. 2443); 4 Abril 1988, (Sala 4, Ar. 2579); 15 de Abril 1988, Sala 4; 26 de Julio 1988 (Sala 4, Ar. 4047); 26 Septiembre 1988, Sala 4, Ar. 7259; 22 de Noviembre 1988, Sala 4, Ar. 9153; 9 de Diciembre 1988, Sala 4; 28 de Marzo de 1989, (Sala 3, Ar. 1953).

(38) MARIA RUBIO, De nuevo..., op. cit., pág. 489.

(39) En parecidos términos MARIA RUBIO, De nuevo..., op. cit. pág. 478 quien añade (pág. 481): "Una cosa es que la Administración pueda imponer sanciones, otra que la potestad disciplinaria sea distinta de la penal y una tercera, bien distinta, es que las sanciones disciplinarias puedan ejecutarse aun antes de que el juez, que es quien está en última instancia habilitado para pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado o sancionado (¿qué sentido tendría sino hablar de la culpabilidad "legalmente declarada"?) tenga oportunidad de conocer el fondo del asunto.

Todavía más contundente se muestra PARADA VAQUEZ, J.R., Derecho Administrativo ..., op. cit. I, pág. 371 - 372 cuando dice:

Sino queremos infringir el principio "nulla poena sine iudicio", forzoso es aceptar el carácter automático de la suspensión con motivo de la interposición de los recursos administrativos y jurisdiccionales. De lo contrario seguirá vigente la antinomia, no explicada ni justificada por el Tribunal Constitucional, de que la ejecución de las penas impuestas por los Jueces y Tribunales se suspenda por la simple interposición de los recursos procedentes y que ese mismo efecto garantizador no se produzca cuando la potestad punitiva del Estado se actúa a través de las autoridades o funcionarios administrativos, cuya fiabilidad desde el punto de vista de la independencia y objetividad la Constitución presume inferior a la de los jueces y que, además sancionan a través de procedimientos con menores garantías. Esto es, a menor fiabilidad jurídica en los agentes sancionadores y menores garantías procedimentales, menores garantías también en el trámite del recurso judicial. ¡Esa es, en fin, la peculiar conclusión a que conduce la referida doctrina del Tribunal Constitucional en la interpretación del artículo 24 de la Constitución!

La segunda posibilidad que apuntábamos (considerar plenamente vigente el principio de la presunción de inocencia en las sanciones disciplinarias) haría ciertamente tambalear la regla de la ejecutividad de los actos, pues ambos principios son de difícil conciliación. A nuestro juicio, no existe razón alguna para excluir el juego de la presunción de inocencia del ámbito de las especiales relaciones de sujeción una vez reconocida su virulencia en las sanciones de protección del orden general (40).

En consecuencia, entendemos que el artículo 24.2 CE ha modificado la regla de la ejecutividad de los actos disciplinarios entendida como un privilegio que de forma inmediata acciona la Administración. En estos casos, queda más que justificado la negación de la eficacia del acto hasta que

(39)

Y es que en el fondo de tan restrictiva doctrina sigue pesando la concepción dual del poder punitivo del Estado que, en contra de lo dispuesto en el Convenio Europeo sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, separa a efectos de las garantías procesales la causa penal de la administrativa para soslayar los principios garantizadores que inspiran la aplicación del Derecho penal. Pero esta concepción ya no es de recibo, pues contra la pretendida invocación de la "razón de Estado" (administrativa o fiscal) para burlar las garantías que exige el Estado de Derecho, como advierte SAINZ DE SUJANSA, citando a MALINVERNI, "no pueden estimarse de rango superior los bienes jurídicos que protegen las sanciones administrativas a otros bienes que también ofrecen importancia fundamental para la vida comunitaria y que son, por tanto, objeto de protección penal..." Ciertamente no se comprende que se den más garantías de defensa a los que atentan contra la vida, la libertad o la integridad de las personas a quienes lo hacen contra bienes jurídicos de menor rango, como son los que tutela la potestad sancionadora de la Administración (intereses urbanísticos, fiscales, organizativos, etc.), jugando allí la presunción de inocencia hasta que se agota el último recurso judicial, mientras que aquí se lleva a cabo la ejecución de las sanciones aún cuando resten una o dos instancias judiciales por pronunciarse. Si la razón de esta disparidad estriba en que la actividad administrativa no puede subordinarse al paso lento de los Tribunales de Justicia, será esto último lo que habrá que corregir, pero sin transgredir el fundamental principio nulla poena sine iudicio, que exige el agotamiento de todas las instancias judiciales - la total firmeza del acto sancionador- antes de proceder a su ejecución.

(40) En Italia, por ejemplo, la Ley 687/81 que regula el conjunto de sanciones administrativas (con excepción de las disciplinarias y tributarias) no hace mención de la vigencia del principio de la "non colpevolezza dell'acusato" hasta que no se pronuncie "in modo definitivo la condanna" por lo que, la doctrina declara su "non necessaria operatività in campo amministrativo (caratterizzato dal principio di immediata, esecutività del provvedimento)" M. A. SANOLLI, Le sanzioni amministrative pecuniarie..., op. cit., pág. 146-147. Esta solución, si bien evita innumerables problemas (alguno de los cuales estamos abordando) no deja de plantear otros nuevos. ¿Debemos suponer entonces que la culpabilidad del sancionado debe presumirse, en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos? Sobre el tema en nuestra literatura científica ver J. SNEY RINCON, Sanciones..., op. cit., pág. 124 y ss.

el juez decida a favor o en contra del mantenimiento de la suspensión (41), ponderando siempre los intereses en juego (42). Ambas cuestiones (exigencia de decisión judicial para levantar la suspensión y valoración de los intereses concurrentes para concederla) deben ser seguidas inexcusablemente. Una postura distinta a la anterior nos haría incurrir en la contradicción de proclamar a los cuatro vientos la inocencia de un funcionario mientras se le impide desempeñar sus funciones, se le ordena su traslado forzoso o se le retira parte de su sueldo, llegando en ocasiones a cumplir totalmente su castigo, con la paradoja de que, a lo mejor, si la sentencia finalmente le es favorable, habrá cumplido la sanción sin llegar a perder la inocencia que la Ley Fundamental dice proteger.

Por último, debemos señalar que contra el sistema propuesto (suspensión de la ejecutividad de la sanción disciplinaria y posibilidad de que el juez, ponderando los intereses en juego

(41) En esa línea, la STS, Sala Tercera, de 25 de Marzo de 1986, afirma:

"la potestad ejecutoria en el ámbito sancionador, de naturaleza materialmente penal, tiene su límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia, configurada también constitucionalmente, que impide así, a nuestro parecer, la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta en procedimiento disciplinario por un órgano administrativo, sin haberse agotado todas las instancias dentro de la propia Administración y, por lo tanto, mientras no se hubiere resuelto el recurso correspondiente".

Comentada por GARCERÁN FALLA, Tratado ... op. cit., I págs. 460-461.

(42) La doctrina jurisprudencial actual queda recogida en el auto del IS de 13 de Junio de 1988 que recuerda, tras considerar que la presunción de inocencia no queda vulnerada por la inmediata ejecutividad de la sanción, la necesidad de tener en cuenta la exposición de motivos de la Ley ponderando "ante todo" la medida en que el interés público exija la ejecución, apreciando así el grado en que dicho interés esté en juego.

"Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión.

Ello implica que el concepto jurídico indeterminado expresamente recogido en el art. 122 de la Ley Jurisdiccional ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y así, si cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso".

Al respecto, ver J. TORRES MAS, Suspensión judicial ... op. cit., págs. 923 a 925.

Un análisis jurisprudencial del tema puede verse en JAIME F. RODRIGUEZ - ARANA. De nuevo sobre la suspensión jurisprudencial del acto administrativo, REDA 64 Octubre-Diciembre 1989 especialmente págs. 645 y ss.

decida sobre su levantamiento) podría sostenerse, del mismo modo, la vulneración de la regla "nulla poena sine iudicio" pues no sería extraño que el tribunal optara por no suspender la ejecutividad del acto y finalmente declarase la no conformidad a derecho del mismo (43).

Ese problema ha sido igualmente denunciado en el proceso penal (lo que demuestra la coherencia del sistema propuesto para el ámbito administrativo) sobre todo por MANZINI quien afirmaba:

"Si se presume la inocencia del imputado ... ¿porqué entonces proceder contra él?. ¿de qué inocencia se trata? ¿Se presume que el imputado no ha cometido el hecho o que, habiéndolo cometido, no sea moralmente imputable?, ¿O lo uno y lo otro a la vez?. Y, de ser así, ¿porqué no se actúa con toda la lógica y se permite, por ejemplo, que el imputado se constituya en parte civil en la causa contra los denunciadores o querellantes?"

Por lo que concluye diciendo:

"el no estar ciertos de la culpabilidad de una persona indiciada significa necesariamente dudar de su inocencia y por lo tanto no puede nunca equivaler a presumir en él la inocencia" (44).

(43) Con lo que se le estaría tratando como presunto culpable. Evidentemente, para paliar tales efectos podría parecer lógico suspender la ejecutividad de la sanción hasta su firmeza en vía jurisdiccional. Dicho sistema ha sido defendido por PARADA VAZQUEZ Derecho ... op. cit., I pág. 371.

(44) MANZINI, Tratado ... op. cit., vol. I págs. 253 y 257. Rebatiendo esos planteamientos en nuestra literatura ver VAZQUEZ SOTELO, Presunción ... op. cit., págs. 770 y ss. quien afirma "las objeciones de MANZINI son fáciles de refutar, ya que si bien es cierto que no deja de ser un contrasentido, en términos absolutos, que se presuma inocente a un persona a la cual al mismo tiempo se le acusa, se le procesa, o se le encarcela preventivamente, todo eso no supone más que limitaciones o derogaciones parciales y provisionales necesarias precisamente para poder adelantar y hacer posible ese camino procesal que

(44) ...

conduce al juicio y a la sentencia en la que se establecerá con certeza jurídica si la presunción de inocencia debe prevalecer o debe entenderse vencida por pruebas en contrario demostrativas de la culpabilidad. Como tantas veces sucede, estamos ante una institución jurídica que, acontece con las ideas y con los principios, no puede pensarse hasta sus últimas consecuencias. Pero la presunción de inocencia sigue presente y tiene utilidad en cuanto exige que esas limitaciones o derogaciones parciales se limiten a esas precisas exigencias de servir el desenvolvimiento del proceso, para hacer incluso posible la definitiva confirmación de la inocencia.

Por lo demás - añadiríamos nosotros - debe tenerse en cuenta que la paucidad de medidas cautelares contempladas por nuestro derecho en el proceso penal ordinario por delitos es amplísima. La LECr, dedica los títulos VI a I del Libro II al tema distinguiendo entre medidas cautelares personales (citación, detención, prisión provisional, libertad provisional del procesado) y reales. Al respecto ver, por todos A. N. LÓRCA NAVARRETE, Derecho ... op. cit., págs. 262 y ss.

III. LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL Y LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS.

1. La necesaria incidencia real en la esfera jurídica por la que se reclama la tutela judicial: La suspensión de la ejecutividad de los actos disciplinarios hasta su firmeza en vía jurisdiccional.

Un auténtico giro copernicano en el tema de la ejecutividad de las medidas disciplinarias, se produce con la doctrina sentada en dos sentencias del T.S. al decantarse por la regla general de la improcedencia de la ejecución de este tipo de sanciones hasta la firmeza de las mismas, sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE (45).

El origen de ambas resoluciones, encuentra un fundamento común en las alegaciones efectuadas por los recurrentes, cuyos argumentos tienden a demostrar la violación de ese precepto cuando la Administración ordena la ejecución inmediata de un acto sancionador (46).

La primera de ellas, de fecha 17 de Julio de 1982, (47) analiza la adecuación a derecho de dos sanciones de suspensión de funciones por 1 año impuestas a un funcionario del servicio

(45) Considerando la aplicación extensiva al Derecho sancionador administrativo, conforme a la jurisprudencia del TC, de los principios del orden penal sentados en los arts. 24 y 25 de la C. L. PAREJO ALFONSO, La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo, *RECA* núm. 49. enero - Marzo 1986, pág. 32.

(46) Una vez examinados ambos expedientes de la Sala 5a. del TS, sorprende la identidad de los escritos de alegaciones de uno y otro asunto.

(47) STS, Sala 5a. , 17 Julio 1982. Ponente: Pablo García Manzano. (ar. 4428).

de correos y telecomunicaciones de Palma, sanciones que debían ejecutarse días más tarde, sin esperar a que estas fueran firmes en vía administrativa violando, según sostuvo el recurrente, los mandatos del artículo 24.1 CE. La pretensión ejercitada de acuerdo con los trámites especiales de la Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona es desestimada en primera instancia. El TS, se plantea el problema de averiguar si el castigo disciplinario antedicho puede ejecutarse con carácter inmediato y cuando la Administración lo estime conveniente, en virtud del privilegio de ejecutividad, (48) o si la efectividad de la sanción solo puede imponerse válidamente cuando el acto sancionador haya ganado firmeza en vía jurisdiccional, dado que es caso contrario se podía negar la efectividad de la tutela judicial que prescribe el artículo 24.1 de la Constitución (49).

Al respecto, la sentencia se apoya en diversos argumentos que conducen inevitablemente a la estimación del recurso. En primer lugar, considera que el privilegio de la decisión ejecutoria no tiene ni puede tener carácter absoluto, como lo prueban las excepciones contempladas en las leyes preconstitucionales (50). En este sentido, "la Constitución supone un paso

(48) Arts. 45, 101, y 116 LPA; Arts. 33 y 34 LRJAE; art. 122 LJCA.

(49) Ese enfoque es muy similar al que hizo el recurrente en su escrito de alegaciones quien invocó entre otras citas doctrinales, las premonitorias frases de GARCIA DE ENTERRIA - TOMÁS R. FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo, I, Edición 1990, pág. 419 cuando sostenían: "La aplicación ... en el caso de la actividad sancionatoria ... de la técnica de la circuntoriedad inmediata de las decisiones administrativas, de la carga sancionatoria desahogada al destinatario, del carácter no suspensivo de los recursos judiciales, siempre negar en muchos casos, pura y simplemente, la efectividad práctica de una tutela judicial que el art. 24.1 de la Constitución, garantiza sin excepciones. Es un trastorno demasiado grave de principios sustanciales, sin paralelo en otros derechos de nuestra región cultural y que, por añadidura, no puede en absoluto justificarse como una técnica de autotutela administrativa, lo que, en definitiva, viene a demostrar por una vía indirecta la coherencia última de esta técnica y la imposibilidad de aplicarla fuera de sus límites propios".

(50) No obstante, SANTAMARÍA PASTOR, Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso, RFP 100-102, 1983, pág. 1619 afirma: "hay que señalar que lo que estas sentencias operan es una limitación drástica del privilegio de no suspensión en el campo de las sanciones administrativas en general; dicho de otro modo, la constatación de la derogación parcial del artículo 122 de la Ley de lo contencioso por el artículo 24 de la Constitución".

más en la línea de progresiva reducción del privilegio de ejecutividad" lo cual no implica que un planteamiento global del tema nos lleve necesariamente a afirmar que "el artículo 24 de la CE ha dejado sin efecto el privilegio de la autotutela declarativa de la Administración o de decisión ejecutoria", simplemente debe quedar claro que en determinados supuestos, el mismo quiebra por aplicación "del principio de tutela judicial efectiva del mencionado artículo 24.1 de la C."

Así, en segundo lugar, la sentencia, apoyándose claramente en los argumentos de la parte recurrente y después de recordarnos la aplicabilidad inmediata del art. 24.1 CE, (51) declara lo que a nuestro juicio constituye el nudo gordiano del problema (52) al afirmar que el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 C, implica que "cualquier eventual estimación judicial de las pretensiones ejercitadas debe ser susceptible de tener incidencia en la situación jurídica para la que se demanda la tutela", logrando una verdadera reparación de la misma. Para ello, no puede bastar una mera indemnización de daños y perjuicios, siempre de carácter subsidiario, y que nunca llegará

(51) En síntesis, el f) IX de la demanda, presentada en 1era. instancia y posteriormente reproducida en el escrito de alegaciones antes el TS, recuerda los considerandos de la STC, de 8 de Junio de 1990, cuando afirma "la incidencia inesquivable de la Constitución sobre las potestades disciplinarias produce las siguientes consecuencias:

A) Los derechos fundamentales y libertades públicas son de aplicación inmediata sin que su vigencia quede diferida a una posterior regulación legal.

B) Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

C) De todo ello, porque la "Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental" y entre estos valores está, como el propio Tribunal afirma, el que "ha dado preferencia a las garantías procesales sobre la hipotética eficacia". Y la manifestación más inequívoca de la garantía procesal, de la efectividad de esa garantía jurisdiccional está en la suspensión del acto administrativo, concluye el Tribunal Constitucional, invocando el art. 70, 5, de la Ley 62/1978, de 26 de Diciembre.

(52) De la misma opinión es SANCHEZ MORON, M., El derecho a la tutela judicial como límite a la ejecutividad de los actos administrativos, RECA núm. 35 Octubre/Diciembre 1982, pág. 671.

a sustituir con éxito, "la de los derechos y prerrogativas anejos a la condición de funcionario público durante el tiempo de suspensión".

Con esa argumentación se nos obliga a valorar en cada caso los intereses en juego: el privado (que pretende una tutela eficaz) y el público (que conlleva la ejecutividad del acto). Así, cuando se otorgue preminencia al primero, aunque rompa la regla de la excepcionalidad de la suspensión de los actos en vía de recurso, esta no será objetable desde el punto de vista de la eficacia administrativa, pues ya ciertos preceptos del reglamento disciplinario permiten la suspensión o inejecución de la sanción por justa causa, (53) y además, esa eficacia puede conseguirse igualmente con la suspensión provisional de funciones (por un máximo de 6 meses) reglamentariamente prevista (53 b). En definitiva, la eficacia constitucionalmente reconocida debe ceder "ante las garantías procesales, para evitar la indefensión".

(53) Arts. 11, 2 y 42 del Reglamento de 1969. En la actualidad, el artículo 50 del RDFCE prescribe:
"El Ministerio de la Presidencia podrá acordar la inejecución de la sanción, y el órgano competente para resolver podrá acordar su suspensión temporal por tiempo inferior al de su prescripción.
Si la sanción fuera de separación del servicio, el acuerdo de su inejecución o suspensión corresponderá al Consejo de Ministros.
Ambos acuerdos deberán adoptarse de oficio, o a la instancia del interesado, siempre que mediare causa fundada para ello.
En estos casos, con excepción de la sanción por faltas leves, deberá ser oída previamente la Comisión Superior de Personal".
Por lo demás, al confrontar ambos intereses no debemos olvidar que uno, el privado, se encuentra protegido por el art. 24 de la CE y constituye un derecho fundamental. El segundo, cuya transcendencia no escapa a nadie, está proclamado en el art. 103.1 CE. Una crítica al principio de eficacia como fundamento de la decisión ejecutoria de la Administración (recogida en la STC 22/84, de 17 de Febrero) puede verse en PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo ... op. cit., I, pág. 161.

(53b) Por tanto, surge el problema de la posible impugnación autónoma de la medida cautelar y la consecuente solicitud de suspensión de la misma. Al respecto, consideramos que esa posibilidad debería ser limitada a casos excepcionalísimos.
Sobre el tema ver el Título VII del presente trabajo.

Un tercer argumento, nada desdeñable, deriva de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionatorio, declaración constitucional que si la ponemos en conexión con el artículo 50 de la LFCE al considerar que la suspensión del funcionario tendrá carácter firme cuando se imponga en virtud de condena criminal o de sanción disciplinaria, nos lleva a sostener que no sería razonable diferir la efectividad de la condena penal hasta que la sentencia fuera firme y en cambio defender la imposición de la sanción en base a un acto administrativo carente de esa propiedad. "Más aún cuando el procedimiento administrativo sancionador carece de las garantías del proceso penal y la resolución del mismo se adopta por la Administración, que es juez y parte, y no por un órgano independiente. Por tanto parece necesario posponer la ejecución de las sanciones administrativas al momento en que el acto que las imponga haya ganado firmeza" (54).

Por último, la sentencia esgrime el dato indudable de la progresiva limitación del privilegio de ejecutividad contemplado por diversas leyes sancionadoras post - constitucionales (55) lo que evidencia "que en determinados sectores se han extraído del art. 24.1 de la Constitución todas sus virtualidades en orden a una tutela judicial efectiva, que reclama el carácter firme de las sanciones disciplinarias para su efectividad o cumplimiento".

(54) R. SANCHEZ MORON, El derecho a la tutela judicial ... op. cit., pág. 674.

(55) Art. 44,3 Ley Orgánica General Penitenciaria, art. 80,2 Reglamento de Procedimiento económico administrativo, art. 44 Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial. A esas disposiciones, el recurrente añade al art. 115 del proyecto de reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo (BOCG de 26 de Octubre de 1981, serie A n.º. 26.1).

La segunda resolución, de 21 de Julio de 1982, (56) examina la legalidad de la ejecutividad inmediata de una medida disciplinaria impuesta a J.L.C.P., antiguo jefe de negociado en la facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona, al considerarsele autor y responsable de diversas irregularidades acaecidas en los servicios administrativos, consistentes en falsificar calificaciones de expedientes académicos, hechos que fueron reconocidos por el propio expedientado.

Interpuesto recurso por el procedimiento de la Ley 62/78, de 26 de Diciembre, (57) fue suspendida cautelarmente la sanción impuesta, desestimando con posterioridad el fondo del asunto por sentencia de la Sala 2 de lo Contencioso - administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona (58). Contra dicha resolución fue presentado recurso de apelación ante el Tribunal Supremo (59) que se pronuncia en términos muy similares a los ya relatados, añadiéndose acaso como novedad, que "el principio

(56) Sala 5, ar. 4442. Ponente Excmo. Sr. Antonio Agudex Fernández.

(57) Tal y como consta en la resolución del expediente incoado por el Excmo. y Magnífico Rector de la Universidad Central de Barcelona el 13 de Junio de 1981, J.L.C.P. conoció al sábitico griego PK, estudiante de la facultad, quien debía realizar el servicio militar en su país. Fruto de una buena relación entre ambos, J.L.C.P. procedió a falsificar diversas calificaciones de asignaturas comprensivas entre 1 y 2 de carrera hecho que fue considerado como una falta muy grave constitutiva del delito doloso (art. 6 b del Decreto de 16 de Agosto de 1969 en relación con el artículo 302 del CP). Además, se pudo comprobar múltiples incorrecciones, tachaduras, enmiendas en otras fichas de alumnos de los cuales él era el responsable por lo que se consideró esa actitud como incurso en una falta grave de incumplimiento de los deberes y obligaciones (art. 7 p del Decreto de 1969) y otra de negligencia que causa daños en la conservación de documentos (art. 7 i del Decreto de 1969).

No obstante, la resolución sancionadora, de 29 de Septiembre de 1981, redujo la sanción de separación del servicio al traslado con cambio de residencia durante el periodo de 6 años a la delegación de la Universidad de Liria, en base al "sincero arrepentimiento del inculcado plasmado en unas cuartillas que entregó al Secretario General de la Universidad "para reconciliarse consigo mismo" y a la "carencia de edad ... y exceso de prudencia en decir nombres de determinados funcionarios responsables, a pesar de que se ha visto asustado de incriminación, lo que demuestra un fondo de bondad ...".

(58) Sentencia de 23 de enero de 1982: Recurso contencioso-administrativo 749/81.

(59) Hoy en día, la apelación de este asunto no hubiera sido considerada procedente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.1 de la L.J. La sentencia comentada ni menciona el tema.

de igualdad de las partes en el procedimiento, ... proclamado por los artículos 1.1 y 9.1 de la CE impone la interpretación restrictiva del privilegio de la decisión ejecutoria. Ese dato, junto con la necesidad de que la tutela judicial sea efectiva es decir "plena y auténtica, real y sin traba alguna" implica que:

"Si el acto administrativo sancionador se ejecuta antes de su firmeza entonces la tutela ya no es plena ni real porque, desconociéndose si la sanción será confirmada o será dejada sin efecto, se están produciendo perjuicios al administrado que aparecen como de difícil reparación al menos moral y personalmente" (60).

La solución aportada por esas resoluciones supusieron, en su momento, un auténtico trastoque de los cimientos de nuestro ordenamiento, rompiendo una "inercia histórica" (61) y permitiendo afirmar, como ya lo había hecho en tantas ocasiones la doctrina como a veces había negado la jurisprudencia, que el privilegio de la autotutela, ni es tan tradicional ni tan antiguo, ni tiene una justificación dogmática abstracta desligada de la concreta realidad en la que se inscribe la actuación administrativa. (62).

(60) Tal como afirma SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso, RP 100-107, Vol. II, Enero-Diciembre 1983, pág. 1624-1625. De ese planteamiento se desprenden dos consideraciones importantes:

- a) Que el derecho a la tutela judicial efectiva impone además del derecho de acceso a la jurisdicción (o principio pro actione) la garantía de utilidad misma de la decisión jurisdiccional.
- b) La reparación monetaria nunca puede sustituir por entero a la reparación in natura, y por tanto no siempre es útil. En otras palabras: "en la reparación monetaria el indemnizado siempre pierde algo y no por causa de la infracción".

(61) N. SANCHEZ MORON, El Derecho a la tutela judicial..., op. cit., pág. 672.

(62) Recientemente PARADA, Derecho Administrativo ..., op. cit. I, pág. 143 y ss. efectúa un nuevo alegato contra ese privilegio afirmando, entre otras cuestiones, que en el sistema francés cuyo supuesto ejemplo hemos seguido tradicionalmente, atribuye exclusivamente al juez penal la competencia para la ejecución de los actos administrativos (especialmente ver págs. 148-149 y 150).

La doctrina recogida en ambas sentencias sirvió, en definitiva, para llamar la atención sobre una situación que se había hecho insostenible, inviable e injusta. La terquedad de los planteamientos jurisprudenciales, ciertamente habían reducido al absurdo el mecanismo de la suspensión. Ya en 1968, PARADA denunciaba: sólo es posible imaginar un mayor perfeccionamiento de la justicia administrativa en la rotura o quiebra del privilegio de la decisión ejecutoria y del acto previo que obliga al administrado a llegar al proceso contencioso en la posición de vencido y apelante, donde la garantía puede encontrar algún desarrollo" (63) afirmando años más tarde: "algo habrá que hacer para que la intervención judicial sea algo más que una tardía y estéril revisión de sanciones ejecutorias, de penas ya cumplidas, como hasta ahora está ocurriendo" (64).

En ese panorama, o se entendía que la Constitución había hecho algo o se sostenía que el artículo 24 no incidía para nada en el tema. Y la circunstancia fue aprovechada por las citadas sentencias para mostrar que, en determinadas circunstancias, la solución aportada no concluía "a la paralización de la actividad de la Administración" ni entraba necesariamente en conflicto con el principio de eficacia. La proverbial contraposición global y automática, garantías jurídicas de los particulares- eficacia administrativa no era exacta en la realidad ni, menos aún, a la luz de los principios constitucionales (65).

(63) PARADA VAZQUEZ, J.R., Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso, RAP, n.º. 55, Enero-Abril, pág. 65 y ss.

(64) PARADA VAZQUEZ, J.R., Poder sancionador de la Administración y crisis del sistema judicial penal, RAP, n.º. 67, Enero-Abril 1972, págs. 41 y ss.

(65) R. SANCHEZ MORON, El derecho a la tutela judicial ..., op. cit. pág. 672. Al respecto FONT I LLOYET, Nuevas ... op. cit., pág. 479 afirma que el artículo 24.1 CE "viene a arrojar definitivamente el rayo de luz necesario para contemplar con mayor precisión el ámbito de la regla de la ejecutoriedad de los actos y la funcionalidad de su suspensión en el recurso contencioso-administrativo. El derecho fundamental a la protección judicial se configura expresamente en el citado precepto de la Constitución como derecho a

.../...

Las repercusiones de todo ese planteamiento no se hicieron esperar. Durante varios años la jurisprudencia del TS aplicó, de forma indubitada y sistemática, el principio de la suspensión de la ejecutividad de las sanciones disciplinarias hasta que éstas fueron firmes en vía jurisdiccional (66). No obstante, la reacción pendular que suponían dichos pronunciamientos fue tempranamente reducida, aunque en alguna resolución aislada todavía perdure la resaca de esa espectacular y revolucionaria doctrina (67).

(65) .../...

la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, dándose la circunstancia, además, de que se trata de un principio que no admite excepciones y que vincula positivamente a todos los poderes públicos, entre los que se encuentran naturalmente los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En virtud de ello entendemos que el Juez deberá poner todos los medios necesarios para que la protección invocada por el ciudadano en defensa de sus derechos e intereses legítimos tienda a ser, desde el primer momento procesal, no sólo posible, sino realmente efectiva. Y esto implica por lo pronto, y en relación al tema que nos ocupa, una alteración sustancial en el uso restrictivo que de la suspensión viene haciendo hasta hoy gran parte de nuestra jurisprudencia".

(66) STS, Sala Ja., 20 de Febrero 1985 (ar. 498); STS, Sala Ja., 13 de Mayo 1985 (ar. 2297); STS 20 de Junio 1995 (ar. 3243); Auto de la Sala Ja. de 20 de Junio de 1985 (ar. 2850); STS, Sala Ja., de 11 de Junio 1986; STS, Sala Ja., de 14 de Junio 1986; STS, Sala Ja., de 10 de Diciembre de 1986. Estas últimas resoluciones, añaden un argumento particular a la doctrina examinada que es el siguiente "En todo caso se impone una última reflexión: si para que la sentencia judicial pueda ser ejecutada es preciso que sea firme -art. 119 de la Constitución- se daría la circunstancia que se podría ejecutar un acto de la Administración que aún no era firme, por no haber ganado firmeza en vía administrativa ni en la jurisdiccional, y por lo tanto se daría el contrasentido de que la sentencia que anulara el acto que la sentencia anuló se ejecutó, pese a no ser firme, con lo que se dotaría de más fuerza al acto fiscalizado por el Tribunal que a la sentencia de ese mismo Tribunal, interpretación que por concurrir al absurdo debe ser rechazada".

En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Territorial de Baleares, de 20 de Diciembre 1984.

(67) Así, el auto de la Sala 4a. del TS, de 3 de Febrero de 1987, que analiza la ejecutividad inmediata de una sanción disciplinaria impuesta por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en su ff. cón. 2 afirma:

"Tiene declarado este Alto Tribunal entre otras en sentencias de 17 y 21 de Julio de 1982 (R 4428 y 4442) que como regla general, salvo los supuestos previstos en el art. 7,4 de la Ley 62/78 de 26 de Diciembre, cuya prueba corre a cargo de la Administración, la suspensión de funciones acordada en expediente disciplinario no puede imponerse hasta que agotados los recursos administrativos y jurisdiccionales haya alcanzado firmeza".

Comentado por J. RODRIGUEZ-ARANA. De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1984-87) RSMA n.º. 64 Octubre/Diciembre 1989, págs. 639 - 650.

2.- El sometimiento de la ejecutividad de los actos sancionadores a la decisión de los Tribunales: La modular ejecutiva y su posterior reinterpretación.

A) Las precisiones de la doctrina recogida en la STC 66/84, de 6 de Junio.

La necesidad de ponderar la eficacia de la actuación administrativa con el derecho a la tutela judicial efectiva que spetta a los ciudadanos, llevó al Tribunal Constitucional a modular la jurisprudencia analizada, tomando como fundamento los distintos intereses en juego.

Así, su Sala 2a. dictó sentencia, el 6 de Junio de 1984, (68) en recurso de amparo seguido contra la resolución del TS que, en apelación, denegaba la suspensión de una sanción impuesta al recurrente con motivo de la infracción de la ley de viviendas de protección oficial. En ella, además de otras importantes cuestiones, nuestro más Alto Tribunal manifestó que:

" estando abierto el control judicial, por vía incidental con ocasión de la impugnación del acto, de modo que se garantice la valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad o por la suspensión, intereses que son,

(68) RA n.º. 497/1983. BOE de 19-6-84. Amplísimamente comentada en nuestra doctrina. Al respecto ver J. TOPICOS MAS, Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial, PEBA n.º. 61 1987 pág. 119 y ss.; Suspensión judicial ... op. cit., pág. 910; E. LEONBERRI MARTI, El urbanismo y el contencioso-administrativo RJC 1986, n.º. 3 pág. 774-775; F. SANZ GANDEGUI, La potestad ... op. cit., pág. 185 y ss.; L. PAREJO, La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo, SEM n.º. 49. enero-Marzo 1986 pág. 21 a 23; MARIA RUBIO, De nuevo sobre la potestad sancionatoria: La STS de 6 de Junio de 1984, REM n.º. 42 Abril-Junio 1984 págs. 477 y ss.; J. SANCHEZ TEJEDOR, F., Tutela judicial y efectividad de las sanciones, en PJ n.º. 1/1986 págs. 116 y ss.; J. SANCHEZ RINCON, Sanciones ... op. cit., pág. 190; J. GARDERIA LLOBREGAT, L., La aplicación ... op. cit., pág. 130 y ss. En especial pág. 146 a 148; FERNANDO LOPEZ RAYON, Límites constitucionales ... op. cit., pág. 75 y ss.; PARADA VAZQUEZ Derecho Administrativo .. op. cit., I, pág. 370 y ss.; VILLA GOMEZ CEBRIAN ALFONSO F., Ratificada la vigencia del principio de ejecutividad de los actos sancionadores, REM n.º. 53, 1987 págs. 147 y ss.

junto a los de las partes en eventual litigio, los intereses generales, y a la técnica preventiva que es propia de la pendiente de decisión judicial, el contenido esencial del derecho a la tutela judicial no padece. La rigurosidad de la regla de la no suspensión arbitrando para la hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución se reinterpreten los preceptos aplicables (entre ellos el artículo 122.2 de la LJCA). Sin embargo, no se podrá acudiendo a la mención de aquel precepto constitucional, entenderse desaparecida la ejecutividad o, poniendo más el acento en uno de aquellos intereses que en otro, relegar o despreciar otros, tanto generales como de terceros. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión".

Por tanto, la idea de daño irreparable utilizada por el artículo 122 LJ, debe ser reinterpretada a la luz de la tutela efectiva, conceptos idénticos y que han de ser opuestos al interés general en la eficacia de la actuación administrativa para averiguar en cada caso cual es la solución a adoptar de manera que no se lesionen derechos injustificadamente (69). El

(69) "Nacióse prevalecer en caso de oposición el derecho que el ordenamiento protege de forma más intensa". J. TORRÓS RAS, Suspensión judicial ... op. cit., pág. 923.
En parecidos términos SANTAMARÍA PASTOR, J., Tutela Judicial ... op. cit., pág. 1616; FONT I LLOYET, Nuevas consideraciones ... op. cit., pág. 482; GONZÁLEZ PÉREZ, J. La suspensión de la ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. REDM núm. 5, 1979, págs. 254 y 255.

art. 24.1 de la CE garantiza que esa operación sea decidida y resuelta por los jueces pero no impone en todas las ocasiones la suspensión de la sanción hasta su firmeza.

A partir de esta interpretación, los Tribunales creyeron mayoritariamente entender que las sanciones disciplinarias eran ejecutivas una vez habían ganado firmeza en vía administrativa, "pues es a partir de tal momento cuando el particular tiene abierta la vía de impugnación del acto ante los Tribunales, en cuyo ámbito, y a través del correspondiente procedimiento incidental, podrá debatirse la suspensión de aquél, materializándose así la tutela que garantiza el artículo 24 de la constitución" (70).

(70) F. LECUMBERRI MARTI, El urbanismo ... op. cit., pág. 221.

Entre otras, STS, Sala 3a., de 8 de Octubre de 1934, STS, Sala 3a., 29 de Mayo 1936; STS, Sala 3a., 10 de Diciembre 1935 y SSTs de 26, 27 de Marzo y 20 de Junio de 1936.

Al respecto, dos resoluciones merecen un comentario especial. En primer lugar y de manera cronológica destaca la doctrina que dimana del Auto del Pleno del TS de 17 de Octubre de 1984, (Ponente JOSE PERNANDO SANTIAGO), cuyo origen se encuentra en un acuerdo del COPJ, en el que, a la vez que se ponía término en vía administrativa, después de haber sido desestimado el correspondiente recurso, interpuesto contra un expediente disciplinario de sanción con separación del servicio judicial, se decretaba la ejecución inmediata de dicha sanción. Tras hacer diversas consideraciones sobre la inadecuación del cauce procesal de la Ley 52/78, de 26 de Diciembre, el TS sienta la doctrina siguiente:

"El Acuerdo recurrido no ha interferido el acceso a la Jurisdicción ni la traslación de las garantías inherentes al derecho fundamental previstas en el artículo 24 CE, que no han podido ser transgredidas por la ejecución inmediata de la sanción, ya que cuando tal ejecución se decreta es en el momento de la resolución de un recurso de reposición formalizado contra el Acuerdo, y en el que el expediente o proceso sancionador como tal ha concluido por haberse agotado las distintas fases que lo integran y únicas en donde cabría hacer la extensión o traslación de las garantías procesales en aplicación del contenido del derecho a la tutela efectiva recogido en el citado artículo 24".

Las mencionadas afirmaciones fueron reproducidas por la Sentencia de la Sala 3a., de 9 de Diciembre de 1986, donde se concluye que al haber podido los recurrentes (se trataba de funcionarios del Ayuntamiento de Paloa a los que se les había impuesto sendas sanciones de pérdida de remuneraciones) solicitar, en vía jurisdiccional, la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, y ponderadas las razones para denegarla por parte del Tribunal, ya queda cubierta la plena virtualidad y disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para un comentario elogioso de esas resoluciones ver, ALFONSO F. VILLAGOMEZ CEDRAN, Ratificada la vigencia del principio de ejecutividad de los actos sancionadores, REDA núm. 53, Enero/Marzo 1987, págs. 147 y 150.

Al respecto, consideramos jurídicamente discutibles los considerandos repetidos en esos pronunciamientos, cuyo origen se encuentra en la STS de 7 de Abril de 1986 (sentencia que, considera admisible la ejecutividad inmediata de las sanciones administrativas antes de haberse resuelto el

.../...

Situada la cuestión en éstos términos, no existían contradicciones sustanciales entre la doctrina del TS y del TC. Ambas descalificaban la regla que basaba la negativa a la suspensión solicitada por el recurrente en la posibilidad general de compensación por la vía indemnizatoria y además, ponían el acento en la necesidad de que la sentencia favorable que eventualmente se obtuviera sirviese realmente a sus pretensiones, postergando la consumación de situaciones irreversibles, solución que únicamente se lograba suspendiendo la ejecutividad de la sanción hasta que el Tribunal decidiera.

Esta "vía intermedia", por lo demás, ya había sido propuesta con anterioridad por la Sala segunda de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona (71).

Ahora bien, la situación no era lo diáfana y cristalina que pudiera parecer de la lectura de las líneas precedentes. Ya MARIA RUBIO inmediatamente después de conocer la doctrina recogida en esa sentencia la calificó de "paso atrás", con relación a las anteriores resoluciones del TS.

A partir de aquel momento -dirá- el derecho a la tutela judicial efectiva no exigirá que la posible sentencia estimatoria de las pretensiones ejercitadas tenga un efecto real sobre la situación jurídica acerca de la que se demanda el amparo sino que se satisface con el mero derecho de acceso a la

(70) .../...

correspondiente recurso administrativo) cuando sostuvo que los principios y garantías del artículo 24.1 de la CE "no constituyen propiamente derechos fundamentales según la literalidad del precepto constitucional" declarando en consecuencia, inadecuada la vía procesal de la Ley 62 de 1978 y resitiendo el examen de esas cuestiones a la vía ordinaria. Ese enfoque del problema significó, sin duda alguna, el principio del fin de una doctrina excoñiable iniciada el verano del año 1982.

(71) Y posteriormente continuada por su Sala 3a. (Sentencias de 23 de Enero 1982, 24, 27, 29 de Julio 1985; 23 de Noviembre 1985).

justicia, con "la posibilidad de recurrir ante un tribunal" (72).

A pesar de las críticas versadas contra esa opinión (73), pocas veces sin duda se habrá verificado con tanta exactitud una profecía (74). Rápidamente, la jurisprudencia, citando como argumento las declaraciones del TC, consideró que a partir de entonces las sanciones disciplinarias son inmediatamente ejecutivas pues:

"Lo que la plenitud de tutela judicial exige es que el Juez, ante los concretos intereses en juego, preserve el resultado del proceso de suerte que una ejecución irdebidamente anticipada no frustre las consecuencias inherentes a aquella y, consecuentemente, la plenitud del amparo. Pero, en todo caso, es coherente con el artículo 24 de la Constitución que sea un Juez quien haya de paralizar la potestad ejecutoria de la Administración. Cuando el legislador ha querido eliminarla o reducirla liberando al Juez de la integración específica de los habituales standars, lo

(72) MARIA RUBIO. De nuevo sobre la potestad sancionatoria..., op. cit., pág. 402.

(73) F. SANZ GAMBOSINI, La potestad ... op. cit., pág. 193, no ve que exista para atrás alguno añadiendo a razón seguida "es cierto que en esta materia el TC podría - como de hecho ha realizado en otras ocasiones - haber ido más lejos y reconocer - como apunta el Supremo - la adecuación de la suspensión de la sanción como principio general tomando como referencia el artículo 24.1, pero me parece que ambas soluciones no llegan a contradecirse".

Creo esta la misma doctrina SUMAY RINCÓN, J., Sanciones ... op. cit., pág. 190 afirma:

"Y si no me paso atrás, sí que es evidente que, al menos, se trata de una solución que dista de ser satisfactoria, si se compara con el proceso penal, donde la regla general es la interposición de los recursos es la del dólar efecto, lo que provoca la suspensión automática de la resolución judicial combatida, paralizando la ejecución de la condena que ésta eventualmente contenga".

(74) A nuestro juicio el paso atrás se produce con la interpretación que de esa doctrina ha realizado el TS al entender que el derecho a la tutela judicial únicamente impone el acceso a la jurisdicción olvidando, en consecuencia, otra de sus vertientes: el derecho a la efectividad de la sentencia.

ha expresado categóricamente. Y está, sin duda, habilitado para seguir haciéndolo en lo sucesivo" (75).

De esas consideraciones el Tribunal deduce que si la Administración impone una sanción y pretende ejecutarla inmediatamente el ordenamiento ya prevé, en el momento de interponer el recurso administrativo pertinente, la posibilidad de que el recurrente solicite - y obtenga - la suspensión cautelar de la sanción (76).

Tal como veremos posteriormente, la interpretación reseñada, además de volvernos a la situación anterior tantas veces combatida, no responde, en puridad, a los cánones dictados por la Sentencia de 6 de Junio de 1984, a la que debía fielmente seguir (77) y además olvida que el derecho a la tutela judicial efectiva despliega su eficacia, no solo permitiendo el acceso a la justicia sino también obligando a la plena efectividad de sus pronunciamientos (78), cuestión ésta última de imposible

(75) STS, Sala Tercera, de 7 de Abril de 1986. Según la doctrina sentada en esa sentencia no es necesario esperar a la resolución del recurso administrativo para ejecutar la sanción disciplinaria. En la misma línea y con anterioridad, Actos del TS, Sala Tercera, de 14 de Enero, 7 de Febrero de 1985 y 5 de Diciembre de 1984.

(76) STS de 7 de Abril de 1986.

(77) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ. A nuestro juicio la STC, si bien podía haber resuelto más claramente el problema, se considera una vulneración del artículo 24.1 "la rigurosidad de la regla de la no suspensión, arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o paralizando situaciones irreversibles".

(78) GONZÁLEZ PEREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Civitas Madrid 1989, pág. 43-44 y 258 a 262. Así lo declara la STC de 6 de Junio de 1984 ya comentada y, entre otras muchas las Ss. TC 32/1982, de 7 de Junio; 61/1984, de 16 de Mayo; 67/1984, de 7 de Junio; 109/1984, de 26 de Noviembre; 65/1985, de 23 de Mayo, 106/1985, de 7 de Octubre; 155/1985, de 12 de Noviembre; 176/1985, de 17 de diciembre; 15/1986, de 31 de Enero; 33y 34/1986, de 21 de Febrero; 118/1986, de 20 de Octubre; 33/1987, de 12 de Marzo, etc. La STC 4/1988, de 21 de Enero, dice que "este Tribunal reiteradamente ha declarado (STC 167/1987, de 28 de octubre, por todas) que la ejecución de las sentencias constituye no sólo parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de la Constitución reconoce, sino también un principio esencial de nuestro Ordenamiento, destacando "el lugar central que el respecto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento ocupan en un Estado de Derecho como el que la Constitución

realización sobre todo si tenemos en cuenta la duración actual del proceso contencioso-administrativo (79).

B) La situación actual: Ratificación del privilegio de la ejecución inmediata de los actos disciplinarios.

A pesar de los buenos augurios que la literatura científica pronosticaba a la jurisprudencia iniciada el verano de 1982 (80), la realidad parece indicarnos lo contrario. De manera unánime el Tribunal Supremo la considera "ya superada" (81), declaración ratificada por Auto de la Sala Especial de Revisión de fecha 28 de Enero de 1989 (82) que menciona expresamente la

(79) .../...

proclama en su artículo 1º (STC 167/1997)º. Y es que, como señala la STC 105/1985, de 7 de Oct. Bre, "lo contrario equivaldría a convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones". Así mismo STC 92/80, de 23 de Mayo y 176/85 de 17 de Diciembre.

Sobre el tema de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo y la ejecución de sentencias como derecho constitucionalmente reconocido ver, FONT I LLOYET, I., La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas (aspectos constitucionales). Civitas 1985, págs. 159 a 161.

(79) En esa línea TOMOS MAS, la suspensión judicial ... op. cit., págs. 91 y 92 afirma: "La resolución judicial sobre la medida cautelar puede llegar de hecho tarde, por lo que, aun adoptándose de forma erróneamente generosa a favor de la suspensión, sus efectos no logran el fin perseguido".

(80) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Tutela judicial ... op. cit., pág. 1626 quien refiriéndose a la doctrina recogida por esas sentencias concluye:

"La semilla, pues, está depositada en suelo fértil: no es previsible un crecimiento fulgurante de la misma (no sería extraño encontrar pronto fallos contradictorios con estos) la jurisprudencia evoluciona siempre prudentemente, como la historia misma, con pasos adelante y atrás; pero, a plazo más o menos corto, su desarrollo es imparable".

(81) Auto de la Sala 4 del TS de 5 de Diciembre de 1980.

(82) Ponente Adolfo Carrintero Perez. La citada resolución examina la posible contradicción entre la doctrina predicada en la sentencia de 7 de Junio de 1986 al declarar que no existe violación del art. 24 de la C. cuando la Administración decide suspender preventivamente de empleo y sueldo a unos funcionarios expedientados disciplinariamente, y la doctrina recogida en las Sentencias del TS de 17 y 21 de Julio de 1982, 23 de Julio de 1984 y 1 de Abril y 23 de Junio de 1985.

Al respecto, el TS realiza las siguientes puntualizaciones:

a) Las dos primeras sentencias alegadas por los recurrentes "no contemplan la misma situación que la impugnada: se refieren a que no puede cumplirse una sanción disciplinaria como acto final del expediente, antes de que dicha resolución gane firmeza en vía administrativa (III). En la sentencia revisada, el tema combatido es la medida cautelar de suspensión preventiva de empleo y sueldo durante la tramitación del procedimiento disciplinario".

.../...

doctrina sentada anteriormente por el TC en sentencia de 16 de Mayo de 1987 donde, a pesar de declarar inconstitucional la prohibición de suspender las resoluciones administrativas en virtud de la ley de extranjería, (83) consideró igualmente que "la efectividad de la tutela judicial que el art. 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales".

(82) .../...

b) Acerca de la suspensión de la ejecutividad de los actos sancionadores disciplinarios" la última doctrina, tanto del Tribunal Constitucional -Sentencia de 7 de julio de 1987 (R.J. Const. 116)- como del Tribunal Supremo -Sentencia de 16 de marzo de 1987 (R. 1495)-, tras analizar la jurisprudencia anterior, ha llegado a la conclusión de que ni la suspensión provisional, ni la ejecución de las sanciones disciplinarias vulneran el artículo 24 de la Constitución, ya que el principio de ejecutividad de los actos administrativos, no ha desaparecido sino que se contiene dentro del principio de eficacia del artículo 103 de la Constitución porque salvaguarda los intereses generales, que son bienes constitucionales protegidos y que la tutela judicial efectiva del artículo 24, no impone en tal caso la suspensión de la ejecutividad, sino que se garantiza permitiendo el control judicial de la medida, puesto que no cabe en la contraposición del interés público y del privado acentuar uno más que el otro, de modo que salvo que la Ley elimine la ejecutividad, tal carácter de los actos administrativos no ha desaparecido en un Estado democrático, que de lo contrario no podría dar cumplimiento a su facultad promotora de la realidad en su actuación según el artículo 9-2 de la Constitución".

(83) Sentencia 115/87. R. Inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio. El art. 34 inciso segundo de la disposición declaraba:

"en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente ley".

Ciertamente, el consagrar la suspensión de la ejecutividad de las medidas sancionatorias hasta que éstas hayan ganado firmeza era una regla excesivamente rígida y que probablemente pugnaba con el principio de eficacia que guía toda actuación administrativa. En esa línea parece que iban las matizaciones introducidas por el TC cuya doctrina, a nuestro juicio, ha sido progresivamente deformada. Así, citando expresamente sus términos, el TS, en la actualidad, rechaza taxativamente la vía intermedia, es decir "la necesidad de suspender la ejecutividad de los actos sancionadores hasta que estos hayan ganado firmeza en vía administrativa" pues "el adoptar esa solución implicaría aceptar que el artículo 24 de la C. ha derogado los preceptos legales que afirman lo contrario (84)" cuestión a todas luces

(84) SIS, Sala 5, de 16 de Marzo de 1987 que añade:

"la plenitud de tutela judicial que se invoca en ningún supuesto supone o implica la desaparición en el Ordenamiento nacional de la potestad administrativa de autotutela y menos aún en las relaciones de sujeción especial; y que solo cuando el legislador ha querido reducirla o eliminarla así lo ha expresado categóricamente" (el caso de autos versaba sobre una orden de desalojo de vivienda). El tema se acota en el examen relativo a si la ejecución de por sí, y sin más, perturba el ejercicio de un derecho fundamental que se aduce queda vulnerado; lo que es cuestión importante por las consecuencias que de ello pueden derivarse; y es que no hay razón válida para entender que los preceptos legales que quedan citados arts. 33 y 34 LRJDE, 44, 45, 101, 102 y 116 LPA, 122 LJI son anticonstitucionales y por ende derogados por la Constitución y, en particular, que se enfrentan directamente con el artículo 24 de la misma porque impiden o disminuyen la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia; éste es el único planteamiento correcto que cabe hacer abordando claramente el problema, relativo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la inmediata ejecutividad de las sanciones administrativas antes de que hayan alcanzado firmeza los actos que las hayan impuesto y antes de que sobre las mismas se haya podido proseguir un debido proceso judicial con todas sus garantías, puede constituir un obstáculo que de hecho priva al sancionado de su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el artículo 24 de la Constitución".

La sentencia, apoyándose en la anterior resolución del TC de 6 de Junio de 1984 niega la vulneración del art. 24.1 de la C. por la ejecución inmediata y concluye afirmando:

"Partiendo como se hace del principio de que la autotutela de la Administración ejercitada de conformidad con los preceptos legales que la regulan no puede nunca vulnerar derechos fundamentales y que la Constitución no revocaba dicha potestad para ejecutar por sí sus propios actos sin necesidad de ninguna homologación, no cabe seguidamente afirmar que la misma encuentra limitaciones en derechos fundamentales que impiden la inmediata ejecutividad como se ha hecho a propósito del enjuiciamiento de cuestiones disciplinarias cuando no se han agotado todas las instancias dentro de la propia Administración y si bien no se ha resuelto el recurso administrativo interpuesto, porque ello equivale a la no aplicación de parte de los preceptos que hemos reseñado como reguladores de la institución, sin haber motivo para ello".

inexacta. Por el contrario, - concreta el TS -

"el principio de la ejecutividad de los actos administrativos no ha desaparecido, sino que se contiene dentro del principio de eficacia del art. 103 de la Constitución porque salvaguarda los intereses generales, que son bienes constitucionalmente protegidos; y que la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución no impone la suspensión de la ejecutividad, pues la tutela judicial efectiva ya se garantiza con el control judicial de dicha ejecutividad permitiendo su suspensión, pues no cabe acentuar el interés privado sobre el público cuando ambos están en conflicto, salvo el caso de que la Ley elimine de modo expreso la ejecutividad de los actos sancionadores disciplinarios. Por tanto, hay que entender que la ejecutividad de las sanciones, pese a la pendencia de recurso contencioso-administrativo contra ellas, continúa siendo la regla general aplicable" (85).

En definitiva, la jurisprudencia más reciente considera que el artículo 24.1 de la CE no afecta al principio de la ejecutividad de los actos. Por el contrario, afirma que es la

(84) .../...

En similares términos, STS, Sala 5, de 13 de Abril 1987; STS, Sala 5, de 28 de Mayo 1987 (aceptando los considerandos de la sentencia apelada, AN de 10 de Enero de 1987); STS, Sala 5, de 7 de Julio de 1987 que expresamente señala refiriéndose a la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de fecha 26 de Julio de 1985:

"ni siquiera cabe exigir la firmeza del acto en vía administrativa como ordena la sentencia, la que no revocamos por efectos de este recurso para no infringir el principio de *reformatio in peius*".

En el mismo sentido, SSTs de 28 de Mayo 1987, 28 de Diciembre 1987, 24 de Enero 1987, 23 de Febrero 1987, 11 de Julio 1987, 27 de Abril 1987, 5 de Enero 1988 y Auto TS, Sala 4, 5 Diciembre 1988, Auto TS, Sala 4, 9 Diciembre 1988, STS Sala 5, 17 de Febrero 1989, Auto TS, Sala Jera., 28 de Mayo 1989.

(85) Auto TS, Sala 4, de 5 de Diciembre 1988.

Ley quien debe determinar, en su caso, la r_gla de la suspensión (86).

En consecuencia, limita el principio de la tutela efectiva al libre acceso del sancionado a los tribunales olvidando otra de sus vertientes: la necesaria garantía de la utilidad misma de la decisión, que no siempre puede obtenerse con una compensación monetaria.

⁸⁶⁾ Progresivamente, las leyes más recientes continuarán esa tendencia, decorando la ejecutividad del acto hasta su firma en vía administrativa. Ejemplos de las mismas pueden verse en el capítulo siguiente del presente trabajo.

3. Valoración global del proceso jurisprudencial: La necesidad de retrasar la ejecución de la medida disciplinaria hasta que adquiriera firmeza en vía administrativa. La ponderación de los intereses en juego como criterio para mantener o levantar la suspensión.

El ambiente general que se respiraba respecto al rechazo del privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos tal y como había sido interpretado por la jurisprudencia durante largo tiempo debía explotar en la materia que había sufrido, tras la promulgación del texto constitucional, cambios más importantes: El de las sanciones administrativas. La solución adoptada por las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 21 de Julio de 1982 al decantarse por la regla de la improcedencia de la ejecución de las sanciones disciplinarias hasta la firmeza de las mismas, si bien encontraba su apoyatura en dos argumentos de peso (el derecho a la tutela judicial efectiva y la extensión al derecho sancionador de los principios del orden penal consagrados en los artículos 25.1 (87)), difícilmente podía ser una regla que combinase correctamente las garantías de los

(87) "La combinación de ambos y del principio de presunción de inocencia permite trasplantar de una manera no literal, lo preceptuado en el art. 998 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las sedes administrativas que configuran el derecho sancionatorio de la Administración, y por tanto, el aplazamiento de la ejecución de la sanción impuesta hasta que se declare firme en vía administrativa el acto sancionatorio, quedando de todos modos salvaguardados los intereses públicos en cuanto la Administración puede utilizar las medidas cautelares que recoge la propia Ley de funcionarios civiles del Estado y normas complementarias que permite la suspensión de funciones del funcionario presentemente infractor por un plazo máximo de 6 meses". (Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 3era. de 23 de Noviembre de 1985 Ponente: Juan F. HORCAJADA. Asimismo STS, Sala 3era. de 10 de Diciembre de 1985). Sobre el requisito previsto en el art. 998 LECR para los procesos penales ver, entre otros, C. VALBUENA IMZURBETA, Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 2da. EDEBSA, Madrid 1987, pág. 1378; F. RAMOS MENDEZ, El proceso penal (Lectura Constitucional) Bosch, Barcelona 1988, págs. 349 y ss.

ciudadanos con el principio constitucional de eficacia (88). No obstante, su doctrina sirvió como aldabonazo para llamar la atención sobre los criterios extremadamente restrictivos que se utilizaban para otorgar la suspensión, limitados a la idea de daño material, (89) obviando los perjuicios de carácter personal o moral que pueden producirse y que, en múltiples ocasiones, son irreparables. En definitiva, dichas resoluciones dejaron claro que la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva obliga a que la sentencia favorable que en su día recaiga deba poder incidir real y auténticamente en la esfera jurídica para la que se reclama la intervención del órgano jurisdiccional.

La posterior reinterpretación que de esa doctrina y de ese privilegio hizo, el 6 de Junio de 1984, el Tribunal Constitucional parecía indicar que, a partir de entonces, la Administración podría llevar a efecto sus resoluciones sancionadoras desde el instante en que las mismas hubieran ganado firmeza en vía administrativa, pues, era a partir de tal momento cuando el particular tiene abierta la vía de impugnación del acto ante los Tribunales, en cuyo ámbito, y a través del correspondiente procedimiento incidental, podrá debatirse la suspensión de aquél, materializándose así la tutela que garantiza el artículo 24 de la Constitución (90).

(88) Se trata de instaurar, o potenciar, los medios jurídicos precisos dentro del proceso contencioso-administrativo que permitan garantizar una tutela judicial efectiva sin menoscabo de mantener los medios necesarios para una actuación administrativa también eficaz en pos del servicio a los intereses generales. Este doble objetivo es el que confiere toda su importancia a la técnica cautelar de suspensión judicial de la eficacia de los actos, como técnica jurídicamente prevista para combatir el retraso que todo proceso conlleva.

J. TORRES MAS, La suspensión..., op. cit., pág. 907.

(89) MARTÍN RETORTILLO, C. Sus. de los actos administrativos por los Tribunales de lo contencioso, Madrid 1982, págs. 75 y ss.; TORRES MAS, J. La suspensión..., op. cit., pág. 919.

(90) En parecidos términos, E. LECUMBERRI MARTI, El Urbanismo..., op. cit., pág. 221.

Este fue el sentido que, originariamente, se dedujo de la citada doctrina jurisprudencial. En esencia, dicha interpretación únicamente modulaba la excesivamente rígida regla de la no suspensión de los actos hasta que estos fueran firmes en vía jurisdiccional (91). Ahora bien, los argumentos que servían de estructura y apoyo a esas conclusiones (el contenido del art. 24-1 y la equiparación de los principios del derecho penal y del derecho administrativo sancionador) parecían quedar intactos.

No obstante, los Tribunales, en la actualidad, citando expresamente la doctrina anterior, han reafirmado el privilegio de la ejecutividad de los actos sancionadores pues "el derecho a la tutela judicial se satisface... facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión (92).

A nuestro juicio, de los considerandos anteriores no puede deducirse que el derecho a la tutela judicial quede satisfecho con el mero acceso del sancionado a los tribunales pues probablemente, si la sanción es ejecutada de forma inmediata, dada la duración actual de los procesos contenciosos, cuando el Tribunal decida sobre la suspensión de la sanción, ésta ya se habrá cumplido total o parcialmente con lo que olvidáramos la vertiente más importante del derecho a la tutela judicial: la efectividad de la sentencia.

(91) Por tanto, la sentencia únicamente parecía incidir en el modo de conseguir que la tutela fuera efectiva (sustituyendo la necesaria suspensión de los actos hasta que estos fueran firmes en vía judicial por la firmeza en vía administrativa) no discutiendo sobre la irreparabilidad de los daños materiales que se causan, en ocasiones, por la no suspensión, ni el doble contenido del art. 24.1 o la equiparación derecho penal - derecho disciplinario.

(92) STS, Sala 3, de 9 de Diciembre de 1986 comentada muy favorablemente por ALFONSO F. VILLACOMEZ CEBRIAN, Ratificada..., op. cit., especialmente págs. 148 y 150.

Por todo ello, estamos íntimamente convencidos que la doctrina del Tribunal Constitucional en esa resolución no imponía la solución que actualmente se está dando por parte de los órganos jurisdiccionales pues, al razonar así, olvidan que el TC afirmó también que "la rigurosidad de la regla de la no suspensión, arbitrando para las hipótesis estimatorias del recurso difíciles fórmulas reintegrativas o permitiendo situaciones irreversibles, o generando de una u otra forma limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción, podrán dañar el derecho a la tutela judicial y justificarán que, desde la idea del artículo 24.1 de la Constitución, se reinterpreten los preceptos aplicables".

Además ignoran que los Tribunales, cuando resuelven sobre la suspensión, deben poder incidir en la situación jurídica del sancionado por que de lo contrario ¿Qué importancia tendrán sus determinaciones? (93).

La solución más correcta a la luz del art. 24.1 de la Constitución (tal y como fué interpretado por el TC, insistimos) consiste en dar un efecto suspensivo automático a la interposición del recurso administrativo y jurisdiccional, pues de ese modo, el Tribunal, cuando resuelva la pieza de

(93) Sostiene al respecto: PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho administrativo..., op. cit. I, pág. 370-371: "El Alto Tribunal parece descuidar que no basta con la posibilidad de someter en su día la petición de suspensión del acto sancionador, porque para entonces puede estar ya ejecutada la sanción, dado que antes que el Juez administrativo decida sobre la suspensión es preciso que se presenten y resuelvan otros recursos administrativos o que se agoten los correspondientes plazos de silencio y que transcurra el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, todo ello sin contar con el tiempo preciso para que el Juez o Tribunal administrativo tramite y resuelva la petición de suspensión. Nosotros consideramos que, en puridad, no ha sido el Alto Tribunal quien obvió esos datos sino la interpretación posterior que de su doctrina se ha realizado".

suspensión, podrá optar (esto es decidir) por una u otra solución, ponderando los intereses (públicos o privados) en juego. Además, excepcionalmente, si la Administración autora del acto considera necesario apartar al funcionario público de su puesto de trabajo "podrá adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución" (94), entre ellas la suspensión provisional (95). De ese modo, el interés público quedará igualmente tutelado. Y esa posibilidad únicamente la posee el Tribunal, si la sanción no ha sido cumplida o ejecutada cuando él tenga que otorgar o denegar la suspensión, pues de otra forma, su "decisión" no tendrá sentido ni incidencia práctica alguna.

(94) Solución que parece defender TORRES MAS, J., *La suspensión ...*, op. cit., pág. 325.

(95) Artículo 33¹ RD/CE. Además artículos 33² RD/CE, 47, 48 y 49 LFCE.

IV: HACIA UN NECESARIO PERFECCIONAMIENTO DE LA SUSPENSION DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS.

La consecuencia de los datos anteriores vistos globalmente, nos debe conducir de forma uniforme y progresiva (96) al perfeccionamiento del mecanismo suspensivo de los actos disciplinarios en dos frentes distintos pero íntimamente relacionados: La generalización del efecto suspensivo automático por la interposición del recurso administrativo (97), otorgando al juez la posibilidad de alzar o no la suspensión, posibilidad que debiera ser ponderada tomando como referencia el conflicto de intereses (públicos y privados) en juego (98).

En efecto, "parece claro que no basta para satisfacer las exigencias del artículo 24 con la posibilidad de someter a un tribunal la suspensión del acto sancionatorio aunque ello ...

(96) Si bien, como dice J. TORRES MAS, Suspensión judicial ... op. cit., pág. 91 "el casuismo no podrá corregirse, pero sí los presupuestos sobre los que los tribunales han venido basando sus argumentos". El citado autor critica en otro trabajo como este supuestos idénticos (analiza cuatro autos del TS que abordan el problema de la suspensión de la sanción de retirada de la licencia de auto-taxi) la jurisprudencia da soluciones disparas y contradictorias. Al respecto ver, Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentarios a los Autos de la Sala 4a. del Tribunal Supremo, de 28, 29 y 30 de Marzo y 4 de Abril de 1988) REDA n.º 61 Enero/Marzo 1989 págs. 119 y ss.

(97) Dicha resolución debe circunscribirse exclusivamente a los actos que impongan sanciones. El resto, la regla general debería seguir siendo el reconocimiento de la fuerza imperativa al acto administrativo" J. TORRES MAS Suspensión ... op. cit., pág. 91.

(98) FONT LLOVET, Nuevas consideraciones ... op. cit., págs. 423 - 484. SANTAMARIA PASTOR, Tutela ... op. cit., págs. 1616 y ss.; J. TORRES MAS, Suspensión ... op. cit., págs. 84 y ss.; PAREJO ALFONSO, L. Estado Social ... op. cit., págs. 290 y ss.; J. RODRIGUEZ ARAMA MUGOZ, J. La suspensión del acto administrativo ... op. cit., especialmente pág. 11 donde afirma que de ese modo se debe mayor importancia al amoscado interés público. Un análisis jurisprudencial en el que se vislumbra la importancia del concepto puede verse en un estudio del mismo autor "De nuevo sobre la suspensión ... op. cit., pág. 639 y ss.; J. SARRIENI LLOVREGAT La aplicación ... op. cit., págs. 144-145.

sea lo mínimo exigible" (99). Tal y como hemos afirmado, los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia tienen un contenido amplio y además del acceso a la jurisdicción predicen respectivamente, que la posible sentencia estimatoria de las pretensiones ejercitadas ha de tener un efecto real sobre la situación jurídica para la que se demanda la tutela, proscribiendo que el funcionario sea considerado culpable (esto es que cumpla la sanción impuesta) antes que lo declare una sentencia judicial.

La conjugación de ambos, junto con la imperativa traslación de los principios del proceso penal, (100) obliga inexcusablemente a que el derecho positivo recoja claramente el efecto suspensivo automático a la interposición del recurso administrativo, postergando la ejecutividad del acto disciplinario, como mínimo, hasta que haya ganado firmeza en vía administrativa (101) (siendo deseable, de acuerdo con el artículo 24.2, otorgar el mismo efecto a la interposición del recurso contencioso) pues, de esa forma se permitirá que, con posterioridad, los tribunales decidan que interés prima de

(99) J. GARCERÍ LLIBRESAT, La aplicación ... op. cit., pág. 147.

Al respecto, el Auto del TS de 3 de Junio de 1953 fue pícnico en la materia.

(100) "Donde la regla general en la interposición de los recursos es la del doble efecto, lo que provoca la suspensión automática de la resolución judicial combatida, paralizando la ejecución de la condena que ésta eventualmente contenga" J. SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pág. 190; PARADA VAZQUEZ, Persecho ... op. cit., I, pág. 371-372.

(101) Al referirnos al concepto "firmeza en vía administrativa" queremos indicar que en esa vía y contra ese acto o bien no cabe recurso alguno (salvo el extraordinario de revisión) por haber sido agotados los recursos, bien porque las partes han dejado transcurrir el plazo para ello sin ejercitar el que legalmente correspondía. Sobre el tema ver F. GARRIDO FALLA, Régimen de impugnación de los actos administrativos, Madrid 1956 págs. 57 a 62 y recientemente ver su Curso ... op. cit. I, pág. 458 - 459. Contra la opinión aquí mantenida se manifiesta GONZÁLEZ MAYARRO, Derecho Administrativo Español, II, Pamplona 1988 pág. 122 a 124 quien equipara el concepto firmeza a irrecurribilidad absoluta (salvo revisión) y afirma, apoyándose en la doctrina sentada por el Auto del Pleno del TS el 26 de Septiembre 1987, que "el acto o es recurrible o no lo es. Hablar de irrecurribilidad en vía administrativa es tanto como confundir irrecurribilidad con poner fin a la vía administrativa. Y todo lo que suponga confusión debe rechazarse porque rompe la coherencia del ordenamiento administrativo al hacerlo ininteligible. Que también en el mundo de lo jurídico vale aquello de que "o se hace precisión o se hace literatura".

forma más destacada (102). De hecho, como ya apuntamos anteriormente, el derecho positivo ha previsto fórmulas parecidas, sobre todo en el ámbito del derecho sancionador. Así los artículos 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 124 de su reglamento, (104) 44 de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, (105) 425.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (106) 105.1 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (107), 98.2 del Reglamento Orgánico

(102) Estableciéndose igualmente el efecto suspensivo automático con la interposición del recurso contencioso-administrativo tal y como prevé, por ejemplo, el artículo 7.5 LPJDF precepto que el ATC 395/82, de 15 de Diciembre, considera de aplicación analógica a todos los supuestos en que se imponen sanciones administrativas pecuniarias. Citado por J. GARBERRI LLIBREGAT, La aplicación ... op. cit., pág. 148. Por su parte J. VICENS MAS, Suspensión ... op. cit., pág. 91 propone generalizar un sistema parecido al adoptado en "la Ley de 25 de Diciembre de 1979 o en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional". Asimismo ver, E. LINDE PARIAGUAI: La instauración del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo. La LPJDFP. REDA n.º. 25 págs. 541 y ss.

La posición adoptada en el texto es firmemente defendida por LOPEZ RAMON, F., Limites constitucionales a la actividad administrativa, RAP, 115, 1988, págs. 78 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., Estado Social ... op. cit., pág. 299.

Sobre el tema ver nota 24 del presente Título.

(103) Ver nota 10 del Capítulo II del presente Título.

(104) La LOPG 1/79 de 26 de Septiembre y el RD 1201/81 de 8 de Mayo afirman:

la interposición de recurso contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda decorarse. Los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente.

Sobre el tema ver CARLOS GARCIA VALDEZ, Comentarios a la Ley General Penitenciaria, Ed. Civitas Madrid 1980, págs. 104-106; CAMO MATA, Nuevas consideraciones en torno a la suspensión de los actos administrativos REDA n.º. 37 1983.

(105) Que tras destacar el carácter inmediatamente ejecutivo de los actos del Consejo, dispone:

"se exceptúan los acuerdos en que se impongan correcciones disciplinarias, que sólo serán ejecutorios cuando hayan ganado firmeza, sin perjuicio de la suspensión provisional del Juez, Magistrado o Secretario, cuando proceda con arreglo a la Ley".

Un análisis de dicho texto normativo puede verse en JAVIER DELGADO SARRIO, Régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial: Su impugnación REDA n.º. 32 Enero-Marzo 1982 págs. 837 y ss.

(106) Ley 6/85, de 1 de Julio, que afirma "Las resoluciones en que se impongan sanciones de suspensión, traslado forzoso y separación solo serán ejecutorias cuando hubieran ganado firmeza".

(107) "Las sanciones disciplinarias, una vez agotada la vía administrativa, se ejecutarán según los términos de la resolución en que se impongan, y en el plazo máximo de un mes salvo que, por causas justificadas, se establezca otro distinto en dicha resolución".

del Cuerpo de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, (108) 80.2 del reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico - administrativas (109), 116 del proyecto de Reforma de la Ley de Procedimiento administrativo, (110) entre otras (111) prevén de una u otra forma demorar la eficacia del acto, poniendo en cuestión la fuerza ejecutiva de ese tipo de decisiones administrativas.

(108) RD 2003/86, de 19 de Septiembre, que afectó idéntica regulación que el anterior.

(109) RD 1999/81, de 20 de Agosto, que después de afirmar el carácter ejecutivo de los actos dice:
No obstante, no se procederá a la distribución de las sanciones ni a la entrega a los partícipes de las respectivas participaciones que en ellas les correspondan mientras no sean firmes y ejecutorias las resoluciones en virtud de las cuales hayan sido impuestas, bien por haber transcurrido los plazos establecidos para recurrir contra ellas en vía contencioso-administrativa o bien por haber sido absuelta la Administración, caso de haberse deducido demanda contra la misma ante dicha jurisdicción.

(110) Al respecto ver, J. SONIALEZ PEREZ y J. TOLEDO JACOBINES, Comentarios al RPEA, Civitas, Madrid 1987, pág. 590 y ss.

(Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 26 de Octubre de 1981, serie A, núm. 26, 1) preconizada por el Gobierno en el texto remitido a la Cámara baja. El citado precepto, tras sentar el principio general de que la interposición de los recursos no suspende por sí sola la ejecución de los actos impugnados, dice:

"No obstante, la interposición de un recurso contra actos sancionadores en materia que afecte a derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional producirá la suspensión del acto salvo que, mediante resolución motivada, se declare que dicha suspensión produce perjuicios graves para el interés general".

Sobre el tema ver el estudio monográfico elaborado por ENRIQUE HERVAS CUARTERO, Ley de reforma del procedimiento administrativo, CP Cuadernos de Documentación núm. 19. Instituto Nacional de Prospectiva. Madrid 1990 en especial págs. 9 y ss.

(111) Así por ejemplo, el artículo 7.5 de la LPJEF que establece la suspensión automática de las sanciones pecuniarias reguladas en la LOP.

Por su parte, el artículo 11 del Real Decreto 1945/83, de 22 de Junio (en vigor de acuerdo con la disposición final 2a, de la Ley General de Consumidores y Usuarios), prevé postergar la ejecución de la sanción hasta que esta adquiera firmeza en vía administrativa.

Parecida resolución ha sido adoptada en el Anteproyecto de Reglamento de disciplina académica de la Universidad de Barcelona (Febrero 1990). Asimismo consagra esa solución la Ley de Tráfico y Seguridad Vial (Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de Marzo).

La tendencia iniciada por el derecho positivo, pese a sus avances, no proporciona respuestas plenamente satisfactorias, pues junto a esos casos concretos y puntuales, subsisten previsiones como las recogidas en el art. 49 del RDFCE que ordena la ejecución de la sanción disciplinaria "en el plazo máximo de un mes" salvo que, por causas justificadas, se establezca otro distinto en dicha resolución" (113) imponiendo una diferenciación para un tipo y otro de funcionarios, difícilmente justificable (114).

Ahora bien, las soluciones apuntadas (suspensión automática del acto disciplinario por la interposición del recurso administrativo, reserva al juez de la decisión de levantar o no

(112) Unos negando la eficacia inmediata del acto; otros otorgando un efecto suspensivo automático a la interposición del recurso administrativo o jurisdiccional. En el mismo sentido, J. TORRES MAS, *Suspensión ...* op. cit., pág. 91 y nota 31.

(113) La citada previsión novedosa en el derecho disciplinario impone, a nuestro juicio un plazo de caducidad a la Administración sancionadora por lo que si una vez transcurrido el periodo del mes no se ha procedido a ejecutar el castigo los efectos de la resolución decaen. Al respecto debemos hacer las siguientes consideraciones.

- 1) Los reglamentos disciplinarios en este artículo se están refiriendo al privilegio de ejecutoriedad o acción de oficio no al principio de ejecutividad.
- 2) Si la Administración, en todo tipo de actos, puede ejecutarlos libremente y sin estar sometida a plazo alguno (arts. 101, 45, 116 LPA, 122 y ss. LICA) resulta obvio que la Ley cuando marca como excepción un "plazo máximo de un mes para ejecutar la sanción" esa previsión debe contener algún tipo de virtualidad pues de lo contrario carecerá de sentido. Y esa virtualidad o justificación jurídica se la proporciona precisamente el instituto de la caducidad.

En idénticos términos se pronuncia el artículo 42 del RDFCE.

(114) La diferente regulación en el tema posiblemente vulnera el art. 14 CE pues ¿porqué, por ejemplo, un funcionario que pertenece a la Administración del Estado deberá cumplir inmediatamente la sanción impuesta y un juez o magistrado no?. ¿Es que los artículos 24.1 y 2 de la CE juegan de distinta forma para unos y otros?

la suspensión en base a la ponderación de interés a juego) (115) debe conllevar una serie de contrapartidas necesarias para hacer posible el principio constitucional de eficacia en la actuación administrativa (116). De ese modo, y pendiente el recurso administrativo, la Administración, en casos excepcionales, debe estar habilitada o bien a adoptar la medida cautelar de suspensión provisional, o bien a alzar la suspensión.

La primera solución puede ser utilizada en los casos que sea conveniente y necesario el cese inmediato en la actividades del funcionario (117) medida que podría extenderse durante el

(115) Junto con la posibilidad de establecer el carácter potestativo del recurso administrativo. En ese sentido, J. TORRES BAS, Suspensión judicial ... op. cit., pág. 92; GARDERÍ LIGREGAT, J., La aplicación ... op. cit., pág. 146; FONT I LLOYET, Nuevas ... op. cit., pág. 434. Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA E., Hacia una nueva justicia ... op. cit., págs. 58 y 59 afirma con lucidez:

"La exigencia de la vía administrativa previa para poder acceder al contencioso, es evidente que es una reduplicación del privilegio de la decisión previa y que, como tal, carece ya de toda justificación desde la perspectiva del funcionamiento constitucional de los poderes públicos. La Administración conoce inmediatamente la interposición de los recursos contencioso-administrativos y en ese momento puede reconsiderar la legalidad o la oportunidad de los actos que le han sido impugnados; es una arbitrariedad exigir que esa reconsideración tenga que producirse (como una carga para los recurrentes) antes precisamente que pueda producirse dicha interposición. La única solución razonable es convertir a la vía previa de preceptiva en facultativa, que es una fórmula tradicional francesa. Por cierto, que hay una frase de un Juez americano que es muy expresiva, que dice: "No se puede obligar a nadie a intentar sacar agua de un pozo seco", y el pozo está seco cuando la Administración se ha pronunciado ya, de modo que no hay por qué forzar a intentar sacar agua de ese pozo. Por otra parte, esa doctrina se aplica con normalidad en las jurisdicciones internacionales, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, donde es exigible el agotamiento de las vías internas de reparación como requisito de la admisión de la reclamación; esto es muy importante, porque hace referencia al respeto por el Derecho Internacional de la jurisdicción interna de los Estados. Pues bien, se dispensa de esa exigencia de agotamiento de las vías internas por el principio de la efectividad: cuando el recurso es efectivo, se exige, pero si es inefectivo, por ejemplo, porque exista una jurisprudencia absolutamente establecida en el sentido de que ese argumento no va a ser tenido en cuenta, se dispensa desde la regla de la efectividad del mismo. Esta regla de la efectividad (es el mismo término que emplea el artículo 24 de la Constitución: "tutela efectiva") debe llevar en el Derecho interno a la misma consecuencia".

(116) J. TORRES BAS, Suspensión cautelar ... op. cit. pág. 120; Suspensión judicial ... op. cit., págs. 76 y ss.; HERRERO TEJEDOR, F. Tutela judicial y efectividad de las sanciones, El año. 1/1986 págs. 114 y ss.; RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, J., La suspensión del acto administrativo en vía de recurso Ed. Montecorvo 1984, pág. 11.

(117) Para un análisis del tema ver el Título VI del presente trabajo.

plazo máximo de 6 meses, tiempo suficiente para concluir el procedimiento disciplinario e incluso que quede expedita la vía contencioso-administrativa (118).

La segunda posibilidad debería configurarse en términos estrictos y por relación a un perjuicio grave, efectivo y no simplemente hipotético del interés público (119) lo que implicaría, a su vez, la posibilidad de impugnar dicha medida ante el juez, aún cuando no se haya formalizado el recurso contencioso-administrativo sobre la cuestión principal (120) pues, en puridad, y como ya hemos dicho, el órgano jurisdiccional es el único que puede decidir acerca del

(118) En efecto, si bien el plazo de 6 meses de duración máxima de la suspensión provisional que prevén los artículos 47, 48 y 49 LFCE debería coincidir con el tiempo de tramitación del expediente disciplinario nada impide, antes al contrario, que el mismo sea resuelto en un plazo más breve. Así el RDFCE dice que "en el plazo no superior a un mes contado a partir de la incoación del procedimiento, el instructor formulará el correspondiente pliego de cargos" (art. 35'1) ... que se notificará al inculcado concediéndosele un plazo de 10 días para que pueda contestarlo (art. 36). Posteriormente "para la práctica de las pruebas se dispondrá del plazo de un mes" (art. 37.1). El instructor formulará dentro de los 10 días siguientes, la propuesta de resolución" (art. 42) que se notificará ... al interesado para que en el plazo de 10 días, pueda alegar ante el instructor cuanto considere conveniente en su defensa (art. 43). Finalmente, la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario, "deberá adoptarse en el plazo de diez días, salvo en los casos de separación del servicio" (art. 45 RDFCE).

(119) "Lo que significa que el alzamiento de la suspensión... ha de ser motivado necesariamente" L. PAREJO ALFONSO, *Estado social*..., op. cit., pág. 291.

(120) Adoptado otro tipo de medidas provisionales como los procedimientos del référé y del constat d'urgence previstos en Francia y Bélgica o la llamada orden provisional (Einstweilige Anordnung) en Alemania. Es evidente que "la ausencia hasta hoy en nuestro ordenamiento -en este orden de cosas- de cualquier otro poder en manos del Juez distinto de la suspensión, constituye una verdadera deficiencia carente de real justificación, si se tiene en cuenta la situación que rige en otros derechos europeos y, significativamente, en el francés, sobre cuyo modelo está montado nuestro Derecho administrativo". LUCIANO PAREJO, *Estado Social*..., op. cit., pág. 295 y 296.

Sobre las medidas provisionales en el derecho comparado ver: R. MAGO, *La procédure de référé devant le Conseil d'Etat*, *RDP*, 1953, pág. 297; de FONT-RENELS, *Le référé administratif*, *RPFA*, 1956, nos. 1 y 2; MEJAN, *Référé administratif, sursis à l'exécution, expertise d'urgence*, *Revue administrative*, 1954, pág. 257; *Le nouveau référé administratif en Belgique*, *Revue administrative* 1955 mars-avril t. 1. 1628; Ch., LAURETOLLE et CABANES, *AJDA* 1970, 513; AJ, 1971, 278; P.L. FRIER, *Un inconnu: le vrai référé administratif*, *AJD* 1960.67; TOURNAIS, *Référé administratif et constat et d'urgence*, *JCP* 1961. 1.1628.

.../...

alzamiento de la suspensión (121).

Por otra parte, esa suspensión judicial debe mantenerse o levantarse en virtud de la contradicción de intereses que es origen y motor del derecho administrativo (122). Así resulta obligado abandonar el criterio de la posible valoración económica del daño, pues lo que la suspensión pretende (123) es mantener la situación jurídica inalterada, de manera que, al dictar Sentencia, no tenga que sustituirse su ejecución material por una compensación económica, que podría ser una reparación equivalente, pero nunca específica, del daño causado (124).

(120) .../...

GEORGES VEDEL, PIERRE DEVOLVE, Droit Administratif, P.V.F., 1984, págs. 706 y ss.; ANDRÉ de LACADÈRE, Traité de Droit Administratif L.J.D., I 1984, págs. 364 y ss. CHARLES CEBBASCH, Contentieux Administratif, Dalloz, 1973, págs. 440 y ss.. En Bélgica ver especialmente GEORGES DE LEVAL, L'examen du fonds des affaires par le juge des référés, Journal des Tribunaux, Rubricadaire judiciaire, n.º. 5210 (9 de Mayo 1992).

En nuestra literatura jurídica ver LUCIANO PAREJO, Estado Social..., op. cit., pág. 296 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA, Hacia una nueva justicia..., op. cit., págs. 35 y ss.

(121) PAREJO ALFONSO, L., Estado Social..., op. cit., pág. 290 considera esa posibilidad a la luz de lo previsto en la Ley 62 de 1978 debiendo la Administración acreditar el "grave perjuicio para el interés público". "El cambio -añade- se reduce a una conversión en regla legal de operatividad automática ...". En parecidos términos J. TORRES MAS, Suspensión judicial, op. cit., pág. 91.

(122) J. TORRES MAS, Suspensión..., op. cit., pág. 89.

(123) Al menos en el ámbito del derecho disciplinario siempre y cuando la sanción no consista única y exclusivamente en una "deducción proporcional de retribuciones". Resulta obvio que otro tipo de actos sí reclamarán ponderar diversos criterios. Se tratará en su caso de que el juez realice una toma en consideración global y conjunta de todas las circunstancias concretas que puedan aparecer en el momento de poner en cuestión la ejecutoriedad del acto impugnado. I. FONT I LLOVET, Nuevas consideraciones..., op. cit., pág. 482.

(124) J. TORRES MAS, Suspensión judicial ..., op. cit., pág. 83; SANTAMARIA, Tutela judicial ..., op. cit., pág. 1625.

En definitiva, del contrapeso interés general que se presume a toda actuación administrativa - derecho del recurrente a obtener una tutela judicial efectiva debe decidir el Tribunal, valorando las circunstancias de cada caso (125). Otro tipo de criterios que sigamos para decidir sobre la suspensión estará irremediablemente condenado al fracaso (126).

(125) No se trata, pues, de oponer a un derecho concreto un principio genérico. Se trata de hacer justicia, de buscar con la medida cautelar la medida que debe adoptarse en cada caso, de manera que no se lesionen derechos injustificadamente, haciendo prevalecer en caso de oposición el derecho que el ordenamiento protege de forma más intensa". J. TOPKOS PEG, *Suspensión judicial...*, op. cit., pág. 37.

(126) No obstante, si observamos la evolución del derecho comparado vemos que sigue anclada en otros criterios. Así, en Francia, los Tribunales Administrativos conceden la suspensión de la sanción disciplinaria si existe riesgo para el interesado de que se produzcan "des conséquences difficilement réparables", concepto utilizado incluso sino existe texto expreso que lo recoja y salvo previsión a contrario (Arrêt du Conseil d'Etat, section 12, 1930, *Chambre syndicale de constructeurs de moteurs d'avion*, Lebon, pág. 940).

Las condiciones, pues, deben concurrir a) Que el recurso está fundado sobre "des motifs sérieux"; b) Que el perjuicio que resultaría de la decisión sea difícilmente reparable (Arrêt du Conseil d'Etat 18 de Junio 1976, *Monastatorata*, Lebon, pág. 231), requisito especialmente estricto en el derecho disciplinario. Así, han sido rechazadas las suspensiones en el caso de deducción de retribuciones a funcionarios (Arrêt du Conseil d'Etat, 18 Junio 1954, *prefet de Var*, Lebon, pág. 365), el cambio de oficio de un funcionario (Arrêt du Conseil d'Etat 11 de Julio 1956, *Ministre del Interior C/ Malaret*, Lebon, pág. 729). La separación del servicio de un funcionario (Conseil d'Etat, 13 de Noviembre 1981, pág. 4963). "Los daños morales en contadas ocasiones han sido tenidos en cuenta". Al respecto ver SAIN JEVIN, Pierre, *Les sursis à execution des décisions administratives en matière de licenciement des représentants de personnel*. *Rev. Social* 1978, pág. 21; TOURDIAS, *Le sursis à execution des décisions administratives*, *Bibli. Dr. Publ.* 1957; Y. GAUBERT, *Remarques à propos du sursis à execution des décisions administratives*, *R.P.P.* 1974, pág. 385; *Présomption de régularité de l'action administrative et sauvegarde des droits des administrés: le juge administratif et le prononcé du sursis*, *A.J.P.A.* 1982, pág. 629; J.J. GLEIZAL, *Le sursis à execution des décisions administratives. Théorie et politique jurisprudentielle*, *A.J.P.A.* 1975, 381; AMIEL, *Le sursis à execution des décisions administratives: évolution et perspectives*, *Rev. Dr. Prospectif* 1978, pág. 21; LAYAU, *De caractère non suspensif des recours devant les Tribunaux administratifs RDP*, 1950, pág. 717; *Le sursis à l'execution des décisions administratives*, *Revue Administrative* 1954, pág. 149; Et VANDEKEREN, *Le sursis à execution des décisions intéressant l'ordre public*, *A.J.P.A.* 1981, pág. 425.

Para la situación en Italia ver especialmente SAPPALÒ, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, *Napoli* 1981 págs. 34 y ss; FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati* *Milán* 1981; MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie (principi sostanziali e procedurali)*, *Napoli* 1983, págs. 216 y ss.; ALESSI, *Principi de diritto amministrativo*, *Milán* 1971, págs. 1961 y ss. ROCCO, "Il remedio della sospensione degli atti provvedimento amministrativi impugnati dinanzi al Consiglio di stato", *Studi in onore di Santi Romano*, *Férra* 1949 págs. 122 y ss.; SAPPARINI CASARI *Introduzione alle studio della tutela cautelare*, *Modena* 1992.

Y estas afirmaciones alcanzan una mayor virulencia en el ámbito de las sanciones administrativas, donde hace jugar el concepto de daños de imposible o difícil reparación (127) para otorgar o denegar la suspensión nos lleva a un terreno que distorsiona el auténtico sentido de la medida cautelar, pues en último extremo todo es reparable y, por consiguiente, ninguna sanción debería quedar en suspenso.

En base a esas consideraciones, la jurisprudencia ha ido progresivamente reconduciendo sus criterios (128) y se observa cada vez más la importancia que da a los intereses en juego para otorgar o denegar la suspensión de las medidas sancionatorias (129).

(127) Valorando exclusivamente la irreparabilidad de daños o perjuicios causados por la ejecución de la sanción, Autos del TS, Sala 4, de 27 de Enero 1987 (ar. 1799), 10 de febrero 1987 (ar. 2924), 18 de Febrero 1987 (ar. 3211), 23 de Febrero 1987 (ar. 3307), 25 de Marzo 1987 (ar. 3811), 22 de Abril (ar. 4589); 1 de Septiembre 1987 (ar. 7709), 20 de Noviembre 1987 (ar. 9504); 3 de Febrero 1987 (ar. 2050), 15 de Marzo 1987 (Sala Sa., ar. 1495).

Durante el año 1988 han perseverado en esa línea jurisprudencial los Autos del TS, de 19 de Abril 1988 (Sala Sa., ar. 3380), Sala 4, de 22 de Junio 1988 (ar. 4412) 23 de Junio 1988 (ar. 4754), 2 Diciembre 1988 (ar. 9445), 27 de Enero 1988 (ar. 461), 1 de Mayo 1988 (ar. 1763), 11 de Mayo 1988, (Sala Sa., ar. 2263), 14 de Marzo 1988, (ar. 2158), 22 de Mayo 1988 (ar. 2246), 29 de Marzo 1988 (ar. 2462), 29 de Febrero 1988 (ar. 2483), 6 de Abril (ar. 2623), 22 de Abril de 1988 (ar. 3189), 22 de Abril 1988 (ar. 3190), 25 de Abril 1988 (ar. 3195), 29 de Abril 1988 (ar. 3244), 20 de Junio 1988 (ar. 4412), 23 de Junio 1988 (ar. 4757), 2 de Noviembre 1988 (ar. 8618), 3 de Octubre 1988 (ar. 7534), 2 de Diciembre 1988 (ar. 9445).

(128) Una jurisprudencia que modula el concepto de los daños de reparación imposible o difícil con la ponderación de los intereses en juego se encuentra recogida en los Autos del TS, Sala 4, de 6 de Abril 1988 (ar. 2620), 23 de Marzo 1988 (ar. 2284), 21 de Marzo 1988 (ar. 2188), 15 de Abril 1988 (ar. 2673), 6 de Junio 1988 (ar. 4372), 4 de Mayo 1988 (ar. 3711), 28 de Junio 1988 (ar. 4776)

(129) Así, en el ámbito de las sanciones administrativas son exponentes de esa nueva orientación jurisprudencial durante 1987 los Autos del TS, Sala 4, de 20 de Enero 1987, (ar. 1791), 23 de Marzo 1987 (ar. 3799), 24 de Marzo 1987 (ar. 3807), 27 de Abril de 1987 (ar. 4759) (LPJDF), 11 de Noviembre 1987 (ar. 8796), 18 de Febrero 1987 (ar. 3207), 8 de Mayo 1987 (ar. 5259), 6 de Junio 1987 (ar. 6097), 5 de Febrero 1987 y Sentencia, Sala 5, de 28 de Mayo 1987.

.../...

A pesar de ello, la evolución zigzagante de la suspensión de los actos sancionatorios y "la diversa ponderación del interés público demuestran que el margen dejado a la decisión judicial, si no existe unificación en los criterios fundamentales para otorgar o denegar la suspensión es excesivo y que sería preferible para la seguridad jurídica una regulación legal uniforme, más completa y detallada" (130) que consagrara la regla de la suspensión de la sanción disciplinaria hasta que ésta fuera firme en vía administrativa (salvo causas

(129) .../...

En concreto, es el Auto de 11 de Noviembre de 1987 (ar. 3795) quien mejor resume la doctrina apuntada al afirmar textualmente:

Esta Sala viene señalando ... que el ejercicio de la facultad judicial de suspensión regulada en los artículos 122 a 125 de la Ley de esta Jurisdicción se enfrenta siempre con un conflicto de intereses que debe ser resuelto con la decisión que la meditada y racional valoración de dichos intereses contrapuestos revele la de ser de efectos menos perjudiciales, onerosos y perturbadores dentro del contexto global de la situación jurídica creada por el acto administrativo cuya ejecución se solicita sea suspendida*.

En el año 1938 reiteran esos considerandos los Autos de la Sala 4 de 6 de Abril 1938 (ar. 2623), 19 de Abril 1938, 10 de Mayo 1938 (ar. 3734), 6 de Junio 1938 (ar. 4372), 6 de Junio 1938 (ar. 4373), 25 de Noviembre 1938 (ar. 9089), 22 de Enero 1938, 7 de Marzo 1938 (ar. 1793), 4 de Mayo 1938 (Sala Sa., ar. 2194), 8 de Abril (ar. 3734), 29 de Mayo 1938 (Sala 5, ar. 4217), 15 de Noviembre 1938 (ar. 9089).

El Auto de 13 de Junio de 1988 (ar. 5329) dice:

"Es preciso en cada supuesto ponderar "ante todo" la medida en que el interés público exija la ejecución, apreciando así el grado en que dicho interés esté en juego.

Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia e improcedencia de la suspensión.

Ello implica que el concepto jurídico indeterminado expresamente recogido en el art. 122 de la Ley Jurisdiccional ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y así, si cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son leves bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso*.

(130) En peritajes técnicos José María FERNÁNDEZ PASTRANA, La influencia de la Constitución en el juego sobre la suspensión de los actos administrativos, *RJC* núm. 120, Septiembre 1988, pág. 288-289.

excepcionales, obviamente) (131) y que hiciera pivotar la posterior decisión judicial en una ponderación de intereses no olvidando nunca que si bien los derechos y garantías de los funcionarios deben ser protegidos, también requiere esa misma protección el interés general en el buen funcionamiento del aparato administrativo (132).

(131) La citada solución se propone igualmente, en el Informe al Parlament de Catalunya emitido por el Síndic de Greuges el año 1989 (Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 149, III legislatura/Cinco período de 29 de Març 1989, Fascículo I, págs. 9506-9507) donde se recomienda esperar a ejecutar las sanciones disciplinarias hasta haber agotado todas las instancias en vía administrativa. En concreto afirma:

"Més que el termini per interposar el recurs oscil·la entre quinze dies i un mes, no sembla que esperar-ne el venciment pugui perjudicar amb caràcter general l'interès públic. Un cop plantejat, aconseguir una resolució ferma en via administrativa depèn de la diligència de la mateixa administració a resoldre'l.

Entenem que aquesta argumentació i els interessos en prestàcia avalen la reconeixement que les administracions suspenguin actu propi, en mèrit d'allò que disposa l'article 116 de la Llei de Procediment Administratiu, l'execució de les sancions esmentades, fins que s'hagin exhaurit totes les instàncies dins la mateixa administració".

(132) Por ello y en el caso de sanciones leves debería considerarse el valor institucional de la decisión. Es decir, si en esos casos la suspensión de la sanción deja debilitada a la Administración debería tenerse en cuenta este nuevo dato.

CONCLUSIONES

PRIMERA La aparición de un importante aparato burocrático y la atribución a los funcionarios que en él trabajan de una esfera de competencia propia, dejando de ser meros mandatarios reales, provocó la instauración de un sistema que les responsabilizase personalmente de sus actos en el ejercicio de su oficio y fue, en consecuencia, el embrión del derecho disciplinario, circunstancia que se sitúa en el Baja Edad Media.

A esos dos acontecimientos se le añadió el dato de la consagración de la inamovilidad en el empleo que impediría, en adelante, la libre separación del servicio de los oficiales reales y la imperiosa necesidad de respetar un procedimiento previo para acordar ese tipo de sanción.

SEGUNDA La visita, el juicio de residencia, la pesquisa y la purga de taula catalana constituyen una serie de instituciones en las que se dan, por vez primera, auténticos rasgos de lo que hoy denominamos el derecho disciplinario de los funcionarios públicos.

TERCERA La tesis de Nieto según la cual el derecho disciplinario tiene su origen en una relación privada entre el Príncipe y sus súbditos encuentra la dificultad de distinguir, en aquella época, las faltas disciplinarias y una serie de tipificaciones que hoy llamaríamos "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", ilícitos que llegan a confundirse incluso terminológicamente.

CUARTA El advenimiento del régimen constitucional a comienzos del siglo XIX produce una ruptura con la tradición histórica anterior al incluir el sistema de las cesantías, es decir la posibilidad de cesar libremente a los funcionarios, situación que se prolongó hasta el Estatuto Maura de 1.918.

QUINTA La equiparación entre delito falta e infracción administrativa, la configuración del Estado autonómico y la profunda dimensión social de nuestro sistema reconocida en la Constitución de 1.978, ha producido importantes modificaciones en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

A esos datos hay que añadir el principio de eficacia materializado en el buen servicio a los ciudadanos que a de constituir el andamio sobre el que se construya lo que es y debe ser el derecho disciplinario de los funcionarios públicos.

SEXTA No resulta jurídicamente admisible que en base a las especiales relaciones de sujeción se relativicen, en el derecho disciplinario de los funcionarios, los grandes principios que rigen para el resto del orden sancionatorio.

Del mismo modo, no parece acorde con el sistema de protección de los derechos fundamentales la limitación reglamentaria de los mismos sin base legal ni constitucional que lo justifique.

SEPTIMA Debido a una casi inexistente construcción doctrinal acerca de lo que son y significan las especiales relaciones de sujeción, se observa un ensanchamiento cada vez mayor de las situaciones que caen en el ámbito de ese concepto, volatizando de esa forma cualquier utilidad práctica del mismo.

OCTAVA Tomando como punto de referencia la legislación positiva vigente, no podemos aceptar la llamada teoría de la diferenciación cuantitativa entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Como sabemos, la misma fundamenta el menor respeto de las garantías jurídicas en el régimen disciplinario por la inferior gravedad de sus ilícitos y sanciones en relación al derecho penal. El contraste con la normativa más reciente arroja un resultado contrario, pues

por ejemplo, el CP vigente ha suprimido las penas de carácter perpetuo mientras que el derecho disciplinario mantiene todavía la sanción de separación del servicio, de carácter irreversible.

NOVENA En realidad, entre el derecho penal y el derecho disciplinario existe una diferenciación cualitativa, pues algunos ilícitos tipificados en uno y otro orden protegen bienes jurídicos o intereses sociales diferentes. Sin embargo y pese a lo afirmado, rechazamos la concepción privatista del derecho disciplinario (que considera a este como una cuestión doméstica funcionario-Administración) optándolo a un derecho público recogido en el código penal.

DECIMA Para nosotros tanto uno como otro tienden a defender bienes jurídicos o intereses sociales. De ahí se derivan varias consecuencias:

- 1) La imposibilidad de considerar que cualquier incumplimiento de un deber constituya infracción disciplinaria.
- 2) El profundo sabor social del derecho disciplinario cuyo fin último es, como dijimos, conseguir la eficacia en la actuación administrativa materializada en un correcto servicio a los ciudadanos.
- 3) La imposibilidad de aminorar o suprimir (si de adaptar) las garantías que rigen para el resto del orden punitivo del Estado. Otra solución convertiría en mero humo de pajas los artículos 24 y 25 CE.

UNDECIMA En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros, resulta necesario que una norma atribuya expresamente la potestad disciplinaria a la Administración, debiendo concretar además, el conjunto de ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Consecuencia de ello es la imposibilidad de calificar una

determinada conducta de forma diferente a las infracciones recogidas en la normativa aplicable. Este sistema, si bien reduce el margen de discrecionalidad administrativa, en ocasiones hace difícil la calificación jurídica de los hechos cometidos.

DECIMO SEGUNDA Según el TC, la aplicación del principio de reserva de ley en el derecho disciplinario de los funcionarios posee peculiaridades propias debido a la influencia de dos circunstancias:

- a) La doctrina de las especiales relaciones de sujeción.
- b) La consideración del régimen disciplinario como integrante del Estatuto de los funcionarios públicos y su necesaria regulación por norma con rango legal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103.1 CE.

DECIMO TERCERA Si bien es lógica una adaptación del principio de reserva de Ley en el régimen disciplinario, no parece correcto invocar la teoría de las especiales relaciones de sujeción para rebajar sus exigencias. La gravedad de las sanciones previstas y la falta de unidad en el concepto, así lo aconsejan.

En esa línea se mueve la más reciente jurisprudencia del TC cuando declara la total vinculación de las sanciones fruto de una especial relación de sujeción con los principios de legalidad formal y tipicidad aunque observando las debidas modulaciones fruto de otro tipo de circunstancias (complejidad técnica, distribución territorial del poder, gravedad o levedad de los castigos...)

DECIMO CUARTA En lo referente a las faltas graves, el sistema seguido por la legislación disciplinaria estatal y algunas leyes sectoriales de remitir su determinación y concreción al reglamento, podría vulnerar los límites que para las remisiones normativas ha previsto el art. 25.1 CE.

DECIMO QUINTA Frente a la afirmación anterior no puede invocarse la poca importancia de las conductas a reprimir pues en ocasiones, la comisión de una falta con ese carácter puede afectar al derecho fundamental al cargo (art. 23.2 CE) o la libertad de residencia (art. 19 CE) al corresponderle la sanción de suspensión de funciones o traslado con cambio de residencia (art. 16 RDFCE).

En lo referente al régimen disciplinario estatal tampoco podría argüirse el carácter pre-constitucional de la LFCE, ley a la que en última instancia se remitiría todo el sistema. Por el contrario, el RDFCE afirma, en su artículo único, que desarrolla la Ley 30/84, de 2 de Agosto y además, si así no fuese, el TC ya se encargó de declarar caducadas por derogación las habilitaciones en blanco hechas con anterioridad a la Constitución.

DECIMO SEXTA El único argumento que podría ser invocado para salvar la constitucionalidad de esas previsiones pasaría por tener presente otra serie de datos recogidos en la Ley, y que posibilitan un aceptable margen de certeza al posible infractor. Entre ellos destacaríamos la enumeración de criterios a tener en cuenta para graduar la gravedad o levedad de los ilícitos de nueva creación, la determinación de las sanciones que pueden ser aplicables y la concreción del órgano encargado de sancionar.

Sin embargo y por el momento, esta serie de parámetros no han sido utilizados por la jurisprudencia constitucional para medir el cumplimiento de los límites que debe respetar la Ley de remisión sino quiere infringir el art. 25.1 CE.

DECIMO SEPTIMA Por el contrario, las faltas leves creadas "ex novo" vía reglamentaria, siempre que no afecten siquiera tangencialmente un derecho fundamental, se adecuan perfectamente al art. 25.1 CE. La afirmación anterior esta basada en una doble motivación: Por un lado, cuestiones técnicas hacen que no sea recomendable petrificar y

generalizar en una Ley todos los ilícitos, pues ni el Parlamento conoce los problemas concretos y cotidianos a los que el funcionario se encuentra sometido a diario, ni todos los cuerpos funcionariales tienen iguales obligaciones; De otro, la poca importancia de los ilícitos a reprimir permite, al igual que ocurre en el derecho penal y en el resto de sanciones administrativas, flexibilizar las exigencias del principio "nullum crime sine lege".

DECIMO OCTAVA El principio de tipicidad impone al legislador en el ámbito disciplinario que la norma describa con detalle y cuidado cada uno de los elementos de la conducta ilícita y sus correspondientes sanciones. De ese planteamiento se derivan las siguientes consecuencias:

1.- La admisión de leyes disciplinarias en blanco siempre que se respete el principio de seguridad jurídica según el cual, el destinatario de la norma debe saber perfectamente y en cada caso que comportamientos están prohibidos y las sanciones que son de aplicación. Para ello, la "norma auxiliar" únicamente podrá determinar las condiciones, circunstancias límites y otros aspectos complementarios pero nunca debe definir el núcleo del comportamiento prohibido. Desde ese prisma podríamos considerar inconstitucional, la falta que recoge "en general, el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario".

2.- Mayores dificultades constitucionales presentan las llamadas "cláusulas abiertas" normas cuyo complemento no se encuentra en otra disposición sino que debe crearse vía jurisprudencial.

3.- Las infracciones deontológicas, formadas por conceptos indeterminados no tecnicizados deberían considerarse inconstitucionales.

DECIMO NOVENA El principio de tipicidad como mandato a la Administración impide que la calificación de unos hechos como infracción disciplinaria sea una potestad discrecional y excluye la analogía "in malam partem".

VIGESIMA A pesar de lo afirmado en las dos conclusiones precedentes es realista admitir una cierta flexibilización del principio de tipicidad en el derecho disciplinario pues resulta imposible tipificar todos los ilícitos que potencialmente pueden cometer los funcionarios públicos.

VIGESIMO PRIMERA La acumulación pena-sanción disciplinaria de forma independiente, no sólo es de imposible realización práctica (dada la diferente duración de una y otra) sino que, además, contraviene el principio constitucional de proporcionalidad. La solución a esos problemas puede venir dada por las siguientes opciones:

a) Considerar que ambos ordenamientos (penal y disciplinario) en ocasiones protegen los mismos bienes jurídicos. En este caso la aplicación del non bis in idem material es incontestable.

b) Aplicar la técnica de los concursos desarrollados en el ámbito penal. De ese modo el castigo superior (penal) absorbe (consume) al inferior (administrativo). Esta solución no es válida cuando se imponga la sanción de separación del servicio pues al ser de carácter perpetuo siempre resulta de mayor gravedad que la penal.

c) No olvidar la consideración del derecho penal como "última ratio" y el respeto a su carácter fragmentario.

VIGESIMO SEGUNDA Consideramos de inexcusable observancia el principio non bis in idem en su vertiente procesal. En consecuencia, cuando un hecho ataque la dos normativas (penal y disciplinaria) se impone la subordinación de la actividad administrativa a la jurisdicción penal, debiendo