

La protección jurídica del superior jerárquico

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA PROTECCION JURIDICO-POSITIVA DEL SUPERIOR JERARQUICO: *a)* En el ente estatal. *b)* En las Comunidades Autónomas. *c)* En el régimen local. *d)* Conclusión. 3. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES Y A LA PRESUNCION DE INOCENCIA: LA JUDICIALIZACION DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. 4. EL FORMALISMO PROCESAL PENAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA APRECIACION DE LA DESOBEDIENCIA Y SUS RESULTADOS PRACTICOS EN LA FUNCION PUBLICA: EL DESLIZAMIENTO HACIA EL SPOIL'S SYSTEM.

1. PLANTEAMIENTO

Una de las dificultades para una plena comprensión del principio de jerarquía es su propia polivalencia, porque no es sólo uno de los principios a los que debe atenderse la Administración Pública según el artículo 103.1 de nuestra Constitución, sino que tiene fuera de esa organización y de todas las demás, públicas o privadas, una vigencia social, una amplia connotación comunitaria que surge de la necesidad de que sea operativa también en la propia sociedad humana.

Así lo ha entendido nuestro ordenamiento jurídico penal al tipificar una serie de delitos y faltas por:

«... la necesidad de garantizar el *principio jerárquico de autoridad* que prestigie y defienda a quien la encarne, para hacer viable y

eficaz la realización del derecho y la coexistencia social pacífica de las relaciones interindividuales entre los hombres...».

(Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1981.)

Una sociedad jerarquizada se caracteriza por la existencia en su seno de un conjunto de esquemas de valores y de reglas de juego con poderes legítimos que las aplique, sin los que devendría en pura anarquía, sin puntos ni coordenadas de referencia, en un caos existencial en el que sería imposible la convivencia y el progreso de los individuos que la integran.

Por ello el Derecho, que no puede dejar de observar la propia realidad de la que surge y al mismo tiempo regula, ha tenido que reconocer y proteger jurídicamente esta diversidad de sentidos que del término jerarquía se desprenden.

De la dimensión social del principio de jerarquía se ha ocupado el Derecho penal, configurando jurídicamente el principio que lo incardina: el de autoridad. Todo un amplio elenco de tipos penales se han destinado desde nuestros primeros Códigos Penales a reconocer y tutelar jurídicamente este principio como un requisito esencial para la convivencia pacífica de los seres humanos, garantizando el principio de *pax iuridica*¹.

El sentido polivalente del principio de jerarquía se desprende de otra Sentencia penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1988 al manifestar en su primer fundamento de derecho y en el ámbito del delito de resistencia a los agentes de la autoridad que:

«... la gravedad delictiva del incumplimiento de una orden de la autoridad sólo es de apreciar cuando implique desoir un mandato dirigido a la protección jurídica de un bien jurídico *que no sea meramente administrativo*, o de orden, toda vez que el delito del artículo 237 del Código Penal no protege a la autoridad en abstracto, sino en su función de protección jurídica de la comunidad».

En consecuencia e interpretando esta Sentencia con criterio jurídico-administrativo, cabe deducir de ella que «el bien jurídico meramente administrativo o de orden» debe tratarse del principio de jerarquía, como criterio que estructure la organización administrativa de forma piramidal de modo que los órganos superiores puedan ordenar la actividad de los inferiores. Principio constitucionalizado entre nosotros y protegido además por las propias normas de organización adminis-

¹ Véase mi trabajo en *RAP*, 92, «La noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal», y el libro de próxima publicación: *La configuración jurídica del principio de autoridad*.

trativa, en especial por las relativas a la función pública y el sistema de recursos administrativos.

De este modo, y según la sentencia citada, hay un deslinde de esferas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. El primero se ocuparía de tutelar el principio de autoridad en su función social de garantía para la convivencia, el orden y la paz pública; el segundo, de asegurar en la organización administrativa sedes jerárquicas con potestad de mando y correlativa obediencia para hacer posible la unidad de acción en cada sector de las Administraciones Públicas, es decir, de generar relaciones jurídicas de subordinación legal que impongan a los subordinados la obligación de obedecer las órdenes del superior.

Las otras dimensiones de la relación jurídica de mando y obediencia que operan en nuestra sociedad: la espiritual, la política, la familiar y la laboral, deben descartarse de este estudio porque escapan a nuestros objetivos².

Debe destacarse desde ahora que entre todas las formas de relación jurídica de mando-obediencia ha sido la jerárquico-administrativa la que ha ocupado un lugar central en las regulaciones jurídico positivas.

A ella dedicaremos este estudio, para comprobar si el principio de jerarquía está tan protegido en la organización administrativa como en el ámbito social o comunitario.

2. LA PROTECCION JURIDICO-POSITIVA DEL SUPERIOR JERARQUICO

La formulación de normas jurídicas positivas que protejan al superior jerárquico es una constante en todas las esferas jurídico públicas donde exista una organización administrativa.

a) EN EL ENTE ESTATAL

La proliferación de reglamentos disciplinarios en los diversos ámbitos funcionales en que se manifiestan los tres poderes del Estado es una mera constatación para cualquier observador de nuestro ordenamiento jurídico.

El modelo más conocido por su aplicación más generalizada es el Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 de enero de 1986, a aplicar al personal funcionario comprendido en el artículo 1.1 de la Ley

² La dimensión penal la tratan, entre otros, L. MORILLAS CUEVA: «La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1984.

de 2 de agosto de 1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, es decir, al personal de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos, al personal civil al servicio de la Administración Militar y sus Organismos Autónomos y al personal funcionario de la Seguridad Social. El citado reglamento tendrá carácter supletorio para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación (arts. 1 y 3 del reglamento), y regula en su artículo 7 relativo a las faltas graves, apartado *a*), la falta de obediencia debida a los superiores y autoridades, y en el *e*), la grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados. La falta grave implica la suspensión de funciones (no superior a tres años) o el traslado con cambio de residencia sin posibilidad de obtener destino en la localidad desde la que fueron trasladados en el plazo de un año [arts. 14.*b*) y *c*) y 16].

En el Poder Judicial, donde no opera el principio de jerarquía respecto a la actividad jurisdiccional de las instancias inferiores por la exigencia constitucional de la independencia de la función judicial, la protección del superior se regula en el artículo 418.1 y en el 419.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. El artículo 418.1 considera falta grave la falta de respeto ostensible a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad, y en el artículo 419.1 se dispone que será leve la falta de respeto a los superiores jerárquicos que no constituya falta grave. Las faltas graves se sancionan con represión o multa y las leves con advertencia o represión (art. 420). Estas sanciones disciplinarias serán anotadas en el expediente personal del interesado (art. 426) y las anotaciones se cancelarán según la gravedad de la sanción, en seis meses (advertencias) o a instancia del interesado, oído el Ministerio Fiscal, cuando hayan transcurrido al menos uno, dos o cuatro años, ya se trate de falta leve, grave o muy grave, con excepción de la de separación (art. 427). La cancelación implica la eliminación del antecedente a todos los efectos (apartado 3 del art. 427).

Respecto del personal al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios judiciales, Médicos forenses, Oficiales auxiliares y Agentes judiciales) el artículo 456 declara la supletoriedad, en lo no previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la legislación general del Estado sobre la función pública y se les podrá imponer las sanciones previstas para Jueces y Magistrado (art. 464.2).

El Estatuto de personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1989 define en su artículo 1 quiénes son funcionarios de las mismas de forma paralela al concepto de funcionario profesional que recoge la legislación sobre función pública: nombramiento legal, incorporación permanente, relación estatutaria de servicios profesionales y retribución con cargo al presupuesto de las Cortes. Su artículo 46.3 remite en

cuanto a las faltas disciplinarias al régimen general de la función pública, y de su párrafo cuarto se deduce que la falta de obediencia no se integra entre las muy graves.

b) EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Sin carácter exhaustivo y como botón de muestra, la Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña de 23 de julio de 1985 regula en su artículo 94 las faltas graves en que pueden incurrir sus funcionarios, situando en su párrafo *a)* las relativas al incumplimiento de las órdenes que provengan de sus superiores y relativas a la tarea propia de su puesto de trabajo, dentro de los límites señalados en el artículo 86.2.*b)*³, y en el párrafo *f)* la negativa a realizar tareas que les sean ordenadas por los superiores para satisfacer necesidades de urgente cumplimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 86, 26 y 4.

El Reglamento de Régimen Disciplinario de la Función Pública de la Generalidad de Cataluña de 6 de noviembre de 1986 recoge en su artículo 4 las faltas graves, entre las que se encuentran las relativas a la desobediencia a los superiores jerárquicos contenidas en los párrafos *a)* y *f)* en los mismos términos a que se refiere el artículo citado de la Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Las sanciones por falta grave serán según el artículo 9 del reglamento [apartados *a)* hasta *d)*]: la suspensión de funciones por más de quince días y menos de un año con pérdida de las retribuciones correspondientes, la pérdida de uno a tres grados personales, el traslado de puesto de trabajo dentro de la misma localidad y la amonestación.

La Ley de la Función Pública vasca de 6 de julio de 1989 dispone en su artículo 84 que se consideran faltas graves de sus funcionarios: *a)* el incumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores referidas al servicio y la falta grave de consideración con los superiores, compañeros y subordinados. Las sanciones por estas faltas graves pueden llegar incluso a la destitución del cargo (si el funcionario tiene habilitación nacional), el traslado con cambio de residencia y la suspensión de funciones (no superior a dos años) (arts. 87.2 y 4).

En algunas Comunidades Autónomas no se ha desarrollado aún el Estatuto de sus funcionarios (Galicia) a que se refiere la Ley de Función Pública (Adicional 6.ª) o se han recogido sólo las faltas muy gra-

³ El artículo 86.2.*b)* de la citada Ley establece que si las órdenes fueran contrarias a la legalidad se pedirá su confirmación escrita y se comunicará la discrepancia al Jefe Superior, quien decidirá. No se cumplirán las órdenes que impliquen la comisión de un delito.

ves en la Ley de Regulación de la Función Pública, remitiendo la tipificación de las faltas graves al reglamento disciplinario (Madrid, art. 84.1 de su Ley de 10 de abril de 1986). En otras (Andalucía) existe ya un Estatuto de Gobierno y régimen interior del Parlamento de 21 de diciembre de 1988 que recoge en su artículo 75 como falta grave del personal al servicio del Parlamento, «la desobediencia grave a los superiores, que no esté amparada en la libertad de conciencia o independencia profesional» y se sancionará con la pérdida de cinco a veinte días de remuneración, excepto el complemento familiar, o la suspensión de funciones de hasta seis meses de duración [art. 82 apartado b)].

c) EN EL RÉGIMEN LOCAL

El Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986 clasifica las faltas cometidas por los funcionarios de la Administración Local en el ejercicio de sus cargos en leves, graves y muy graves (art. 146). Las graves serán las reguladas en la legislación de la función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y supletoriamente en la legislación de funcionarios civiles del Estado (art. 147.2), correspondiendo a éstas las sanciones de: deducción proporcional de las retribuciones, suspensión de funciones y destitución del cargo (si el funcionario tiene habilitación nacional) (arts. 148.1, 4 y 6), por lo que remite en cuanto a la falta de desobediendo y su sanción a lo establecido por las Comunidades Autónomas y el Estado.

d) CONCLUSIÓN

A modo de resumen de los rasgos generales que la falta disciplinaria de desobediencia tiene en la normativa sobre función pública de los entes citados, cabe señalar los siguientes:

1.º La falta de desobediencia o la desconsideración con los superiores jerárquicos es considerada como grave, en ninguna de las normas disciplinarias analizadas es calificada de muy grave.

2.º Las sanciones a aplicar a quienes cometan falta de desobediencia, no acatar las órdenes de los superiores o la de desconsideración hacia éstos, nunca implican la separación del servicio, sino la suspensión de funciones en grado menor (no superior a tres años), el traslado con cambio de residencia, la reprobación o multa y la pérdida de retribuciones. Sólo en algunos textos normativos (Ley de la Función Pública vasca de 6 de julio de 1989, art. 87.2 y 4 y Texto Refundido de

las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986, art. 148.6) la sanción por esta falta disciplinaria puede llegar a la destitución del cargo si el funcionario tiene habilitación nacional.

3.º Algunas disposiciones incluyen atenuantes o eximentes para esta falta disciplinaria basados en la «libertad de conciencia» o en la «independencia profesional» (art. 75 del Estatuto de Gobierno y régimen interior del Parlamento de Andalucía).

3. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES Y A LA PRESUNCION DE INOCENCIA: LA JUDICIALIZACION DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

El régimen disciplinario de los funcionarios no es más que uno de los apartados del llamado Derecho administrativo sancionador, que al carecer de una teoría general propia ha debido incorporar la teoría general del Derecho penal, como afirma el Tribunal Constitucional en Sentencia de 8 de junio de 1981 al indicar que «... los principios incorporados del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales». Por ello, y a consecuencia del doble estatus de que goza el funcionario, como tal y como administrado simple, puede incurrir en su actuación y de forma simultánea tanto en un delito penal como en una falta disciplinaria tipificada en la normativa del régimen de la función pública que le sea aplicable, como es el caso del delito/falta disciplinaria de desobediencia. Es decir, en el ámbito punitivo de los funcionarios (penal y administrativo) no es operativo el principio general del Derecho constitucionalizado de *non bis in idem*, como reitera y confirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985 en vía contencioso-administrativa de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (cuarto considerando):

«... el apelante invoca, como último motivo de impugnación de la Sentencia apelada, el principio que prohíbe sancionar dos veces por el mismo hecho, citando dos Sentencias del Tribunal Constitucional (30 de enero de 1981 y 3 de octubre de 1983),

pero precisamente esas Sentencias están poniendo de manifiesto que el principio invocado sufre las restricciones derivadas de la especial situación de los funcionarios civiles o militares, que por su estatus se hallan sometidos a la posible condena cuando cometan hechos tipificados como delitos o faltas, la cual será impuesta por la jurisdicción penal —ordinaria o militar cuando proceda— y al mismo tiempo, la sanción derivada de las actuaciones administrativas seguidas, si los hechos se hallan tipificados como infracción administrativa, sin que pueda hablarse de doble condena por unos mismos hechos...»

Esta dualidad de vías punitivas opera como reforzamiento de la protección jurídica del superior jerárquico respecto a las faltas disciplinarias que también aparecen tipificadas como delitos o faltas del Código Penal, como es el caso de la desobediencia.

Sin embargo, la mecánica sancionadora en la función pública cuenta con una limitación importante en cuanto a la inmediatez y rotundidad de la sanción, que en el caso de desobediencia de los subordinados es sustancial por la trascendencia que tiene en el colectivo funcional el dato de la ejemplaridad para disuadir de comportamientos paralelos.

Se trata de las restricciones que el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos tiene en el procedimiento disciplinario; es decir, había que preguntarse si la ejecución de la sanción impuesta sin haber ganado firmeza el acto administrativo que la contiene por estar recurrido, vulnera los derechos fundamentales de la tutela efectiva de Jueces y Tribunales y de presunción de inocencia.

Esta interrogante la ha abordado la jurisdicción contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (Sala Quinta) en Sentencias de 17 y 21 de julio de 1982, confirmadas por otra del mismo origen y de fecha 20 de junio de 1985 al señalar en su cuarto considerando que el equilibrio entre el derecho fundamental de tutela efectiva de Jueces y Tribunales y el privilegio administrativo de ejecutividad inmediata de sus actos se rompe en beneficio del primero en algunos supuestos de actos administrativos sancionatorios. Esta Sentencia afirma que: «... al ser un privilegio, la facultad de decisión ejecutoria debe interpretarse restrictivamente, según es principio general del Derecho y lo reclama el de igualdad en el procedimiento (de Administración y particular administrado) proclamado por los artículos 1.1 y 9.1 de la Constitución», y añade (en el apartado 2 del cuarto considerando):

«... la naturaleza de ser “efectiva” la tutela judicial expresada por el artículo 24.1 de la Constitución, significa que sea plena y auténtica, real y sin traba alguna, llegándose a la afirmación de que

si el acto administrativo sancionador se ejecuta antes de su firmeza, entonces la tutela ya no es plena ni real, sino ilusoria 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».

En esta misma línea argumental la sentencia indica en el apartado 4 de su cuarto considerando que:

«... la legislación postconstitucional ofrece ejemplos de limitaciones al principio de ejecutividad de los actos administrativos en el ámbito sancionador, tales como el artículo 44.3 de la Ley Orgánica Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y de modo más específico en cuanto atañe a sanciones disciplinarias, el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, que *exceptúa de ejecutividad* «los acuerdos en que se impongan correcciones disciplinarias, que *sólo serán ejecutorias cuando hayan ganado firmeza*, sin perjuicio de la suspensión provisional del Juez, Magistrado o Secretario cuando proceda con arreglo a la Ley», lo que revela que en determinados sectores se ha extraído del artículo 24 de la Constitución todas sus virtualidades en orden a una tutela jurídica efectiva, que reclama el carácter ejecutorio o *firme* de las sanciones disciplinarias para su efectividad o cumplimiento».

Advierte además el Tribunal Supremo (apartado 5 del cuarto considerando de esta misma Sentencia) de la *contradicción existente* entre el artículo 50 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 cuando dispone que «la suspensión tendrá carácter firme cuando se imponga en virtud de condena criminal o de sanción disciplinaria», equiparando los efectos de una y otra, con el artículo 80 del Código Penal cuando establece que «no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme» en perfecta sintonía con el artículo 118 de la Constitución.

Argumenta el Tribunal Supremo (*ibidem*) que «no parece resultar razonable que la sanción disciplinaria, siempre aplicada por hechos de menor entidad punible que un delito, sea inmediatamente ejecutoria pese a la interposición de recursos, dando a este ámbito un trato más rigurosa que al penal».

En este orden de razonamientos la Sentencia que se comenta resulta irrefutable, y parece obligado propugnar una urgente adecuación del artículo 50 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 a la Constitución (art. 118) y al Código Penal (art. 80), ya que está en

juego la unidad del ordenamiento y el principio de certeza y seguridad y jurídica. Pero si esta contradicción normativa a nivel constitucional y legal es grave, al menos cabe la justificación cronológica de ser la Ley de Funcionarios catorce años anterior a nuestro texto fundamental, explicación que no es de recibo en el caso del artículo 23 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado de 11 de abril de 1986 al reproducir en los mismos términos el artículo 50 de la Ley de Funcionarios citada, es decir, que la «suspensión tendrá carácter firme cuando se imponga en virtud de *condena criminal o sanción disciplinaria*», contenido que al aparecer en un reglamento y ser contrario a la Constitución y al Código Penal es nulo de pleno derecho.

En consecuencia y según esta corriente jurisprudencial, la suspensión de funciones como una de las situaciones en que pueden encontrarse los funcionarios sólo puede ser *firme* cuando así lo establezcan los Jueces y Tribunales en Sentencia firme; la suspensión administrativa de funciones puede ser provisional durante la tramitación del proceso judicial o del procedimiento administrativo disciplinario, y la resolución que ponga fin a este último agotará la vía administrativa si no procede recurso de reposición, pero nunca será firme, porque la firmeza procede de las Sentencias que tienen en exclusiva el efecto de cosa juzgada.

En esta línea argumental se sitúa el Auto 11 de diciembre de 1985 (Sala Tercera del Tribunal Supremo, también en vía de protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas) al no suspender la ejecución de un acto administrativo que dispone la suspensión provisional de un funcionario «por el evidente perjuicio grave para el interés general por el descrédito que supondría para la Administración mantener en el ejercicio de su cargo a un funcionario cuya conducta origina expediente disciplinario...» «por la especial trascendencia de las funciones que éste desempeña y en evitación de otros perjuicios mientras se depure su conducta...».

Por la restricción del privilegio de autotutela que efectúan las Sentencias citadas en el procedimiento disciplinario, al superior jerárquico sólo le resta, para reprimir las faltas de desobediencia y las restantes tipificadas en cada régimen disciplinario, proponer la incoación de expediente disciplinario al órgano competente (art. 29 del Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 de enero de 1986) y que éste acuerde declarar preventivamente la suspensión provisional del funcionario en tanto se tramita el expediente disciplinario, suspensión que no podrá exceder de seis meses, percibiendo sólo el 75 por 100 de su sueldo, trienios y pagas extraordinarias (art. 22 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado de 11 de abril de 1986). Esta medida podría ser suspendida en su eje-

cución inmediata si el Tribunal constata la inexistencia de perjuicio para el interés general (*a sensu contrario* del citado Auto de 11 de diciembre de 1985) y la necesidad de proteger el derecho fundamental a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales o el de presunción de inocencia.

La inflexión que las tres citadas Sentencias (17 y 21 de julio de 1982 y 20 de junio de 1985) producen en el régimen disciplinario de los funcionarios es sustancial, conduciendo en la práctica a su judicialización, convirtiendo al Poder Judicial en árbitro para la valoración del bien jurídico a proteger en cada petición de suspensión de la ejecutividad de la sanción disciplinaria: la protección jurídica inmediata del superior jerárquico, los perjuicios al funcionario suspendido, los intereses generales o los de terceros.

Por los efectos que esta corriente jurisprudencial tiene no sólo en la potestad de la Administración para sancionar disciplinariamente a sus funcionarios sino en el propio privilegio de autotutela de la Administración (una de las esencias del régimen administrativo), resulta imprescindible indagar si esta postura de la jurisprudencia contencioso-administrativa, surgida de la aplicación de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978, se ve o no confirmada en posteriores sentencias.

A este fin resulta obligado aludir a tres Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (también en vía de protección jurisdiccional de derechos fundamentales) de 27 de marzo y 7 y 23 de abril de 1986 que nos servirán de contrapunto con las citadas anteriormente.

La Sentencia de 27 de marzo de 1986 contradice en su primer fundamento de Derecho a la de 20 de junio de 1985 al manifestar que las potestades administrativas «no son privilegios sino instrumentos normales para el cumplimiento de los fines a que alude el artículo 103.1 de la Constitución», ni tampoco hay que interpretarlas «restrictivamente» sino en función de los fines a que debe servir cada potestad y de la realidad subyacente, y añade:

«... conviene recordar que esta Sala viene diciendo, desde hace quince años al menos, que el funcionamiento de la potestad sancionadora de la Administración Pública (uno de cuyos sectores es el disciplinario) *ha de acomodarse al esquema de nuestro sistema penal, como reconoce implícitamente la Constitución*. En su artículo 25, por ejemplo, queda clara la equivalencia de infracción administrativa y delito respecto del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así como al tope máximo de las sanciones administrativas...».

En su segundo fundamento de Derecho se recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984, que considera la

«potestad ejecutoria» de la Administración como reconocida en nuestra legislación vigente y no contraria a la Constitución, y advierte que si la ejecutividad sólo se predicara de los actos administrativos firmes, se erradicaría totalmente la potestad ejecutoria de la Administración y no sólo en el ámbito sancionador sino en cualquier otro de la actividad administrativa, puesto que tal opción se viene basando en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en su artículo 24 de la Constitución (tercer fundamento de Derecho).

Se trataría de una especie de «hipertrofia» de este derecho, que haría olvidar la presunción de la legitimidad de la actuación de los poderes públicos implícita en la Constitución y explícita en el resto del ordenamiento jurídico. Para este fallo judicial, la necesidad de servir con «objetividad» y «eficacia» los intereses generales (art. 103.1 del Texto Constitucional) justifica el privilegio de autotutela como sustantivo de nuestro sistema administrativo.

Contrapone (en su cuarto fundamento de Derecho) a la potestad ejecutoria en el procedimiento sancionador la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, que «impide 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 tanto, mientras no se hubiera resuelto el recurso correspondiente».

Para esta nueva corriente jurisprudencial la culpabilidad o inocencia de un funcionario sólo es tal cuando la decisión de la Administración es firme y definitiva (tras recurrir en todas las vías, administrativa y judicial o por el transcurso de los plazos para ello), de otra forma se conculcaría el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Vulneración de un derecho fundamental que tiene su origen en la Ley, pero:

«... por tratarse de las Leyes de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, ambas anteriores a la Constitución, es obvio que cualquier órgano judicial está facultado, como lo estamos nosotros, no ya para considerarlas derogadas, sino para entenderlas en la forma que mejor se ajuste al sistema constitucional» (quinto fundamento de Derecho).

Se contradice en este fallo judicial, aunque parcialmente, la jurisprudencia anterior en cuanto a la postura restrictiva del privilegio de autotutela, pero *se continúa situando en el Poder Judicial la función de administrar que implica aplicar el régimen disciplinario de los funcionarios regulada en la legislación sobre función pública.*

Por ello parece más coherente la argumentación de la Sentencia de 7 de abril de 1986 (Sala Tercera del Tribunal Supremo), al manifestar

que el derecho fundamental a la tutela judicial «no precisa en ningún supuesto entender desaparecida del ordenamiento la potestad administrativa de autotutela y menos aún en las relaciones de sujeción especial a las que el interesado ingresa voluntariamente». Se considera «suficiente con que su ejercicio específico pueda ser residenciado ante un Juez» (cuarto fundamento de Derecho). Para esta Sala (Tercera), la relación funcionarial es estatutaria, definida legal y reglamentariamente y a la que se accede voluntariamente, aunque el funcionario es también un ciudadano titular de derechos fundamentales y protegido como tal. Pero *las relaciones estatutarias del funcionario no quedan protegidas por el artículo 53 de la Constitución sino por el 106.1*, lo que significa para esta Sentencia que:

«... las discrepancias entre el funcionario y la organización administrativa a la que pertenece, con base en la relación de servicio, quedan excluidas del procedimiento preferente y sumario que hasta ahora estatuye la Ley 62/1978 y remitidas al contencioso administrativo ordinario» (quinto fundamento de Derecho).

Se matiza en la propia sentencia (séptimo fundamento de Derecho) que la solución que aporta se separa («aparentemente» dice) de la adoptada por las citadas Sentencias de 17 y 21 de julio de 1982 y 20 de junio de 1985 (Sala Quinta del Tribunal Supremo), reiterando que la tutela jurisdiccional plena sólo requiere que la decisión ejecutoria, antes de ser firme, puede ser examinada por el Juez y añadiendo que en el contencioso ordinario el interesado puede solicitar la suspensión de la ejecutividad de la sanción disciplinaria al amparo del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.

Se encuentra en esta nueva tendencia de la jurisprudencia el punto de equilibrio entre la potestad sancionatoria de la Administración en el régimen disciplinario y los derechos fundamentales a la tutela judicial y a la presunción de inocencia. Tendencia confirmada en la Sentencia de 23 de abril de 1986 al indicar que «la ejecutividad de los actos de la Administración no es contraria a los citados derechos fundamentales»... «por estar abierto el control judicial por la vía incidental —pieza separada— con ocasión de la impugnación del acto, control que garantiza la valoración de los intereses comprometidos *por la suspensión o ejecutividad del acto*, intereses que son, junto a los de las partes en litigio, los generales y los de terceros...» (quinto fundamento de Derecho).

La corrección de la línea jurisprudencial anterior es patente y se centra en los siguientes aspectos:

1.º Cualquier reducción o eliminación de la potestad de autotutela deberá hacerla el legislador y no el Juez, pues por la Ley se ha otor-

gado a la Administración (cuarto fundamento de Derecho de la Sentencia de 7 de abril de 1985).

2.º Se excluye a los funcionarios de la vía de protección de derechos fundamentales regulada en la Ley de 26 de diciembre de 1978 en lo referente a los litigios con la Administración basados en la relación estatutaria y especial que les une a ella.

3.º La protección de los derechos fundamentales de tutela efectiva de Jueces y Tribunales y de presunción de inocencia se garantiza a los funcionarios por el recurso contencioso-administrativo ordinario en el que se podrá solicitar la *suspensión de la ejecutividad* de la sanción disciplinaria definitiva (firme, en terminología incorrecta del régimen disciplinario), al amparo del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Sin embargo, hay que rechazar en el control jurisdiccional de las sanciones disciplinarias la regla clásica de la jurisprudencia contencioso-administrativa que justifica la no suspensión en la posibilidad general de compensación por vía indemnizatoria, manteniendo la ejecutividad del acto administrativo sancionatorio cuando existe recurso jurisdiccional pendiente «porque en esta clase de sanciones pueden producirse perjuicios de imposible reparación, como sería en este caso, la de los derechos —se refiere a la privación— y prerrogativas anejas a la condición de funcionario público durante el tiempo de la suspensión» (de sus funciones) (Sentencia de 10 de diciembre de 1986, segundo considerando).

Y es que *lo que se protege con el artículo 24.1 de la Constitución no es sólo el acceso al proceso judicial sino además que la sentencia que se obtenga, si es favorable, puede servir a sus pretensiones, y esta garantía puede desaparecer si «la Sentencia que anulase la sanción se produjera una vez cumplida ésta en su totalidad o en parte, con la imposibilidad de total reintegración a la situación jurídica que disfrutaba el funcionario y de la que se vio privado, sin real y verdadera compensación ulterior, lo que constituye a aquél en indefensión»* (ibídem).

Recoge esta Sentencia el derecho a la «tutela cautelar» que significa el deber que tiene tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial) como expresa el Auto de 20 de diciembre de 1990 (Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ponente: Excmo. señor don Francisco González Navarro, segundo fundamento de Derecho). La posición jurisprudencial que el Auto referido confirma y resume es que debe aplicarse la suspensión de la ejecutividad del acto cuando conlleve perjuicios graves para los recurrentes sin que haya constancia de perjuicios para el interés público ni para terceros, ampliando los estrechos límites del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en nuestra

Constitución (art. 24). *El derecho a la tutela cautelar es hoy un principio general del derecho comunitario* recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de julio de 1990 y cuyo contenido es que *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*. Derecho a la tutela cautelar que aparecía contenido y latente en nuestro ordenamiento hasta que nuestra jurisprudencia conectó el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con el 116 de la Ley de Procedimiento y ambos con el artículo 72 de esta última, donde aparece el fin de las medidas cautelares que no es otro que «asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer». La tutela cautelar aparece recogida en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para el importante Auto que se resume «el derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una *apariencia* de buen derecho se hace entonces manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos» (segundo fundamento de Derecho)... «y que mientras no haya Sentencia firme no puede decirse que se haya otorgado tutela judicial efectiva y, por tanto, subsiste el derecho a una tutela cautelar...».

Como añade la Sentencia de 20 de marzo de 1990 (Sala Tercera del Tribunal Supremo):

«... es la Administración la que corre el riesgo de la ejecución de un acto que no es firme, de suerte que el administrado no deberá sufrir perjuicio alguno por consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal».

La suspensión o no de la ejecutividad del acto administrativo requerirá, como señala CHINCHILLA MARTÍN, la búsqueda de un difícil equilibrio entre el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y el interés público ⁴.

4.º La firmeza de una sanción disciplinaria tras la Constitución sólo puede producirse por Sentencia firme (arts. 118 y 80 del Código Penal) o por el transcurso de los plazos para recurrir. Es por ello cuestionable la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 y nulo de pleno derecho al artículo 23 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado de 11 de abril de 1986 por conculcar los artículos 24, 106.1, 117 y 118 de la Constitución y el artículo 80 del Código Penal.

⁴ C. CHINCHILLA MARTÍN: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, p. 117.

5.º Quedan disponibles en la Administración la plenitud de las potestades sancionatorias en el ámbito disciplinario, incluida la suspensión provisional «compatible con el derecho de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, cuando esa medida cautelar se decida en resolución fundada en Derecho...» (Sentencia de 9 de mayo de 1986) «... y no resulte desproporcionada o irrazonable...» (Sentencia de 24 de noviembre de 1986).

La segunda tendencia jurisprudencial citada (Sala Tercera), reconoce como principio fundamental del Derecho público el privilegio administrativo de la autotutela (Sentencia de 10 de diciembre de 1986, primer fundamento de Derecho) y declara que la Administración no puede ser privada de su potestad sancionadora aunque «esa potestad no puede imponerse antes de que intervenga el órgano judicial encargado de fiscalizarla» (*ibidem*) porque:

«... nos hallamos ante un aspecto del Derecho administrativo en el que éste toma muchos privilegios del Derecho penal —del que el Derecho sancionador es una manifestación— entre los que aparece como fundamental el de presunción de inocencia —art. 24 de la Constitución— que quedaría inobservado si se ejecutara la sanción antes de que el Tribunal de Derecho la confirmara» (*ibidem*, cuarto fundamento de Derecho).

Si se ejecutara una sanción disciplinaria sin haber ganado firmeza, «se daría el contrasentido de que la Sentencia que anulara el acto no podría ejecutarse si se hubiera interpuesto contra ella un recurso jurisdiccional, y en cambio 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 *conducir al absurdo* debe ser rechazada» (*ibidem*).

6.º El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución no incluye los puestos de la función pública profesional, pues aquél se refiere exclusivamente a los cargos públicos de carácter político como indican el Tribunal Constitucional en Sentencia de 20 de febrero de 1984 y el Tribunal Supremo en las de 29 de mayo de 1985 y 24 de noviembre de 1986.

4. EL FORMALISMO PROCESAL PENAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN LA APRECIACION DE LA DESOBEDIENCIA Y SUS RESULTADOS PRACTICOS EN LA FUNCION PUBLICA: EL DESLIZAMIENTO HACIA EL SPOIL'S SYSTEM

La teoría del delito y de las penas no sólo ha influido en la legislación sancionadora administrativa en general, también en la jurisdicción contencioso-administrativa que la aplica ha debido adoptar plenamente la más depurada técnica procesal penal en el control jurisdiccional de los actos administrativos sancionatorios en general y de los que se refieren a los funcionarios en especial.

La jurisprudencia penal ha establecido una serie de requisitos formales para que una orden o mandato de la autoridad, al ser incumplida, dé origen al delito de desobediencia. A tal efecto la Sentencia penal del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1915 indica lo siguiente:

«La existencia de una orden o mandato *directo, expreso y terminante dictado* por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones constituye la base y *requisito esencial e indispensable* para que pueda ser cometido el delito de desobediencia...».

El concepto de desobediencia jerárquica lo perfila la jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencia de 26 de diciembre de 1930), señalando que se trata de una oposición terminante a las órdenes del superior, aunque no es necesario que sea expresa sino simplemente deducible de una conducta determinada..., o la de 17 de abril de 1931 al matizar que la desobediencia supone actos de contradicción manifiesta o una actitud pasiva y reiterada que implique la voluntad de colocarse en obstinada oposición a la autoridad de la que emane la orden..., y que exista constancia de tal conducta y que no haya causa que la justifique (Sentencia de 27 de noviembre de 1934).

La competencia de la autoridad y la formalidad de su mandato como presupuestos necesarios para el delito/falta disciplinaria de desobediencia parecen contenidos en ambas jurisdicciones, la contencioso administrativa en Sentencia de 12 de enero de 1956 requiere para ello «un mandato *claro, expreso y terminante*, emanado de una autoridad competente y con fuerza de obligar, un requerimiento revestido de las formalidades legales a la persona que debe cumplirlo y una obstinada oposición por parte del requerido a hacer lo que se le ordenó, por el que tiene facultades para ello...», y como añade la Sentencia penal de 31 de octubre de 1974, «que la autoridad, al *dictar* la orden desobedecida obre dentro del círculo de las atribuciones que la Ley le confiere...».

La orden desobedecida, por tanto, debe estar dotada de unas determinadas formalidades que aseguren su conocimiento directo y cierto por el subordinado, *ha de ser escrita* como se desprende de la Sentencia contencioso-administrativa de 10 de abril de 1967 que anula una sanción disciplinaria por desobediencia porque:

«... no consta la orden municipal que por escrito le ordenara, *con notificación adecuada* la entrega de las llaves, sino que la corporación acudió a procedimientos indirectos y confusos...» (doctrina que confirma la Sentencia de 8 de febrero de 1966).

En la jurisprudencia penal más reciente se acentúa la tendencia formalista en el ejercicio legítimo de la potestad de mando por parte de la autoridad como se observa en la Sentencia de 1 de junio de 1981 al exigir que «la orden o *mandato sea expreso, terminante y claro* por imponer al particular una conducta activa o pasiva indeclinable o de estricto cumplimiento que ha de acatar sin disculpas...», y añade que:

«... la misma (orden) se haga conocer a éste por medio de *requerimiento formal, personal y directo*» (primer considerando).

De ello se deriva que el «acto de autoridad» en el ámbito penal y administrativo es el prototipo de acto coactivo, y por sus consecuencias tajantes en la esfera jurídica del destinatario (particular o funcionario) no puede ser entendido en forma tácita o presunta, ni ser indeterminado en el tiempo, ni interpretado más que literalmente, de otra forma se rompería la rotundidad de su estricto cumplimiento; también ha de ser notificado formalmente al interesado y no por las vías indirectas a que alude la Ley de Procedimiento Administrativo, para asegurar el conocimiento de su contenido de manera personal y directa (los mismos requisitos establecen las Sentencias penales de 28 de febrero de 1983 y 23 de enero de 1987).

La más reciente jurisprudencia contencioso-administrativa (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de mayo de 1991) exige para apreciar la falta de desobediencia a los superiores que haya constancia del momento y modo en que se produce, sin que valga como evidencia de esa infracción la mera conciencia de su existencia sin concretarla en datos probados.

La consecuencia, en el ámbito de la función pública, de este formalismo procesal en la apreciación y sanción de la desobediencia que exige una rígida relación escrita entre el superior y el subordinado, junto a la judicialización de la potestad disciplinaria a partir de la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de 1978, es la disociación entre la potestad de mando y la potestad disciplinaria, im-

pidiendo al superior jerárquico incidir de forma inmediata en los derechos y facultades del inferior que desobedece.

Se produce por ello un debilitamiento de la protección jurídica del principio de jerarquía en la organización administrativa, que tiende de manera casi automática a subsanarse para evitar la dislocación del aparato burocrático reforzando la posición del superior jerárquico a través del aumento continuado de los puestos de trabajo públicos a los que se accede por libre designación o contrato laboral como advierte MORELL OCAÑA⁵ para soslayar las garantías jurisdiccionales más estrictas de que gozan los funcionarios de carrera, subjetivando los vínculos jerárquicos al fundarlos en relaciones de confianza personal.

Si este peligroso deslizamiento hacia el *spoils system* se acentúa, se puede desandar el largo y penoso camino iniciado en la objetivación y sometimiento al principio de legalidad de la función pública española por el Estatuto de Bravo Murillo de 1852, retornando a un anacrónico sistema de cesantías con el consiguiente deterioro de la profesionalización del funcionario y haciendo más difícil que la Administración Pública española cumpla con objetividad y eficacia los fines que le asigna el artículo 103.1 de nuestra Constitución.

⁵ Luis MORELL OCAÑA: *Derecho de la organización administrativa*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 96.

