

Una aproximación al principio de jerarquía en las instituciones penitenciarias y en las fuerzas y cuerpos de seguridad

SUMARIO: I. INTRODUCCION Y PUNTO DE PARTIDA. II. JERARQUIA Y DEBER DE OBEDIENCIA EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS: 1. Preliminares. 2. La exclusión del deber de obediencia de los internos o reclusos. Sucinta referencia al mismo. 3. La jerarquía y la obediencia jerárquica en el ámbito penitenciario: los funcionarios de prisiones. III. LA JERARQUIA Y LA OBEDIENCIA JERARQUICA EN EL SENO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. 1. Preliminares. 2. El deber de los funcionarios de policía de sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. Aspectos generales. 2.1. Planteamiento: el artículo 5.1.d) LOFCS. 2.2. ¿Hay alguna diferencia sustantiva entre jerarquía y subordinación? 2.3. Jerarquía y servicio permanente. 3. ¿A quiénes deben obediencia jerárquica los integrantes de las unidades de Policía Judicial? 4. Las consecuencias jurídicas de la infracción del principio de jerarquía. 4.1. Las consecuencias disciplinarias: la diversidad de soluciones según el Cuerpo de Policía de que se trate. A) En el Cuerpo Nacional de Policía. B) Tres ejemplos extraídos de la legislación autonómica sobre fuerzas de policía. a) La normativa sobre la policía del País Vasco. b) La legislación catalana sobre policías locales. c) La Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía Navarra. C) Las consecuencias de la desobediencia jerárquica en la Guardia Civil. 4.2. La obediencia debida en el artículo 5.1.d) LOFCS. La aplicación de los criterios del Derecho penal. 4.3. La compatibilidad entre sanciones penales y disciplinarias. La paradoja de la Guardia Civil. 5. Un ejemplo de la incidencia del principio de jerarquía sobre la relación de servicio.

I. INTRODUCCION Y PUNTO DE PARTIDA

Ninguna duda cabe de que el principio de jerarquía desempeña un papel muy importante en el ámbito de la función pública y de la organización administrativa en general ¹. Se trata de un principio de gran

¹ Es conocido que fue Max WEBER quien, al formular la teoría clásica de la organización burocrática, puso especial énfasis en la regla de la jerarquía que, en el conjunto weberiano de

calado, que ha encontrado incluso recepción constitucional², y cuya operatividad se manifiesta de diferentes formas y maneras; piénsese, por ejemplo, en las circulares o instrucciones internas, o en las facultades de dirección del servicio que las normas reconocen a determinados órganos situados en los escalones más altos de la estructura organizativa de la Administración³, o, sobre todo, en su exacto correlato y reverso: el deber de obediencia jerárquica⁴, deber cuya importancia se aprecia fácilmente si se repara en que la obediencia a las órdenes del superior constituye un elemento esencial en la articulación interna de la organización burocrática, indispensable, suele decirse, para el buen funcionamiento de la misma y, por supuesto, objeto de importantes correctivos disciplinarios.

No obstante, conviene resaltar que el de jerarquía no ha de ser entendido como un principio cuyos rigores aplicativos hay que mantener a ultranza y a toda costa; la experiencia demuestra que las más exigentes formulaciones teóricas acaban generalmente chocando con la dinámica real de las cosas⁵. Pero además, y junto a ello, que en suma

los rasgos distintivos del tipo de dominación legal ejercida mediante un cuadro administrativo burocrático, ocupa un lugar esencial. *Vid. Economía y sociedad*, pp. 176-177 de la cuarta reimpresión de la segunda edición en español, sobre la edición alemana de J. Winckelmann, México, FCE, 1964. Entre nosotros, ha prestado especial atención a la construcción weberiana A. NIETO: *La burocracia. El pensamiento burocrático*, Madrid, IEA, 1976, pp. 482 y ss. Por otra parte, la singular entidad del principio de jerarquía en el interior de la Administración había sido ya destacada, desde el punto de vista jurídico, con anterioridad; *vid.*, por ejemplo, OTTO MAYER: *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1982, vol. IV, pp. 65 y ss.

² Como se sabe, el artículo 103.1 de la Constitución se hace eco del de jerarquía al enumerar los principios de acuerdo con los que la Administración actúa, eco que, por cierto, no dejó de ser criticado en su día por L. Martín-Retortillo en su condición de senador constituyente: «¿Por qué insistir otra vez, dijo en la Comisión Constitucional del Senado L. Martín-Retortillo, como un aspecto primordial de la Administración Pública, en el concepto de jerarquía, como si quisiéramos traer aquí, a la Constitución, lo que dispone el artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado o lo que dispone el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado? ¿Es un principio tan decisivo para caracterizar a la Administración Pública? Sin duda no». *Vid. sus Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal, 1984, p. 248, para la intervención de L. Martín-Retortillo en la Comisión Constitucional del Senado, y pp. 246-247 para las reflexiones actuales del autor sobre la recepción constitucional del principio de jerarquía.

³ Una exposición reciente de los diversos contenidos de la relación de jerarquía en M. S. GIANNINI: *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, MAP, 1991 (trad. L. Ortega de la 2.ª ed. italiana de 1988), pp. 296-297.

⁴ Téngase en cuenta que el deber de obediencia no existe sólo en el ámbito de la función pública; piénsese en el de la obediencia del trabajador a las órdenes del empresario en el marco de las relaciones laborales [arts. 5.c) y 54.b) ET], si bien es éste un deber de contornos dogmáticos distintos en la medida en que no hay jerarquía en sentido propio. Se trata de un deber jurídico de obediencia no jerárquica que junto a ésta y la familiar integra el tríptico tradicional de las clases de obediencia, según recuerda la STS de 22 de abril de 1983 (Ar. 2300).

⁵ Es muy reveladora en este sentido la aproximación de NIETO: *op. cit.*, pp. 537-539, que concluye con las siguientes palabras: «el análisis empírico descubre el cuarteamiento del principio jerárquico tradicional y las contradicciones internas que lleva en su seno: *la jerarquía es esencial en una organización burocrática, pero su mantenimiento riguroso resulta funcionalmente contraproducente. Dicho en otras palabras: para que una organización funcione óptimamente es preciso relajar la jerarquía, que originariamente se consideraba indispensable para su buen funcionamiento*», cursivas en el original. Desde otro punto de vista, pero aludiendo también a los problemas

remite a la sociología de la burocracia, se habla hoy de un cierto cuarteamiento del principio de jerarquía al menos en lo que se refiere a algunas de sus tradicionales manifestaciones, que están siendo puestas en cuestión a consecuencia de la eclosión de otros principios organizativos y de otras formas de entender las relaciones interorgánicas⁶. Todo ello demuestra que la jerarquía no es una regla absoluta que haya que defender numantamente o con una resistencia comparable a la que opuso María Goretti a la conservación de su virtud; el signo de los tiempos deja también su impronta en este punto y aconseja revisar seriamente los esquemas tradicionales, útiles quizá en otras épocas pero posiblemente en parte desfasados en la presente.

En este orden de consideraciones, interesa destacar que el principio de jerarquía, sin menoscabo de la importancia que el mismo tiene y conserva, carece en el fondo de valor intrínseco o independiente de otros de mayor entidad. Que sigue siendo un principio relevante está fuera de duda; basta con recordar su inserción en el elenco normativo de los deberes de los funcionarios o las importantes consecuencias disciplinarias que acarrea su infracción⁷. Ahora bien, tan marcado relieve no debe ser fruto la sublimación del principio de jerarquía sino, más exactamente, el resultado de una apreciación objetiva de la importancia de la jerarquía y de la obediencia jerárquica para la óptima consecución de los fines de la organización. Este es el criterio que debe regir en la materia y desde el que han de enjuiciarse las manifestaciones y aplicaciones del principio de jerarquía. Lo que quiere decir, en

que pueden provocar los rigores del principio de jerarquía, ha afirmado García-Pelayo que «la debida sumisión a la autoridad superior, que constituye otro de los supuestos para la funcionalidad del sistema, puede conducir a la evasión de responsabilidad por parte del funcionario o a obstaculizar la acción de los niveles superiores haciéndoles perder su tiempo en las respuestas a consultas anodinas formuladas por los niveles inferiores al solo fin de evitar los posibles reproches o sanciones de la superioridad, con lo cual la funcionalidad se transforma una vez más en disfuncionalidad»; GARCÍA-PELAYO: *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1982 (2.ª ed.), p. 18.

⁶ Vid., por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Ceura, 1988, p. 943.

⁷ Recuérdese el tenor literal del artículo 79 LFCE de 1964, que en su primera proposición dice: «los funcionarios deben respeto y obediencia a la autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con exacta disciplina». Ciertamente, el lenguaje de que hace uso el citado precepto puede resultar en la actualidad un poco chocante, pero el artículo 79 LFCE refleja muy vivamente el alcance institucional que el principio de jerarquía tiene en el seno de la función pública. Alcance que, dejando al margen la hipótesis de la tipificación penal del delito de desobediencia de los funcionarios, queda también de manifiesto en el artículo 7.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986, donde se tipifica como falta grave, y es la primera de un amplio elenco, «la falta de obediencia debida a los superiores o autoridades». La perspectiva disciplinaria de la jerarquía es uno de los corolarios lógicos de su propio concepto en la medida en que si la jerarquía comporta algo es un deber de obediencia, deber que no es ciertamente absoluto que admite excepciones, pero que, a la vez, impone de modo necesario la consecuencia disciplinaria en caso de su incumplimiento si se pretende hacerlo efectivo; cfr. VIVANCOS COMES: «Jerarquía administrativa», *NEJ*, Barcelona, Seix, tomo XIII, p. 710.

última instancia, que si bien dicho principio ni puede ni debe desaparecer, su operatividad cotidiana y su propia entidad institucional han de contemplarse a la luz de las finalidades de la organización y ponerse a su servicio. De ahí deriva que la jerarquía no pueda erigirse en regla de valor autónomo, sino todo lo contrario: en valor funcional o instrumental, lo que tiene importantes consecuencias en orden a la justificación que en la jerarquía pretenda encontrarse para la limitación de algunos derechos fundamentales a determinados colectivos de funcionarios públicos ⁸.

Es éste el criterio último que preside la presente contribución al estudio del principio de jerarquía. Los ámbitos a analizar son bien precisos: las instituciones penitenciarias y las fuerzas de seguridad. Se trata de dos sectores funcionariales bastante destacados desde el punto de vista de la índole de los cometidos que tienen encomendados. De ahí que sea factible que en uno y otro el principio de jerarquía y su cohorte de consecuencias puedan alcanzar una intensidad especial. Y eso es lo que se intenta averiguar. Adviértase ya de antemano que aun cuando en alguno de los dos casos estudiados esté justificada, en virtud de la índole del servicio, una mayor intensidad de la regla de la jerarquía, no por eso hay que admitir necesariamente todas las resultas que en principio parecen desprenderse de semejante circunstancia. Es preciso ponderar equilibradamente los diversos elementos que pueden entrar en pugna y resolver en consecuencia.

II. JERARQUIA Y DEBER DE OBEDIENCIA EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. PRELIMINARES

El estudio del régimen jurídico-penitenciario no ha sido nunca ajeno al Derecho administrativo. Ya POSADA DE HERRERA y COLMEIRO, entre otros clásicos, dedicaron al tema no pocas páginas en sus respectivas y bien conocidas obras, páginas que revelan indudablemente la existencia de una cierta preocupación en los fundadores del moderno

⁸ Comentando la STC 81/1983, de 10 de octubre, a la que se aludirá en el epígrafe final del presente trabajo, ha estimado TRAYTER JIMÉNEZ (*Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons-Generalitat de Catalunya, 1992-251) que en nuestro ordenamiento se admite la limitación del ejercicio de ciertos derechos a los funcionarios de policía, pues a no otro ámbito funcional se refiere la Sentencia 81/1983, «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». Como veremos en su momento, la dificultad aplicativa de ese criterio, que me parece razonable, estriba en que no siempre las consecuencias disciplinarias derivadas de la infracción del principio de jerarquía y que afectan al ejercicio de los derechos y libertades pueden reconducirse a un entorpecimiento del eficaz funcionamiento del servicio.

Derecho administrativo por una temática en la que, no obstante, confluyen perspectivas diversas⁹. Sin embargo, se observa que con posterioridad ha existido un importante vacío doctrinal: los cultivadores de aquella disciplina han dejado de la mano el análisis del ordenamiento penitenciario y sólo en fechas recientes se percibe un cierto resurgimiento, siendo varios los especialistas en Derecho administrativo que han publicado estudios relativos a la cuestión; los nombres de MONTORO PUERTO, SOSA WAGNER, CANO MATA, LÓPEZ RAMÓN o GONZÁLEZ NAVARRO son de cita obligada en este punto¹⁰.

No se pretende aquí contribuir a la cobertura de un vacío doctrinal todavía importante; los objetivos del presente trabajo son muy limitados y el régimen jurídico-administrativo de lo penitenciario si algo requiere es de un tratamiento de conjunto dada la entidad y enjundia de los aspectos a abordar. De hecho, y sin utilizar la expresión en el sentido técnico que propiamente le corresponde, parece indudable que, como han recordado GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, existe un servicio público penitenciario en la medida en que «las penas de prisión necesitan de servicios adecuados, es decir, exigen cárceles donde puedan desarrollarse, y es a la Administración a quien compete dotar a la justicia de dicha instalación»¹¹. Es evidente, entonces, la amplitud con que el Derecho administrativo interviene en el régimen jurídico de las prisiones y en la disciplina de las relaciones que en el interior de las mismas se desarrollan.

Efectivamente, y sin perjuicio de la competencia jurisdiccional para hacer ejecutar lo juzgado en los procesos penales, competencia hoy revalorizada merced a la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria¹²,

⁹ Vid. POSADA DE HERRERA: *Lecciones de Administración*, Madrid, INAP, 1978, tomo II, pp. 15 y ss.; COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, Madrid, 1865 (3.ª ed.), tomo I, pp. 364 y ss. Los citados no son los únicos clásicos que escriben sobre el tema; así, hay que mencionar también a DOU Y BASSOLS, SANTAMARIA DE PAREDES y A. POSADA. Ya en el siglo XX, la manualística del Derecho administrativo se olvida del ordenamiento penitenciario, a excepción de GÜENECHEA, GUAITA y GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS.

¹⁰ MONTORO PUERTO: *Aspectos administrativos y judiciales de la libertad condicional*, Madrid, ENAP, 1973; SOSA WAGNER: «Administración penitenciaria», *RAP*, 80, 1976, pp. 83 y ss.; CANO MATA: «Derecho administrativo penitenciario: protección al recluso», *RAP*, 76, 1975, pp. 31 y ss.; del mismo: «La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de Vigilancia», *RAP*, 95, 1981, pp. 155 y ss.; LÓPEZ RAMÓN: «Acerca de las "especiales" relaciones de sujeción a que está sometido el recluso», *REDA*, 14, 1977, pp. 496 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO: «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», en los *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. II, pp. 1053 y ss. González Navarro cita también un estudio inédito de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: *La Administración penitenciaria: un área singular en las relaciones entre Administración pública y Poder Judicial*, comunicación presentada a las Primeras Jornadas Penitenciarias de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, febrero de 1985.

¹¹ Cit. por Sosa Wagner en el estudio recogido en la nota precedente, 86.

¹² Introducida en nuestro país por la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y expresamente mencionada en los artículos 94 y 95 LOPJ. Respecto del papel del Juez de Vigilancia en orden al cumplimiento del postulado constitucional que declara la competencia judicial para hacer ejecutar lo juzgado ha afirmado CANO MATA que «consecuentemente con tal principio, dic-

corresponde a la Administración la dotación de los medios materiales y personales que hagan posible la ejecución de las penas privativas de libertad o permitan que el procesado esté a disposición del órgano jurisdiccional a quien corresponda el enjuiciamiento. Llamar a todo ello servicio público penitenciario no parece muy adecuado si se consideran los perfiles técnico-jurídicos que hoy tiene la noción clave del pensamiento de la Escuela de Burdeos¹³, pero es notorio que hay una importante ordenación jurídico-administrativa de medios y personas puesta a disposición del cumplimiento de las sentencias penales y del propio ejercicio de la función jurisdiccional en su vertiente penal. Su estudio, como se ha dicho, requiere aproximaciones monográficas cuya urgente elaboración debe ser demandada, habida cuenta, sobre todo, de la promulgación de muy importantes normas posconstitucionales que regulan y racionalizan una materia tan significativa desde tantos puntos de vista.

Estas páginas se limitan a un único aspecto del ordenamiento jurídico-administrativo penitenciario: al que se refiere a la jerarquía y al deber de obediencia; tema que, habida cuenta la dualidad de sujetos que están inmersos en el entorno penitenciario, requiere previamente deslindar el alcance subjetivo del principio de jerarquía y del deber de obediencia a fin de evitar equívocos o malentendidos.

2. LA EXCLUSIÓN DEL DEBER DE OBEDIENCIA DE LOS INTERNOS O RECLUSOS. SUCINTA REFERENCIA AL MISMO

En efecto, en el interior de los establecimientos penitenciarios existe una diferencia subjetiva tan notoria como consustancial a aquél. La que media entre reclusos y funcionarios de prisiones. Ambos están insertos en una estructura organizativa regulada por normas jurídico-administrativas, pero se comprende fácilmente que la cualidad en virtud de la cual dicha inserción se produce en un caso y otro es radicalmente distinta.

tada la sentencia, a través de la cual se priva a una persona de libertad, la misión del Juez Instructor hace mucho que terminó y la del Tribunal sentenciador aparece limitada. El Juez de Vigilancia constituye, pues, la presencia judicial en trámite ejecucional»; *La actividad administrativa penitenciaria*, cit., p. 158. Sobre la figura *vid.*, muy ampliamente, MARTÍN CANIVELL en Cobo del Rosal (dir.) y Bajo Fernández (coord.): *Comentarios a la legislación penal. Tomo IV, vol. 2. Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, EDESA, 1986, pp. 1089 y ss.; también, GONZÁLEZ NAVARRO: *op. cit.*, pp. 1109 y ss.; entre la manualística, PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 450-452; LORCA NAVARRETE: *Derecho procesal penal*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 373 y ss.

¹³ *Vid.* por todos, MARTÍN REBOLLO: «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, 100-102, vol. III, 1983, pp. 2471 y ss.

Y bajo ningún concepto cabe considerar que los internos o reclusos están sometidos a un deber de obediencia jerárquica respecto de la Administración penitenciaria y sus agentes. Hay, ciertamente, una obligación de obedecer, pero falta la imbricación orgánica en la que la jerarquía encuentra su sentido y alcance para el Derecho administrativo. Se trata de un deber de obediencia que puede añadirse al tríptico tradicionalmente considerado¹⁴, deber de contenido jurídico y, por lo mismo, jurídicamente exigible, pero ajeno a la idea de jerarquía administrativa, que es la que aquí interesa. Ahora bien, dicho deber tiene no obstante algunos puntos en común con el de obediencia jerárquica en sentido propio, por lo que, supuesta la radical diferencia indicada, quizá no esté de más hacer alguna referencia al mismo.

Al igual que la obediencia jerárquica, la obediencia, llamémosle, penitenciaria se explica y justifica en las exigencias del servicio y en las finalidades que persigue la organización. Así se desprende claramente que las diversas menciones que al particular dedican la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) y el RD 1201/1981, de 8 de marzo, modificado por el RD 787/1984, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP), cuyas previsiones giran en torno a los fines que cumplen los establecimientos penitenciarios y que aparecen así determinados en el artículo 1 LOGP:

«Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.»

Es este objetivo primordial el que va a justificar que los internos en los establecimientos penitenciarios estén sometidos a una relación de sujeción especial. Sin entrar en si tan arraigado concepto tiene en la actualidad el sentido y alcance que tradicionalmente le ha correspondido ni en la más que discutible ampliación que del mismo ha llevado a cabo la reciente jurisprudencia aplicándolo a supuestos insospechados¹⁵, lo cier-

¹⁴ Véase la Sentencia de 22 de abril de 1983 citada más atrás en nota 4.

¹⁵ El problema de las relaciones de sujeción especial está cobrando hoy máxima importancia y es objeto de interesantes revisiones doctrinales; véase, como botón de muestra, JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: *Derecho público del mercado de valores*, Madrid, Ceura, 1989, pp. 129 y ss.; del mismo: «Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 1988, vol. 2, pp. 989 y ss., donde el autor anticipa parte de lo que luego desarrolla en el primero de los trabajos citados. Asimismo, es imprescindible la cita de la reciente monografía de GARCÍA MACHO: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1992, autor que, por lo demás, lleva ya tiempo ocupándose seriamente de la cuestión. Un llamativo ejemplo de la ampliación del concepto de relaciones de sujeción especial se encuentra en el ATC de 13 de octubre de 1987, comentado por L. MARTÍN-RETORTILLO: «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», *RAP*, 126, 1991, pp. 133 y ss. Este auto ejemplifica palmariamente la confusión entre sujeción especial y

to es que los reclusos se insertan en una de las más caracterizadas relaciones de sujeción especial ¹⁶.

Empero, nada de ello autoriza a afirmar que en este punto el ordenamiento constitucional no ha introducido importantes modificaciones sobre la realidad jurídica precedente. Así, hoy es insostenible pretender que en el ámbito penitenciario, como en el de las relaciones de sujeción especial en bloque, puedan regir, sin más, los reglamentos independientes ¹⁷ dado que en el mismo no desaparece bajo ningún concepto el principio de reserva de Ley, por lo demás muy cualificado cuando de los derechos fundamentales y libertades públicas se trata ¹⁸; tampoco son de recibo soluciones jurisprudenciales como las denunciadas en su día por LÓPEZ RAMÓN ¹⁹; además, los derechos fundamentales de los internos no pueden ser objeto de restricciones arbitra-

cualquier relación particularizada entre Administración y ciudadano, denunciada justamente por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Cívitas, 1991 (3.ª ed.), p. 21. No obstante, hay que decir que también existe una jurisprudencia más matizada que rechaza la «extensión prudente analógica», son palabras del ATC citado, de la categoría de las relaciones de sujeción especial a supuestos como los que el Auto contempla; referencias en la obra de GARCÍA MACHO que se acaba de citar, pp. 167 y 249.

¹⁶ Puesto que desde la elaboración dogmática de la categoría por Otto Mayer si algo no se debate es que, junto a funcionarios y soldados, los presos integran el conjunto de ciudadanos que se insertan en aquella; sobre este punto no hay discusión aunque sí la haya habido sobre qué otras situaciones jurídicas responden a una relación de sujeción especial. Cfr. GALLEGO ANABITARTE: «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *RAP*, 34, 1961, y luego en A. NIETO: *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, INAP, 1986, pp. 413 y ss., que es por donde se ha manejado; para lo que se indica en la presente nota, *vid.* de modo especial pp. 416-429. Referencias específicas en los citados trabajos de SOSA WAGNER, pp. 100 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, en su totalidad, y GONZÁLEZ NAVARRO, pp. 1088-1089.

¹⁷ Como ocurría antes de la Constitución, según ha puesto de manifiesto SOSA WAGNER: *op. cit.*, pp. 89-90. Rechazando que en el ámbito de las relaciones de sujeción especial —y cita la penitenciaria— quepan hoy reglamentos independientes, BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Cívitas-Universidad Complutense, 1991, pp. 206 y ss. Como es natural, que en las relaciones de sujeción especial no sean admisibles, sin más, los reglamentos independientes no debe conducir a rechazar la existencia misma de esta figura pues, en virtud del juego de las reservas materiales y formales de ley, es factible que constitucionalmente pueda quedar un espacio libre al ejercicio de la potestad reglamentaria independiente; la cuestión, en suma, remite a la identificación de dicho ámbito que, realmente, parece muy pequeño. Además de la obra de Baño León que se acaba de citar, *vid.* BARCELONA LLOP: «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)», en los *Estudios García de Enterría*, cit., vol. III, pp. 2430-2432, y la bibliografía allí recogida, especialmente el trabajo de Fernández Farreres.

¹⁸ A este respecto, es de recordar que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido, en Sentencia de 14 de marzo de 1972, que los derechos fundamentales de los presos sólo pueden restringirse sobre la base de una ley, doctrina que, si bien no ha conducido a la desaparición de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario, sí que ha dado lugar al mejoramiento de las garantías jurídicas de los internos; cfr. GARCÍA MACHO: «En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción», *REDA*, 64, 1989, p. 525, y más ampliamente en *Las relaciones de especial sujeción*, cit., pp. 82 y ss.

¹⁹ *Op. cit.* Concretamente, el autor analiza la STS de 26 de marzo de 1977 confirmatoria de la sanción impuesta a un recluso de la prisión de Ocaña, habiendo mediado importantes infracciones en el procedimiento sancionador y el desconocimiento del derecho de petición del recluso.

rias y artificiosamente basadas en la inserción de aquellos en una relación de sujeción especial. Pero, contando con todo eso, dicha relación no desaparece puesto que no lo hará hasta que el concepto genérico mismo lo haga, dado que, como se ha indicado, se trata de una de las relaciones especiales más características y respecto de la que siempre ha existido un notable consenso una vez que la noción de sujeción especial ha sido admitida. De hecho, el propio TC ha acudido a ella para justificar la flexibilización del principio de legalidad sancionadora en el ámbito penitenciario en una conocida Sentencia resolutoria del recurso de amparo interpuesto por un recluso de la prisión de Basauri sancionado con treinta y tres días de aislamiento en celda²⁰, o para razonar acerca de si la Administración penitenciaria debe asistir médicamente a los reclusos miembros de una banda armada en huelga de hambre reivindicativa²¹. No parece, pues, que por el momento vayan a cambiar mucho las cosas en este punto.

En la indicada relación de sujeción especial, la obediencia adquiere una importancia notable dado que se estima imprescindible que una rígida disciplina rija en el interior de las prisiones para la mejor consecución de las finalidades institucionales del *servicio* penitenciario. Estamos ante un deber de naturaleza funcional, como con todo acierto ha destacado POLAINO NAVARRETE²², deber funcional cuyos resortes sancionatorios son notables²³ y que si bien no se explica en relación

²⁰ STC 2/1987, de 21 de enero (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

²¹ STC 129/1990, de 27 de junio, en la que el Pleno del Tribunal, con ponencia de los Magistrados García Mon, Díaz Eimil y Gimeno Sendra, tuvo muy en cuenta la relación de sujeción especial a que se encuentran sometidos los reclusos a la hora de estimar constitucionalmente correcta la imposición, dentro de ciertos de límites, de asistencia médica obligatoria a los presos de la banda armada GRAPO en huelga de hambre reivindicativa. Es de hacer notar que la STC 120/1990 cuenta con dos importantes votos particulares discrepantes en los que se pone en duda el alcance que la mayoría otorga a la relación de sujeción especial en el ámbito penitenciario. Destaca en este sentido el rubricado por el Magistrado Leguina Villa —el otro voto particular es del Magistrado Rodríguez-Piñero— que es quien, por cierto, prologa la magnífica monografía de Cobreros Mendazona dedicada, precisamente, a la problemática jurídica del los tratamientos sanitarios obligatorios y en la que el lector interesado puede encontrar muy amplia información sobre el particular; *vid.* COBREROS MENDAZONA: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, Oñati, HAAE/IVAP, 1988. Volviendo al tema específico de la huelga de hambre, es de destacar que GONZÁLEZ NAVARRO (*op. cit.*, p. 1149) rechaza que la Administración no tenga el deber de impedir la muerte del recluso, incluso violando su libertad y respondiendo extracontractualmente en caso de no hacerlo, no existiendo, dice González Navarro, un derecho a la propia muerte. El autor de estas líneas, por su parte, suscribe íntegramente la modélica argumentación contraria del Magistrado Leguina Villa en su citado voto particular a la STC 120/1990.

²² *Vid.* sus trabajos «Bases jurídicas del régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español» y «El régimen disciplinario del ordenamiento penitenciario español: *ratio legis* y titularidad de ejercicio», ambos en el volumen recopilativo del autor *Estudios penitenciarios*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1988. Una exposición reciente del régimen disciplinario penitenciario también en GONZÁLEZ NAVARRO: *op. cit.*, pp. 1133 y ss.

²³ Los artículos 108.c) y 109.b) RP tipifican como falta muy grave o grave, según que concorra o no manifiesta actitud de rebeldía o insubordinación, la desobediencia de los internos a las órdenes recibidas o la resistencia a su cumplimiento.

jerárquica alguna, tiene en común con la obediencia derivada de la jerarquía el fundamento en la buena marcha del servicio y en el logro adecuado de los fines de la organización. Pero es precisamente la inexistencia de una relación de jerarquía lo que justifica que en el presente lugar se prescindiera de mayores referencias a la cuestión.

3. LA JERARQUÍA Y LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO: LOS FUNCIONARIOS DE PRISIONES

Prescindiendo de los que sirven en establecimientos militares, hay que comenzar poniendo de relieve que, al menos a la vista de los preceptos de la LOGP que seguidamente se van a citar, los funcionarios de prisiones están sujetos a un régimen jurídico que no difiere en nada del propio de la función pública común. El órgano competente en la organización, dirección e inspección de las instituciones penitenciarias es la Dirección General del mismo nombre, encuadrada en el Ministerio de Justicia (art. 79 LOGP), por lo que los funcionarios de prisiones lo son de la Administración Civil del Estado, sin perjuicio de aquellos que dependan de las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia penitenciaria.

Si el punto de partida es la manifiesta inserción de los funcionarios de prisiones en la estructura común de la función pública civil, se deduce de forma inmediata que estamos ante funcionarios de régimen general. Claramente se desprende así del artículo 80 LOGP:

«1. Para el desempeño de las funciones que le están encomendadas la Administración penitenciaria contará con el personal necesario y debidamente cualificado.

2. Los funcionarios penitenciarios tendrán la condición de funcionarios públicos, con los derechos, deberes e incompatibilidades regulados por la legislación general de funcionarios civiles de la Administración del Estado.

En el ejercicio de sus funciones se atenderán al principio de imparcialidad política, de conformidad con las normas constitucionales.

3. La selección y, en su caso, el ascenso de los funcionarios penitenciarios se ajustarán a los mismos procedimientos establecidos en el Estatuto de la función pública.

4. Antes de iniciar su actividad, los funcionarios penitenciarios deberán recibir la formación específica, tanto teórica como práctica, en el centro oficial adecuado que reglamentariamente se determine.»

A la vista del precepto transcrito quizá la exploración debiera concluir aquí, puesto que nada indica que existan peculiaridades habida cuenta de la remisión en bloque al régimen funcional común. El principio de jerarquía, en el ámbito de la función pública penitenciaria, no parece revestir así, singularidad alguna; y como lo que se busca son, precisamente, las singularidades, parece que no queda mucho más que decir sobre este particular.

Ahora bien, tal conclusión puede resultar algo precipitada; es necesario contrastar la remisión genérica que el artículo 80 LOGP realiza a la legislación general sobre funcionarios con otros datos normativos, ya que si bien el precepto carece de desarrollo específico en el RP, no está desconectado de otras regulaciones del máximo interés. Pero antes conviene reparar en el propio artículo 80; como se dice habitualmente, por el hilo se llega al ovillo, y el precepto transcrito tiene alguno del que se puede tirar y a través del cual quizá podamos llegar al ovillo de las singularidades jerárquicas de los funcionarios de prisiones, si es que existen.

Así, es bastante llamativo que el párrafo segundo del artículo 80.2 LOGP disponga expresamente que en el ejercicio de sus funciones los funcionarios de prisiones se atenderán al principio de imparcialidad política, de acuerdo con las normas constitucionales. Una de dos, o es una norma redundante, o tiene un alcance especial. En efecto, si el párrafo primero del artículo 80.2 LOGP remite en bloque a la legislación general de funcionarios y ésta, bebiendo directamente del artículo 103.3 CE, deja bien claro que la imparcialidad política es un principio clave de la actuación funcional, ¿por qué reiterarlo de nuevo en el artículo 80.2 LOGP si ya se entiende comprendido por la indicada remisión global? ¿No será que se quiere insistir especialmente en este deber de imparcialidad? ¿Qué consecuencias pueden derivarse de una eventual respuesta afirmativa?

A este respecto, quizá no sea ocioso indicar que el deber de imparcialidad política conecta con el de fidelidad de los funcionarios a la Constitución, del que no es sino una manifestación o vertiente²⁴. Y es claro que todos los funcionarios públicos están sujetos a dicho deber de fidelidad, pero también lo es que en ciertos casos existe una intensificación o incremento del mismo. Siguiendo en este punto el análisis de EMBID IRUJO, dicho incremento se produce, por ejemplo, en relación con militares, jueces y profesores; en cada caso con perfiles y contenidos propios, pero generando siempre un deber activo de fidelidad a la Constitución que contrasta con el contenido omisivo que di-

²⁴ Cfr. EMBID IRUJO: *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los derechos alemán y español)*, Madrid, INAP, 1987, p. 168, aludiendo al deber de neutralidad política; también, TRAYTER JIMÉNEZ: *op. cit.*, pp. 229 y ss.

cho deber tiene en el común de los casos ²⁵. La intensificación del deber de fidelidad se manifiesta en que éste adquiere, como se acaba de decir, un contenido activo, pero es cierto que, dejando aparte el caso de los funcionarios docentes, aquellos otros obligados a una fidelidad activa están sujetos a un régimen jurídico y estatutario singularizado y distinto en algunos puntos importantes del general.

Pues bien, si la LOGP insiste tan especialmente en la imparcialidad política, ¿es que está intensificando el deber de fidelidad?; ¿se apunta que los funcionarios de prisiones están sujetos en cierta medida a un régimen especial, a pesar de la remisión en bloque al común de la función pública civil?; en caso afirmativo, ¿puede reflejarse de algún modo todo ello en el grado con que opera el principio de jerarquía? Como se aprecia, las dudas están servidas a pesar de la aparente rotundidad del artículo 80 LOGP. Ahora bien, hay que advertir claramente que las sospechas no bastan: si los funcionarios de prisiones están sujetos a un régimen que en algunos puntos, como podría ser en el de la jeraquía, presenta especialidades derivadas de lo funcional, debe establecerse expresamente así, y el precepto en cuestión no lo hace.

Cambiando de tercio y atendiendo a la abundante normativa especial sobre funcionarios de prisiones, pueden traerse a colación algunos apartados de la Instrucción de 13 de abril de 1978, de la Dirección General de Instrucciones Penitenciarias, por la que se dictan las Normas Provisionales para la unificación de criterios en los Centros Penitenciarios, Normas Provisionales de las que se pueden entresacar las siguientes:

1.2. Será exigible absolutamente la uniformidad y pulcritud en los Funcionarios para ejemplo de la población interna y respecto de los compañeros.

1.2.1. Los Funcionarios deberán llevar en todo momento el distintivo que por su puesto de mando les corresponde.

1.2.2. Se observará una amplia flexibilidad en el uso de la gorra, que únicamente será obligatoria en actos oficiales.

²⁵ EMBID IRUJO: *op cit.*, pp. 174 y ss. En este punto, nuestro ordenamiento se separa, razonablemente, del alemán, en el que el deber de fidelidad de los funcionarios a la Constitución se configura en general de forma activa; pero téngase en cuenta que en la Alemania de la segunda posguerra existe un sentimiento muy arraigado, y explicable en razones históricas bien conocidas, en favor de la proscripción de cualquier hostilidad a la Constitución y al orden democrático. Tal es así que incluso se prevé en la Ley Fundamental de Bonn (art. 18) que pueden perderse una serie de derechos, de los que su titular se hace indigno, en caso de ejercicio abusivo de los mismos con la finalidad de combatir el orden liberal democrático (*vid.* STERN: *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, CEC, 1987, trad. J. PÉREZ ROYO y P. CRUZ VILLALÓN, pp. 393 y ss.).

1.2.3. Los Funcionarios del Cuerpo Técnico que carezcan de mando deberán llevar algún distintivo dentro del Establecimiento.

1.2.4. Los Funcionarios podrán usar barba y pelo largo, siempre debidamente aseados y cuidados, procurando no sean excesivamente llamativos, dentro del esquema de la pulcritud a que antes se hacía referencia.

1.2.5. La camisa de verano del uniforme será de manga corta.

1.3. Los Funcionarios serán llamados al servicio media hora antes del toque de diana, incorporándose a sus puestos diez minutos antes de la misma.

1.5. Queda prohibido durante el servicio de los funcionarios el uso de transistores. También estará prohibida la lectura durante el servicio diurno, pudiendo ser permitida esta última durante el servicio nocturno.»

Es claro que algunos aspectos contemplados en las reglas transcritas se explican cabalmente en la índole del servicio que prestan los funcionarios de prisiones: piénsese en los números 1.3 y 1.5. Pero no reflejan peculiaridades estructurales de régimen jurídico. Ahora bien, hay otros de los que quizá no se puede decir lo mismo. Tanta insistencia en la uniformidad, en los signos externos... Ciertamente es que cabe pensar que ello responde simplemente a la necesidad de una pronta y fácil identificación en el interior del establecimiento penitenciario, pero, de nuevo, aflora la duda de si las cosas se detienen ahí o van algo más lejos, de si son cuestiones puras y simplemente formales o engarzan con criterios y reglas de fondo más serios. En todo caso, el régimen actual es menos exigente en este punto que el precedente aun cuando exista todavía una minuciosa reglamentación de los uniformes y distintivos de los funcionarios de prisiones, como se observa fácilmente leyendo la Orden de 30 de agosto de 1982. De momento, pues, nos encontramos ante funcionarios uniformados²⁶. Y aunque sea de modo subliminal, siempre se tiende a identificar los uniformes con una estricta jerarquía. ¿Habría que pensar que hay algo de eso en la función pública penitenciaria? Empero, seguimos sin encontrar referencia normativa alguna que así lo afirme claramente.

Otro dato más se localiza en el artículo 1 del RD 2298/1979, de 20 de julio, en el que se dice que «los funcionarios pertenecientes a los diversos cuerpos al servicio de la Administración penitenciaria tendrán

²⁶ Ocioso es advertir que no todos los funcionarios de la Administración penitenciaria van uniformados. El análisis se limita a aquéllos que están en contacto cotidiano y continuo con los internos y que disponen, como se indicará en seguida, de poderes de coacción.

a todos los efectos el carácter de funcionarios civiles del Estado, no siendo considerados como personal armado». En la actualidad, ha desaparecido la previsión expresa de que los funcionarios de prisiones puedan portar armas de fuego en el servicio. En este sentido, el vigente RP no contiene un precepto del corte del artículo 453 del Reglamento del Servicio de Instituciones Penitenciaria de 2 de febrero de 1956 en el que lucía el criterio exactamente opuesto, si bien el armamento se reservaba al personal penitenciario masculino y se rechazaba que, salvo casos excepcionales, los funcionarios que realizaran un servicio en contacto directo con los reclusos fueran armados, exclusión esta última movida, sospecho, por razones de seguridad del funcionario y del propio orden penitenciario y no de otro tipo.

Hoy los funcionarios de prisiones no llevan armas de fuego: la eliminación del empleo y porta de las mismas tuvo lugar poco antes de la LOGP, concretamente en el artículo 2 del citado RD 2298/1979, que dio nueva redacción al artículo 453 del Reglamento de 1956. Poco después, por Orden Ministerial de 6 de noviembre de 1980, se desarmaron, por así decirlo, las instituciones penitenciarias enajenándose las pistolas automáticas propiedad de la Dirección General a los funcionarios de los cuerpos penitenciarios que estuvieran en posesión de la licencia de uso de arma corta. El precio de venta fue de setecientas cincuenta pesetas por unidad, pasando el importe de las transacciones a engrosar las arcas públicas, aplicándose al concepto «recursos eventuales de todos los ramos» del presupuesto de ingresos del Estado. Desde los primeros momentos de la etapa constitucional las armas de fuego han desaparecido, así, del ámbito penitenciario, y con ellas las posibles singularidades funcionariales que pudieran o pretendieran justificarse en la prestación de un servicio armado.

Eliminación del empleo de las armas de fuego que, no obstante, no excluye el recurso a otros medios de coacción física. En efecto, si bien la vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios corresponde a las fuerzas de seguridad del Estado, pudiendo éstas intervenir también en caso de graves alteraciones del orden en el interior de los centros e incluso asumir la vigilancia interior de ciertos establecimientos²⁷, la vigilancia y seguridad ordinarias corresponden a funcionarios de instituciones penitenciarias (art. 75 RP). Para el desempeño de tal tarea, el artículo 76 RP enumera una serie de actividades, hasta ocho, que, con el debido respeto a la dignidad de las personas, pueden realizar los funcionarios de prisiones. Actividades que comportan en no pocos casos la práctica de registros, controles, etc., que plasman concretamente el espíritu coactivo que reina en el interior de un establecimiento penitenciario y que también pueden afectar a terceros (visitas, etc.).

²⁷ Disposición Final 1.ª LOGP y artículo 74 RP.

En la misma línea, el artículo 123 RP prevé que, con autorización del Director del centro, los funcionarios de prisiones puedan utilizar medios coercitivos. Merece la pena, en aras de una mayor claridad, transcribir íntegramente el precepto:

«1. Podrán utilizarse, con autorización del Director, medios coercitivos físicos o instrumentales en los casos siguientes:

a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.

b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.

c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

2. Se considerarán medios coercitivos a estos efectos: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los esprais de acción adecuada y las esposas.

3. Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios, se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de vigilancia.

4. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

5. En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.»

Pues bien, llegados a este punto, y a la vista de las precedentes previsiones normativas, cabe preguntarse si el dato externo de la uniformidad y el sustancial de la disponibilidad de importantes medios de coacción física en el marco de una labor de severa vigilancia y control, permiten hipotetizar en torno a una posible intensificación del principio de jerarquía en la función pública penitenciaria. Quizá una respuesta afirmativa no sería demasiado extraña si se repara en las singularidades funcionales de lo penitenciario y en los medios al alcance del personal del ramo para el adecuado desempeño del servicio. Se trata de funcionarios que disponen de un importante poder de coacción, que ejercen funciones que bien podrían corresponder a las fuerzas y cuerpos de seguridad —de hecho éstas se encargan de la vigilancia interior de algunas prisiones— y, en cualquier caso, aquéllos participan en parte del poder de coacción que, en el interior del Estado, se reserva a la policía de seguridad. Y puesto que los de policía son cuerpos estrictamente jerarquizados, ¿habrá que pensar lo mismo de los

de funcionarios de prisiones?, ¿existen similitudes sustanciales que indiquen un apartamiento real del régimen común de la función pública civil y una intensificación de la jerarquía?

Apurando ya las conclusiones, hay que poner en su sitio exacto cada uno de los datos espigados y no extraer de ellos consecuencias poco meditadas. En primer lugar, el tema de la uniformidad no es especialmente llamativo; por lo general un funcionario común no va de uniforme o no se le distingue externamente de quien no lo es, pero muchas veces se imponen reglas de identificación exterior absolutamente lógicas. Piénsese en los conserjes o bedeles de los edificios públicos que en no pocos casos llevan algún tipo de uniforme a los efectos de que los usuarios puedan identificarlos y acudir a ellos en demanda de lo que fuere menester, evitándose así que el interesado tenga que entregarse a la detectivesca labor de averiguar quién es el conserje entre la pléyade de ciudadanos que habitualmente pululan, por ejemplo, en las plantas bajas de las Facultades universitarias.

Es cierto que, subliminalmente, se identifican fácilmente uniformidad y especial disciplina por obra de la conexión mental de la primera con el servicio de armas, pero en absoluto esa identificación responde a la realidad de las cosas. De ahí que del uniforme o de los distintivos externos que sean no se pueda deducir ni mucho menos que quien lo porta está sujeto a las mismas o parecidas reglas a que lo está quien lleva uniforme y presta servicio armado. El caso de los funcionarios de prisiones es notorio a este respecto. En él, la uniformidad se justifica por la necesaria y pronta identificación en un contexto en el que conviven numerosas personas; pero además, también funciona como resorte psicológico: parece que el uniforme facilita el desempeño de ciertas tareas bastante delicadas al conectarse mentalmente con un especial grado de autoridad. Pero nada de ello, insisto, tiene por qué repercutir en la naturaleza de la relación orgánica ni, en consecuencia, en el grado de jerarquía que existe en los cuerpos penitenciarios.

Más llamativo parece el hecho de que los funcionarios de prisiones ostenten poderes coactivos. Esta sí que es una importante peculiaridad funcional que, conectada con el tema que nos interesa, siempre suele aparecer vinculada a una jerarquía intensificada: los funcionarios que disponen de la coacción legítima están sometidos a una estricta disciplina y, consiguientemente, a mayores riesgos jerárquicos. Con todo, no hay que perder de vista que las misiones de los funcionarios de prisiones no pueden contemplarse exclusivamente desde el ángulo de la coacción aun cuando ésta siempre esté presente de un modo u otro ²⁸.

²⁸ De hecho, ni siquiera las fuerzas de seguridad pueden ser contempladas exclusivamente desde la óptica coactiva puesto que la práctica demuestra que en un elevado porcentaje de las actuaciones policiales la coacción está ausente (cfr. RICO y SALAS: *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 71-72, 80-81, 96-97). Cuestión distinta es que la genérica disponibi-

La coacción puede ser necesaria en ciertos casos y, por eso mismo, el funcionario de prisiones debe estar preparado para utilizarla racional y proporcionadamente. Pero no es ése, ni mucho menos, el núcleo básico de su actividad. La coacción penitenciaria es un elemento más de la relación trabada en el interior de las prisiones, donde, nunca se olvide, rara vez el destinatario de aquélla se encuentra de buen grado. También es factible que, además de estar en lógica situación de disgusto, el interno acarree no pocos conflictos personales susceptibles de estallar violentamente en el momento más insospechado. Afortunadamente, se han desterrado de este ámbito las armas de fuego, pero no por ello ha desaparecido un importante grado de coacción institucional perfectamente lógica si se piensa en que se trata de mantener a seres humanos privados de su libertad en contra de su voluntad y en un contexto por lo general conflictivo o susceptible de serlo. Es evidente que por muy humanitarios que sean los fines de la prisión en la actualidad, en el devenir cotidiano de la convivencia carcelaria pueden hacer falta a veces algo más que buenas palabras o buenas intenciones.

Hay, así, en el interior de las prisiones una acusada atmósfera coactiva. Por eso los funcionarios competentes para lanzar la fuerza han de estar en condiciones de hacerlo cuando sea preciso y siempre a la luz del objetivo último de las instituciones penitenciarias. A ello coadyuva, como se ha dicho, el aspecto o vertiente externa: la uniformidad, ciertos modos de comportamiento y de aspecto exterior, etc.

Ahora bien, ni este juego de apariencias externas ni sobre todo la disponibilidad de medios coactivos y de control sobre las personas pueden incidir en el régimen funcionarial si no hay una expresa previsión legal en este sentido. El dato clave se encuentra aquí. Si los funcionarios de prisiones disponen de un poder de coacción hasta cierto grado, puede pensarse que han de estar sujetos a un régimen diferenciado en algún punto del que corresponde al resto de la función pública civil. Pudiera ocurrir, incluso, que en ese régimen diferenciado el principio de jerarquía asumiera un importante papel en la medida en que la disponibilidad de medios coactivos puede comportar la sumisión a una rígida disciplina. Pero todo ello, para ser así, debe estar previsto; y no es ése el caso. Y es mejor que no lo sea porque, en verdad, no parece justificable en la índole del servicio penitenciario la sumisión de quienes lo prestan a una jerarquía intensificada.

La remisión del artículo 80 LOGP al régimen general de la función pública lo es también al grado o intensidad que el principio de jerarquía tiene en ésta; no hay ninguna diferencia, no hay nada que permita considerar que la jerarquía alcanza un grado especialmente inten-

alidad de poderes de coacción para el cumplimiento de sus misiones constitucionales acarree el sometimiento de quienes la reciben a un régimen especial.

so, o diverso del común, en la función pública penitenciaria. Las singularidades funcionales no han sido consideradas por el legislador como de entidad suficiente para justificar especialidades orgánicas y, en consecuencia, tales no existen. No otra puede ser la conclusión de la exploración iniciada y acerca de cuyo resultado podían existir al principio ciertas incertidumbres; habiendo quedado despejadas, nada más hay que decir en este lugar sobre la cuestión.

III. LA JERARQUIA Y LA OBEDIENCIA JERARQUICA EN EL SENO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

1. PRELIMINARES

Desde una perspectiva general, no referida exclusivamente a la jerarquía, las relaciones entre régimen jurídico de la función pública policial y finalidades de la organización se aprecian constatando las singularidades estatutarias que afectan a los funcionarios de policía y que son fáciles de comprender si se tienen en cuenta los fines y funciones asignados a las fuerzas de seguridad²⁹. Es admisible que en virtud de los mismos se proceda a modular el régimen estatutario de los policías por relación al del resto de los funcionarios públicos civiles pese a que, eso sí, dichas modulaciones —y se deja por el momento de lado el tema de la Guardia Civil— no pueden ocultar que, en lo sustancial, el régimen estatutario de los miembros de la policía debe seguir las pautas comunes del propio de los funcionarios civiles en general³⁰. Que los primeros integren lo que el texto constitucional y la LO 2/1982, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) llaman «institutos armados», no da pie para que los policías estén sujetos a un régimen diferenciado que vaya más allá de lo que exigen los fines de la organización policial³¹. Todo ello en el bien entendido de que no se habla de diferencias en orden al concepto mismo de régimen estatu-

²⁹ No es caso de que en este lugar se proceda a la disección de los fines y funciones policiales tal y como éstos vienen establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; véase sobre el particular BARCELONA LLOP: *Régimen jurídico de la policía de seguridad*, Oñati, HAAE/IVAP, 1988, pp. 121 y ss.; «Policía de seguridad», *NEJ*, tomo XIX, Barcelona, Seix, 1989, pp. 964 y ss.; «Sobre la organización y funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas», *RVAP*, 29, 1991, pp. 25 y ss., así como la bibliografía en ellos citada.

³⁰ Una aplicación concreta de este criterio en BARCELONA LLOP: «Ante la futura Ley de la Policía Vasca», *Ke Pote*, Órgano de expresión del Sindicato Independiente de la Ertzaintza (ERNE), núm. 9, diciembre de 1991, pp. 6 y ss.

³¹ Cfr. Fernando PABLO: «Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario», *RVAP*, 18, 1987, pp. 25 y ss.; «Las libertades públicas de los policías», en el volumen colectivo *Policía y libertad sindical: análisis jurídico-público*, Oñati, HAAE/IVAP, 1990, pp. 110-113.

tario, sino de las relativas al distinto tratamiento jurídico de los elementos que dicho concepto comprende ³².

El argumento ha lucido en alguna ocasión en la jurisprudencia del TC al analizar la adecuación a la Constitución de una de las que la LOFCS denomina «disposiciones estatutarias comunes» a todos los cuerpos policiales que operan en nuestro país ³³; concretamente a la contenida en el artículo 8.1, apartado 2, en el que se establece el llamado fuero policial declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia 55/1990, de 28 de marzo (RODRÍGUEZ-PIÑERO) por razones que no vienen mucho al caso ³⁴. Lo significativo es que, siquiera fuera en *obiter*, el Tribunal no dejó de hacerse eco de aquel criterio estableciendo importantes conexiones entre una especialidad estatutaria y los fines y funciones policiales ³⁵.

Pues bien, y admítase o no la distinción entre relación orgánica y de servicio, de modo tal que, en caso afirmativo, la jerarquía se integraría en la primera ³⁶, la especial intensidad que la misma puede al-

³² A este respecto, es de recordar con L. Martín-Retortillo que el texto constitucional se hace eco repetido del concepto de estatuto funcional si bien, a la par que un planteamiento de conjunto (arts. 103.3 y 149.1.18), recoge también menciones específicas que, en suma, implican el reconocimiento «de la existencia de diversas fórmulas estatutarias, según las características de los funcionarios implicados [lo que] no es sino la manera de dar solución diversa a lo que sin duda reclama un trato diferente. Cada estatuto va a ofrecer así un conjunto de especialidades y reglas diferentes (...). Las respuestas del Derecho positivo varían, y mucho, precisamente porque quieren responder a exigencias y necesidades muy diversas». Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO: «El estatuto de los policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Policía y seguridad*, cit., pp. 174-176; publicado también en *REDA*, 61, 1989, pp. 97 y ss. Sobre el concepto mismo de estatuto de la función pública, en sí mismo equívoco, véase la definición aproximativa que se contiene en la STC 99/1987, de 11 de junio (De la Vega Benayas).

³³ Téngase en cuenta que, a tenor de sus Disposiciones Finales 1.ª, 2.ª y 3.ª, la LO 2/1986 no se aplica al régimen de las policías autónomas vasca, catalana y navarra, con excepción de ciertos aspectos recogidos en aquélla y que aquéllas enumeran; en las tres se hace constar expresamente que las disposiciones estatutarias comunes contenidas en los artículos 6 a 8 LOFCS sí que son de aplicación a las mencionadas policías autonómicas, del mismo modo que lo es el artículo 5 donde se enumeran los principios básicos de actuación de las fuerzas de seguridad.

³⁴ Concretamente por la llamada «contaminación inquisitiva» que puede producirse «al establecerse que sea un mismo órgano el que realice la instrucción y, en su caso, decida el procesamiento y además conozca del juicio oral y dicte la correspondiente Sentencia». El Tribunal aplica al fuero policial el criterio ya consagrado en la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber) y que el propio TC había tomado en consideración en la Sentencia 145/1988, de 12 de julio (Latorre Segura), relativa a la LO 10/1980, de 11 de noviembre, sobre enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Sobre la regla que pretende la separación entre la fase de instrucción y la de enjuiciamiento, *vid.* el clarificador trabajo de DIEGO DíEZ: «El principio “el que instruye no debe juzgar” como garantía de imparcialidad en el proceso penal», *PJ*, 8, 1987, pp. 9 y ss.

³⁵ Se afirma en el fundamento jurídico núm. 5 de la Sentencia 55/1990 que la previsión legal cuestionada sólo será constitucionalmente legítima si no supone «obstáculo, dificultad o limitación alguna para la averiguación y, en su caso, sanción de infracciones penales en que puedan incurrir los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones. Más exactamente, dados los valores constitucionales en juego, si asegura efectivamente la protección y respeto por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE)».

³⁶ Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1967, pp. 415 y ss. Sobre los conceptos de relación orgánica y relación

canzar en la función pública policial ha de depender, sin más, de la singular entidad de los fines asignados a la organización. Y es indiscutible que los miembros de un colectivo funcional cuya misión es la de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y garantizar la seguridad ciudadana, otorgándoseles a este efecto por la comunidad notables poderes de coacción, tienen que estar sujetos a unas estrictas disciplina y jerarquía que, incluso, pueden llegar a incidir en determinados aspectos de su régimen estatutario, como luego habrá oportunidad de mencionar.

Sin pretender parangones con el modelo castrense, lo cierto es que el grado de jerarquía existente en la función pública policial se encuentra algo más próximo al de aquél que al del resto de la función pública civil. Ello en ningún momento puede ser visto a modo de botón de muestra de una pretendida aproximación entre el régimen jurídico de las fuerzas de seguridad y el de la organización militar, sino como correlato de las peculiaridades funcionales de la policía. El legislador, consciente de ello, no ha seguido el criterio previsto en la normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado y ha tipificado como falta muy grave —y no simplemente grave como allí ocurre— la desobediencia jerárquica de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de los cuerpos de la Policía Local, regla sobre la que habrá que volver cuando se analicen las consecuencias jurídicas de la infracción de la jerarquía y respecto de la que se puede adelantar que, a pesar de su aparente razonabilidad, peca de una rigidez innecesaria.

2. EL DEBER DE LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA DE SUJETARSE EN SU ACTUACIÓN PROFESIONAL A LOS PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y SUBORDINACIÓN. ASPECTOS GENERALES

2.1. *Planteamiento: el artículo 5.1.d) LOFCS*

La LOFCS contiene su primera y más importante alusión a la obediencia jerárquica en el artículo 5.1.d), precepto encuadrado en el conjunto de los que la Ley denomina principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y, concretamente, en el elenco de los relativos a la adecuación de la actuación policial al

de servicio sigue siendo de gran utilidad el estudio del propio GARCÍA-TREVIJANO FOS: «Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos», *RAP*, 13, 1954, pp. 64 y ss., especialmente. Una crítica a la distinción entre relación orgánica y de servicio, calificada como falta de consistencia técnica, carente por completo de significado y contenidos jurídicos y en absoluto perfilada, en J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «La teoría del órgano en el Derecho administrativo», *REDA*, 40-41, 1984, pp. 59-61.

ordenamiento jurídico³⁷. Dice el citado artículo que los funcionarios de policía deberán:

«sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes».

La LOFCS sigue fielmente en este punto un criterio asentado ya en los textos internacionales sobre la policía³⁸ y que había encontrado plasmación en nuestro ordenamiento a través de la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1981³⁹: los policías están obligados a obedecer, están sujetos a la obediencia jerárquica, pero no están obligados a obedecer cualquier orden puesto que hay algunas que escapan al deber de obediencia. Se abre aquí un vasto campo en el que los aspectos penales adquieren una evidente notoriedad tanto desde el punto de vista de las causas de justificación como desde la propia tipificación del delito de desobediencia de los funcionarios públicos (arts. 8.12 y 369 CP, respectivamente). Más adelante habrá que trazar sus contornos; de momento, quedémonos con otros aspectos de interés que suscita el artículo 5.1.d) LOFCS.

³⁷ Sobre la naturaleza y significado de los principios básicos de actuación de las fuerzas de seguridad y con referencias al contenido sustantivo de algunos de ellos, *vid.* BARCELONA LLOP: *Régimen jurídico*, cit., pp. 243 y ss.; y, sobre todo, «Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales», en el volumen colectivo ya citado *Policía y seguridad*, pp. 45 y ss.

³⁸ La Resolución 690 (1979) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 8 de mayo de 1979, por la que se adopta la *Declaración sobre la Policía* establece en su apartado A.4 que «el funcionario de policía debe ejecutar las órdenes reglamentariamente formuladas por su superior jerárquico; se abstendrá siempre de ejecutar cualquier orden que él sepa o deba saber que es ilegal». La *Declaración* contiene también otras referencias a la obediencia jerárquica limitándola en caso de ocupación por potencia extranjera a las órdenes relativas a la protección de las personas y de los bienes en interés de la población civil, prescribiendo que la dimisión a lo largo de la ocupación por potencia extranjera por ser obligado a ejecutar órdenes ilegítimas no afecta a los derechos funcionariales del agente al reintegrarse a la policía una vez concluida la ocupación y salvando su responsabilidad por la ejecución antes de la ocupación de órdenes impartidas por la autoridad competente, así como por la ejecución de buena fe de órdenes de una autoridad considerada como competente si dicha ejecución incumbe normalmente a la policía. El texto de la *Declaración* puede encontrarse íntegramente transcrito en BERISTAIN IPIÑA: «La institución policial y su articulación con los derechos del ciudadano», *RVAP*, 3, 1982, pp. 84-88.

³⁹ Orden por la que se publicó el acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 que establecía los principios básicos de actuación de los miembros de las FCSE que, según el artículo 3 de aquella, «no estarán obligados al cumplimiento de órdenes reglamentariamente dictadas que entrañen la ejecución de actos que aquéllos sepan o deban saber que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o constituyan delito, en particular contra la Constitución». Algo más adelante, el artículo 6 prescribía que «los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán sujetos, en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación».

2.2. *¿Hay alguna diferencia sustantiva entre jerarquía y subordinación?*

En principio, importa precisar cuál es el exacto alcance del deber que se impone a los policías de actuar sujetos a los principios de jerarquía y subordinación que la Ley menciona situando entre ellos una conjunción copulativa; ¿son principios idénticos?, ¿son dos caras de una misma moneda?, ¿hay entre uno y otro alguna diferencia sustantiva?

Parando mientes en los trabajos parlamentarios de la LOFCS —y repárese en que ya la citada Orden de 30 de septiembre de 1981 aludía a la jerarquía y a la subordinación—, se constata que la recepción conjunta de ambos principios despertó en su día ciertos recelos que cristalizaron en la presentación de enmiendas dirigidas a suprimir el concepto de subordinación por entenderlo comprendido en el de jerarquía. Así se manifestó, por ejemplo, el diputado Trías de Bes en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, reiterando su postura en el Pleno donde el parlamentario del Grupo Catalán pudo afirmar que:

«Yo sé que esto es insistir en un debate ya sostenido en Comisión y que ha sido expuesto por oradores anteriores de otros Grupos Parlamentarios en el sentido de suprimir la palabra subordinación, y no quiero volver a repetir los argumentos. Pero me parece que estamos reiterando en este proyecto de Ley cosas que son innecesarias y en este punto me parece que, hablando del principio de jerarquía, absolutamente imprescindible en un proyecto de Ley como el que nos ocupa, es suficiente su inclusión en el articulado para que se entienda que la jerarquía implica subordinación.

¿Por qué se hace eco mi Grupo Parlamentario de la supresión del término subordinación? Por la sencilla razón de que en varios o muchos colectivos esta palabra ha suscitado inquietud e, incluso, ha suscitado rechazo. Si con la eliminación de la misma —porque el concepto de subordinación queda subsumido en el de jerarquía— podemos aliviar a determinados grupos a los que les preocupa que este término conste en el proyecto de Ley, y si consideramos que el principio de subordinación está ya implícito en el de jerarquía, nada más sencillo que eliminar el término subordinación, que en nada va a variar el propósito del proyecto y, menos aún, la necesaria jerarquía que debe regir a los cuerpos y fuerzas de la seguridad.»

Había, pues, alguna preocupación en torno a la idea de la subordinación, por si ésta podía ser algo distinto a la de jerarquía; preocu-

pación que, no obstante, en ningún momento condujo a cuestionar la necesidad del principio de jerarquía en el interior de las fuerzas de seguridad; preocupación que, en fin, no fue del todo disipada por las intervenciones de los miembros del Grupo Socialista, que ostentaba, como se recordará, la mayoría absoluta, de la que son buena muestra las siguientes palabras del diputado Busquets i Bragulat vertidas en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso:

«[la subordinación] lo mismo que la jerarquía es uno de los principios que rigen la estructura de los cuerpos de funcionarios, que siempre la han regido y no hay por qué entenderlo, en absoluto, en una forma molesta, porque no lo es. Tiene una interpretación objetiva que está consagrada ya por el uso y que es puramente funcional».

Abundando en el mismo criterio se manifestó el diputado Sanjuán de la Rocha en su defensa del proyecto de Ley en el Pleno.

La inquietud de aquellos colectivos a que aludía el diputado Trias de Bes pudo estar fundada en el temor a que, mediante la inclusión del principio de subordinación, el régimen de los miembros de la policía se aproximara en este extremo al de los de las fuerzas armadas dado que es precisamente en el ámbito castrense donde la noción de subordinación goza de mayor predicamento. Basta con recordar a este respecto que el Código Penal Militar, aprobado por LO 13/1985, de 13 de diciembre, dedica el Capítulo II, Título V, Libro II a la insubordinación, incluyendo bajo tal rúbrica los delitos de insulto, maltrato, coacciones, amenazas o injurias a superior y desobediencia. Del mismo modo, el artículo 9.16 de la LO 12/1985, de 27 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, tipifica como grave «la falta de subordinación, cuando no constituya delito». Por lo demás, en ambos textos normativos se encuentran abundantes referencias al término «subordinados», palabra que de forma inmediata evoca una relación jerárquica especialmente intensa y característica de la organización militar. En cambio, las nociones de subordinación o de subordinados no aparecen tan apenas en la legislación sobre los funcionarios civiles. Se encuentran, es verdad, algunas referencias al segundo término [v.g., arts. 79 LFCE, 7.1.e) y 8.1.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario], pero son mucho menos comunes.

¿Puede desprenderse de ello que en la redacción del artículo 5.1.d) LOFCS está latiendo una cierta aproximación, siquiera sea no intencionada, al régimen de la función pública militar? Una respuesta afirmativa sería aventurada. En ningún momento hay que olvidar que las pretensiones de la LOFCS, como las de la propia Constitución, han sido las de eliminar las conexiones entre fuerzas armadas y fuerzas de

seguridad, tan comunes, es sabido, hasta fechas recientes. Es verdad que pueden perdurar ciertos lastres, que el concepto de instituto armado, aunque se adjetive de civil, es muy poco afortunado por las consecuencias que puede acarrear y que el tema de la Guardia Civil ha recibido una respuesta que es todo menos satisfactoria ⁴⁰, pero a salvo de ello la tendencia de la LOFCS es clara y desde la misma hay que contemplar cualesquiera de los aspectos del régimen jurídico policial.

Partiendo de ahí, cabe entender que con la mención al principio de subordinación lo que el legislador ha pretendido es poner el énfasis en una especial relevancia que la regla de la jerarquía y su correlato de la obediencia puede tener en la función pública policial dadas las misiones constitucionalmente encomendadas a las fuerzas de seguridad. Desde este punto de vista, parece que el principio de subordinación poco añade, efectivamente, al de jerarquía y, posiblemente, bien pudiera haberse suprimido sin que ocurriera absolutamente nada. No obstante, es también posible considerar que entre jerarquía y subordinación median diferencias en lo que concierne a las conductas que infringen uno y otro principio, hipótesis que es preciso tener en cuenta aun cuando no necesariamente estuviera presente en la mente del legislador autor de la LOFCS.

Si se repara en la exégesis del concepto de insubordinación en el campo castrense —que al menos puede tomarse como punto de referencia conceptual ya que no funcional— se aprecia que si bien la subordinación deriva del deber de obedecer, de la regla de la disciplina ⁴¹, los autores estiman que la insubordinación comprende algo más que la simple desobediencia. En este sentido, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO ha indicado «que bajo la denominación de insubordinación se comprenden las dos figuras clásicas del Derecho militar español del

⁴⁰ No obstante, el TC ha avalado la solución militarizadora del Cuerpo en su Sentencia 149/1989, de 16 de noviembre (Tomás y Valiente), sentencia que, por cierto, cuenta con un voto particular rubricado por los Magistrados Díaz Eimil y De la Vega Benayas en el que se disiente, y con buenos argumentos, de la opinión mayoritaria. En la doctrina no faltan voces críticas contra el mantenimiento de la naturaleza militar de la Guardia Civil y el silencioso proceso de acusada militarización del Cuerpo que, y se piensa ahora en el presente posconstitucional no en el devenir histórico del Cuerpo, viene teniendo lugar desde 1985 cuando se acometen las reformas policiales y militares; *vid.* recientemente BARCELONA LLOP: *Sobre las funciones y organización*, cit., pp. 10-25, especialmente; DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE GATTA y FERNANDO PABLO: «El modelo policial ante el Tribunal Constitucional», *RAP*, 123, 1990, pp. 261 y ss.

⁴¹ Comentando los delitos de insubordinación tipificados en el Código Penal Militar, García Ballester hace hincapié en la estrecha conexión entre insubordinación y disciplina, afirmando que subordinación equivale a «disposición espiritual de quienes se someten a una ordenación superior. Así entendida, la subordinación comprende por igual al que manda y al que se encuentra situado en cualquiera de los escalones de la jerarquía, mecanismo que asegura la práctica de la subordinación mediante la determinación de los encargados de notificarla y exigirla, y la disciplina es el medio de hacer jugar ese mecanismo al poner en tensión el resorte de la obediencia». GARCÍA BALLESTER: «Delito de insulto a superior», en Bleuca Fraga y Rodríguez-Villasante (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, Civitas, 1988, p. 1076.

insulto a superior y desobediencia»⁴², esquema que es en el que, precisamente, se basa el vigente Código Penal Militar en el que, como se ha dicho, la rúbrica relativa al delito de insubordinación, sistemáticamente ubicada entre los delitos contra la disciplina, se desglosa en los tipos de insulto a superior y desobediencia (arts. 98 a 102). ¿Puede predicarse lo mismo de la LOFCS?, ¿se refiere el principio de la jerarquía a la desobediencia propiamente dicha y el de subordinación a conductas tales como insulto, maltrato de obra y coacciones, amenazas o injurias a superior? Más adelante volveremos sobre el particular; dejemos de momento la cuestión así planteada.

2.3. Jerarquía y servicio permanente

Un segundo aspecto general del artículo 5.1.d) LOFCS que conviene considerar es el de su ámbito temporal de aplicación. Porque a tenor del artículo 5.4 de la misma Ley, los funcionarios de policía «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana». Se trata del llamado servicio permanente⁴³, que la LOFCS denomina dedicación profesional, que no quiere significar que los funcionarios de policía están siempre de servicio⁴⁴, sino que, como tiene declarado la jurisprudencia, la situación de servicio permanente ha de entenderse larvada, latente, expectante y en suma inexistente en tanto en cuanto una situación de las legalmente previstas no obligue al funcionario a intervenir en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana (STS de 11 de

⁴² Otros autores, como Jiménez y Jiménez incluyen también en el concepto el abuso de autoridad. Cfr. GARCÍA BALLESTER: *op. cit.*, pp. 1076-1077.

⁴³ Un análisis sucinto de los diversos problemas que plantea el servicio permanente se puede encontrar en BARCELONA LLOP: *Principios básicos de actuación*, cit., pp. 67-70. Más ampliamente, del mismo, «Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», de próxima publicación en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*.

⁴⁴ La STC 234/1991, de 10 de diciembre (Rubio Llorente) menciona esta idea pero en el caso que resuelve no estaba involucrada la especial situación de servicio permanente, sino una actuación funcional al margen del servicio, cual era la declaración testifical del agente en un juicio por accidente de circulación en el que uno de los conductores involucrados era amigo suyo. Comoquiera que el policía incurrió en un delito de falso testimonio, fue condenado penalmente y, después, sancionado por la Administración, acudiendo al TC en amparo por infracción del *non bis in idem*. Luego se aludirá a esta sentencia desde este punto de vista; lo que ahora interesa destacar es que el TC dice que la eficacia del servicio policial se vería perjudicada si quienes lo prestan cometen acciones que, precisamente, son las que están llamados a evitar en el desempeño de sus funciones; «no se trata, como a veces se ha dicho, sigue el TC, que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son cometidas por otros». Y si bien es cierto que los policías no están permanentemente de servicio, no parece que hiciera falta esta precisión en el caso.

junio de 1981, Azdi. 2645). Pues bien, ¿cómo incide u opera en esta situación el principio de jerarquía?

La respuesta debe partir de que cuando el funcionario de policía interviene franco del ordinario pero actualizando la situación de servicio permanente, lo hace como miembro de las fuerzas de seguridad y con estricta sujeción al ordenamiento correspondiente; en esto no hay ninguna duda, por lo que parece que en tal caso la operatividad de los principios de jerarquía y subordinación es idéntica a la que tienen durante el servicio activo. Lo que pasa es que quizá no sea muy sencillo imaginar hipótesis de servicio permanente en las que aquellos principios puedan reflejarse con claridad dado que lo normal será que el funcionario actúe con desconexión de la cadena de mando. No obstante, pueden darse circunstancias en las que aquel reflejo se producirá. Piénsese, por ejemplo, en el funcionario franco de servicio que es localizado y cuya colaboración es requerida por un superior que se dirige hacia un lugar próximo al objeto de evitar una agresión a la seguridad ciudadana o la comisión de un hecho delictivo, o que se encuentra persiguiendo a un infractor de la ley. Existe, desde luego, un deber genérico de colaboración que pesa sobre todos los funcionarios de policía, pero en los ejemplos citados el deber que prepondera es el de obediencia jerárquica.

La razón es elemental: teniendo noticia de que su intervención es necesaria, brotará el deber de actuar en cumplimiento de sus funciones constitucionales y de hacerlo como miembro de las fuerzas de seguridad, con todas las consecuencias. Cuestión distinta es que sea preciso ponderar hasta dónde puede llegar el deber de obediencia en tales circunstancias. Repárese, por ejemplo, en que no siempre los policías van armados fuera del servicio ordinario y, en una situación de indefensión material, cumplir a rajatabla determinadas órdenes, que no son ilegítimas, puede comportar un riesgo bastante elevado para la vida o integridad física del funcionario. No dejan de ser simples hipótesis, supuestos, si se quiere, de laboratorio, pero que quizá no esté de más apuntar en este lugar al efecto de indicar las dificultades que la aplicación automática y sin matices del principio de jerarquía y de sus consecuencias puede comportar en ciertos casos.

Es más, si la jurisprudencia ha estimado que, actuando dentro del servicio, no es exigible a los funcionarios una obediencia ciega e irreflexiva que conduzca a acatar órdenes que no se pueden cumplir de manera adecuada ⁴⁵, con razón de más habrá que estimar lo mismo en hipótesis como la apuntada.

⁴⁵ Tal parece ser la argumentación de una reciente STSJ de Madrid, de la que ha sido ponente el Magistrado José Ignacio Zarzalejos. Y digo parece ser porque las referencias de que dispongo por el momento no son otras que las que proporciona el diario *El País* de 2 de noviembre de 1992, p. 21, habiendo resultado infructuosa la búsqueda del texto de la sentencia en las co-

3. ¿A QUIÉNES DEBEN OBEDIENCIA JERÁRQUICA LOS INTEGRANTES DE LAS UNIDADES DE POLICÍA JUDICIAL?

El artículo 5.1.d) LOFCS, al igual que el elenco entero de los principios básicos de actuación de las fuerzas de seguridad, es aplicable a todos los cuerpos policiales que operan en el país, sean estatales, autonómicos o locales. Aquí no se suscita duda alguna: la aplicabilidad del artículo 5 es general, sin excepciones ni fisuras, sin perjuicio de que en el caso de las policías autonómicas o de la Guardia Civil las consecuencias jurídicas de la infracción de los principios de jerarquía y subordinación puedan diferir de las comunes en virtud de las remisiones a sus específicos regímenes que realiza la propia LOFCS⁴⁶.

Pero si lo anterior es claro, quizá convenga precisar algo más en relación con las Unidades de Policía Judicial, dado que sobre este particular pueden plantearse algunos problemas de articulación. Prescindiendo de si el modelo adoptado en el conjunto normativo que afecta a la Policía Judicial es o no el mejor y marginando las numerosas cuestiones que en relación con todo ello pueden suscitarse⁴⁷, interesa averiguar a quiénes deben obediencia jerárquica los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial previstas en los artículos 30 y siguientes de la LOFCS, 444 a 446 de la LOPJ y 10 y siguientes del RD 769/1987, de 19 de junio, esto es, los funcionarios de la Policía Judicial en sentido orgánico o específico, supuesto que todos los miembros de las fuerzas de seguridad pueden desempeñar las funciones ge-

lecciones al uso. Habrá que esperar a la localización de la misma para emitir un juicio más detenido.

⁴⁶ Dado que el régimen disciplinario previsto en la Ley se aplica solamente a los miembros del CNP y a los integrantes de los cuerpos de las Policías Locales. Para la Guardia Civil, el artículo 15.1 remite a su normativa disciplinaria específica (LO 11/1991, de 17 de junio) para las policías autonómicas el artículo 40 reenvía a las disposiciones que a tal efecto dicten las Comunidades Autónomas y las Disposiciones Finales 1.ª, 2.ª y 3.ª abren un campo todavía mayor a las Comunidades Vasca, Catalana y Navarra. Como se verá, ello ha dado lugar en algún caso a una regulación diferenciada de las consecuencias disciplinarias de la infracción de la obediencia jerárquica.

⁴⁷ Baste con la remisión a la ya abundante doctrina que viene estudiando la problemática de la Policía Judicial; pueden verse, entre otros, y con diverso alcance, ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ALVAREZ: *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 403 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ: *El policía y la ley*, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, pp. 51 y ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO: «La policía judicial: una necesidad, no un problema», *PJ*, número especial II, 1988, pp. 175 y ss.; MORENO CATENA: «Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial», *PJ*, número especial VIII, 1989, pp. 139 y ss.; FRANCO ARIAS: «Policía Judicial», *NEJ*, tomo XIX, Barcelona, Seix, 1989, pp. 980 y ss.; Díez-PICAZO JIMÉNEZ: *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 165 y ss.; así como los trabajos de PEDRAZ PENALVA: «Algunas reflexiones sobre Policía y Administración de Justicia»; LLERA SUÁREZ-BÁRCENA: «La Policía Judicial. Concepto y competencias»; BOIX REIG: «Policía y Administración de Justicia»; PAZ RUBIO: «El Ministerio Fiscal como impulsor de la Policía Judicial», y BELLOCH JULVE: «La Policía Judicial», todos ellos incluidos en el volumen colectivo *Policía y sociedad*, Madrid, Dirección General de la Policía, 1990.

nerales de policía judicial a requerimiento de la Autoridad Judicial, del Ministerio Fiscal, de sus superiores policiales o por propia iniciativa ⁴⁸.

Los integrantes de Unidades de Policía Judicial, compuestas por funcionarios de los cuerpos estatales de policía ⁴⁹, dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación. Se ha optado, pues, por un modelo híbrido que de modo expreso rechaza la dependencia completa —orgánica y funcional— de aquellas Unidades de los órganos del Poder Judicial o del Ministerio Fiscal, opción que, sea o no la más acertada, no parece situarse en absoluto al margen de lo dispuesto en el artículo 126 de la CE ⁵⁰. En realidad, los temores que puede suscitar la doble dependencia pueden paliarse parcialmente a través de las garantías previstas en los artículos 446.2 de la LOPJ y 34.1 de la LOFCS, en virtud de las cuales los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial «no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiera encomendado hasta que finalice la misma o la fase del procedimiento judicial que la originara, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente».

⁴⁸ Cfr. los artículos 1 a 5 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial y 443 LOPJ. Que el citado precepto de la LOPJ de 1985 haya limitado las funciones de policía judicial genérica a los miembros de las fuerzas de seguridad, sean estatales, autonómicas o locales, suscita la duda en torno a la vigencia del artículo 283 LECrim, en el que, como es sabido, se habla de policía judicial en un sentido mucho más amplio desde el punto de vista orgánico. El artículo 1 del RD 769/1987 da por supuesta su vigencia, pero no falta quien estima lo contrario; *vid.* FRANCO ARIAS: *op. cit.*, p. 980 y nota 2.

⁴⁹ En la economía de la LO 2/1986, las policías autonómicas y locales tienen limitada su capacidad a la colaboración con las Unidades de Policía Judicial, si bien, desde luego, ello no obsta a que los miembros de aquellas desempeñen las funciones de policía judicial genérica en los términos del artículo 443 LOPJ. Por otra parte, y habida cuenta de las especificidades que la LO 2/1986 establece en relación con el régimen de las policías vasca, catalana y navarra, cabe preguntarse en qué medida estas Comunidades Autónomas pueden crear unidades propias de Policía Judicial. En la línea de una respuesta afirmativa discurre la Ley de la Policía Vasca de 17 de julio de 1992 (BOPV de 11 de agosto), cuyos artículos 112 a 115 contemplan la creación dentro de la estructura orgánica de la Ertzaintza de una Unidad de Policía Judicial, respuesta que requiere de un análisis meditado antes de que pueda formularse un juicio acerca de su corrección, aunque algunos autores, con anterioridad a dicha ley, se han mostrado proclives a admitirla; así, CASTELLS ARTECHE: «La policía autónoma. Problemática actual», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, HAEE/IVAP, 1991, vol. II, pp. 520 y ss. En todo caso, la solución vasca puede no ser extensible a los casos catalán o navarro, debiendo tenerse además en cuenta de algún modo la competencia exclusiva del Estado sobre la Administración de Justicia.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ: *op. cit.*, p. 168. Sobre la improcedencia de establecer la dependencia orgánica y funcional de las Unidades de Policía Judicial de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal razona, aportando fundamentos prácticos y jurídico-políticos, MORENO CATENA: *op. cit.*, p. 153; con todo, no faltan quienes postulan que hubiera sido mejor prever una única dependencia directa de la Autoridad Judicial y del Ministerio Fiscal (FRANCO ARÚS: *op. cit.*, p. 982) o del propio CGPJ (BELLOCH JULVE: *op. cit.*, p. 194). Renunciando, a la vista de la regulación existente, a la dependencia orgánica, pero proponiendo el potenciamiento de la funcional en no pocos aspectos, se expresa JIMÉNEZ VILLAREJO: *op. cit.*, pp. 184 y ss.

Pero lo que ahora importa no es eso, sino resolver la pregunta de a quién deben los policías integrados en las Unidades Orgánicas de Policía Judicial obediencia jerárquica: ¿a sus mandos policiales ordinarios o a los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo de la investigación? En principio, la dependencia funcional no comporta el nacimiento de relación jerárquica alguna porque ésta surge en el interior de la misma organización; tal es, al menos, la regla que rige comúnmente vista la jerarquía desde la óptica tradicional del Derecho administrativo. Según ello, los integrantes de las Unidades de Policía Judicial seguirán dependiendo jerárquicamente de sus mandos naturales y será a ellos a quienes deberán obediencia jerárquica. Ahora bien, esta conclusión ni es del todo cierta ni es del todo falsa; simplemente ocurre que es impropio aplicar los criterios tradicionales en la materia a supuestos que sólo muy forzosamente pueden encajar en el marco en el que aquéllos son operativos. Veámoslo.

Orgánicamente, los integrantes de las Unidades de Policía Judicial dependen, como se ha dicho, del Ministerio del Interior. Es por eso por lo que no se rompe la cadena habitual del mando, la línea jerárquica permanece incólume y, en consecuencia, el deber de obediencia a los superiores jerárquicos sigue intacto. Lo que ocurre es que dicho deber sufre un aletargamiento cuando los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial *están realizando las tareas propias de policía judicial que tienen encomendadas por Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, aletargamiento que se manifiesta sólo y mientras estén cumplimentando dichas labores*. Téngase en cuenta que los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial desempeñan la función de policía judicial específica con carácter exclusivo pero, según dice el artículo 33 de la LOFCS, podrán «desarrollar también las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado». Esto es, los miembros de las Unidades de Policía Judicial no siempre desempeñan funciones de policía judicial⁵¹, lo que podrá ser criticable desde otros puntos de vista pero que a nuestros efectos conduce a considerar que cuando realicen efectivamente funciones de policía judicial bajo la dependencia funcional de Jueces o Magistrados o el Ministerio Fiscal la obediencia jerárquica debida a los mandos policiales naturales deja paso a un tipo distinto de obediencia que se debe a otras autoridades.

En efecto, ejerciendo funciones de policía judicial específica, la línea jerárquica natural se desvanece y se sustituye por otra dado que

⁵¹ En todo caso, y según el artículo 19 del RD 769/1987, habrá de darse cuenta de las funciones que en virtud del artículo 33 LOFCS se encomienden a los miembros de las Unidades de Policía Judicial, siendo el destinatario de la información la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial.

las órdenes e instrucciones las van a impartir ahora la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, a ellos deberán obediencia. Esta obediencia no es propiamente jerárquica, pero es el corolario lógico de la dependencia funcional y de la exclusión de interferencias de los superiores orgánicos en las tareas de policía judicial a cargo de las Unidades correspondientes. Corolario que el ordenamiento jurídico asume con toda naturalidad.

Junto a la ya citada prohibición de remoción o apartamiento de la investigación concreta a que los integrantes de las Unidades de Policía Judicial estén dedicados, a menos que sea por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente, el ordenamiento contiene previsiones en la dirección apuntada. Así, a tenor del artículo 35 de la LOFCS, los Jueces y Tribunales y el Ministerio Fiscal ostentan las siguientes facultades respecto de los funcionarios que componen las Unidades de Policía Judicial:

«a) Les darán las órdenes e instrucciones que sean necesarias en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y Estatuto del Ministerio Fiscal.

b) Determinarán, en dichas órdenes o instrucciones, el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesen dichas Unidades.

c) Controlarán la ejecución de tales actuaciones, en cuanto a la forma y a los resultados.

d) Podrán instar el ejercicio de la potestad disciplinaria, en cuyo caso emitirán los informes que pueda exigir la tramitación de los correspondientes expedientes, así como aquellos otros que consideren oportunos. En estos casos recibirán los testimonios de las actuaciones recaídas.»

De modo que, a salvo de la potestad disciplinaria, que requiere el presupuesto de una relación orgánica entre Administración y funcionario, son la Autoridad Judicial y el Ministerio Fiscal quienes ejercen el poder de mando sobre los integrantes de las Unidades de Policía Judicial mientras estén cumpliendo las funciones que le son propias. El RD 769/1987 abunda en esta dirección ya, por otra parte, manifiestamente clara en la LOFCS⁵². En consecuencia, la obediencia se debe a los titulares de la función jurisdiccional y al Ministerio Fiscal aunque, como se ha indicado más atrás, no es una obediencia propiamente

⁵² Vid. los artículos 11 y 21 del citado Real Decreto, relativo al segundo al entendimiento directo entre Jueces, Tribunales, Ministerio Fiscal y Unidades de Policía Judicial, y el primero a la no prevalencia de las instrucciones técnicas recibidas en los superiores policiales inmediatos cuando contradijeran las recibidas de la Autoridad Judicial y el Ministerio Fiscal estando comisionados los funcionarios de policía para alguna concreta investigación.

te jerárquica por faltar la trabazón orgánica. Pero no por ello las consecuencias de la desobediencia son menores que las que se producen cuando entra en juego la jerarquía propiamente dicha como en seguida se verá. Por último, si, por lo que se acaba de indicar, el deber de obediencia a las Autoridades Judiciales y al Ministerio Fiscal no encaja en el artículo 5.1.d) de la LOFCS porque no hay relación de jerarquía, sí que lo hace en la letra e) del mismo, en cuya virtud los funcionarios de policía tienen obligación de «colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley». Es verdad que el Ministerio Fiscal no es Administración de Justicia y que el precepto está redactado en términos amplios, pero no parece que haya grandes dificultades para entender comprendido en él la actividad de policía judicial desempeñada por las Unidades específicas y, en consecuencia, el estricto deber de obediencia a los órganos que estén conociendo del asunto objeto de la investigación⁵³.

4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

4.1. *Las consecuencias disciplinarias: la diversidad de soluciones normativas según el Cuerpo de policía de que se trate*

A) En el Cuerpo Nacional de Policía

El artículo 27.3.d) de la LOFCS tipifica como falta muy grave «la insubordinación individual o colectiva, respecto de las Autoridades o Mandos de que dependan, así como la desobediencia a las legítimas instrucciones dadas por aquéllos». Precepto que es aplicable a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y a los de los cuerpos de las Policías Locales, ya que éstos están sujetos al régimen disciplinario previsto en la LOFCS expresamente para aquéllos. Dado que funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía integrarán normalmente las Unidades de Policía Judicial, hay que entender que, en caso de desobediencia a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal, los miembros de las Unidades incurrirán en el mismo tipo de falta⁵⁴. En cualquier caso,

⁵³ Esa intensísima vinculación funcional de la policía judicial específica con los órganos titulares de la función jurisdiccional y con el Ministerio Fiscal es la que justifica que cuando aquélla desempeña cometidos bajo la dirección de Jueces y Magistrados en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente corresponden a éstos o bajo la del Ministerio Fiscal en el curso de una actuación procesal, la responsabilidad por los daños causados por las Unidades Orgánicas de Policía Judicial deba reconducirse a la del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La cuestión, empero, es polémica y suscita algunas dificultades de cierta importancia. Vid. BARCELONA LLOP: *Policía de seguridad y responsabilidad patrimonial*, cit.

⁵⁴ No obstante lo cual hay que indicar que el artículo 27.3.d) LOFCS no parece estar pensando en esta hipótesis, pero parece que otra solución distinta habría de carecer de todo funda-

queda siempre abierta la vía penal en los términos que se expondrán en su momento.

Retomando lo indicado más atrás, cabe entender que la insubordinación es algo distinto de la desobediencia jerárquica, no es un tipo agravado de ésta sino una conducta diferente que se plasma en comportamientos atentatorios a la línea jerárquica de mando y a la disciplina pero que no implican desobediencia en sentido estricto⁵⁵. La dificultad en este punto estriba en precisar qué conductas son constitutivas de la falta muy grave de insubordinación individual o colectiva puesto que en ninguna parte se establecen criterios sustantivos al respecto. La LOFCS no indica nada sobre el particular y el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por RD 884/1989, de 14 de junio, tampoco ofrece demasiadas pistas salvo la tipificación en su artículo 7.1 de «la grave desconsideración con los superiores (...), en especial las ofensas verbales o físicas», que se considera falta grave. ¿Es éste el tipo disciplinario básico de insubordinación? De optarse por la afirmativa, habría que entender que la falta muy grave de insubordinación individual o colectiva merece tal calificativo cuando la desconsideración con los superiores, mediando especialmente amenazas verbales o físicas, presenta una especial trascendencia para el adecuado desempeño de las funciones policiales. Cuestión que, a la postre, remite a las circunstancias concretas de cada caso⁵⁶.

Por lo que se refiere a la desobediencia jerárquica, su tipificación como falta muy grave no deja lugar a dudas; y, precisamente por eso, el ordenamiento peca de una cierta rigidez porque, en última instancia, hay que reparar en la incidencia negativa que la conducta desobediente tiene sobre el cumplimiento de las misiones policiales, en qué medida o grado la desobediencia afecta a la óptima protección de los derechos y libertades de los ciudadanos o a la mejor garantía de la seguridad ciudadana. El legislador debiera haber tenido en cuenta el aspecto instrumental de la jerarquía y del correlativo deber de obedien-

mento. Recuérdese, además, que quien sanciona disciplinariamente a los integrantes de las Unidades de Policía Judicial son los mandos policiales naturales, por lo que es del todo lógico que la tipificación de las conductas y la previsión de las sanciones sea la misma.

⁵⁵ Se rectifican aquí las opiniones vertidas con anterioridad por el autor en *Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales*, cit., p. 58, donde se afirma que «la insubordinación constituye una conducta especialmente grave, una forma agravada de la desobediencia jerárquica».

⁵⁶ Se ha de tener en cuenta que el CP común tampoco ofrece dato alguno que permita identificar el contenido sustantivo de la insubordinación. Es por ello por lo que, posiblemente, y a los limitados efectos de la identificación de las conductas, haya que acudir de nuevo al Código Penal Militar en el que, se ha indicado ya, la insubordinación abraza al insulto al superior (maltrato de obra y coacciones, amenazas o injurias) y a la desobediencia. En el ámbito policial, la insubordinación no comprende la desobediencia porque aparecen claramente diferenciadas en la LOFCS, si bien tipificadas ambas en el mismo precepto y calificadas las dos conductas como constitutivas de falta muy grave.

cia. Al no haberlo hecho así, no es extraño que el artículo 7.3 del citado RD 884/1989 tipifique como falta grave «la negativa a realizar servicios en los casos en que lo ordenen expresamente los superiores jerárquicos o responsables del servicio, por imponerle necesidades de urgente e inaplazable cumplimiento, siempre que posteriormente se hubiesen ejecutado, salvo que las órdenes sean manifiestamente ilegales». A la inversa que en la parábola, la autoridad policial puede sancionar disciplinariamente a quien ejecuta un servicio ordenado a pesar de una negativa inicial; y repárese en que la falta es grave, por lo que las consecuencias sancionatorias pueden tener una entidad muy importante. El contraste con la misma hipótesis en el caso del delito de desobediencia (art. 369 del CP) es, en este punto, altamente significativo⁵⁷.

Si se conviene en que, a pesar de su indudable importancia, la jerarquía no es un valor en sí misma sino algo que está en función de la prestación del servicio en óptimas condiciones con los mejores resultados, habrá también que convenir en que la rigidez de que hacen gala el legislador y el autor del RD 884/1989 no tiene demasiada justificación a menos que responda a una noción sublimada, inconveniente y trasnochada de la jerarquía en el ámbito policial. Lo más adecuado hubiera sido proporcionar criterios de calificación de la falta de desobediencia jerárquica en función del quebranto que la misma ocasiona sobre el desempeño de los cometidos del Cuerpo, estableciendo en consecuencia una gradación de la desobediencia que, en unos casos podría dar lugar a la comisión de una falta muy grave, en otros grave y, en fin, en otros incluso leve, que esta hipótesis no tiene por qué ser desdeñada. Tan sólo el artículo 8.10 del RD 884/1989 contiene alguna previsión al respecto permitiendo que, en función de determinados criterios, los contenidos en el artículo 13 para la determinación de las sanciones y su graduación, una falta grave pueda calificarse como leve. Pero ello no es suficiente porque afecta sólo al tipo de la desobediencia inicial seguida de la ejecución de la orden, dado que otra desobediencia es calificada como falta muy grave, según nos consta.

Empero, quizá la rigidez del régimen disciplinario policial en este punto pueda ser parcialmente paliada a través de la graduación de las sanciones y partiendo de la consideración de que en el vasto campo de las sanciones administrativas rige indudablemente el principio de proporcionalidad, con la importante consecuencia de ser posible la re-

⁵⁷ Dado que se estima que a pesar de la inicial negativa a cumplir la orden si acto seguido se lleva a efecto sin que medien nuevas circunstancias lo que se pone de manifiesto «es que esa negativa no era tal, sino que era una negativa que no expresaba la verdadera voluntad del sujeto respecto del cumplimiento de la orden, lo cual se ha puesto de relieve por un hecho concluyente cual es la ejecución del mandato. Es decir, no es que el cumplimiento de la orden aparezca como causa que excluya la tipicidad, sino que la ejecución del mandato pone de relieve la verdadera voluntad del sujeto más allá de la mera apariencia». Así, ALVAREZ GARCIA: *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, Bosch, 1977, p. 161.

ducción jurisdiccional de una sanción en caso de que dicho principio sea infringido por la autoridad administrativa sancionadora en un caso concreto⁵⁸. En efecto, el artículo 13 del RD 884/1989 establece algunos criterios conforme a los cuales la Administración deberá determinar la sanción aplicable y su graduación, lo que es muy importante supuesto el margen apreciativo que es común a todo órgano sancionador en la elección de la sanción correspondiente y la graduación de la misma⁵⁹. Pues bien, entre esos criterios se encuentra el de la perturbación que las faltas puedan producir en el normal funcionamiento de la Administración y de los servicios policiales. Se abre aquí, entonces, una importante veta que, indudablemente, puede contribuir a racionalizar el sistema y a ubicar a las faltas contra la jerarquía en el lugar que propiamente les corresponde en función de la incidencia de las mismas sobre el servicio, aspecto éste que es, se insiste, el que preponderantemente hay que tener en cuenta a la hora de determinar y graduar la sanción ya que no es posible hacerlo con la conducta en el momento mismo de la calificación del ilícito. De momento, más lejos parece que no se puede llegar con los textos normativos en la mano, si bien una aplicación de los mismos ajustada a la realidad de las cosas puede conducir a soluciones del tenor de la ya señalada más atrás al concluir la referencia al servicio permanente, eliminándose, en consecuencia, la sanción disciplinaria misma. Pero hay que tener en cuenta que razonamientos de este tipo deben administrarse con mucha prudencia ya que lo que está en juego es la eficacia del servicio policial, con todo lo que de ahí, se comprende fácilmente, deriva.

Por otro lado, a la graduación de las sanciones en el sentido expuesto no cabe oponer la circunstancia de que en el propio artículo 13 se incluya, entre los criterios determinantes de la sanción y de su graduación, el del «quebrantamiento [que la falta] pueda suponer de los

⁵⁸ Sobre el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas, *vid.* TORNOS MAS: «Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *REDA*, 7, 1975, pp. 612-614; más recientemente REBOLLO PUIG: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, MAP, 1989, pp. 739 y ss., así como BARCELONA LLOP: «Las infracciones y sanciones administrativas en la Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Algunos aspectos problemáticos», en el volumen *Seguridad ciudadana*, Madrid, Ed. Trotta/Federación de Juristas Progresistas, 1993, 145 sigs. (junto al trabajo citado integran la obra, prologada por C. MOVILLA ALVAREZ, otros dos de J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, sobre la inviolabilidad domiciliaria, y de G. PORTILLA CONTRERAS, sobre la libertad personal).

⁵⁹ Margen apreciativo que alguna jurisprudencia rechaza frontalmente que tenga algo que ver con la discrecionalidad en sentido propio (SS de 23 de enero de 1989, Azdi. 421, y 31 de octubre de 1990, Azdi. 885). Se da la circunstancia de que en ambas es ponente el Magistrado Delgado Barrio, quien da cuenta de la primera en «Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho», en los *Estudios García de Enterría*, cit., vol. III, pp. 2344-2345. No obstante, parece que la jurisprudencia mayoritaria se inclina más por considerar que en este campo existe una cierta discrecionalidad si bien exigiendo que la potestad se ejercite conforme al principio de proporcionalidad.

principios de disciplina y jerarquía propios del Cuerpo Nacional de Policía». Y no puede oponerse esta circunstancia porque en las faltas que se vienen contemplando la infracción de la jerarquía y de la disciplina es el elemento central mismo del tipo y, en consecuencia, no puede ser utilizada la jerarquía en la tipificación de la conducta y, a la vez, en la determinación y graduación de la sanción a imponer. De ahí que, en lo que nos interesa ahora, lo que haya que tener en cuenta sea la incidencia del ilícito en el eficaz funcionamiento del servicio.

B) Tres ejemplos extraídos de la legislación autonómica sobre fuerzas de policía

La remisión que realiza la LOFCS en sus Disposiciones Finales 1.ª, 2.ª y 3.ª a los Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña y a la LO de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y a sus respectivas normas de desarrollo, introduce, en el punto que nos viene ocupando, alguna disparidad en las soluciones que es preciso tener en cuenta. Veámoslas sucintamente.

a) La normativa sobre la policía del País Vasco

Inicialmente, el régimen jurídico de la policía vasca, al margen por supuesto de las referencias estatutarias, se ha contenido en el Acuerdo de la Junta de Seguridad del País Vasco, de 15 de junio de 1982 (BOPV de 21 de mayo de 1983), por el que se aprobó el Reglamento de la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco⁶⁰, y en el que se establecía, artículo 6, el deber de obediencia jerárquica⁶¹ para tipificar después, en el artículo 151.5, el no cumplimiento de las órdenes relativas al servicio junto al abandono o inasistencia al mismo, conductas todas ellas calificadas de faltas muy graves. El artículo 152.6 tipificaba como falta grave determinados comportamientos, como manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisio-

⁶⁰ Ninguna duda cabe de que tan sorprendente instrumento normativo, si es que lo es, carece del rango suficiente para regular, en los términos que lo hace, el régimen jurídico de la policía vasca sin que la habilitación estatutaria (Transitoria 4.ª EAPV) parezca suficiente en este punto. *Vid.* sobre el citado Reglamento CASTELLS ARTECHE: *La policía autónoma*, Oñati, HAAE/IVAP, 1988, pp. 90-93, concluyendo no obstante con que «al menos, sin entrar en mayor bagaje crítico, el nuevo instituto policial cuenta con una reglamentación que permite su encuadramiento jurídico, lo que no es poco».

⁶¹ «Los miembros de la Policía Autónoma deberán ejecutar las órdenes y decisiones de su superior jerárquico, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales. Sin embargo, se abstendrán de cumplir un mandato que constituya clara, manifiesta y terminantemente infracción de las leyes o constituya delito.»

nes de los superiores, también conectados con las ideas de jerarquía y disciplina. Y poco más. Nada se decía de la graduación de las sanciones ni tampoco, por supuesto, de que la desobediencia jerárquica pudiera constituir en ciertos casos una falta distinta a muy grave.

Con posterioridad, el Anteproyecto de Ley de la Policía Vasca de 17 de abril de 1990 introdujo una importante precisión al indicar que cometerían falta muy grave los funcionarios de la policía del País Vasco que incurrieran en las siguientes conductas: «la insubordinación individual o colectiva respecto de las autoridades o mandos, así como la desobediencia a las órdenes e instrucciones dadas por aquéllos cuando perjudique notablemente el desarrollo de la labor policial». Esta última precisión tenía notable importancia porque daba entrada, bien se comprende, al funcionamiento del servicio en cuanto criterio determinante de la entidad gravosa de la conducta; pero, desgraciadamente, se ha descolgado del texto ulteriormente aprobado y, en la actualidad, las soluciones son completamente distintas.

En efecto, el artículo 92.f) de la Ley de 17 de julio de 1992, de la Policía Vasca (BOPV de 11 de agosto) tipifica como falta muy grave, *tout court*, «la insubordinación individual o colectiva respecto de las autoridades o mandos, así como la desobediencia a las órdenes e instrucciones legítimamente dadas por aquellos». Se ha perdido una preciosa oportunidad para racionalizar el sistema y sólo queda el recurso de acudir a los criterios de graduación de las sanciones entre los que de nuevo aparece el de la perturbación que la falta pueda ocasionar en el normal funcionamiento de la Administración y de los servicios policiales.

b) La legislación catalana sobre policías locales.

La Ley del Parlamento de Cataluña 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales, reitera prácticamente lo dispuesto en la LOFCS en orden a la infracción del deber de obediencia jerárquica y a la insubordinación en su artículo 48.b); es, en efecto, falta muy grave «la insubordinación individual o colectiva para con las autoridades o los mandos de quien se depende, así como la desobediencia de las instrucciones legítimas dadas por éstos». No obstante, en el artículo 49.a) se tipifica como falta grave «la desobediencia a los superiores en el desempeño de las funciones y el incumplimiento de las órdenes recibidas». Parece, pues, que hay una superposición entre uno y otro precepto en lo que se refiere a la desobediencia jerárquica, sin que la Ley catalana aporte indicador alguno que permita averiguar cuándo la infracción de la jerarquía constituye falta grave y cuándo muy grave. Sin embargo, y atendiendo a las reglas de graduación de las sanciones, pa-

rece que las mismas también podrán utilizarse en caso de superposición de tipos, pudiéndose tener entonces en cuenta para calificar la infracción el criterio del grado de la perturbación del servicio.

- c) La Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía Navarra.

La Ley Foral sobre Cuerpos de Policía diferencia, con mejor sentido que la LOFCS, entre «manifiesta insubordinación individual o colectiva» [art. 54.b)] y desobediencia jerárquica. La primera es falta muy grave, mientras que la segunda, tipificada en el artículo 53.e) como «incumplimiento de las órdenes recibidas, por escrito o verbalmente, de los superiores jerárquicos en las materias propias del servicio», es falta grave. También lo es, apartado o), «negarse a realizar servicios que, por urgencia o inaplazable necesidad, ordenen expresamente los superiores, aunque normalmente no correspondiere su realización». Como se aprecia, no se contempla en esta última previsión la hipótesis de la ejecución de las órdenes tras la negativa inicial, como sí se hace en el RD 884/1989.

- C) Las consecuencias de la desobediencia jerárquica en la Guardia Civil

El carácter de instituto armado de naturaleza militar que ostenta la Guardia Civil⁶² tiene importantes derivaciones de régimen jurídico entre las que se encuentra, en virtud del artículo 15.1 de la LOFCS, la sumisión de los miembros del Cuerpo a un régimen disciplinario específico, régimen que hoy se encuentra regulado en la LO 11/1991, de 17 de julio. A tenor del artículo 8 de la misma, dos son las faltas graves que guardan conexión con los principios de jerarquía y subordinación: la negligencia en el cumplimiento de una orden recibida, causando grave daño al servicio y la falta de subordinación cuando no constituya delito. No aparece mención directa alguna a la desobediencia jerárquica, sino a la falta de subordinación; ¿quiere esto decir que la desobediencia jerárquica carece de reflejo en la normativa disciplinaria de la Guardia Civil?

Siendo como es un Cuerpo de naturaleza militar, carece del más mínimo sentido suponer que en su seno la obediencia jerárquica no adquiere un papel preponderante; el mismo que la misma tiene cuando se habla de las fuerzas armadas, aunque ahora se trate de una organi-

⁶² De cuya crítica se prescinde en este lugar por no ser necesaria a los efectos.

zación policial. Y si paramos mientes en el régimen disciplinario de las fuerzas armadas, regulado en la LO 12/1985, de 27 de noviembre, se observa que en el artículo 9.16 se considera también falta grave la de subordinación, cuando no constituya delito.

En ambos textos legislativos se dice que la falta de subordinación es grave cuando no constituya delito; y ambos textos están remitiéndose a estos efectos al Código Penal Militar⁶³. Y en éste la insubordinación incluye tanto al insulto a superior (maltrato de obra, coacciones, injurias o amenazas) como la desobediencia. El tipo es, en consecuencia, el mismo: la falta de subordinación prevista en la LO 11/1991 alude también a la desobediencia jerárquica; por eso no se hace mención expresa a ella, porque es innecesario por remitir, en suma, a los conceptos del Derecho penal militar.

Y repárese en que la desobediencia jerárquica es, en la Guardia Civil, una falta grave; en cambio, en el Cuerpo Nacional de Policía y en los de las Policías Locales es falta muy grave. El contraste es notable sobre todo teniendo en cuenta que los funcionarios del primer Cuerpo son militares y los de los segundos no. Pero ahí no acaba todo: cuando se analice más adelante la articulación entre sanciones penales y administrativas habrá lugar todavía para mayores sorpresas.

Por último, el artículo 9.8 de la misma LO 11/1991 tipifica, y esta vez como falta muy grave, «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la institución que no constituyan delito». Realmente, no se puede afirmar que, en puridad, este artículo 9.8 contenga referencia alguna a la desobediencia jerárquica, pero su amplitud no permite descartarlo del todo. El interrogante a resolver es, en caso de afirmativa, cuándo se estará ante una falta grave de insubordinación —que incluye la desobediencia jerárquica— y cuándo ante una conducta gravemente contraria a la disciplina que no es delito pero sí falta muy grave.

4.2. *La obediencia debida en el artículo 5.1.d) LOFCS. La aplicación de los criterios del Derecho penal*

El CP común tipifica en su artículo 369 el delito de desobediencia «de los funcionarios judiciales y administrativos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su res-

⁶³ Es preciso en este punto indicar que si bien el Código Penal Militar no parece, en principio, incluir en su ámbito de aplicación a la Guardia Civil, la lectura combinada del mismo con la de la Ley 17/1989, de 19 de julio del Régimen del Personal Militar Profesional, conduce exactamente a la solución contraria. *Vid.* sobre el argumento BARCELONA LLOP: *Sobre las funciones y organización*, cit., pp. 21-22.

pectiva competencia y revestidas de las formalidades legales», estableciendo la pena de inhabilitación especial y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. A renglón seguido, los párrafos segundo y tercero del mismo precepto determinan que «no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley», ni tampoco aquellos «funcionarios públicos que no den cumplimiento a un mandato en el que se infrinja manifiesta y terminantemente cualquiera otra disposición general».

Es decir, la desobediencia jerárquica implica la comisión de un hecho delictivo a menos que la orden lleve aparejada una infracción manifiesta y terminante del ordenamiento jurídico. Lo que significa que se presupone que el funcionario no debe obedecer cuando la orden es manifiesta y terminantemente antijurídica. En otro caso, es decir cuando la orden no parece manifiesta y terminantemente contraria a Derecho, si el funcionario desobedece incurrirá en responsabilidad criminal⁶⁴; y si obedece y de ahí deriva la ejecución de actos típicos, vendrá cubierto por la causa de justificación del artículo 8.12 que exime de responsabilidad penal al que obrare en virtud de obediencia debida. De ahí deriva, indudablemente, un deber de examen: el funcionario, y concretamente el funcionario de policía, tiene la obligación de calibrar si la orden es o no antijurídica y actuar en consecuencia.

Lo mismo se aprecia en el artículo 5.1.d) de la LOFCS: el funcionario de policía está obligado a obedecer a sus superiores jerárquicos y, consecuentemente, su responsabilidad queda cubierta por el deber de obediencia. No obstante, indica el precepto, «en ningún caso la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a las leyes». De la infracción de los principios de jerarquía y subordinación,

⁶⁴ Se plantea en este punto, como es obvio, el problema de qué se entiende por los conceptos de *manifiesta* y *terminantemente*, cuestión que la doctrina ha resuelto del siguiente modo: se trataría, según Álvarez García, de «contar con los conocimientos especiales que pudiera tener el sujeto en el momento de desarrollar la acción. Esto no significa prescindir absolutamente de la limitación que implica la exigencia de que la infracción sea manifiesta, sino tener en cuenta cómo habría aparecido la infracción ante el "funcionario medio" si éste hubiera tenido los conocimientos especiales que poseía el agente. Efectivamente, cuando se habla de conocimiento *ex ante* los datos que deben ser abarcados se refieren no sólo al conocimiento empírico que pudiera tener un observador medio, sino también el saber propio del autor. Es decir, como indica Mir Puig, "... deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (*ex ante*), con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquellos que hubiera tenido el observador (*pronóstico posterior-objetivo*)..." Si no se tuvieran en cuenta los conocimientos especiales con que contara el autor, sigue Álvarez García, significaría que no se está situando al "funcionario medio" en la misma circunstancia que el autor en el momento previo a la realización del acto punible», afirmando a renglón seguido que «si aun con los conocimientos especiales de que disponga el autor, la orden no se revela como manifiestamente ilegal, perdurará la obligación de ejecutarla». ALVAREZ GARCÍA: *op. cit.*, p. 283.

deriva, lógicamente, el nacimiento de la responsabilidad personal del funcionario que, es claro, podrá ser penal o disciplinaria en los amplios términos del artículo 5.6 de la LOFCS⁶⁵, y como el artículo 5.1.d) no suministra pauta interpretativa alguna en orden al alcance y excepciones de la obediencia debida, quizá resulte de cierta utilidad exponer sucintamente los criterios jurisprudenciales vigentes en orden a la apreciación de la eximente de obediencia debida por cuanto pueden marcar el camino de su correlativa disciplinaria. No en vano es doctrina asumida que los principios y criterios del ordenamiento penal son aplicables, en la medida de lo posible, al derecho sancionador administrativo; y aunque este argumento se ha formulado pensando en otras cosas, ningún obstáculo serio se opone a la toma en consideración de las reglas penales sobre la obediencia debida a los efectos indicados. Unos ejemplos de jurisprudencia serán suficientes⁶⁶.

i) La Sentencia de 22 de abril de 1983 (Azdi. 2300), caso *intentiona golpista de la noche del 23 de febrero de 1981*, tuvo que afrontar el alegato, esgrimido por el entonces Teniente General Jaime Miláns del Bosch, de la obediencia debida que, según el recurrente en casación, lo había sido a la Corona. Al hilo de la cuestión, tan delicada en medio de un asunto tan turbio⁶⁷, el TS expone con detalle la doctrina sobre la obediencia debida haciéndose eco de los debates en torno a su naturaleza jurídica⁶⁸ y, apoyándose en un cuerpo jurisprudencial a veces centenario, precisa lo siguiente:

La apreciación de la eximente requiere: a) una orden, que no mera indicación, emanada de una autoridad superior; b) que la orden se encuentre dentro de los límites de la competencia de quien ordena;

⁶⁵ A tenor de este precepto, los funcionarios de policía «son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rigen su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por los mismos».

⁶⁶ Para un detenido análisis dogmático de la causa de justificación contenida en el artículo 8.12 CP, véase QUERALT JIMÉNEZ: *La obediencia debida en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1986.

⁶⁷ El propio TS no se recata en afirmar que el pretendido «impulso regio» no pasó de «hábil alegato enmascarador, invocado por los sublevados (...) afirmando mendazmente que obedecían órdenes Reales, órdenes de las que no existe rastro, huella, atisbo o asomo en el relato fáctico de la resolución (del CSJM) impugnada». Dicho sea incidentalmente, las consecuencias jurisprudenciales de la *intentiona golpista* no quedaron ceñidas a la jurisdicción penal; también el TC tuvo abundante trabajo. Véase, si no, L. MARTÍN-RETORTILLO: *El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, estudio quizá no muy conocido y que ha sido también publicado en el volumen, dirigido por el propio L. MARTÍN-RETORTILLO: *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1985, pp. 217 y ss.

⁶⁸ Es decir, si se trata de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad; los debates doctrinales sobre el particular quedan ampliamente reflejados en QUERALT JIMÉNEZ: *op. cit.*, pp. 309 y ss.

c) que esté revestida de la formalidades legales. A estos requisitos, que el TS toma de las Sentencias de 16 de agosto de 1936 y 18 de diciembre de 1957, una línea jurisprudencial más reciente añade lo siguiente: la orden delictiva no vincula al inferior, siendo en todo caso indispensable:

«1) subordinación del que obedece respecto al que manda; 2) que tal subordinación sea ordenada o reconocida por la ley; 3) mandato legítimo; 4) que dicho mandato emane desde el campo de las atribuciones del que lo ha dado, y, 5) que no haya obligación en el subordinado de examinar si dicha orden es justa o injusta».

ii) La STS de 16 de mayo de 1983 (Azdi. 2710), recaída en el tristemente célebre *caso Almería*, resuelve los recursos de casación interpuestos por la acusación particular y por los condenados en instancia —un Teniente Coronel, un Teniente Ayudante y un Guardia, todos ellos miembros de la Benemérita— como autores de tres delitos de homicidio del artículo 407 del CP, con apreciación de las eximentes incompletas de obrar en cumplimiento de un deber en el primero y de obediencia debida en los otros dos. En su recurso de casación los últimos consideraron que debió de apreciarse la eximente completa en virtud del «error invencible o creencia plena de que la orden recibida del superior no podían dejar de cumplirla desde su posición de clara subordinación». La acusación particular, en cambio, instó el rechazo de la apreciación de la eximente siquiera fuera incompleta.

El TS comienza por rebatir los argumentos de la acusación particular: si la conducta del Teniente Coronel que mandaba el servicio generó una responsabilidad penal atenuada a consecuencia de la apreciación de la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber⁶⁹, no puede sostenerse la culpabilidad plena de los otros dos acusados que acataron la orden y se condujeron de igual modo que lo hizo su superior jerárquico. Y respecto de éstos, la Sentencia afirma que ni siquiera en el ámbito militar —y recuérdese que se trataba de la Guardia Civil— el deber de obediencia es absoluto; así lo precisaba ya el entonces vigente Código de Justicia Militar de 1945 (art. 185.12) al permitir que el tribunal tomara en consideración la eximente según las circunstancias de cada caso y teniendo presente si, tratándose de un hecho penado en el Código, se prestó obediencia con malicia o sin ella.

⁶⁹ Una crítica a la apreciación de la eximente incompleta de obrar en cumplimiento de un deber en esta sentencia desde el punto de vista del empleo de la violencia policial y el principio de proporcionalidad puede verse en BARCELONA LLOP: «El uso de las armas de fuego por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad: una aproximación jurídica», *RAP*, 113, 1987, pp. 115-116, luego en *Régimen jurídico*, cit., pp. 293-294.

Los procesados, dice el TS, no desconocían esta circunstancia, por lo que adujeron en su descargo el error sobre la licitud de la orden de disparar sobre los detenidos por creerla, de buena fe, legítima. Pero, continúa el TS,

«tal posición resulta insostenible porque los recurrentes, que siguieron en todo momento y circunstancias los avatares de este suceso, estaban en condiciones de comprender la manifiesta anti-juridicidad de la orden, al interpretarla en el sentido de acción con propósito homicida contra unos sujetos cuyas posibilidades de fuga no pasaban de la pura entelequia, y esta notoriedad, como en los supuestos de delito atroz —*atrocitatem facinoris*— del Derecho histórico, liberaba a los subordinados del deber de obediencia, sin que pudieran escudarse en la inexigibilidad de otra conducta porque la orden de fuego es la voz de mando para disparar, y pudieron hacerlo con estricta finalidad intimidatoria o dirigiendo el tiro hacia otras zonas del automóvil»

en el que pretendidamente huían las víctimas de la acción policial. No habiéndolo hecho así,

«no existió el error invencible que se invoca para justificar la exculpación, sino un exceso en la obediencia de carácter doloso, surgido al asumir el evidente, manifiesto y notorio exceso del superior, o en el caso de estimar que la orden de fuego era simplemente orden de disparar, no de disparar a matar, el exceso resultaría de haber interpuesto medios productores de un resultado superior a aquel que el cumplimiento de la orden llevaba consigo».

iii) La Sentencia de 25 de febrero de 1986 (Azdi. 903) resuelve el recurso de casación interpuesto por dos súbditos libaneses condenados por los delitos de asesinato en grado de frustración perpetrado en la persona de un funcionario de la Embajada libia en Madrid, pertenencia a banda armada, tenencia ilícita de armas y daños. Los condenados adujeron que debió apreciarse la eximente de obediencia debida dada su pertenencia a una organización militar, beligerante en guerra contra la República Popular de Libia, por lo que existía autoridad legítima para ordenar la muerte del enemigo, constando además una orden en tal sentido.

El Supremo descarta por completo la hipótesis y, con abundante cita de jurisprudencia, hilvana importantes argumentos de carácter general sobre la cuestión:

«olvida el motivo [del recurso de casación por infracción de ley], al razonar así que aunque existiera relación jerárquica entre los recurrentes y el que despacha la orden, es esencial para estimar la obediencia debida que el mandato sea legítimo —Sentencias de 22 de octubre de 1958, 11 de marzo del mismo año, 22 de octubre de 1964 y 27 de enero de 1973— que obligue legítimamente —23 de mayo de 1969—, por lo que al subordinado corresponde el deber siempre de examinar si la orden que recibe es justa o injusta —Sentencia de 23 de junio de 1973—, ya que al subordinado no puede exigírsele un acatamiento ciego a toda orden que reciba del superior —Sentencia de 22 de mayo de 1974— porque si la orden es injusta, no vincula al subordinado —Sentencia de 30 de abril de 1976— el mandato no puede constituir un *atrocitatem facinoris*, aun en el campo de lo militar, porque en este caso el subordinado queda exonerado de obedecer. Tendencia recogida en el artículo 21 de nuestro Código de Justicia Militar de 9 de diciembre de 1985, cuando afirma que no se estimará ni como atenuante ni como eximente la obediencia debida cuando la orden entrañe ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes, usos de guerra o constituyan delitos, en particular contra la Constitución que consagra el derecho a la vida. Y como el mandato de cometer un asesinato, aunque exista una vinculación jerárquica, es una monstruosidad humana y jurídica, es claro que el motivo por falta de fundamento debe decaer».

iv) Para cerrar ya este repaso jurisprudencial, detengámonos con cierto detalle en la Sentencia de 20 de noviembre de 1989 (Azdi. 8683), dictada a consecuencia del recurso de casación interpuesto por dos funcionarios de la Policía Local de Valls (Tarragona) condenados por un delito de violación de domicilio. Uno de los procesados alegó que no se había estimado la eximente de obediencia debida. El caso, pues, no puede ser más idóneo para lo que aquí interesa, máxime cuando la Sentencia es tan clara como puntillosa en sus argumentos.

El Tribunal comienza recordando la doctrina general sobre el particular. La apreciación de la eximente requiere, en primer lugar, un requisito objetivo,

«una orden dada en el ámbito de una relación jerárquica que el subordinado debe obedecer porque, al menos en apariencia, es lícita, ya que se refiere a materia propia de la competencia del superior y cumple las formalidades habituales en esa clase de mandatos. Cuando el superior en el cometido de las funciones propias del cargo dicta una orden con las formalidades propias del

caso, el inferior debe cumplirla, pues en caso contrario puede incurrir en delito de desobediencia del artículo 369»

del Código Penal. Sin embargo, el párrafo segundo del precepto determina que no existirá responsabilidad por desobediencia cuando el funcionario no acate una orden que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de una ley. De ahí deduce el TS lo siguiente:

«Normalmente, cuando la orden sea constitutiva de delito, existe esa infracción patente de la Ley, no habrá deber de obedecer y, por tanto, no podrá operar esta eximente. Pero puede ocurrir en ciertos delitos que no exista esa claridad en cuanto a la licitud del mandato. Puede suceder que al respecto la cuestión sea dudosa y que en ese caso el funcionario subordinado no tenga que examinar el posible contenido delictivo de la orden recibida precisamente por la relación de jerarquía existente.

Este es el campo de actuación de la obediencia debida del número 12 del artículo 8 del Código Penal como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Cuando la orden recibida, cuyo cumplimiento origina la comisión de una infracción penal, no es clara y manifiestamente ilícita, y el subordinado, que la ha recibido en el ámbito y con las formalidades propias de la relación funcional, cree que es legal y en tal creencia la cumple, queda exento de responsabilidad criminal por haber obrado en virtud de obediencia debida, siempre que este error pueda ser calificado de invencible según las circunstancias del caso.»

Esto es, se tiene en cuenta también un elemento subjetivo: el de haber obrado con el error invencible de que la orden recibida era lícita. ¿Cómo aplica este criterio el TS al caso resuelto por la Sentencia de 20 de noviembre de 1989? Los hechos que dieron lugar a la condena de los funcionarios son el elemento fundamental sobre el que el razonamiento del Supremo va a apoyarse. Veámoslos.

La Policía Local de Valls detuvo a una persona en el curso de las investigaciones relativas al desvalijamiento de varios automóviles, persona que les manifestó que en los hechos habían participado dos hermanos a quienes identificó. Acudiendo al domicilio de éstos una pareja de funcionarios, instaron a los ocupantes a que bajaran, lo que hicieron los buscados y su padre dejando abierta la puerta del piso. Entonces, uno de los funcionarios ordenó al otro que entrara en el domicilio y practicara un registro, a lo que se opuso rotundamente el cabeza de familia; haciendo caso omiso de tal oposición, el agente que había recibido la orden ascendió hasta el piso —donde se hallaban acostados la madre y otros hijos— y practicó un registro infructuoso.

De este relato fáctico deduce el TS que concurrieron los elementos precisos para la apreciación de la eximente de obediencia debida; el razonamiento es el siguiente:

«En el ámbito de la relación jerárquica existente entre los dos miembros de la pareja de la Policía Municipal, el superior ordenó al inferior que subiera a registrar el piso actuando en sus tareas oficiales de averiguación del delito y en forma verbal que es la propia del caso en las circunstancias concurrentes en ese momento.

Como muy bien dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio es de elemental conocimiento, y más aún en un funcionario público que, entre otras, se dedica a la misión de perseguir a los delincuentes en su calidad de miembro de la Policía Judicial en el amplio sentido a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 282 y siguientes.

Pero también es propio del conocimiento de estos funcionarios que esa inviolabilidad es un derecho limitado, y así aparece en el propio texto del artículo 18.2 de nuestra Constitución que, sin la concurrencia de consentimiento del titular y sin resolución judicial, permite la entrada en el domicilio en caso de flagrante delito (...), proceder a la detención de sus posibles autores y a registrar el lugar en que se oculten o refugien. No es éste el caso de autos, evidentemente, pero nada de particular tiene que en este punto el policía municipal, que recibió la orden de registro en el curso de una detención por unos hechos ocurridos momentos antes, así lo creyera, sin que en ese momento se le pudiera exigir otra conducta porque no se iba a poder discutir el mandato recibido a presencia de los dos hermanos posiblemente autores de la infracción perseguida y del padre de éstos, optando por obedecer.

Creyó erróneamente, pero en circunstancias que hacen valorar el error como invencible, que tenía que respetar a su superior sin ponerle reparos y así lo hizo, y por ello entiende esta Sala que debe estimarse este motivo cuarto del presente recurso de casación.»

Sin entrar en los perfiles del derecho a la inviolabilidad domiciliaria ⁷⁰ ni tampoco en los del concepto penal de error, es a destacar aquí

⁷⁰ Tema sobre el que, desde plurales perspectivas, llevan bastante tiempo ocupándose especialistas en diversas ramas jurídicas. La doctrina es muy abundante; baste aquí con la remisión a la reciente exposición de conjunto de GONZÁLEZ-TREVIJANO: *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.

que la Sentencia de 20 de noviembre de 1989 acierta a reconocer una realidad que, en el ámbito policial, es evidente. No siempre una orden aparece claramente como antijurídica, no siempre se está en condiciones de apreciar con exactitud si la orden impartida infringe o no el ordenamiento. Las circunstancias concurrentes en cada caso han de ser tenidas muy en cuenta. Y aunque aflora en este punto el importante y debatido problema de si existen o no mandatos antijurídicos vinculantes, mejor es dejarlo a la discusión de los especialistas en Derecho penal puesto que es en éste donde la cuestión adquiere su más llamativa —y compleja— sustancia ⁷¹.

Lo que importa, en suma, es retener que la obediencia debida no sirve para todo; que hay unos límites, más o menos precisos, pero los hay. Límites que en buena medida hay que entender incorporados al artículo 5.1.d) de la LOFCS que viene a imponer un deber de examen del que va a depender, en conexión con las circunstancias del caso, la responsabilidad, ahora disciplinaria, del funcionario que obedece o que no lo hace. Si se ejecuta una orden manifiestamente constitutiva de delito o contraria a la Constitución o a las leyes, el funcionario obediente es responsable, sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad de la autoridad ordenante; en caso contrario, la obediencia debida o el obrar en cumplimiento del deber impuesto por el ordenamiento de obedecer los mandatos que se presumen ajustados a Derecho exime también, como lo hace en Derecho penal, de responsabilidad, esta vez disciplinaria.

En definitiva, y al margen de las dificultades y problemas que más que enmarcar asedian la cuestión, todo se reconduce, en situaciones normales, al grado de conocimiento del funcionario, a la medida en la que éste puede razonable y objetivamente precisar si una orden es o no antijurídica. El tan traído y tan llevado tema de la formación de los policías adquiere ahora una relevancia más que señera.

Quedan por destacar sobre el particular dos cuestiones menores. La primera, que la redacción del artículo 5.1.d) de la LOFCS es, cuando menos, equívoca porque de la misma parece desprenderse que lo que queda cubierto o no por la obediencia debida es la orden y no su ejecución. Obviamente no es así; el sentido del precepto es claro aun cuando su intelección se vea enturbiada por un tenor literal poco adecuado. La segunda hace referencia a la expresión, y además con mayúscula, «las Leyes» que el precepto utiliza. En un Estado en el que

⁷¹ Vid. ampliamente, rechazando ambos autores la existencia de mandatos antijurídicos vinculantes, QUERALT JIMÉNEZ: *La obediencia*, cit., pp. 256 y ss.; ALVAREZ GARCÍA: *op. cit.*, pp. 237 y ss., sosteniendo este último que la ejecución de una orden que no es manifiestamente ilegal que comporta la comisión de algún tipo penal vendrá cubierta no por la obediencia debida sino por la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber, del deber impuesto por el ordenamiento de obedecer los mandatos que se presumen ajustados a Derecho.

la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE), discriminar la fuente normativa respecto de la que hay que contrastar el ajuste de la orden jerárquica es, cuando menos, improcedente⁷². De hecho, y en conexión con esto último, no hay que pasar por alto que el deber de examen, si bien directamente vinculado a la operatividad de la obediencia debida, guarda estrechas relaciones con lo dispuesto en otro principio básico de actuación de las fuerzas policiales. Concretamente con el primero de ellos que, de modo expreso, impone a los miembros de las fuerzas de seguridad el deber de «ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; deber que comporta no sólo la interdicción, actuaciones materiales que exceden de lo que se desprende del bloque de la legalidad, sino también que la obediencia jerárquica ha de serlo a órdenes que no se extralimiten de aquél.

4.3. *La compatibilidad entre sanciones penales y disciplinarias. La paradoja de la Guardia Civil*

Al margen de consideraciones de fondo, es un hecho que nuestro ordenamiento jurídico admite la compatibilidad entre sanción penal y administrativa cuando de las relaciones de sujeción especial se trata. Aun cuando no siempre es así (por ejemplo, art. 415.3 de la LOPJ), es paradigmático de aquella admisión el artículo 4 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, norma que, además, regula en su artículo 23 la articulación entre sanciones penales y administrativas de una forma que ha sido justamente criticada por la doctrina⁷³. Sin mengua de lo oportuno del mantenimiento de la potestad disciplinaria de la Administración, lo cierto es que la única singularidad de las sanciones en este ámbito ha de ser su compatibilidad con las penales⁷⁴, pero es preciso medir al milímetro los términos de la misma; y, de hecho, ha sido rechazada por algún autor cuando la infracción disciplinaria es también constitutiva de alguno de los delitos específicos de los funcionarios públicos⁷⁵. Y es que, efectivamente, parece que la compatibilidad entre sanciones penales y administra-

⁷² Ni siquiera lo hace el artículo 369 CP pese a sus antecedentes históricos; *vid.* ALVAREZ GARCÍA: *op. cit.*, pp. 237-256.

⁷³ *Vid.* QUINTANA LÓPEZ: «El principio *non bis in idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *REDA*, 52, 1986, p. 585.

⁷⁴ *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, *cit.*, p. 169.

⁷⁵ Así, QUINTANA LÓPEZ: *op. cit.*, pp. 593-596, siguiendo en este punto el criterio de Octavio de Toledo. *Vid.*, también, aunque más matizadamente, QUINTERO OLIVARES: «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», *RAP*, 126, 1991, pp. 290-292.

tivas por unos mismos hechos sólo tiene sentido en caso de que una y otra respondan a un fundamento diferente, como incluso ha acabado admitiendo la jurisprudencia constitucional clarificando, así, la ambigua situación en que se ha movido durante mucho tiempo la regla del *non bis in idem* en las relaciones especiales de sujeción. Para que la dualidad de sanciones, dice ahora el TC, sea constitucionalmente admisible es necesario «que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado»⁷⁶.

Admitida la compatibilidad en tales circunstancias, es criterio reconocido el de la vinculación de la Administración al planteamiento fáctico de la sentencia recaída en el proceso penal, lo que fue defendido en su día por GONZÁLEZ PÉREZ con apoyo en la experiencia francesa⁷⁷, que ha sido consagrado en términos generales por la STC 77/1983, de 3 de octubre (DÍEZ PICAZO), y que si bien no impide, en el ámbito que nos ocupa, la doble sanción en los términos vistos, presupone que el acto sancionador no ha de producirse hasta que recaiga resolución judicial. Prioridad en el tiempo, pues, de la resolución judicial penal⁷⁸.

Este criterio, que está presente sólo parcialmente en la legislación general sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos⁷⁹ es el que luce, precisamente, en la LOFCS, cuyo artículo 8.3 determina que

⁷⁶ Vid. la ya citada, en nota 44, STC 234/1991, de 10 de diciembre, relativa, como se recordará, a la doble sanción impuesta a un funcionario de policía. La penal por delito de falso testimonio y la administrativa por comisión de un delito doloso, falta tipificada en el entonces vigente Reglamento Disciplinario de la Policía Gubernativa. La no infracción del principio que prohíbe la doble sanción la fundamenta el TC en que existe un interés legítimo en sancionar disciplinariamente a un funcionario de policía condenado penalmente, habida cuenta de que el servicio policial requiere que quienes lo desempeñan no incurran en las conductas que, precisamente, tienen que perseguir o cuya sanción han de facilitar.

⁷⁷ GONZÁLEZ PÉREZ: «Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal», RAP, 47, 1972, pp. 127 y ss., con mención a la STS de 11 de marzo de 1965 que iba en la línea indicada.

⁷⁸ Por cierto que Nieto ha puesto de relieve que alguna jurisprudencia penal estima que la proscripción del doble castigo no dice nada sobre prioridades, decidiéndose la cuestión en virtud de un criterio simplemente cronológico. Al final, dice Nieto, «lo que sucede es que algunas leyes sectoriales, deseosas de evitar el conflicto, han acudido a un mecanismo procesal para impedir que se produzca la sanción administrativa antes de la penal. En otras palabras, si el efecto material del principio no implica asignación de prevalencias, el efecto procesal aludido provoca una prioridad cronológica de la sentencia penal». NIETO: «El principio *non bis in idem*», RVAP, 28, 1990, pp. 162-163.

⁷⁹ Dado que el artículo 23 del RD 33/1986, de 10 de enero, lo aplica exclusivamente en relación con los hechos constitutivos de alguno de los delitos de los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo o contra los derechos de la persona, pero no en relación con los delitos comunes. Vid., críticamente, el trabajo de QUINTANA LÓPEZ ya citado, pp. 587-592.

«La iniciación de procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme y la declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo, que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios.»

Es decir, cabe la doble sanción —penal y disciplinaria—, pero la segunda ha de aguardar a la Sentencia firme y se encuentra vinculada a la declaración de hechos probados en vía penal. Sin detenernos en las hipótesis posibles en función de si la Sentencia es absolutoria o condenatoria y, en el primero de los casos, si lo es por apreciar una causa de justificación⁸⁰, es evidente que la desobediencia jerárquica puede constituir, a la vez, un delito de desobediencia tipificado en el artículo 369 del CP y, por lo tanto, un delito específico de los funcionarios públicos. En este caso, y a la vista de la LOFCS, la doble sanción parece posible, pero no hay que olvidar la ya aludida jurisprudencia constitucional que somete la compatibilidad de la doble sanción a la existencia de fundamentos diferentes entre la penal y la administrativa. Es claro que lo que se persigue con la tipificación de la desobediencia jerárquica es coincidente en el campo penal y en el disciplinario, por lo que si el interés jurídicamente protegido es el mismo la doble sanción es improcedente.

Si en la hipótesis de la desobediencia jerárquica las cosas pueden resolverse en el sentido indicado, no ocurre lo mismo cuando se trata de la insubordinación porque, a diferencia de lo que sucede en el ámbito militar, no se conoce la tipificación del delito de insubordinación en el CP. No obstante, y si se toma la referencia conceptual del Código Penal Militar, la insubordinación puede constituir uno de los tipos de amenazas, injurias o coacciones o, incluso, de homicidio o lesiones. En estos supuestos habrá que acudir a los tipos comunes sin que, en consecuencia, sea aplicable la tesis precedentemente expuesta. Salta a la vista, en este momento, el alcance, verdaderamente inesperado, de la mención normativa autónoma al principio de subordinación y a la falta muy grave de insubordinación, configurados uno y otra como distintos del principio de jerarquía y de la falta de desobediencia jerárquica. Ni más ni menos que la compatibilidad entre san-

⁸⁰ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *op. cit.*, pp. 129-130; NIETO: *op. cit.*, pp. 164-167.

ciones penales y disciplinarias que, por lo dicho, no parece factible cuando de la infracción de la jerarquía se trata.

Dando un paso más, reparemos ahora en la legislación aplicable a la Guardia Civil, porque en ella aflora la paradoja de la que se habla en el título del presente epígrafe. Según la LO 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, es falta grave la de subordinación que no constituya delito; en cambio, en la LOFCS, la insubordinación es falta muy grave y sabemos ya que tanto ésta como la desobediencia jerárquica pueden constituir un delito. En ambos casos, por imperativo del artículo 8.3 de la LOFCS, la iniciación de un procedimiento penal no impide la incoación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, previéndose lo mismo respecto de la Guardia Civil en concreto en el artículo 3 de la LO 11/1991, donde se reitera la regla de la vinculación de la Administración a la declaración de los hechos probados en la sentencia penal firme.

Y lo anterior lleva al siguiente resultado: la insubordinación y desobediencia de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía constituye falta muy grave y nada impide la convivencia de la condena penal con la sanción administrativa en caso de insubordinación, por las razones indicadas. Si no es delito, la insubordinación —que comprende la desobediencia— de los miembros de la Guardia Civil es falta grave; ¿qué ocurre entonces cuando es delito?, ¿no hay responsabilidad disciplinaria? Todo parece indicar que, efectivamente, no hay duplicidad de sanciones. La única posibilidad de sostener lo contrario se encuentra en el artículo 9.10 de la LO 11/1991, pero no es aplicable al caso que nos ocupa⁸¹. No sólo los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, funcionarios civiles, son sancionados administrativamente por falta muy grave si se insubordinan, sino que además puede recaer sobre ellos una condena penal. En cambio, los miembros de la Guardia Civil, funcionarios militares, son sancionados si desobedecen por cometer una falta grave, lo que ciertamente puede llevar aparejada una sanción privativa de libertad de hasta tres meses, pero desde el momento en que la conducta entra en la esfera de la tipificación penal la sanción administrativa se excluye.

¿No estamos, en efecto, ante una asombrosa paradoja? ¿Es que a pesar del artículo 3 de la LO 11/1991 el *non bis in idem* rige en el ám-

⁸¹ El precepto citado dice que constituye falta muy grave «haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad o cuando la condena fuera superior a un año de prisión si hubiese sido cometida por imprudencia». Y, a pesar de las apariencias que se desprenden del propio Código Penal Militar, es indudable que los miembros de la Guardia Civil están sujetos al mismo (*vid.* BARCELONA LLOP: *Sobre las funciones y organización*, cit., pp. 21-22) y como los delitos comprendidos bajo la rúbrica de insubordinación son claramente delitos militares, es evidente que la comisión de los mismos incurre en la tipificación penal militar por lo que lo previsto en el artículo 9.10, LO 11/1991, no sería aplicable.

bito de la Guardia Civil cuando se trata de la insubordinación y no rige en el del Cuerpo Nacional de Policía? Ningún obstáculo ha de oponerse a que la duplicidad de sanciones se elimine; pero no se comprende muy bien por qué se hace en un sector tan próximo al castrense como es el de la Benemérita y no se hace lo propio en el del Cuerpo Nacional de Policía que se pretende sea íntegramente civil.

5. UN EJEMPLO DE LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA SOBRE LA RELACIÓN DE SERVICIO

No puede concluirse esta aproximación al principio de jerarquía en el seno de las fuerzas de seguridad sin reseñar que, aun cuando la jerarquía y la obediencia operan en el ámbito de la relación orgánica, también pueden influir de modo importante en aspectos propios de la de servicio. O dicho de otro modo, si se considera que dicha distinción no tiene demasiado sentido⁸², que la jerarquía y la obediencia, que se ubican en el campo de la organización, pueden tener muy importantes repercusiones en el ejercicio de ciertos derechos por parte de los miembros de la policía que quizá se vean modulados en la práctica en nombre del principio de jerarquía. Y no es una simple especulación, sino una realidad apoyada en datos objetivos.

Es conocido cómo una de las metas más ansiadas recientemente por los funcionarios de la policía española ha sido la de contar con una adecuada organización sindical. El tema surge en los primeros momentos de la transición política y, al margen de la resolución que al mismo ha dado el ordenamiento vigente⁸³, todavía pervive problemáticamente, y por razones obvias, en el seno de la Guardia Civil⁸⁴. En

⁸² Vid. la nota 36 de este mismo trabajo.

⁸³ En el que, por cierto, la policía local, pese a ser calificada, al igual que el Cuerpo Nacional de Policía, de instituto armado de naturaleza civil, goza del régimen sindical propio de la función pública civil en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.2 LOFCS que explicita para los funcionarios de policía locales lo ya previsto en el artículo 95 LRRL de 1985. A la policía local se aplica, así, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas; *vid.*, sobre el alcance de dicha aplicación, DEL REY GUANTER: *Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, MAP, 1988, p. 46. Lógicamente, esta mayor amplitud de los derechos de libertad sindical en las policías locales no excluye los conflictos; véase, si no, la STS de 10 de octubre de 1990 (Ardi. 9228).

⁸⁴ Vid. un detallado relato del fenómeno sindical hasta la fecha de su publicación en MOYA LUCENDO: *La policía y sus sindicatos*, Madrid, Fundamentos, 1982. Aproximaciones jurídicas a la cuestión pueden verse en FERNANDO PABLO: *Policía y libertad sindical*, cit., en su totalidad y antes de la LOFCS «Ejército, policía y libertad sindical», RPS, 144, 1984, pp. 137 y ss., especialmente; L. MARTÍN-RETORTILLO: *El estatuto de los policías*, cit., pp. 183 y ss.; aun con perspectivas distintas, las aportaciones de ambos autores son imprescindibles para conocer los problemas que la sindicación policial plantea.

lo que nos interesa ahora, y refiriéndonos exclusivamente al Cuerpo Nacional de Policía, hay que destacar que el artículo 19 de la LOFCS establece que, entre otros, constituyen límite al ejercicio del derecho de sindicación y la acción sindical, «en la medida en que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del artículo 5 de la esta Ley», previsión que tiene su correlato disciplinario en el artículo 7.22 del RD 884/1989. En consecuencia, los principios de jerarquía y subordinación son límites al ejercicio de los derechos sindicales en la medida en que éstos puedan vulnerarlos, lo que es razonable en abstracto pero que puede dar lugar a algunos abusos o incorrecciones en su aplicación práctica si no se considera, como debe considerarse, que aquellos principios se fundamentan en el de la eficacia del servicio, tema que hay que tener muy presente siempre y, sobre todo cuando están por medio derechos fundamentales.

Un ejemplo muy claro, y es anterior a la LOFCS pero el razonamiento sirve también para la actualidad, lo proporciona la STC 81/1983, de 10 de octubre que, en ponencia de Tomás y Valiente, analiza las vinculaciones entre jerarquía y ejercicio de los derechos sindicales y de expresión de los miembros de las fuerzas de seguridad. Los hechos que dieron lugar a la citada sentencia, como se comprende de amparo, fueron los siguientes. Un inspector del entonces existente Cuerpo Superior de Policía (recuérdese que la LOFCS lo refunde junto con el de Policía Nacional en el Cuerpo Nacional de Policía) firmó una nota, destinada a ser radiodifundida, en la que criticaba la decisión, adoptada poco antes, de trasladar a un funcionario a San Sebastián. La emisora de radio, en concreto Radio Zaragoza, suavizó algo el contenido de la nota al no difundir un párrafo en el que se hacía referencia «a la incapacidad de algunos mandos del Cuerpo Superior de Policía», pero en el resto fue leída. El firmante de la nota, cuya paternidad correspondía a la Secretaría de Prensa de la Unión Sindical de Policía de Zaragoza, era Secretario de Propaganda de la sección zaragozana del Sindicato y miembro del Comité Provincial del mismo. A consecuencia de todo ello, el inspector fue sancionado por la Dirección General de la Seguridad del Estado como autor de falta grave⁸⁵, sanción que fue confirmada por la Sala de la Audiencia Territorial de Zaragoza en Sentencia de 9 de diciembre de 1982⁸⁶, subsiguendo la

⁸⁵ Concretamente por aplicación del artículo 207.c) del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 1975, donde se tipificaba como falta grave «las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores».

⁸⁶ En la que, por cierto, y según se desprende de los antecedentes que se recogen en la STC 81/1983, se afirmó que los hechos eran también constitutivos de la falta tipificada en el apartado a) del artículo 207 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, esto es, de desobediencia o respetuosidad a autoridades o superiores.

inadmisión del recurso de apelación en virtud del artículo 94.1.a) de la LJCA.

En su demanda de amparo constitucional, el funcionario alegó, en lo que nos interesa, la vulneración del contenido esencial de sus derechos a la sindicación —que a su juicio integrarían la crítica y la defensa de los derechos de los afiliados— y a la libertad de expresión, afirmando que la sanción no le fue impuesta con motivo de su actuación profesional sino por opiniones vertidas en un escrito en cuya redacción intervino junto con otros directivos provinciales de la Unión Sindical de Policía. El Ministerio Fiscal argumentó, por contra, que el motivo de la sanción disciplinaria no fueron las manifestaciones realizadas por el funcionario, sino haberse expresado éste con «innecesaria corrección reglamentaria habida cuenta de su condición de funcionario policial», tesis en la que abundó el Abogado del Estado considerando que «la imputación a algunos mandos del Cuerpo Superior de Policía de incapacidad profesional supone una crítica desmedida e irrespetuosa, que no puede ampararse en la libertad de expresión ni en la crítica», sin que sobre dicho juicio influya en nada que tal imputación no fuera difundida radiofónicamente.

Argumentos había, como se observa, para trazar los delicados perfiles del necesario equilibrio que debe existir entre el ejercicio de ciertos derechos fundamentales y la condición de funcionario policial, tarea que el TC acomete como sigue. El razonamiento de la sentencia sobre el particular comienza con una reflexión general sobre la condición actual de los funcionarios públicos en materia de derechos sindicales y de opinión, constatando que en el momento presente dicha condición se halla mucho más próxima a la del resto de los ciudadanos que en el pasado, no obstante lo cual, dice el TC, esa suerte de equiparación ha de venir matizada por el tipo de servicio que desempeña el funcionario en cuestión y por el grado de jerarquía y disciplina interna del Cuerpo al que pertenece. Es en función de estos datos, no idénticos en todo caso ni en todo funcionario, como se podrá determinar hasta dónde llegan las restricciones de algunos derechos y libertades de los funcionarios públicos. Aplicando el criterio al caso concreto, el Alto Tribunal afirma que el principio constitucional de jerarquía (art. 103.1) se convierte en un deber de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos para los funcionarios de policía; la estructura interna del Cuerpo Superior de Policía

«y la misión que el artículo 104.1 de la CE atribuye, entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración a ese respeto debido a los

superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación (...) para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los ciudadanos que el artículo 104.1 de la CE atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entre los que se encuentra el Cuerpo Superior de Policía, y esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión de los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar actos como los que merecieron la sanción».

El argumento de fondo fue reiterado tiempo después en la STC 141/1985, de 22 de octubre (DÍEZ PICAZO) y, más específicamente en lo que se refiere al principio de jerarquía, en la STS de 13 de mayo de 1986 (Azdi. 2371) donde expresamente se afirma que la configuración jerárquica de las fuerzas de policía constituye un límite más del derecho de sindicación de sus miembros. Argumento que, tal y como ha sido expuesto, no puede aceptarse sin algunos reparos importantes.

Es indudable que el ejercicio de los derechos sindicales por parte de los funcionarios de policía responde a ciertas peculiaridades y está sujeto a ciertos límites. Hay aquí un importante debate de fondo que versa sobre si el artículo 28.1 de la CE admite o no que miembros de los cuerpos policiales civiles encuentren más restringidos sus derechos de libertad sindical que el resto de los funcionarios civiles. La doctrina se ha pronunciado por la solución contraria⁸⁷ y el propio hecho de que los integrantes de los cuerpos de policía local ejerzan sus derechos sindicales al amparo del régimen común pone de manifiesto la artificialidad del recurso al concepto de instituto armado para establecer un régimen sindical policial diferenciado. Los límites han de ser, en este punto, los mismos que en el resto de la función pública civil, sin que sea admisible ir más allá. Y entre estos límites, que son estructurales, no se encuentra el principio de jerarquía aun cuando, es evidente, alguna incidencia ha de tener en el concreto ejercicio de los derechos de libertad sindical por parte de los funcionarios policiales.

¿En qué se cifra o ha de cifrar dicha incidencia? En que si en algún supuesto una pretendida infracción de la jerarquía o de la disci-

⁸⁷ Vid. los estudios de FERNANDO PABLO citados más atrás en nota 84.

plina derivada de una actuación sindical afecta negativamente al adecuado desempeño de las misiones policiales, éstas prevalecen sobre los derechos de libertad sindical. Pero no en todo caso ni en abstracto. Es una tensión a resolver en cada caso concreto y a partir del dato elemental de que la jerarquía existe no por sí misma, sino en virtud de otros valores prevalentes, concretamente en virtud de las finalidades constitucionales de la policía. Tratándose el ejercicio de un derecho fundamental —y al que puede ser inherente una cierta actitud crítica hacia algunos comportamientos de los superiores— hay que medir con toda cautela el perjuicio real o potencial que aquél supone para la protección de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana y actuar en consecuencia. Sin que nada de ello, por supuesto, disuelva o menoscabe la necesidad de mantener la jerarquía en el interior de la función pública policial; simplemente se sostiene que, ante los derechos sindicales de los policías, debe pesar exactamente lo que le corresponde.

