

EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante
Consejero de Cuatrecasas en Alicante

Es característico que el Derecho administrativo presente o descubra ámbitos de arbitrariedad administrativa. Aunque esto no es, por tanto, privativo del régimen sancionador, lo cierto es que éste es ámbito o campo propicio para dicha arbitrariedad, porque no es descartable que los procedimientos disciplinarios se abran en el seno de las oficinas de trabajo, presentando con un halo de objetividad algo que camufla o encubre en realidad intereses personales o actitudes humanas marcadas por el subjetivismo puro. Ante esta situación es preciso estar atentos. El fin es lograr que los sancionadores no sean los sujetos que debieran ser los sancionados y que los sancionados no sean los sujetos que posiblemente son merecedores de un distintivo o condecoración por su trabajo. Es necesario, así, desarrollar este ámbito del Derecho público.

SUMARIO

1. PRESENTACIÓN.
2. EL FUNCIONARIO ANTE UNA DENUNCIA.
3. EL CARÁCTER OPCIONAL DE LA FASE DE INFORMACIÓN RESERVADA.

Santiago González-Varas Ibáñez

4. DISCUSIÓN DE ESTA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE ARMAS.
 - A. La presunción de inocencia.
 - B. ¿La igualdad de armas?
 - C. El derecho de acceso a los medios de defensa.
5. EL ABUSO DE DENUNCIA COMO CAUSA DE INADMISIBILIDAD.
6. SITUACIONES EN TORNO AL «ABUSO DE DENUNCIA».
 - A. El Derecho punitivo como *ultima ratio*.
 - B. La posible responsabilidad de la propia Administración.
 - C. Otros límites.
7. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. LA FASE DE INSTRUCCIÓN.
 - A. De la iniciación a la instrucción.
 - B. El desarrollo de la instrucción.
 - C. Las etapas de la instrucción: declaración del inculpado, pliego de cargos, pruebas y propuesta de resolución.

1. PRESENTACIÓN

Seguidamente se estudia el régimen disciplinario de los funcionarios a efectos de impulsar el desarrollo jurídico de esta materia en la cual los factores subjetivos y personales parecen jugar un papel más decisivo que los factores de Justicia y de Derecho.

Generalmente, mientras no se presenta un denunciante (a veces un testaferrero de otros) todo vale. Y, cuando se presenta una denuncia, el rigor más extremo puede manifestarse contra la persona denunciada que, de pronto, se ve envuelta en una auténtica telaraña. Los tipos de ilícito o de infracción suelen ser manipulables fácilmente mediante interpretaciones posibles. En el desarrollo de la propia tramitación del expediente sancionador seguirán determinando factores subjetivos tales como los apoyos personales del denunciado o su posible relación con grupos de presión social.

De lo que se trata es de que se abran los expedientes sancionadores que tengan que abrirse. Los incumplidores suelen quedar al margen de sanción y el peligro es que, cuando de pronto se introduce un expediente disciplinario, éste recaiga sobre un «sujeto a medida» que paga por todos, muchas veces quien menos culpa tiene. Estas injusticias deben remediarse con un mayor desarrollo jurídico de esta materia.

2. EL FUNCIONARIO ANTE UNA DENUNCIA

La denuncia es una de las formas a través de las cuales puede iniciarse un procedimiento disciplinario cuya tramitación inicial puede hacerse sin audiencia del funcionario denunciado a pesar de que dicha denuncia sea errónea o incluso falsa, ya que la denuncia puede dar lugar directamente a la iniciación del procedimiento disciplinario contra el funcionario.

Santiago González-Varas Ibáñez

El denunciante poco o nada arriesga con la denuncia, ya que no se prevé sanción alguna para el denunciante falso o temerario. Otro dato esencial que caracteriza esta fase inicial, en torno a la presentación de la denuncia, es la existencia de facultades absolutamente discrecionales en favor del órgano competente a efectos de decidir si desea o no incoar el procedimiento disciplinario. Esta discrecionalidad del «órgano competente» está comúnmente admitida ⁽¹⁾.

No se prevén, en efecto, criterios normativos que tengan que ser observados por el «órgano competente» y cuya aplicación llevara al necesario archivo de la denuncia. No puede propiamente hablarse de fase de admisibilidad de la denuncia. La *ratio legis* está en que éstas se tramiten y se abra una fase de instrucción. Ésta es la concepción tradicional presente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en adelante, LECr), o en la derogada Ley de Procedimiento Administrativo (en adelante, LPA), o en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJAP-PAC) y también en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (en adelante, RRDF).

La legislación facilita la introducción de los procedimientos disciplinarios: es significativo cómo los funcionarios del «órgano competente» no incurrirán en responsabilidad alguna con tal de dar curso a la denuncia presentada abriendo la fase sumarial, mientras que, por contrapartida, se expondrán a responsabilidad disciplinaria e incluso penal si dichos funcionarios del «órgano competente» consideran que la denuncia presentada debe ser archivada. La LECr así lo dispone expresamente en estos casos. En los procedimientos disciplinarios decretar el archivo puede encajar dentro de alguna de las infracciones tipificadas en el reglamento disciplinario 33/1986: artículo 8.e («*incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario*»), artículo 7.b («*abuso de autoridad en el ejercicio del cargo*»), artículo 13 («*encubridor*»), etc.

La propia jurisprudencia y la doctrina mantienen que ningún derecho es conculcado por la «simple» apertura de la fase de instrucción, porque nada ha de temerse con la apertura de un expediente disciplinario ya que la fase de instrucción tiene como fin esclarecer los hechos ⁽²⁾.

1. Así, la STS de 24 de septiembre de 1976.

2. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, Madrid, 1988 pp. 1223 y ss.; igualmente, F. CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, p. 403. Asimismo, SSTS de 13 de mayo de 1986, RJ 4483, y de 14 de julio de 1986, RJ 5095.

El acto que celebra la incoación del expediente es un acto de trámite que no prejuzga cuál sea la finalización del expediente, ni produce indefensión, ni es atentatorio de derecho fundamental alguno incluyendo el derecho al honor⁽³⁾ o el derecho de presunción de inocencia⁽⁴⁾ o la libertad de cátedra⁽⁵⁾.

Este marco jurídico encaja perfectamente con un contexto social en el cual la sociedad ni abusa de la denuncia como medio ordinario de resolver conflictos ni tampoco la actuación administrativa se ve tan influenciada como hoy por factores exógenos. Dentro de estos últimos no es descartable que al propio «órgano competente» le interese tramitar la denuncia en el marco de sus buenas relaciones con el colectivo denunciante, en especial en aquellos casos en los cuales dicho colectivo pueda tener alguna incidencia de tipo electoral sobre dicho «órgano competente» o sus aledaños. Dentro de estos mismos factores exógenos que facilitan la iniciación de procedimientos disciplinarios puede asimismo considerarse un posible pretendido celo especial en el cumplimiento de la ley con todo el rigor necesario, de forma mal interpretada porque el cumplimiento de la ley exige también considerar la presunción de inocencia del funcionario.

Pero lo más normal podrá ser que el procedimiento se inicie por rencillas personales, envidias o venganzas.

Así pues, las bases del sistema, en la fase de iniciación del procedimiento disciplinario, están en la discrecionalidad del órgano competente y en la irrecorribilidad del acto de incoación.

Considerando dicha discrecionalidad, cierta jurisprudencia no ha podido menos que exigir que esta fase inicial de información reservada se realice de for-

3. Cuando la sanción ha sido impuesta el TC entiende que *«es obvio que este derecho al honor (art.18 CE) no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos»* (STC 1983/50), aun cuando el honor del denunciado es un interés protegible (STS de 22 de octubre de 1974).

4. *«No se afecta ese derecho (de presunción de inocencia), en cuanto que la supeditación al expediente es una consecuencia obligada como hemos apuntado de la cualidad inherente a la persona en función de su estatus en la sociedad»* (STS de 1 de febrero de 1986, RJ 452).

5. STS de 22 de abril de 1988 RJ 3405: con la incoación de un expediente informativo *«no se atisba la pretendida perturbación de tal derecho (...) Se trata de constatar la realidad o no de los hechos denunciados»*.

Santiago González-Varas Ibáñez

ma «estricta» a efectos de evitar que un simple rumor o sospecha origine un procedimiento disciplinario ⁽⁶⁾.

El trámite inicial de información reservada no carece, pues, de importancia. Estas exigencias de actuar de forma «estricta» en esta fase inicial son razonables, ya que a las diligencias de información previas a la apertura de expediente disciplinario o información reservada no se les excluye valor probatorio, debiéndose medir su valor a la luz del principio de libre valoración de la prueba (STC 1998\56).

En este sentido, aunque la denuncia por sí sola, cualquiera que sea su autor, carece de eficacia probatoria, no obstante la ratificación del denunciante en el momento procesal oportuno puede desvirtuar esa inicial y absoluta ineficacia probatoria, *«siempre que no se vea contradicha por los resultados obtenidos por la práctica de otras pruebas celebradas en el juicio oral»*. *«La ratificación en estos casos (...) no es otra cosa que una prueba más y, en concreto, una declaración testifical»* ⁽⁷⁾.

Por su parte, la fase de instrucción, en principio apta para librarse de los cargos imputados, no está exenta de riesgos. Toda denuncia o acusación en general, conforme a su propio sentido, tenderá a presentar los hechos de la forma más adversa, y posiblemente más alambicada, para el denunciado. Deshacer estos entuertos o enredos es precisamente la misión de esta fase de instrucción. Pero es sabido que los enredos o se desenredan o sin querer se pueden hacer más complicados. Buen ejemplo de cuanto se está diciendo ofrece una STS de 18 de febrero de 2000 —RJ 2993— en la que el TS llega a estimar un recurso de revisión reconociendo que eran tales las maquinaciones fraudulentas que se llevaron a cabo en el caso enjuiciado (en el ámbito de la enseñanza universitaria) que la Sala de Instancia terminó «envuelta» por la extraordinaria habilidad de la Universidad Politécnica de Madrid, dictando una sentencia injusta (sobre los hechos puede consultarse la sentencia). Generalmente, los tipos son interpretables y las mismas conductas podrán entenderse o no subsumidas en el tipo. El mundo disciplinario, por otra parte, es idóneo para que puedan presentarse abusos o que el denunciante sea el testaferro de un poderoso. Decisivo será el apoyo que el fun-

6. STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 1993.

7. N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 309.

cionario pueda tener en su puesto de trabajo por parte de sus compañeros o superiores. También será determinante el posible apoyo de un sindicato. Si el funcionario cuenta con esta suerte, seguramente quede al margen de toda responsabilidad, a pesar de haber podido incurrir en alguna fechoría. Si no tiene esta suerte, podrá ser sancionado, por ser un funcionario anodino.

En conclusión, el panorama no es, como vemos, muy alentador porque el *panorama* que ofrece el Derecho administrativo sancionador en general tampoco lo es, dependiendo como de hecho depende de tanta suerte, azar y ventura. El ilustre administrativista Alejandro NIETO (en su conocida obra *Derecho administrativo sancionador*⁽⁸⁾) ha descrito el fenómeno: «*para las Administraciones Públicas ofrece el Derecho administrativo sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada. Tal como ya he adelantado, la potestad sancionadora —cuando quiere y puede ejercerse— no es otra cosa que la legitimación de la violencia del poder*». «*En cuanto a los ciudadanos, sus actitudes frente a la potestad sancionadora de la Administración son muy fáciles de categorizar. La inmensa mayoría son, pura y simplemente, víctimas que soportan resignadamente el peso de una ley que sólo oscurecamente conocen*». «*El español juega cada día a la lotería*».

La justicia que persigue el «órgano competente» podrá buscar motivos de ejemplaridad. En estos casos el *ius puniendi* cobrará de pronto ánimo cuando halle un «funcionario a medida» que no será generalmente un funcionario poderoso sino otro más modesto. Como también nos dice el profesor NIETO: «*hay, con todo, una clase de ciudadanos que actúa de manera muy diferente. Para los poderosos, para los grandes empresarios el Derecho Administrativo Sancionador no existe*». *O existe*, añadido, cuando el poderoso deja flancos sin cubrir.

3. EL CARÁCTER OPCIONAL DE LA FASE DE INFORMACIÓN RESERVADA

Hemos insinuado que, presentada una denuncia o introducido de oficio un procedimiento sancionador o disciplinario, el funcionario o el ciudadano en

8. 2.^a edición, Madrid, 1994, pp. 25 y ss.

Santiago González-Varas Ibáñez

general se convierte en un espectador de su propio destino. Todo funcionario está sujeto a este riesgo, en especial en aquellos casos en que dicho funcionario viene de fuera e ingresa en una estructura ya consolidada y monolítica que le espera con reservas.

Según el artículo 27 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, «*el procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia*».

De iniciarse el procedimiento como consecuencia de denuncia, deberá «*comunicarse*» dicho acuerdo al firmante de la misma.

Asimismo, en el artículo 28 se precisa que el órgano competente para incoar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una *información reservada*.

Esta regulación es muy próxima a la prevista no sólo en el artículo 12 del reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 (donde también se prevé una fase de actuaciones previas a la incoación del procedimiento) sino también a la contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 (artículo 269), donde se establece que, una vez formalizada una denuncia, el juez o funcionario mandará comprobar el hecho denunciado, *salvo que éste no revistiere carácter de delito o salvo que la denuncia fuera manifiestamente falsa*.

Esta regulación (que he escrito en cursiva) sería trasladable al procedimiento disciplinario, con el que casa perfectamente, a efectos de completar los artículos 27 y 28 del RRDF⁽⁹⁾.

Por su parte, el denunciante no es parte interesada en el procedimiento ni forma parte del círculo de interesados del artículo 31 LRJAP-PAC; tampoco tiene

9. Los principios constitucionales de defensa derivados de la CE de 1978 han de aplicarse al procedimiento disciplinario y a los sancionadores en general (STC 1999\3; ATC 1987\907).

Como dichos principios encuentran traducción en otras normas (LECr y LRJAC-PAC) es preciso estar a lo que éstas contengan a efectos de colmar posibles lagunas del RRDF. En esta línea, J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1996, p. 551, considera que «*las únicas posibilidades con que cuenta la Administración (...) son las que el ordenamiento jurídico penal criminal habilita a los efectos de la iniciación de un proceso penal por delito (LECr)*». Por su parte, B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Valladolid, 1999, p. 274, afirma la supletoriedad de la LRJAC-PAC.

en el desarrollo ulterior del procedimiento facultad de iniciativa procesal ni legitimación para crear la obligación al órgano sancionador de investigar la concreta situación del hecho denunciado o para recurrir el archivo de las diligencias ⁽¹⁰⁾.

El sentido de la fase previa de información reservada tiene como fin una primera comprobación de los hechos y el posible archivo de la denuncia si se pone de manifiesto que no encaja dentro de las infracciones tipificadas o la denuncia fuera manifiestamente falsa. Por tanto, el denunciante no tiene un derecho incondicionado a la apertura de la fase de instrucción sino tan sólo un derecho a una resolución que bien puede ser el archivo o incluso la inadmisión (STC 2001\94, FJ 2).

En ambos casos (LECr y RRDF) la función del tribunal o del órgano competente parece limitarse a la comprobación de los hechos. En estos términos se formula el art. 269 de la LECr y así puede entenderse la fase preliminar de información reservada de los procedimientos disciplinarios.

Las averiguaciones que pueda hacer el «órgano competente» tendrán que respetar los derechos fundamentales de la persona y el principio de proporcionalidad ⁽¹¹⁾.

En todo caso, el ordenamiento jurídico da muestras claras de no querer entorpecer el trascurso de la denuncia. El archivo de la denuncia no procederá a pesar de que aquélla sea falsa o errónea: ha de ser «manifiestamente» falsa.

El art. 269 de la LECr tampoco se olvida de responsabilizar al tribunal o funcionario que incumpla su deber de tramitar la denuncia. Lo que motiva claramente la tramitación del procedimiento.

10. En este sentido, la STC 2001\94 sienta que «*resulta procesalmente insostenible que un mero denunciante pueda instar la práctica de diligencias en el proceso penal, pues su función se limita a poner en conocimiento de la autoridad la realidad de unos hechos que, a su juicio, revisten inicialmente caracteres de delito*».

En todo caso el denunciante no tiene legitimación para recurrir en vía administrativa la resolución que pone fin al procedimiento administrativo por no ser legitimado en el procedimiento (STS de 18 de enero de 1996 RJ 497).

No obstante, cierta jurisprudencia más reciente afirma que la legitimación para recurrir en vía administrativa, del denunciante, ha de examinarse caso por caso a la luz del criterio del interés legítimo (STS de 8 de junio de 1999 RJ 5494).

Pueden verse también las SSTS de 12 y 13 de marzo de 1991, RJ 1772, de 4 de octubre de 1991, RJ 1762, y 18 de diciembre de 1991, RJ 9012, referencias que tomo de M. LAFUENTE BENACHES, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Valencia, 1996, p. 112.

11. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1996, p. 550.

Santiago González-Varas Ibáñez

Es igualmente significativo que no exista una fase de admisibilidad de la denuncia, con algunos presupuestos tasados de tipo formal, a pesar de que la LECr —antes de dicho artículo 269— prevé una regulación sobre los requisitos formales de la denuncia⁽¹²⁾.

Se sacrifican ciertos intereses, pensando en que pueden protegerse posteriormente, a costa de tutelar otros que parecen *a priori* más importantes: la defensa de la sociedad, a través del Estado, contra el posible delincuente⁽¹³⁾. La defensa del funcionario se pospone para el momento posterior de la averiguación de los delitos, es decir el sumario (art. 299 y ss. de la LECr.) o «desarrollo» o «instrucción» (arts. 30 y ss. del RRDF).

Sin embargo, no faltan opiniones que muestran una mayor sensibilidad hacia planteamientos de justicia, argumentándose que *«procesalmente lo correcto es aludir a la inadmisibilidad de la denuncia por motivos de forma. La denuncia es un acto jurídico procesal de iniciación que consiste en una declaración de conocimiento recepticia sobre la noticia delictiva; su admisibilidad y eficacia están condicionadas por la concurrencia o ausencia de los elementos formales, subjetivos y de fondo que la ley exige para su realización»*⁽¹⁴⁾.

En este sentido, TORRES ROSELL se manifiesta con especial y lógica contundencia en favor de cerrar un proceso penal abierto, tan pronto se pongan de manifiesto vicios formales en la denuncia⁽¹⁵⁾.

Finalmente no puede olvidarse que la denuncia puede ser simplemente errónea. *«El error del denunciante puede asimilarse a la manifiesta falsedad a los efectos del art. 269 LECr»*⁽¹⁶⁾. Es claro que estas argumentaciones son perfectamente

12. En este sentido, procede examinar la capacidad o incapacidad para denunciar tanto si la denuncia se interpone por persona física como por persona jurídica, si existe deber de denunciar o se presenta una de sus exenciones, etc. (V. GIMENO SENDRA, coautor con V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1996, p. 280).

Interesa el siguiente texto de V. MORENO CATENA (coordinador), *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, volumen II, Valencia, 2000, p. 939: *«por otra parte, autores como MONTÓN (p. 138) consideran que las personas jurídicas, a través de sus representantes legales, podrán también presentar una denuncia»*.

13. Esta es la ratio del sistema. Igualmente, N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 261.

14. N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 311, basándose a su vez en —y citando a— N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y R. LEVENE, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, p. 223.

15. N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 317.

16. N. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, p. 335 y ss.

válidas para el procedimiento disciplinario iniciado mediante denuncia, pues no puede ser otro el fin de la apertura de una fase de «*información reservada*».

Es más, existen ciertas razones que llevan a exigir un mayor rigor en la fase de iniciación de los procedimientos disciplinarios que en la fase de iniciación de los procedimientos penales.

Primeramente, el funcionario es una persona a quien se presume una especial dignidad por razón de su puesto. No puede tampoco ser que los funcionarios gocen generalmente de una presunción de validez, salvo cuando se presentan denunciados ⁽¹⁷⁾.

En segundo lugar, y especialmente, existe un matiz de especial relevancia sobre toda esta cuestión que nos ocupa. En los procesos penales la existencia de un delito de acusación y denuncia falsa contrapesa de algún modo, y hasta decisivamente, el fenómeno del abuso de la denuncia, ya que el denunciante se pensará dos veces si interponerla o no, considerando la posible responsabilidad penal en la que puede incurrir con su denuncia falsa.

En cambio, en los procedimientos sancionadores en general, y en los disciplinarios en particular, la denuncia falsa queda generalmente sin sanción ⁽¹⁸⁾.

En todo caso, en torno a la iniciación de la fase de instrucción, aunque no quede a disposición de las partes sino del Estado ⁽¹⁹⁾, se somete a un amplio margen de oportunidad que acaso debería limitarse estableciendo parámetros normativos más precisos para determinar la procedencia o no de abrir la instrucción.

Otra posibilidad, para remediar los posibles riesgos de tan decidida legislación en pro de la iniciación indiscriminada de procesos penales o disciplinarios, podría ser la posibilidad de excepcionar la firme regla de inimpugnabilidad de la resolución por la que se incoa el expediente (arts. 29 a 31 del RRDF).

De admitirse un control judicial, previo recurso, aquél se centraría exclusivamente en la determinación de si existe manifiesta falsedad en la denuncia. Se-

17. En este contexto la jurisprudencia ha desarrollado un principio pro funcionario similar en parte al *in du-bio pro reo* (STS de 7 de noviembre de 1984, RJ 5395; F. CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, p. 280).

18. M.L. MAQUEDA ABREU, *Acusación y denuncia falsas*, Valencia, 1999.

19. F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, p. 114.

Santiago González-Varas Ibáñez

ría un recurso en principio acorde con el principio de presunción de inocencia. En el ámbito de la LECr el art. 787.1 dispone que contra las resoluciones del juez de instrucción podrán interponerse los recursos de reforma, apelación y queja.

Reitero la idea: de lo que se trata es de que se abran los expedientes sancionadores que tengan que abrirse; son pocos en comparación con los ilícitos existentes. Los incumplidores suelen quedar al margen de sanción y el peligro es que, cuando de pronto se introduce un expediente disciplinario, éste recaiga sobre un «sujeto a medida» que paga por todos, muchas veces quien menos culpa tiene. Estas injusticias deben remediarse con un mayor desarrollo jurídico de esta materia. En especial hay que hacer hincapié en los tipos de la legislación funcional que admiten interpretaciones muy diversas. En estos casos, la «interpretación» del instructor terminará primando y el juez o tribunal no corregirá dicha interpretación por carecer de facultades para impedir la discrecionalidad administrativa.

4. DISCUSIÓN DE ESTA FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE ARMAS

A. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Es claro que la plena operatividad de los principios de presunción de inocencia, contradicción e igualdad de armas encuentra su mayor sentido en la fase de instrucción.

La iniciación del procedimiento disciplinario (o información reservada) se caracteriza por la ausencia de intervención del denunciado. Entre otras posibles justificaciones puede invocarse que, si se anticipa el principio contradictorio a la fase inicial de investigación, perdería parte de su finalidad defensiva la fase del juicio oral, ya que no sería razonable negar valor probatorio a los actos practicados en dicha fase (ASENCIO MELLADO)⁽²⁰⁾.

20. En esta línea, igualmente, J.M. ASENCIO MELLADO, «La intervención de la defensa en la fase de instrucción», *Revista de Derecho procesal*, 1997 1, p. 16, pone de manifiesto los cambios que introduce la Ley

En esta misma línea podría argumentarse que la apertura a la contradicción en la fase de información reservada llevaría acaso a perjudicar la defensa del propio funcionario denunciado, ya que no conociendo éste exactamente ni los cargos que se le imputan ni el contenido de la información reservada (basada muy posiblemente en los propios documentos que el denunciante presente) sus alegaciones o informaciones pueden llevar a sentar una versión que no sea la que más convenga al propio funcionario una vez conoce las imputaciones, complicándose su propia defensa en dicha fase de instrucción.

Por contra, si en esta fase de iniciación el sujeto denunciado no da explicaciones ni proporciona informaciones, siempre que tenga ocasión para ello, estará favoreciendo la apertura de la instrucción.

Es cuestionable si, con todo, la configuración aún vigente de la fase de iniciación del procedimiento disciplinario no denota el influjo de concepciones históricas que no se acomodan bien a la Constitución española y a su derecho, entre otros, de presunción de inocencia. Según esto, no bastaría con la interferencia o repercusión de este principio en un procedimiento basado en otros principios. Habría que exigir además una formulación del procedimiento, desde su fase inicial, conforme plenamente y además coherente con dichos principios de presunción de inocencia, contradicción e igualdad de armas.

Aunque el modelo actual (plasmado en el RRDF y cuya versión más acabada se encuentra en la LECr) supera todo vestigio de las concepciones del Antiguo Régimen (utilización del reo como fuente de prueba conforme a su papel de colaborador con el descubrimiento de los hechos, utilización de métodos crueles para lograr la confesión del reo⁽²¹⁾) lo cierto es que aquél parte de que el «delincuente» no puede gozar de una igualdad procesal en el momento inicial del procedimiento, por la sencilla razón de que el «delincuente» no puede merecer el mismo trato que el «sujeto honorable» que sufre un delito. La propia exposición de motivos de la LECr desarrolla esta *ratio*. Se justifica entonces que el proceso se inicie de espaldas al imputado. Si és-

53/1978, de 4 de diciembre, respecto de los postulados clásicos, en orden a llevar el principio contradictorio a la fase de investigación, a diferencia de aquellos otros postulados según los cuales la finalidad del sumario era simplemente preparar el juicio oral sin que contradicción alguna pudiera afirmarse en momento que no fuera la propia celebración del juicio oral.

21. Puede verse J.L. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, pp. 11 y ss.

Santiago González-Varas Ibáñez

te es o no culpable es cuestión que corresponde examinar en el proceso ⁽²²⁾. En los procedimientos disciplinarios se añaden factores tales como el influjo del principio jerárquico ⁽²³⁾ o la teoría de las relaciones de sujeción especial.

Comprobamos cómo este sistema procesal no se basa en la presunción de inocencia. Más bien, ésta se aplica y «repercute» sobre un sistema basado en otros postulados, aun cuando la presunción de inocencia constituye «*uno de los principios cardinales del ius puniendi contemporáneo*» (STC 123\1997).

Sería cuando menos exigible un mayor rigor en la fase de iniciación del procedimiento, evitando en la medida de lo posible la discrecionalidad administrativa, mediante la previsión de ciertos criterios tasados que el «órgano competente» tuviera que aplicar en una fase de admisibilidad de las denuncias.

Por otra parte, en particular en los procedimientos disciplinarios, haría falta afirmar las garantías elementales de la LECr, desconocidas en el RRDF, tales como el archivo de la denuncia cuando ésta sea manifiestamente falsa o cuando la acción no revista carácter de infracción. Sería necesario, igualmente, establecer algún tipo de sanción frente al denunciante temerario.

Además, téngase en cuenta que, en la actual configuración de la fase inicial del procedimiento disciplinario, hay una inclinación en favor de la tramitación de la instrucción que, en tanto en cuanto llega a ser obsesiva, no parece muy acorde con la presunción de inocencia.

22. Igualmente, J.M. ASECIO MELLADO, «La intervención de la defensa en la fase de instrucción», *Revisita de Derecho procesal*, 1997, 1 pp. 7 y ss.: «*partía, así, el legislador decimonónico de dos premisas cuya comprensión es básica para entender la reforma llevada a cabo en el año 1978 (...). La primera, la consideración de la imposibilidad de establecer en el sumario (o fase de investigación) la plena igualdad entre las partes, ya que ello significaría, en realidad, la consagración de una desigualdad inadmisibles, puesto que el delincuente, al procurarse con su conducta la impunidad, provoca que el Estado, para actuar una auténtica defensa social, deba igualmente contar con ventaja en los primeros momentos de la investigación. La segunda, en reconocimiento de que los principios de publicidad, contradicción e igualdad sólo podían darse de forma plena en el acto del juicio oral, sin que pudieran, pues, extenderse al sumario los mismos*».

J.M. ASECIO MELLADO se basa a su vez en C. VIADA, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1950, p. 419: «*Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito (...) estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia (...). Para restablecer pues la igualdad en las condiciones de la lucha (...) menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos*».

23. B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Valladolid, 1999, p. 52: «*en el pasado el poder jerárquico era ejercido prácticamente sin límite ni control alguno, en la actualidad el inferior no se encuentra en situación de sumisión y fidelidad absolutas al superior*».

Más bien, la *ratio* de la norma debería estar en que se tramite la instrucción «siempre que el órgano competente» haya valorado y aplicado previamente unos criterios elementales previstos normativamente.

No parece tampoco muy acorde con las garantías procesales elementales la completa desconsideración del «derecho» del funcionario a aportar informaciones para evitar que la denuncia siga su curso.

En los procesos disciplinarios el debate sobre las garantías ha de partir de una premisa de «necesidad de mayores exigencias que en el proceso penal», ya que en aquéllos no puede olvidarse que es la propia Administración quien ostenta la condición de juez y parte, aun a pesar del simbólico recurso contencioso-administrativo.

En la práctica, la estrecha relación entre lo penal y lo administrativo puede llevar a que se aconseje al funcionario a que se conforme con la sanción si no quiere ser sometido al proceso penal a que puede conducir una versión penalista (y posiblemente forzada) de los hechos.

B. ¿LA IGUALDAD DE ARMAS?

En principio, las exigencias del principio de igualdad se proyectan en todos los ámbitos jurisdiccionales y, en cada uno de ellos, en las diferentes fases procesales (STC 76\1982).

Ahora bien, estas exigencias no parecen tener la misma intensidad en todos los ámbitos.

En general en la fase previa al juicio (llámese sumario, diligencias previas, etc.) nadie niega la existencia de un trato desigual en contra del sospechoso, del procesado o inculcado.

Los argumentos que se suelen invocar para justificar estas desigualdades son, primero, que esa fase sólo es una fase preparatoria del juicio oral o fase de plenario, en la que se observan escrupulosamente las exigencias del principio de igualdad ⁽²⁴⁾.

24. A. DE LA OLIVA SANTOS, en VV.AA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1995, p. 36.

Santiago González-Varas Ibáñez

La segunda argumentación que se invoca es a mi juicio algo menos razonable. La desigualdad se explicaría como el razonable contrapeso de la «*ventaja de la que el delincuente (presunto) ha dispuesto, contrapeso que, teniendo en cuenta la anterior observación, no debe perjudicar injustamente al sospechoso o inculpado y sí ha de ser garantía de una eficaz represión jurídica de la criminalidad, en favor de la sociedad*»⁽²⁵⁾.

Según un tercer argumento, basado en el artículo 2 LECr, «*todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán (...) de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo*»⁽²⁶⁾.

Además habría argumentos «técnicos» en favor de justificar la desigualdad procesal: «*el equilibrio entre las partes a que en definitiva se reconduce el principio de igualdad no se da en esta fase del proceso, en la que, por un lado, es posible que no exista una de las partes (...) y de otro no se puede perder de vista la finalidad de esta fase del proceso, puramente investigadora y preparatoria del acto del juicio oral*»⁽²⁷⁾.

En particular la configuración de la fase inicial a espaldas del denunciado se llega a justificar diciendo que «*se trata de incomodar lo menos posible a quien inicialmente está amparado de presunción legal de ser inocente*», además de que es el proceso el único medio para poder destruir dicha presunción y hacer efectivo el *ius puniendi* del Estado⁽²⁸⁾.

En definitiva, se están refrendando los argumentos de la Exposición de Motivos de la LECr de 1882, cuando esta centenaria ley afirma que «*el Ministro que suscribe (Manuel Alonso Martínez) lo duda mucho. Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable*»⁽²⁹⁾.

25. A. DE LA OLIVA SANTOS, en VV.AA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1995, p. 36.

26. A. DE LA OLIVA SANTOS, en VV.AA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1995, p. 36.

27. F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, p. 134.

28. J.A. MARTÍN Y MARTÍN, *La instrucción penal*, Barcelona, 1999, p. 51. Véase esta obra, igualmente, para la naturaleza jurídica de la instrucción: administrativa, preprocesal, procesal, mixta o compleja.

29. Se ha afirmado, en este sentido, que «*la fase de instrucción se compone de una serie de diligencias pre-venidas por la ley con carácter general, de una forma bastante confusa y asistemática que representan una*

Es discutible si esta concepción, que para los funcionarios propugna el Reglamento de Régimen disciplinario, y según la cual un delincuente no puede tener el mismo trato que un honorable ciudadano, es válida en el ámbito disciplinario funcional, considerando además que según el TC el principio de igualdad ha de respetarse también en la fase de instrucción, garantizando en ella la igualdad de armas del imputado frente a los acusadores (SSTC 186/1990, 124/1991, 54/1991).

En los propios procesos penales no faltan las críticas frente al sistema. Así, se ha dicho que el instructor, conforme al modelo actual de la LECr vigente, es «*un acusador parcial en la medida en que se alinea con la posición de una de las partes personadas (...). Es preciso, por contra, ubicar el instructor en el modelo orgánico del juez-instructor de garantías que permita, de una vez por todas, que la instrucción sumarial sea procesal y garantista*»⁽³⁰⁾.

Si esto es así en el proceso penal, ¿qué decir del procedimiento disciplinario donde el instructor es nombrado por los órganos administrativos mismos implicados en el asunto?

C. EL DERECHO DE ACCESO A LOS MEDIOS DE DEFENSA

En especial desde la Constitución de 1978 viene incidiéndose en el derecho de toda persona al libre acceso a la jurisdicción. Este derecho conlleva una serie de garantías, tales como que todo derecho o interés legítimo ha de tener acceso a la tutela judicial, debiendo existir asimismo un cauce procesal adecuado para dicha tutela.

Este derecho impone un carácter restrictivo de las exclusiones o limitaciones del derecho de libre acceso a la jurisdicción y una interpretación favorable al ejercicio de la acción (STC 99/1990)⁽³¹⁾.

*atenuada supervivencia de las reglas del proceso inquisitivo del Derecho común». «Las diligencias se practican de forma informal, a criterio del juez de instrucción, sin un orden determinado de proceder, sin plazos y al margen del principio de preclusión». «Aunque no está prevista la intervención de las partes, no es necesaria» (F. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, Oviedo, 1987, p. 129).*

30. A.M. LORCA NAVARRETE, «¿Puede haber llegado el momento de terminar con el instructor acusador-inquisidor (investigador)?», *Revista Vasca de Derecho procesal y arbitraje*, 2000 3, p. 533.

31. Junto a J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3.ª ed., Madrid, 2001; F. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, 1994, pp. 17 y ss.; R. YÁÑEZ VELASCO, *Derecho al recurso en el proceso penal*, Valencia, 2001.

Santiago González-Varas Ibáñez

En este contexto, es igualmente característica la interpretación flexible de la legitimación procesal y la interpretación favorable al recurrente de las causas de inadmisión.

Se impone la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya más o menos fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condiciones de imputada para garantizar la plena efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión (STC 44/1985 y 135/1989) ⁽³²⁾.

Por tanto, es preciso dejar claro que no contradice en nada toda esta doctrina el establecimiento de unas causas tasadas de admisibilidad de la denuncia aplicables en el momento de su recepción misma o a lo largo de la instrucción, ya que se trata simplemente de evitar el abuso de derecho y de juridificar la discrecionalidad del «órgano competente».

En los procedimientos disciplinarios ni siquiera se exige, a diferencia de la LECr, un examen de la posible manifiesta falsedad de la denuncia a efectos de proceder a su archivo.

Debería observarse este presupuesto.

Por otra parte, es característico de las últimas reformas procesales en materia de recursos (así el contencioso-administrativo o antes el recurso de amparo) el condicionar la admisión de la pretensión procesal al hecho de una ausencia de evidencia de improcedencia del recurso (artículo 51 de la LJCA) ⁽³³⁾. Este criterio podría también operar en la fase de admisibilidad de las denuncias.

32. F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, p. 138. Interesaría subrayar que, en todo caso, en la fase de instrucción lo importante, lo definitivo, es que exista la posibilidad de alegar, de practicar diligencias, con intervención contradictoria, para decidirse después, conforme a su objeto, si es o no procedente haber lugar al juicio, condiciones que hoy aparecen reforzadas constitucionalmente (STC de 7 de mayo de 1987 y la de 22 de marzo de 1985, donde se entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión, en especial desde la reforma del art. 118 de la LECr con el reconocimiento de la condición de imputado y de los derechos de defensa, colocó a las partes interesadas en un plano de equiparación y de contradicción evitando la supremacía y preponderancia de las partes acusadoras que con anterioridad gravaba la posición de los inculpados; F. GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso penal*, Oviedo, 1987, p. 129).

33. Puede verse desde un punto de vista crítico I. BORRAJO, I. DÍEZ-PICAZO y G. FERNÁNDEZ FARRES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, p. 135.

5. EL ABUSO DE DENUNCIA COMO CAUSA DE INADMISIBILIDAD

A efectos de centrar nuestro debate sobre el posible «abuso de denuncia» como «abuso de derecho» interesa primeramente conocer el nuevo artículo 247 de la LEC («de la buena fe procesal»), cuyo apartado segundo prevé, sin precedentes en la LEC anterior del siglo XIX, que «*los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*» (art. 247.2)

En el apartado primero se afirma, igualmente, que «*los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe*».

Se ha dicho que esta regulación debe ser conceptuada de suma importancia en el contexto de una ley procesal. Es válida para todo procedimiento y para todo tipo de «peticiones», incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso del derecho...⁽³⁴⁾. Además, por «intervinientes» es preciso entender cualquier sujeto que lleva a cabo una actuación en el proceso civil⁽³⁵⁾.

El art. 247 LEC se refiere a «*todos los actos procesales*», expresando que «*el proceso en cuanto tal, por estar regulado por la ley (art. 1 LEC) lo está por las reglas de la buena fe, en su sentido de standard o modelo de conducta*»⁽³⁶⁾.

El art. 247 LEC es aplicable a todas las fases del proceso, incluidas la fase cautelar, las diligencias preliminares y la fase de ejecución. No es un precepto programático o una simple declaración de intenciones, por tener eficacia procesal, buscando incluso sanción frente al incumplimiento en que consiste el no ajustar la actuación a las reglas de la buena fe. Es una forma de promover a las partes en la asunción seria de las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, cohonestando el principio dispositivo con el uso responsable del proceso⁽³⁷⁾.

34. A.M. LORCA NAVARRETE, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Valladolid, 2000, p. 1587.

35. V. GUZMÁN FLUJA, en F. ESCRIBANO MORA (coordinador), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Libro I*, Valencia, 2001, p. 1819.

36. J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL, en VV.AA., *Comentarios...*, p. 993.

37. V. GUZMÁN FLUJA, en F. ESCRIBANO MORA (coordinador), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Libro I*, Valencia, 2001, pp. 1816 y 1821.

Santiago González-Varas Ibáñez

Este precepto no es criticable, como tampoco debe serlo el incremento de las posibilidades de dirección del juez o tribunal, ya que el principio dispositivo no debe cegar la percepción de que el proceso es un instrumento público puesto a disposición del ciudadano por el Estado para que lo utilice como un método de resolución de conflictos.

«No puede consentirse una utilización abusiva o fraudulenta de las normas procesales, ni escudarse esa permisión en la autonomía de la voluntad y en el respeto a la esfera privada de las partes (...). El respeto de las reglas del juego debe poder imponerse para que el propio recurso al proceso sea eficaz. Se trata de evitar que el proceso se emplee para fines no amparados en las leyes o para causar daños. Pensando en ciertos tipos de ilícitos, en todos estos casos el proceso se desvía de su finalidad y deja de ser vehículo apto para otorgar la tutela judicial efectiva, porque resulta manipulado por uno de los litigantes (...) para conseguir una posición de ventaja que no obtendría de otro modo (...)»⁽³⁸⁾.

Entonces, la buena fe es un concepto que ha de afectar la fase de presentación de la denuncia. La buena fe es en general un concepto técnico jurídico que integra el supuesto de hecho de diversas normas (arts. 34, 37 y 40 LH; 57 CCm; 122 LSA; 7, 433, 451, 464, 1164, 1258, 1473, 1529, 1530, 1075, 1738, 1778, 1897 y 1950 del CC).

Según la STS de 11 de mayo de 1988, RJ 4053, *«la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, que el art. 7.1 CC consagra, conlleva, como ya proclaman las STS de julio 1981 (sic), 21 de mayo de 1982 y 21 de septiembre de 1987, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajuste a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella».*

Pero la piedra de toque del sistema descrito hasta el momento se encierra en un interesante apartado tercero de este artículo 247, donde se establecen

38. V. GUZMÁN FLUJA, en F. ESCRIBANO MORA (coordinador), *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Libro I*, Valencia, 2001, pp. 1816 y 1821.

multas contra los profesionales que conculquen la buena fe procesal, posibilidad que viene pues a añadirse a aquella otra de exigir indemnizaciones por daños⁽³⁹⁾. Por «profesionales» es preciso entender no sólo la postulación técnica (abogados y procuradores) sino también los profesionales que intervengan en el proceso de forma esporádica (arquitectos, médicos, ingenieros, que ejerzan sus labores como peritos⁽⁴⁰⁾).

Es «interesante» este sistema porque pone de manifiesto que el abuso de los medios de defensa puede originar sanción para el que incurre en un abuso en su ejercicio procesal. Esta regla evitará un abuso en la sustanciación de trámites y litigios innecesarios, lo que en el actual contexto social no parece nada desaconsejable.

En todo caso, el presupuesto de todo este sistema procesal, básico para acudir a la justicia, es la existencia de un «conflicto». No puede existir conflicto ni pueden por tanto utilizarse legítimamente los medios de justicia si una de las partes actúa unilateralmente, habiendo podido resolver sus controversias de forma menos lesiva.

Interesa completar estas referencias con otras. Primero con una cita del artículo 7.1 del CC donde se señala que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Y seguidamente se contempla el abuso de derecho. Para que la hipótesis especial de abuso de derecho prevista en la norma se produzca, es preciso como requisito imprescindible que la acción u omisión abusiva cause un daño a un tercero que ha de sancionarse en forma específica, atendiéndose a las circunstancias del caso concreto. Por lo demás la sanción es doble. Consiste de una parte en la indemnización de daños y perjuicios causados por la acción u omisión abusiva, y, de otra, en la posibilidad de que se adopten, por quien corresponda, las medidas administrativas y judiciales pertinentes, procediendo declarar la nulidad del acto que ha dado lugar al abuso⁽⁴¹⁾.

El art. 11.2 de la LOPJ tiene una vocación omnicomprensiva para todo tipo de procedimientos, con una configuración necesariamente general, ya que

39. Véase la jurisprudencia citada por A.M. LORCA NAVARRETE, *Comentarios...*, p. 1587, relativa a la impugnación de las multas.

40. V. GUZMÁN FLUJA, en F. ESCRIBANO MORA (coordinador), *Comentarios...*, p. 1818.

41. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 1, Madrid, 1984, p. 62.

Santiago González-Varas Ibáñez

se aplica a todos los actos procesales y a todos los que en el proceso intervinieren ⁽⁴²⁾.

Tampoco puede en este contexto olvidarse el artículo 4 de la LEC («*Carácter supletorio de la LEC*») donde se afirma «*una cláusula de habilitación general de la LEC respecto de todo el ordenamiento jurídico procesal español*» conforme al principio rector de «*eficacia máxima de lo en ella (LEC) regulado y que le permite una vis atractiva aplicativa*» ⁽⁴³⁾.

En conclusión, puede afirmarse que la nueva LEC no se contenta con el remedio tradicional frente a las acciones y actitudes procesales temerarias: la imposición de costas como consecuencia típica que en vía jurisdiccional (tanto civil como contencioso-administrativa) se produce para quienes abusen de los medios de justicia (arts. 394 y ss. y 603 de la LEC) ⁽⁴⁴⁾.

6. SITUACIONES EN TORNO AL «ABUSO DE DENUNCIA»

A. EL DERECHO PUNITIVO COMO *ULTIMA RATIO*

La denuncia no puede erigirse, primeramente, en un medio ordinario de comunicación entre las personas. En función del caso planteado podrá llegarse a la conclusión de que el denunciante incurre en un abuso de este medio de

42. J.R. FERRÁNDIZ GABRIEL, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Iurium editores, Barcelona, 2001, p. 991.

43. A.M. LORCA NAVARRETE, en VV.AA., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Valladolid, 2000, p. 87.

44. Entre los distintos recursos existe una relación procesal. A veces unos son subsidiarios respecto de otros. La subsidiariedad por ejemplo del recurso de amparo constitucional impone una exigencia rigurosa y estricta del previo agotamiento de todas las posibilidades que ante los jueces y tribunales de justicia existan para que la reparación del derecho sea efectiva (I. BORRAJO, I. DÍEZ-PICAZO y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, p. 135).

Otras veces existe una relación entre ellos que lleva a exigir que se ejercite correctamente la pretensión procesal. Por ejemplo, en el proceso administrativo el ejercicio de una pretensión de condena o prestacional —en un caso en que *baste con* ejercitar una pretensión ordinaria de anulación— puede representar un exceso de protección jurídica, ilegítimo por tanto. Cada pretensión procesal ha de tener un ámbito procesal concreto y definido normativamente y por su propia naturaleza y finalidad. En este sentido, en otro lugar hemos propuesto la aplicación de la llamada «técnica de la necesidad de protección jurídica» para ordenar el juego entre pretensiones, evitando un pretendido antiformalismo que pueda redundar en una reducción de la calidad de la protección de los derechos de los ciudadanos. Dicha «técnica» significa que puede, en efecto,

defensa cuando existan otros medios menos lesivos que éste de introducir un procedimiento disciplinario. No debiera admitirse la denuncia-sorpresa injustificada cuyo único fin es dañar la reputación de alguien.

No debe olvidarse en este contexto el carácter de *ultima ratio* del Derecho sancionador que, al igual que el Derecho penal, debe reservarse para ocasiones en las que otros remedios sean insuficientes. Esta concepción tiene su lado o consecuencia procesal o procedimental. La denuncia participa de la idea de la *ultima ratio* propia del Derecho sancionador.

Como explica LUZÓN PEÑA «según el principio de subsidiariedad —también denominado entre nosotros (a partir de Muñoz Conde) principio de intervención mínima— derivado directamente del de necesidad, el derecho penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos. Incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho civil, el Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención —con la dureza de sus medios— sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras»⁽⁴⁵⁾.

producirse un abuso en el ejercicio de la pretensión cuando por ejemplo sea suficiente con ejercitar una pretensión ordinaria frente a la pretensión de tipo preventivo o incluso cautelar que invoque el recurrente (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tecnos, Madrid, 1999). Pueden aportarse además algunos ejemplos jurisprudenciales que sirvan para completar las afirmaciones que acaban de hacerse.

En este sentido, estando prevista en el ordenamiento jurídico la posibilidad del procedimiento de apremio administrativo en favor de una Junta de Compensación, no puede ésta acudir a la vía civil para que se le hagan efectivas las obligaciones dinerarias asumidas frente a la Junta por sus miembros, renunciando a dicha vía de apremio que es el medio adecuado para resolver este litigio (STS de 31 de octubre de 1992).

Igualmente, el interdicto de recobrar se emplea de forma no acorde a sus fines, abusando por tanto de este remedio procesal, cuando se ejercita para solicitar la demolición de una obra, «obra que obviamente no se realiza en poco tiempo, de forma sorpresiva o clandestina, sino que tuvo que ser observada por la actora vecina de la misma localidad y que pudo y debió ejercitar el interdicto de obra nueva o aminorando los graves perjuicios que ocasionó la interposición de un interdicto posesorio» (SAP de Cádiz de 30 de noviembre de 1998, apoyándose expresamente en la abuso de derecho recogido en el art. 11 de la LOPJ).

45. D.M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 82. Junto a este principio se sitúa el carácter fragmentario del Derecho penal según el cual el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

Santiago González-Varas Ibáñez

Podrían además relacionarse estas afirmaciones con situaciones próximas y adecuadas a la realidad administrativa disciplinaria. Supuestos claros de inadecuación del Derecho disciplinario serían aquellos casos en que existe un derecho constitucionalmente protegido y que es ignorado por la Administración disciplinaria.

En el ámbito docente, por ejemplo, pueden además existir ciertos derechos (así, la libertad de cátedra) que exigen una consideración a la hora de decidir el paso a la fase de instrucción⁽⁴⁶⁾.

B. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN

Puede ocurrir, en especial en las infracciones leves, que el hecho denunciado se relacione con alguna práctica de trabajo asumida en el centro donde está empleado el funcionario denunciado, ora por algún acuerdo tácito ora de notorio y general conocimiento sin que dicha Administración ponga reparo alguno frente a su realización, planteándose de pronto una denuncia por incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario.

46. El punto de partida es la libertad de organización que corresponde al profesor (ATC 817/1985; STS de 10 de febrero de 1989). Según una conocida sentencia de la Audiencia Nacional, de 12 de mayo de 1989, la libertad de cátedra se define como «*la libertad de quien tiene reconocida competencia docente de exponer y difundir sus enseñanzas, lo que tanto se refiere al cultivo de la ciencia (investigación) como a su comunicación libre por los medios adecuados*».

Es un derecho subjetivo que le protege frente a injerencias externas. El profesor tiene libertad para fijar su programa, definir su contenido y la sistemática de la asignatura. No es este derecho fundamental un derecho absoluto, ya que tiene límites, tales como respetar las exigencias de programa, y metodológicas, o la potestad organizativa por parte de los órganos administrativos universitarios competentes.

La jurisprudencia corrobora que los litigios de este tipo se plantean en torno a la posible vulneración de la libertad de cátedra o en torno a la posible primacía de las disposiciones de organización de los órganos universitarios (puede verse la jurisprudencia citada en C. VIDAL PRADO, *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Madrid, 2001, pp. 217 y ss.).

A la luz de la jurisprudencia existente es a mi juicio significativo cómo de aquel sentido originario de la libertad de cátedra, de proteger al docente frente al Estado, su sentido actual esté en protegerle frente a la propia Administración universitaria.

En la libertad de cátedra parecen profundizar documentos tales como *El sistema educativo en la España de los 2000* (coordinado por J.L. GONZÁLEZ QUIRÓS y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 2002) o *Universidad 2000* (también denominado «Informe BRICALL», elaborado por J.M. BRICALL, Barcelona, 2000).

Puede plantearse el problema de hasta qué punto, en determinados casos, puede hablarse de responsabilidad del funcionario cuando en realidad es el propio «órgano competente» el que está incumpliendo su obligación de regular actividades o de tomar medidas. Podrá darse una situación de incumplimiento generalizado o admitido de ciertos deberes. En estos casos no parece ortodoxo seleccionar a un funcionario para, ejemplarmente, erradicar dicho incumplimiento, ya que lo procedente es un previo aviso del criterio que va a imponerse. A veces existen prácticas admitidas que, a la postre, pueden originar sanción cuando interese sancionar a un sujeto determinado. La seguridad jurídica y el principio de igualdad deberían aplicarse en materia de infracciones y sanciones.

C. OTROS LÍMITES

En efecto, tienen razón todos aquellos que afirman que en el Derecho administrativo falta desarrollar una teoría adecuada del ilícito ajustada a las circunstancias presentes en torno a una infracción administrativa. Falta por explorar hasta qué punto han de repercutir los principios de igualdad o seguridad jurídica y confianza legítima no sólo como causas de justificación sino también como causas de atenuación de la sanción.

¿Cuál es la realidad del Derecho sancionador? A. NIETO ⁽⁴⁷⁾ afirma que el ejercicio de la potestad sancionadora va acompañado «*de tales irregularidades que constituye un sarcasmo, en el estricto significado del término, para los ciudadanos*». «*La injusticia comienza con la arbitrariedad en la persecución. En una urbanización de cuatrocientas viviendas decide el alcalde un día tramitar expediente sancionador contra el propietario de una de ellas, quien será sancionado una vez probada la ilegalidad de su situación y de nada le valdrá alegar que toda la urbanización se encuentra en sus mismas condiciones*». «*En esta lamentable farsa tampoco está el Poder Judicial libre de culpa*». «*El primero de ellos (de los desaciertos de la justicia) es la doctrina de la no invocabilidad de la igualdad, que es lo que permite la arbitrariedad del ejercicio de la potestad*».

47. *Derecho administrativo sancionador*, 2.^a edición, Madrid, 1994, pp. 25 y ss.

Santiago González-Varas Ibáñez

Conforme al planteamiento jurídico vigente la invocación del principio de igualdad por parte del denunciado, en aras de librarse de las cargas que se le imputan, alegando que su infracción tiene carácter general, no prospera ⁽⁴⁸⁾, aunque con razón se ha criticado la ineficacia en el ámbito sancionador de este principio de igualdad exculpador.

En casos de condescendencia administrativa generalizada habría que discutir cuándo debe actuar como causa de justificación el principio de seguridad jurídica ⁽⁴⁹⁾.

7. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. LA FASE DE INSTRUCCIÓN

A. DE LA INICIACIÓN A LA INSTRUCCIÓN

Dice el artículo 30 del RRDF que en la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado. Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija se procederá al nombramiento de Secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario.

La incoación del procedimiento con el nombramiento de Instructor y Secretario se notificará al funcionario sujeto a expediente, así como a los designados para ostentar dichos cargos (art. 31 del RRDF).

Esta notificación suele verse en correspondencia con el derecho a conocer la identidad del instructor y del titular del órgano decisor (igualmente, art. 134.2 LRJAP-PAC).

La notificación ha de ser personal, al propio funcionario expedientado, ya que, por tener carácter personalísimo, origina la nulidad de actuaciones la no-

48. Puede verse J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, 1985, p. 191.

49. Puede verse F. CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Madrid, 1998; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1999; R. RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Madrid, 2000, pp. 91 y ss.

tificación hecha a su representante a pesar de haber comparecido éste en otras actuaciones distintas (STS de 29 de enero de 2001, RJ 1651).

En esta misma fase se prevé la posibilidad de recusar al Instructor y Secretario, así como de adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer ⁽⁵⁰⁾.

Con esta regla de abstención y recusación el reglamento «cumple» con la garantía de independencia e imparcialidad del juez que, trasladada a los procedimientos administrativos, quiere expresar una independencia e imparcialidad de los distintos órganos encargados de tramitar los procedimientos disciplinarios.

La imparcialidad significa neutralidad y desinterés en el asunto. La imparcialidad se predica de los jueces entendiendo que éstos no pueden «*verse condicionados por influencias subjetivas u objetivas*» ⁽⁵¹⁾. También se relaciona la imparcialidad la consabida separación de funciones entre investigación y enjuiciamiento (por todas, STC 32/1994).

Ciertamente, es más que discutible que todas estas garantías se presenten en unos procedimientos disciplinarios posiblemente invadidos de factores exógenos, cuya demostración por otra parte será muy compleja en vía jurisdiccional y que sin embargo en vía administrativa disciplinaria podrán haber sido determinantes ⁽⁵²⁾.

En este sentido, J.M. TRAYTER ⁽⁵³⁾ aporta ciertos criterios para determinar una situación de «*desviación de poder hacia fines públicos pero diferentes a aquél que señala el ordenamiento jurídico*». «*En estos casos, la Administración, conscientemente, se aparta del fin señalado por el ordenamiento jurídi-*

50. Sobre dichas medidas STS de 26 de diciembre de 2000, RJ 1701.

51. F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, pp. 101 y ss.

52. Puede aportarse el ejemplo de la STS de 2 de diciembre de 1993, RJ 9455, donde no se confirma la existencia de desviación de poder en el ejercicio del poder sancionador: «*a ello debemos añadir que en el análisis de este fenómeno habrá que diferenciar entre el fin de la actividad administrativa emprendida —que en este caso va dirigida a la investigación, probanza y sanción de un ilícito administrativo funcional cuya persecución no depende de criterios de oportunidad— y los motivos íntimos que hayan podido impulsar en su volición a la persona física ejerciente de las facultades decisorias; determinación volitiva que, en este caso, se corresponde, en cuanto a su objeto con el fin subyacente a la norma sancionadora, haciendo tan irrelevantes como inaprehensibles los referidos motivos*».

53. *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, 1992, p. 285.

Santiago González-Varas Ibáñez

co. Esta desviación de poder, que podríamos denominar relativa o sutil, es menos frecuente dada la dificultad probatoria que encierra» ⁽⁵⁴⁾.

La propia imparcialidad del instructor es cuestionable. Primero, porque éste es nombrado por el propio órgano que incoa el procedimiento y que resolverá. Segundo, porque no siempre será fácil mantener una predisposición en favor de la neutralidad, sobre todo en aquellos casos en los cuales el alto funcionario que ha incoado el expediente muestre su intención o ánimo de sancionar al modesto funcionario inculgado.

La jurisprudencia reconoce sin rubor alguno que *«no puede pretenderse que el instructor en un procedimiento sancionador administrativo, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto que formula la propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello no deja de ser juez y parte al mismo tiempo* (ATC 320/1986; SSTC 1990/22 ⁽⁵⁵⁾ y 76/1990).

B. EL DESARROLLO DE LA INSTRUCCIÓN

La *ratio* general del reglamento disciplinario está en que, si se demuestra la veracidad de los hechos presentes en la denuncia, el funcionario habrá incurrido en responsabilidad.

También la fase de instrucción tiene una predisposición torcida para el funcionario denunciado. Aunque no se impide entrar en las posibles causas de justificación (o en el análisis de la antijuridicidad de los hechos imputados o en la

54. Al respecto destaca la STS de 24 de junio de 1986 por la que se anuló el acuerdo de la Jefatura General de Policía de Barcelona que ordenaba el traslado del actor, funcionario de ese cuerpo, a otra Comisaría. La desviación de poder estuvo en la finalidad del acuerdo, que fue *«atajar las tensiones producidas en el colectivo de policías destinados en la Comisaría de San Gervasio y no, como se dijo, reforzar los efectivos de vigilancia e investigaciones de la Comisaría de San Andrés»*.

55. Por tanto, *«el derecho al juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de la arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo»*.

necesidad de una tipicidad clara y no analógica de los hechos en alguna de las infracciones, etc.), nada se dice en la legislación de todas estas otras cuestiones fundamentales ⁽⁵⁶⁾.

Más bien, el acento de la fase de instrucción y con ello de todo el procedimiento disciplinario está en su artículo introductorio (artículo 34 del RRDF), según el cual «*el Instructor ordenará la práctica de cuantas diligencias sean adecuadas para la determinación y comprobación de los hechos y en particular de cuantas pruebas puedan conducir al esclarecimiento y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción*». Asimismo, «*todos los organismos y dependencias de la Administración están obligados a facilitar al Instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales que precise para el desarrollo de sus actuaciones*» (art. 34.2 *in fine* del RRDF).

Los demás artículos (34 a 44) que integran esta fase intermedia de desarrollo o instrucción tienen un contenido procedimental, regulando las distintas fases de la instrucción, siguiendo la misma *ratio* de simple verificación de la verdad de los hechos imputados.

Todo este sistema corrobora nuevamente la ausencia de un desarrollo adecuado del Derecho administrativo disciplinario. Tampoco la traslación de las garantías del Derecho penal al Derecho disciplinario está funcionando adecuadamente, acaso porque en la práctica prima la simple aplicación de unos criterios normativos basados en principios inquisitorios.

C. LAS ETAPAS DE LA INSTRUCCIÓN: DECLARACIÓN DEL INculpADO, PLIEGO DE CARGOS, PRUEBAS Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

En la instrucción el funcionario tiene, entre otros, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, el de defensa y asistencia letrada y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. También

56. Nada impide para que, en vía jurisdiccional, el funcionario expedientado pueda reiterar la invocación de estos principios (por ejemplo en la STC 6/2000 se plantea si la libertad de expresión puede justificar ciertos insultos o manifestaciones críticas de un funcionario hacia sus superiores).

Santiago González-Varas Ibáñez

le corresponde un derecho de audiencia y un derecho a ser informado de la acusación.

Esto no significa, a juicio de los tribunales, que la Administración quede sujeta a un severo cumplimiento de todas y cada una de las formalidades procedimentales, ya que *«no toda irregularidad procedimental, como no toda irregularidad procesal, constituye una violación de tales derechos constitucionales, sino sólo aquélla que efectivamente haya impedido al recurrente ejercer sus derechos a la defensa, con todas las garantías, produciéndole por tanto una real indefensión imputante a los actos y resoluciones de los poderes públicos frente a los que se dirige el recurso»* (ATC 320/1986).

Así pues, *«por lo que hace, finalmente, a las garantías contenidas en el artículo 24.2 CE, este tribunal viene reconociendo reiteradamente que las mismas son, en principio, y con las oportunas modulaciones, aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también éste es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado»* (STC 1999\3, citando otras).

No obstante, y aunque *«el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador dichas garantías del artículo 24.2 CE en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento (de tal manera que la aplicación de las mismas a tal actividad sancionadora de la Administración únicamente tendría lugar en la medida necesaria para preservar los valores que se encuentran en la base del precepto constitucional y que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador), son aplicables los distintos derechos a los que nos hemos referido»* (STC 1999\3).

En particular el derecho a ser informado de la acusación es propio de los procesos penales y es instrumental del derecho fundamental de defensa, ya que ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos la oportunas excepciones y defensas (STC 297/1993). Su finalidad es impedir un proceso penal inquisitivo que se compecede mal con un sistema de derechos fundamentales⁽⁵⁷⁾.

57. Junto a F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, p. 145; T. ARMENTA DEU, «Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no)», en J.L. GÓMEZ

Veamos las fases de la instrucción ⁽⁵⁸⁾.

Como primeras actuaciones el Instructor procederá a **recibir declaración al inculcado y a evacuar cuantas diligencias** se deduzcan de la comunicación o denuncia que motivó la incoación del expediente y de los que aquél hubiera alegado en su declaración (art. 34.2 del RRDF) ⁽⁵⁹⁾.

Seguidamente, a la vista de las actuaciones practicadas y en un plazo no superior a un mes (contado a partir de la incoación del procedimiento) el Instructor formulará el correspondiente **pliego de cargos**.

En el pliego de cargos se comprenderán los hechos imputados, con expresión en su caso de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que puedan ser de aplicación (art. 35.1 del RRDF).

El pliego habrá de redactarse de modo claro y preciso, en párrafos separados y numerados por cada uno de los hechos imputados al funcionario (art. 35.2 del RRDF), con una relación circunstanciada de los hechos constitutivos de infracción determinantes a su vez de la sanción impuesta (STS de 24 de mayo de 1999, RJ 7257).

La falta de claridad en la formulación del pliego de cargos puede causar indefensión (STS de 19 de septiembre de 1994, RJ 7023).

El Instructor deberá proponer, en el momento de elaborar el pliego de cargos, a la vista del resultado de las actuaciones practicadas, el mantenimiento o levantamiento de la medida de suspensión provisional que en su caso se hubiera adoptado.

La ampliación del expediente que da lugar a la confección de un nuevo pliego de cargos notificado al expedientado no supone necesariamente una vulneración de normas procedimentales (STC 2000\8141).

COLOMER/J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (coordinadores), *La reforma de la justicia penal, Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Castellón, 1997, p. 322; J. PICÓ JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, pp. 109 y ss.

58. Puede verse igualmente E. BARRACHINA JUAN, *La función pública: su ordenamiento jurídico. Parte especial II*, Barcelona, 1991, pp. 103 y ss.; A. DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho sancionador administrativo*, Madrid, 1997, pp. 299 y ss.

59. Las alegaciones que pueden efectuar los interesados en el procedimiento sancionador son de muy diverso signo. Centrándonos en la figura del presunto responsable, el contenido de las alegaciones puede ser incriminatorio o defensivo, y dentro de este último cabe distinguir entre defensas formales y defensas materiales (J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1996, p. 587).

Santiago González-Varas Ibáñez

Acto seguido se notifica el pliego de cargos al inculpado, concediéndosele un plazo de diez días para que pueda contestarlo con las alegaciones que considere convenientes a su defensa y con aportación de cuantos documentos considere de interés. En este trámite deberá solicitar si lo estima conveniente la práctica de las pruebas que para su defensa crea necesarias (art. 36 del RRDF).

Contestado el pliego, la siguiente fase es el posible acuerdo por el Instructor de la práctica de las **pruebas** solicitadas que juzgue oportunas, así como la de todas aquéllas que considere oportunas (art. 37 y arts. 38 a 40 sobre la práctica de las pruebas).

El funcionario expedientado tiene derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 192/1987).

No obstante, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al juez, y en este caso primero al Instructor, de su derecho a enjuiciar la pertinencia para la solución del asunto de las pruebas que se solicitan y a ordenar la forma en que deben ser practicadas (STC 1990/22).

Por otra parte, a la Administración que acusa y sanciona corresponde la carga de probar la realidad de los hechos que imputa⁽⁶⁰⁾. En este sentido, la STS de 31 de octubre de 2000, RJ 8922, afirma: *«el motivo se desestima. La presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho presupone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la ley y que pueda ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo, al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia»*.

60. STC 1994/546.

Según la STS de 23 de noviembre de 2000, RJ 9557, «*la jurisprudencia ha destacado su naturaleza de derecho reaccional, no necesitado de un comportamiento activo de su titular, que se extiende sobre dos niveles:*

- a) *fáctico, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona.*
- b) *normativo, que abarca tanto a la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizará a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener».*

Así pues, en esta fase probatoria juega un papel fundamental la presunción de inocencia. La presunción de inocencia exige, por tanto, una actividad probatoria de cargo, realizada con las debidas garantías, de la que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del sancionado administrativamente o del acusado penalmente (STS de 26 de octubre de 2000, RJ 10372).

La presunción de inocencia se asienta en dos ideas esenciales (pueden verse los arts. 217 LEC y 214 CC): de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde a jueces y tribunales, y de otro que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible sino también de responsabilidad penal (STC 201/1989)⁽⁶¹⁾.

Dicha presunción se extiende a todos los ámbitos siempre que se apliquen normas punitivas o sancionadoras (STS de 7 de enero de 1992), ya que el acusado ha de llegar al juicio como inocente⁽⁶²⁾.

Así por ejemplo, se estima el recurso, con fundamento en la presunción de inocencia, contra una sanción que se había impuesto a un recluso a quien se

61. Igualmente STS de 10 de abril de 2000, RJ 3345.

62. F. CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, p. 155; J. LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, «El régimen disciplinario de los funcionarios públicos y el principio constitucional de presunción de inocencia», *REDA* 33, 1982; VV.AA., *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1997.

Santiago González-Varas Ibáñez

le imposibilitó sin razonamiento ni causa la práctica de la prueba de descargo que en su momento solicitó. El Tribunal aprovecha para insistir que las garantías del artículo 24 de la CE han de ser aplicadas con especial rigor, ya que la sanción supone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena (STC 1995/1997, referente a un caso en que un centro penitenciario había impuesto una sanción de arresto de dos fines de semana por encontrar «*orina escondida*» sin que se admitiera al recluso la prueba de que dicha orina era suya mediante una prueba analítica).

También es esencial el principio de inmediación o presencia del Instructor en todas las pruebas que se practiquen (art. 40 del RRDF).

En cambio, a diferencia de otros procesos, penales o civiles, es manifiesta la indefinición acerca de las pruebas oportunas a juicio del Instructor.

Cumplimentadas las diligencias se **dará vista del expediente** al inculpado con carácter inmediato para que en el plazo de diez días alegue lo que estime pertinente en su defensa y aporte cuantos documentos considere de interés, facilitándose copia completa del expediente al inculpado cuando éste lo solicite (art. 41 del RRDF).

Seguidamente, el Instructor formulará dentro de los diez días siguientes la **propuesta de resolución** en la que fijará con precisión los hechos, motivando en su caso la denegación de las pruebas propuestas por el inculpado, y hará una valoración jurídica de ellos para determinar la falta que se estime cometida, señalándose la responsabilidad del funcionario, así como la sanción a imponer (art. 42 del RRDF) ⁽⁶³⁾.

Esta propuesta se notificará por el Instructor al interesado para que en el plazo de diez días pueda alegar ante el instructor cuanto considere conveniente en su defensa.

La jurisprudencia no ha dudado en anular las sanciones en cuya tramitación se ha omitido la notificación de la propuesta de resolución o en las que el pliego de cargos carecía de los requisitos imprescindibles para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a ser informado de la acusación, al limitarse a la iden-

63. S. ARAGONESE MARTÍNEZ/J.A. TOMÉ GARCÍA, en VV.AA., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1995, p. 296: «*En la instrucción se verifica una suerte de calificación o juicio sobre los hechos, aunque sea provisional (STC 164/1988)*».

tificación del hecho imputado y del precepto que se tipifica y a la indicación de la sanción que en abstracto cabía imponer a las infracciones muy graves, sin contener por tanto un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada (SSTS de 6 de mayo de 1999, RJ 3690, y de 22 de abril de 1999, RJ 3432).

El mero relato de los hechos sin precisar el hecho imputado ni su tipificación y sanción es causa de indefensión y produce la retroacción de actuaciones (STS de 9 de octubre de 2000, RJ 8159).

Pero no ha faltado alguna resolución que considera que la falta de notificación de la propuesta de resolución, cuando ésta no es sino mera transcripción del pliego de cargos perfectamente conocido por el expedientado, no causa indefensión (ATC 320/1986).

La propuesta de resolución es un acto de trámite, aunque también es un momento decisivo del expediente sancionador que abre la última vía de defensa efectiva a la que tiene derecho el expedientado (STS de 8 de noviembre de 1990, RJ 8819).

Finalmente, se traslada el expediente completo al órgano que haya acordado la incoación del procedimiento, el cual lo remitirá al órgano competente para que proceda a dictar la decisión que corresponda o, en su caso, ordenará al instructor la práctica de las diligencias que considere necesarias (art. 44 del RRDF).

La **resolución** pone fin al procedimiento disciplinario y será motivada (art. 45 del RRDF; STS de 26 de marzo de 1999, RJ 1541, FJ 6.º), notificada al funcionario (art. 48.3 del RRDF) y finalmente ejecutada (art. 49 del RRDF), anotándose en el Registro de personal (art. 5 del RRDF).

Dicha resolución no estará vinculada por la valoración jurídica del instructor, sino tan sólo por los hechos contenidos en el pliego de cargos y propuesta de resolución.

La impugnación jurisdiccional de la resolución podrá producirse por vulneración de alguno de los principios del Derecho sancionador, derivados del Derecho penal⁽⁶⁴⁾ que, aunque ignorados en un plano normativo por el RRDF, rigen el procedimiento disciplinario.

64. Sobre este consabido tema STC 1991/246, STS de 2 de noviembre de 1999, RJ 10674, etc.

Santiago González-Varas Ibáñez

Dentro de estos principios seleccionamos:

1. Reserva legal y seguridad jurídica para el ejercicio de la potestad sancionadora. Según la STS de 18 de noviembre de 2000 (RJ 549), el principio de legalidad implica *«al menos la existencia de una ley (Lex scripta), que la Ley sea anterior (Lex previa) y que la Ley describa un supuesto de hecho determinado (Lex certa)»*. *«Supone la imperiosa necesidad de pre-determinación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir la existencia de preceptos jurídicos (Lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (Lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción»*. *«Lo que prohíbe el artículo 25.1 de la CE es la remisión al reglamento que haga posible una regulación in-dependiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora»*.
2. Tipicidad, lo que exige primero que el hecho encaje en alguna de las infracciones sin posible discrecionalidad administrativa ⁽⁶⁵⁾.

Segundo, una prohibición de analogía en cuanto a la aplicación de las normas definidoras de infracciones y sanciones (art. 129.4 de la LRJAP-PAC), así como de una remisión a deberes deontológicos y a conceptos jurídicos indeterminados (STC 55/1984) ⁽⁶⁶⁾.

En este sentido la STC 1990\182 afirma que *«el derecho fundamental a la legalidad penal no permite la aplicación analógica in peius de las normas penales; exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo pueda*

65. J.M. TRAYTER, *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, 1992, p. 174: *«en definitiva, es posible que una determinada actuación sea reprobable moralmente pero no encuentre incardinación alguna en los tipos legales descritos. En este caso, la Administración no podrá sancionar de forma discrecional al funcionario expedientado ni le está permitido la utilización de los criterios analógicos»*.

66. Puede verse F. CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, p. 267; B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Valladolid, 1999, p. 168: se prohíbe tanto la analogía como la interpretación extensiva; *«existe analogía cuando un hecho no contemplado de forma expresa por ninguna norma, se sanciona aplicando una norma que contempla un hecho similar o análogo. Se realiza interpretación extensiva cuando una norma se aplica a un hecho que, a pesar de no parecer contemplado por la letra de ésta, encaja en su espíritu y finalidad»*.

anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles» ⁽⁶⁷⁾.

3. Principio de proporcionalidad, *«que exige que la discrecionalidad que se otorga a la Administración para su aplicación se desarrolle ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida»* ⁽⁶⁸⁾.

En fin, el mundo de los procedimientos disciplinarios es complejo. Es lamentable que auténticos y reiterados incumplimientos queden al margen de sanción, mientras la ira de determinados colectivos pueda recaer sobre sujetos que pueden haberse caracterizado por un esmerado y sobresaliente cumplimiento de sus funciones. De ahí la conveniencia de profundizar en el Derecho sancionador. El objetivo es que no queden impunes hechos ilícitos, pero poco dice en su favor este Derecho sancionador si finalmente las sanciones recaen sobre las personas que menos las merecen. El contexto sociológico, laboral, la política y la psicología, *los intereses y las rencillas* parecen llegar a jugar un papel más determinante que el propio Derecho. Increíble que esto sea así. Pero lo es.

67. En este supuesto se sancionaba gravemente a una inspectora de trabajo por omitir la verificación de la situación laboral y de aseguramiento social de dos trabajadores en las obras de una vivienda, que aquélla estimó cubierta por relaciones familiares y de buena vecindad y que el instructor del expediente consideró que no eran constitutivos de falta alguna. Sin embargo, se sancionó a dicha inspectora. El TC entendió que la conducta sancionada no reunía todos los elementos del tipo definido en el precepto reglamentario aplicado y que por lo mismo no podía ser subsumido en aquel tipo. Puede verse, igualmente, la STC 1998/56.

68. STS de 20 de marzo de 2001, RJ 2531; STS de 28 de febrero de 2000, RJ 2655.

