

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y EL DERECHO DE LIBRE EXPRESION

(Nota sobre el primer recurso de contrafuero) (*)

SUMARIO: I. EL PRIMER RECURSO DE CONTRAFUERO.—II. EL TEMA PLANTEADO: EL REGLAMENTO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LAS LEYES FUNDAMENTALES.—III. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y EL ESTATUTO ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—IV. RECURSO DE CONTRAFUERO Y MATERIAS RESERVADAS A LA LEY.—V. LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: A) *Su justificación en las necesidades del servicio*. B) *Inaplicabilidad del Reglamento disciplinario a los funcionarios excedentes*. C) *Las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad*. D) *La autorización previa para publicar trabajos relacionados con el Departamento a que pertenece el funcionario*.

I.—EL PRIMER RECURSO DE CONTRAFUERO.

A) La Ley de 17 de mayo de 1958, que declaró los Principios del Movimiento Nacional, establecía en su artículo 3.º: «Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino».

El citado precepto apuntaba obviamente a una típica consecuencia que se produciría cuando disposiciones de carácter general entrasen en colisión con disposiciones de mayor rango formal. En la teoría de la jerarquía de las fuentes del Derecho se venía así a introducir, no sólo el escalón formal de la superlegalidad (Leyes Fundamentales), sino la sanción práctica para los supuestos en que el principio de jerarquía fuese vulnerado precisamente en relación con tal escalón.

Ahora bien, el artículo 3.º de la Ley de Principios Fundamentales anteriormente citado dejaba abiertas, por lo demás, una serie de preguntas sin contestación clara: ¿se remitía la efectividad de la norma a la ulterior institución de una jurisdicción especial para la fiscalización de la constitucionalidad de las Leyes?; ¿se estaba atribuyendo sin más

(*) Este trabajo ha sido redactado para el *Libro-Homenaje al Profesor Carlos OLLERO*, actualmente en preparación.

a los Tribunales ordinarios la facultad de pronunciarse, como cuestión previa, sobre la adecuación de las Leyes aplicables al caso con los Principios Fundamentales del Movimiento? Lo único que cabe contestar es que no se conoce ninguna declaración de nulidad de Ley formal por aplicación inmediata del tan repetido artículo 3.º En cuanto a otras disposiciones de inferior rango, la cuestión varía, ya que el sistema de fiscalización contencioso-administrativa actualmente vigente permite la impugnación de dichas disposiciones con rango inferior a la Ley «por infracción del Ordenamiento jurídico». Y, claro está, las Leyes Fundamentales forman parte del Ordenamiento jurídico.

Con la Ley Orgánica del Estado viene a formalizarse casi diez años después una de las soluciones apuntadas, en hipótesis, por la Ley de Principios Fundamentales de 1958: el establecimiento de una jurisdicción revisora de carácter constitucional. Con una terminología que deliberadamente ha querido apartarse de los moldes vigentes en el Derecho comparado, el título X de la Ley Orgánica del Estado se dedica a la regulación del llamado «recurso de contrafuero». «Es contrafuero todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino» (art. 59, I). En garantía de los principios y normas lesionados por contrafuero se establece el recurso ante el Jefe del Estado (art. 59, II), el cual podrá ser promovido por el Consejo Nacional o por la Comisión Permanente de las Cortes (art. 60) y se tramitará ante el Consejo del Reino (art. 61), que propondrá la resolución que proceda al Jefe del Estado (art. 62).

El esquema, pues, del recurso y de su tramitación queda establecido en la Ley Orgánica del Estado; pero la regulación completa de la materia se remite a una Ley especial que «establecerá las condiciones, la forma y los términos en que haya de promoverse y sustanciarse el procedimiento a que dé lugar el recurso de contrafuero» (art. 66) (1).

B) La Ley especial, anunciada por la Ley Orgánica del Estado, se ha promulgado efectivamente: Ley 8/1968, de 5 de abril, por la que se regula el recurso de contrafuero.

(1) El tema de las Leyes Fundamentales y del recurso de contrafuero ha dado lugar a interesantes aportaciones bibliográficas: R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *La constitución española*, Madrid, 1969; L. SÁNCHEZ AGESTA, *La función constitucional del Juez (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, Madrid, 1967; C. MARTÍNEZ ESTERUELAS, *Las funciones del Consejo del Reino*, en "Revista de Estudios Políticos", núm. 152, 1967; D. SEVILLA ANDRÉS, *La defensa de la constitución en la Ley Orgánica española*, en "Revista de Estudios Políticos", núm. 152, 1967; F. HERRERO TEJEDOR, *El Estado de Derecho en las Leyes Fundamentales españolas*, en "XV Semana de Estudios de Derecho Financiero", Madrid, 1967; F. M. CLAVERO ARÉVALO, *Justicia constitucional y justicia administrativa: Reflexiones sobre el recurso de contrafuero*, en "Anales de la Universidad hispalense", serie: Derecho, núm. 4, 1969; J. M. BOQUERA OLIVER, *El valor jurídico de las Leyes ordinarias*, en "Revista de Estudios Políticos", números 169-170, 1970.

En las cuestiones ya prejuzgadas por la Ley Orgánica del Estado, la Ley 8/1968 no podía, claro está, introducir innovaciones (so pena de incurrir ella misma, paradójicamente, en contrafuero). Así es que, por ejemplo, en cuanto a la legitimación para promover, el recurso no le quedaba más que repetir el correspondiente precepto de la LOE: el Consejo Nacional puede promover recurso contra Leyes votadas en Cortes y contra disposiciones del Gobierno, y la Comisión Permanente de las Cortes puede promoverlo solamente en relación con las disposiciones de carácter general adoptadas por el Gobierno (pues no sería lógico que las Cortes recurriesen contra sus propias Leyes).

Ahora bien, la Ley 8/1968 ha venido a recordar expresamente que los particulares disponen de una vía de acceso indirecto a la jurisdicción de contrafuero, haciendo uso del derecho de petición.

Esta es una solución a la que, sin decirlo expresamente, se hubiese llegado en virtud del juego de la Ley de 22 de diciembre de 1960, que regula el derecho de petición (desarrollando un derecho ya reconocido en el artículo 21 del Fuero de los Españoles); pero no ha estado de más, ni mucho menos, que la Ley 8/1968 recuerde expresamente esta aplicación específica del derecho de petición, tal como lo hace en su artículo 4.º:

«1. Los españoles, de acuerdo con las normas que regulan el derecho de petición, podrán dirigirse al Consejo Nacional o a la Comisión Permanente de las Cortes, según proceda, exponiendo razonadamente que, a su juicio, un acto de los enumerados en el artículo 3.º incurre en contrafuero».

Hay que añadir que, cuando menos, tal recordatorio ha servido para que, utilizando la vía de petición numerosos escritos, denunciando pretendidos contrafueros, hayan sido presentados ante la Comisión Permanente de las Cortes y el Consejo Nacional que, como se dijo, son los organismos técnicamente legitimados para promover el recurso.

C) Empero, sólo uno de estos escritos ha tenido la virtualidad suficiente para poner en marcha el mecanismo jurisdiccional, dando lugar a la primera resolución en materia de contrafuero que se produce en nuestro país: el Decreto de 22 de junio de 1970, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 6 de julio siguiente (2).

Como se desprende de la lectura de la resolución, el recurso ha sido interpuesto por la Comisión Permanente de las Cortes Españolas contra los apartados b) y c) del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por el Decreto de 16 de agosto de 1969; pero también se nos dice que la Comisión Permanente de las Cortes Españolas adoptó el acuerdo de interponer recurso como consecuencia del escrito presentado,

(2) El texto íntegro ha sido publicado también en el núm. 62 de esta REVISTA, páginas 359 y sigs.

en ejercicio del derecho de petición, por don Francisco Elías de Tejada. Ha sido, pues, en este primer caso, un particular —precisamente catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla— quien ha puesto en marcha el mecanismo para la fiscalización del contrafuero.

II.—EL TEMA PLANTEADO: EL REGLAMENTO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LAS LEYES FUNDAMENTALES.

El Reglamento disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969 con carácter definitivo, después de un período de vigencia provisional, tipifica en su artículo 7.º, entre otras, las siguientes faltas graves:

«b) La manifestación pública de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores y a las medidas de gobierno».

«c) Publicar trabajos de cualquier clase, relacionados directa o indirectamente con la actividad de las materias propias de la competencia del Departamento o Departamentos ministeriales a que los funcionarios pertenezcan o donde presten sus servicios, sin obtener autorización previa de sus superiores».

Pues bien, la tesis mantenida por la Comisión Permanente de las Cortes Españolas, en su recurso de contrafuero, es la de que los citados preceptos disciplinarios vulneran varios artículos del Fuero de los Españoles: el artículo 17, en cuanto que consagra el derecho a la seguridad jurídica y a que todos los órganos del Estado actúen conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas; el artículo 3.º, en cuanto que declara el principio de que la Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clase ni acepción de personas, y, en fin, el artículo 12, en cuanto declara que «todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado».

La doctrina, sentada en la resolución que contiene el Decreto de 22 de junio de 1970, puede resumirse así: 1) la invocación de los derechos establecidos en el Fuero de los Españoles por los funcionarios públicos no puede hacerse sin olvido del *status* jurídico especial en que éstos se encuentran por razón de servicio público; 2) el recurso de contrafuero no tiene como materia propia el preservar las invasiones por la potestad reglamentaria de materias reservadas a la Ley, por lo que, en el caso en cuestión, no resulta procedente la invocación del artículo 17 del Fuero de los Españoles; 3) el principio de igualdad ante la Ley no es incompatible con la situación especial de derechos y deberes de los funcionarios públicos, y 4) la libertad de expresión consagrada en el artículo 12 del Fuero de los Españoles sólo puede sufrir restricciones, en el caso de los funcionarios públicos, cuando ello venga objetivamente justificado por razones de servicio público.

La conclusión a que se llega es que existe colisión entre los preceptos impugnados y el artículo 12 del Fuero de los Españoles, y que, por tanto, debe declararse: 1.º, la nulidad por contrafuero del inciso final del apartado b) del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario, del cual habrá de suprimirse la expresión «... y a las medidas de gobierno»; 2.º, la nulidad por contrafuero de la totalidad del apartado c) del artículo 7.º del propio Reglamento citado.

III.—LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y EL ESTATUTO ESPECIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

A) Frente a la invocación del Fuero de los Españoles para justificar el contrafuero de una disposición general restrictiva, pero sólo aplicable a los funcionarios públicos, hay un argumento elemental que, claro está, no podía pasar inadvertido a la Comisión Permanente de las Cortes, promotora del recurso de contrafuero que se examina: el funcionario público se encuentra sometido a lo que la moderna doctrina del Derecho público denomina la relación especial de poder o de sujeción. Su *status* jurídico no es, por consiguiente, el de la generalidad de los ciudadanos, sino el que dimana de la relación jurídica especial que le liga a la Administración pública y en la que ha entrado, no debe olvidarse, voluntariamente.

No debe extrañar, por ende, que los derechos y obligaciones del funcionario público con respecto a la Administración sean diferentes de los que afectan a un ciudadano en cuanto tal.

Quizá el ejemplo más significativo para configurar esta distinción nos lo proporcione el examen comparativo del derecho que se establece en el artículo 14 del Fuero de los Españoles y de la obligación que al funcionario público se fija en el artículo 77 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado. En efecto, según la disposición fundamental primeramente citada, «los españoles tienen derecho a fijar libremente su residencia dentro del territorio nacional»; en cambio, según el artículo 77, 1, de la Ley de Funcionarios, «los funcionarios deberán residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios».

¿Cabe deducirse de lo anterior la existencia de contrafuero en el citado artículo 77 de la Ley de Funcionarios? No parece posible ofrecer una respuesta afirmativa que iría contra el sentido común y que, desde el punto de vista técnico-jurídico, significaría, desde luego, una burda confusión entre la situación del ciudadano, en cuanto tal, y la del funcionario público, en su tal condición. Más aún, es que ni siquiera existe contradicción —ni lógica, ni real— en que un funcionario público fije su domicilio en el lugar que tenga por conveniente y en que cumpla con su deber de residencia en el lugar de su destino.

Pues bien, lo que interesa subrayar es que el Decreto de 22 de junio de 1970, resolutorio de este primer recurso de contrafuero, ha llegado

a su conclusión estimatoria sin olvidar el distingo que acaba de ser formulado, o dicho más precisamente: a pesar del dicho distingo. La doctrina que se sienta en su cuarto Considerando merece en tal sentido ser recordada:

«Considerando: Que, sentado lo anterior, se deduce que el criterio para determinar la existencia de contrafuero, cuando se trata de enjuiciar normas y disposiciones legales en que se regulen en forma restrictiva los derechos y libertades reconocidos en el Fuero de los Españoles, habrá de tener en cuenta, de una parte, la naturaleza misma del derecho que se regula, y de otra, la situación o *status* especial en que el ciudadano español se encuadre, que en nuestro caso es la propia de la relación funcional, por lo que el problema consiste en determinar la racionalidad y justificación de la restricción impuesta, dado que los poderes de la Administración sobre sus funcionarios —consecuencia de la relación especial antes dicha— se han de fundar sobre las necesidades o peculiaridades del servicio, que se convierten así en causa jurídica o motivo justificante; por lo que de cuanto antecede puede extraerse la conclusión de que si bien es posible en principio, por razón de la función pública, la restricción en el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales consagrados en el Fuero de los Españoles, cualquier restricción no justificada por las necesidades del servicio o por la especialidad de la función constituyen contrafuero, de acuerdo con la definición que del mismo se contiene en el artículo 59, 1.º, de la Ley Orgánica del Estado».

B) Directamente ligado con lo anterior se encuentra el tema relativo a si los preceptos impugnados del Reglamento disciplinario de funcionarios infringe el principio contenido en el artículo 3.º del Fuero de los Españoles: «La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencias de clases ni acepción de personas».

Parece obvio que el principio de igualdad se halle de entrada condicionado por el estatuto especial en que el ciudadano se encuentre y que, por tanto, es dentro de cada estatuto —, sobre todo, en función de la relación general de poder— donde el principio de igualdad cobra su sentido. Con todo, el Decreto resolutorio del recurso de contrafuero ha querido matizar aún más el alcance de este importante principio, sentando así (o, al menos, iniciando) doctrina jurisprudencial sobre uno de los más citados preceptos de nuestro Ordenamiento fundamental. Se dice así en el séptimo Considerando de la resolución comentada:

«Considerando: Que en cuanto a la infracción, también alegada en el recurso que se examina, del artículo 3.º del Fuero de los Españoles, hay que entender que el principio de igualdad ante la Ley contenido en dicho artículo debe interpretarse, histórica y sistemáticamente, como igualdad de todas las personas individuales, según sus méritos propios y sin acepción dispar por razón de nacimiento,

sexo, religión o fortuna, a recibir la protección de las Leyes en toda su actividad personal o jurídica, principio general, por otra parte, inspirador de todo el conjunto de declaraciones contenidas en el Fuero de los Españoles, que asegura en el caso concreto de los funcionarios públicos a cada uno de ellos la protección jurídica necesaria para recibir un tratamiento jurídico igual en la medida y proporción a que sus propios méritos les hagan acreedores, sin acepción de personas; pero tal principio inspirador no resulta vulnerado por los preceptos impugnados del Reglamento Disciplinario, ya que la finalidad de la Administración al dictar los mismos ha consistido solamente en pretender proteger —aunque en forma inadecuada por excesiva, como después veremos— los bienes jurídicos de disciplina y sigilo en el servicio público, sin que aparezca voluntad alguna en dichos preceptos de discriminar entre unos y otros funcionarios individualmente considerados y sin que quepa deducir la desigualdad de la comparación con el resto de los españoles, pues ya se advirtió anteriormente que por su *status* especial los funcionarios públicos se encuentran sometidos a una relación especial de sujeción o poder con respecto a la Administración pública, razones éstas que inducen a negar que los preceptos objeto del presente recurso vulneran el artículo 3.º del Fuero de los Españoles».

IV.—RECURSO DE CONTRAFUERO Y MATERIAS RESERVADAS A LA LEY.

Los primeros comentaristas de nuestro recurso de contrafuero se han planteado expresamente este problema: supuesto que el artículo 17 del Fuero de los Españoles exige que «todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas», ¿quiérese decir que cualquier actuación normativa que dé lugar, por ejemplo, a un Reglamento ilegal constituye contrafuero? (3). Obsérvese que una contestación afirmativa a la anterior pregunta supondría la existencia de contrafuero no solamente en los casos de promulgación de un Reglamento administrativo en materias reservadas a la Ley, sino en relación

(3) CLAVERO AREVALO, *Justicia constitucional...*, en loc. cit. En ulterior trabajo, CLAVERO (*¿Existen reglamentos autónomos en Derecho español?*, en el número 62 de esta REVISTA, 1970, pág. 15) reitera su opinión favorable a que la invasión de la “reserva de Ley” constituya contrafuero. Por cierto que, en relación con la tesis central de dicho trabajo sobre existencia en Derecho español del Reglamento autónomo, no queremos desaprovechar la ocasión para recordar que la modificación del Reglamento de las Cortes, en 22 de julio de 1967, ha supuesto la adición de un tercer párrafo al artículo 50 que faculta al Gobierno para plantear a las Comisiones legislativas de las Cortes “cuestión de competencia” con ocasión “del estudio de un proyecto, proposición de ley, o moción independiente” que no sea de la competencia de las Cortes. A nuestro juicio, este precepto da por supuesta la “reserva reglamentaria”, es decir, el Reglamento autónomo según la terminología empleada por CLAVERO.

con cualquier otro tipo de ilegalidad achacable a cualquier disposición reglamentaria.

La doctrina que viene a sentarse en el Decreto-Resolución que se comenta incide, por eso, en un tema de la mayor importancia práctica y sienta un precedente fundamental a los efectos de establecer la debida delimitación entre lo que pertenece realmente a la jurisdicción de contrafuero y lo que debe ser fiscalizado por vía de recurso contencioso-administrativo. Téngase en cuenta que el paralelismo entre el recurso de contrafuero y el recurso contencioso-administrativo —no excluido, en principio, como se desprende del artículo 11 de la Ley 8/1968— se resuelve a favor de la primacía de la jurisdicción de contrafuero, lo que significa lisa y llanamente que propugnar y fomentar un concepto expansivo de la jurisdicción de contrafuero puede significar una restricción de las posibilidades del recurso contencioso-administrativo. Lo cual, debe decirse, no es deseable desde el punto de vista de una eficaz justicia administrativa.

Pues bien, en relación con el tema, la doctrina que se sienta en la resolución comentada establece una solución rigurosa: no pueden confundirse las invasiones por la potestad reglamentaria de materias reservadas a la Ley con el objeto específico del recurso de contrafuero. Así se lee en el esclarecedor sexto Considerando:

«Considerando: Que, a mayor abundamiento, parece conveniente evitar cualquier intento de confundir las invasiones por la potestad reglamentaria de materias reservadas a la Ley con el objeto específico del recurso de contrafuero, que, según siempre el artículo 59, 1.º de la Ley Orgánica del Estado, hace referencia concreta al contenido de la norma y no a la actividad del órgano del cual emana, ya que una interpretación contraria llevaría a advertir contrafuero por infracción del artículo 17 del Fuero de los Españoles, en relación con el artículo 41 de la Ley Orgánica del Estado, en todo supuesto en que la Administración dicte disposiciones contrarias a las Leyes o en aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes, lo cual supondría evidentemente desvirtuar la estricta naturaleza del recurso de contrafuero, que, de acuerdo con nuestro ordenamiento fundamental —y como se ha dicho— se ha establecido exclusivamente para fiscalizar aquellos actos legislativos o disposiciones generales del Gobierno que, *cabalmente por su contenido*, vulneren los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino, *por lo que no es el hecho de que la Administración Pública dicte disposiciones en desacuerdo con Leyes formales vigentes o en materias reservadas a las Cortes lo que constituye contrafuero, sino la inadecuación entre el contenido de tales disposiciones y nuestro ordenamiento fundamental*». (El subrayado es nuestro.)

V.—LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

A) Después de establecer las matizaciones y cautelas a que se ha hecho alusión en los apartados anteriores, la resolución que se comenta entra de lleno en lo que constituye el meollo del tema: la posible colisión entre los preceptos impugnados del Reglamento disciplinario y el derecho de libre expresión —sólo condicionado por el respeto a los principios fundamentales del Estado— que se consagra en el artículo 12 del Fuero de los Españoles.

Ya se vio con anterioridad que la resolución considera lícitas, en principio, las restricciones de los derechos y libertades reconocidos en el Fuero de los Españoles, teniendo en cuenta, «de una parte, la naturaleza misma del derecho que se regula y, de otra, la situación o *status* especial en que el ciudadano español se encuentre, que en nuestro caso es la propia de la relación funcional» (cuarto Considerando). Por ello —se nos sigue diciendo en la resolución— «el problema consiste en determinar la racionalidad y justificación de la restricción impuesta».

Con lo que se acaba de decir, la jurisdicción de contrafuero asume unas facultades fiscalizadoras que desbordan las que suele atribuirse la jurisdicción contencioso-administrativa con respecto a los actos y disposiciones de la Administración Pública. Sabido es que la Ley reguladora de esta última jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956, acaba con la categoría apriorística de los llamados actos discrecionales por razón de su naturaleza o materia sobre que versen (y así se dice expresamente en su Exposición de Motivos) y admite la nulidad del acto administrativo por cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico. Ahora bien, esto no ha significado, ni mucho menos, la abolición teórica, ni práctica, de la discrecionalidad administrativa. Frecuentemente las leyes conceden expresamente a la Administración pública la facultad de elegir entre varias soluciones legalmente posibles; o la solución legal es única, pero la apreciación de las circunstancias concurrentes se confía a la Administración (y, por tanto, no a los Tribunales revisores); o, en fin, la Ley utiliza al atribuir potestades administrativas «conceptos jurídicos indeterminados» (orden público, salubridad, peligros atmosféricos, etc.) cuya interpretación corresponde, *prima facie* a la Administración y con respecto a los cuales la revisión jurisdiccional no suele tener lugar (4).

Es evidente que uno de los criterios de fiscalización de estos poderes discrecionales puede encontrarse en la medida de la racionalidad de la decisión administrativa (la *rule of reasounableness* de la jurisprudencia anglosajona); pero el estudio de nuestra jurisprudencia con-

(4) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 5.ª ed., 1970, págs. 242 y sigs., y 506 y sigs.

tencioso-administrativa —aparte casos aislados y muy concretos— no nos permite construir una teoría general. Es precisamente por esto por lo que la resolución que nos ocupa merece un estimulante comentario, ya que de forma consciente y sin restricciones, sienta la doctrina de que la jurisdicción de contrafuero es competente para determinar la *racionalidad* en el uso de la potestad normativa (en este caso, de la potestad reglamentaria de la Administración pública).

Precisamente al filo de esta racionalidad se van a producir los distintos pronunciamientos que la resolución contiene respecto de la adecuación de los apartados b) y c) del artículo 7.º del Reglamento disciplinario con el artículo 12 del Fuero de los Españoles.

B) Por de pronto, lo anterior produce una consecuencia que no se ha llevado a la parte dispositiva de la resolución (seguramente por respeto al principio de congruencia con el *petitum* del recurso), pero que pone en duda para el futuro la legalidad y corrección del artículo 11 del Reglamento disciplinario.

Según este precepto, el Reglamento disciplinario es aplicable, en principio, a los funcionarios que se encuentren en las diversas situaciones previstas en los artículos 42 a 50 de la Ley; lo cual quiere decir que es aplicable a los funcionarios en situación de excedencia (artículos 42 a 45). Pues bien, la resolución que nos ocupa viene precisamente a decirnos lo contrario: que las restricciones no pueden imponerse a quienes no se encuentren en servicio activo, por lo que, en cualquier caso, han de ser excluidas las personas comprendidas en el apartado b) del artículo 40 de la Ley Articulada de Funcionarios, es decir, los excedentes en sus diversas modalidades (8.º considerando). La razón es obvia: la posibilidad de sanción se encuentra condicionada por las propias exigencias de las necesidades del servicio.

Quede pues tomada nota de esta doctrina a los efectos de las futuras aplicaciones e interpretaciones que del artículo 11 del Reglamento disciplinario puedan hacerse.

C) Entrando ya en el examen concreto de los preceptos impugnados, la resolución estudia en primer lugar el apartado b) del artículo 7.º del Reglamento de Funcionarios en cuanto configura como falta grave «la manifestación pública de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores y a las medidas de gobierno».

Puede afirmarse que en este punto la jurisdicción de contrafuero ha matizado al máximo al afirmar que el dicho precepto comprende dos extremos distintos: de una parte, define como falta grave las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores y, de otra, las mismas manifestaciones con referencia a las medidas de gobierno (8.º considerando). Y el tratamiento que se hace de ambos supuestos es distinto, siendo asimismo distinta en cada caso la resolución adoptada.

En efecto, por lo que se refiere al primero,

«... parece lógico decir que la relación que la función pública entraña obliga precisamente a guardar el respeto y mantener la colaboración leal, por lo que —como muy acertadamente afirma el defensor, esto es, el Director general de lo Contencioso— parece difícil que se puedan cumplir dichas obligaciones si resulta posible la crítica pública a la decisión de los superiores jerárquicos o la expresa disconformidad respecto a los actos de los mismos, ya que, en cuanto a lo que se refiere a dichos actos, el funcionario resulta inserto en una situación concreta y determinada respecto a sus superiores, de tal modo que mientras esta situación subsista —y de ahí que las restricciones no puedan imponerse a quienes no se encuentran en el servicio activo y la exclusión en cualquier caso de las personas comprendidas en el apartado b) del artículo 40 de la Ley articulada de Funcionarios— se encuentra amparada la posibilidad de sanción en las propias exigencias de las necesidades del servicio, actuando dicha situación concreta de causa suficiente y necesaria para evitar la disconformidad o la crítica como lógica consecuencia de las obligaciones positivas que impone el artículo 79 del texto articulado, que exige el «respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos» y «acatar sus órdenes con exacta disciplina», así como también del artículo 76, que obliga a los funcionarios, en la relación concreta de su ámbito de actuación, a cooperar en la «consecución de los fines de la unidad administrativa en la que se hallan destinados», todo lo cual fuerza a decidir que no estamos en este supuesto en presencia de un contrafuero».

En cambio, he aquí la sutilísima doctrina en virtud de la cual se admite la libertad del funcionario para criticar las «medidas de gobierno»:

«Considerando que a diferente conclusión hay que llegar en relación al segundo inciso del apartado b) del artículo 1.º, que define como falta grave 'las manifestaciones de crítica o disconformidad...' respecto 'a las medidas de gobierno', dado que la cuestión, en relación con el artículo 12 del Fuero de los Españoles, es mucho más ardua, pues si bien puede sostenerse que lo que la disposición viene a sancionar es la crítica o disconformidad respecto a los actos de los superiores en cuestiones no decisorias o resolutivas que normalmente se concretan en instrucciones idóneas para la buena marcha y organización de los servicios, interpretación en la que abundaría la dicción en letra minúscula de la palabra gobierno, y el que no exista un artículo determinante que lo substantive, parece indudable que la expresión es lo suficientemente equívoca y la trascendencia de su subsistencia lo suficientemente grave para estimar racional que la posibilidad de sanción exista no sólo en los supuestos de crítica en cuanto a los actos de los superiores, sino en los que se refieran a la política o actuación de los altos órganos del Estado —y

tal sentido le da el propio defensor en su informe—; de tal modo que claramente resulta entonces que el precepto, al exceder del ámbito concreto de la situación de funcionario, lógicamente adscrito siempre a un servicio determinado y con competencias específicas, incide en el *status* de ciudadano, en el que, obviamente, y en relación con cualquier medida de gobierno que no haya sido elaborada por sus autoridades jerárquicas, el funcionario puede, como cualquier otro español, hacer uso del derecho que le confiere el artículo 12 del Fuero de los Españoles, máxime teniendo en cuenta que en el contenido de su actuación se haya, en todo caso, sometido a los artículos 76, 79 y 80 de la Ley articulada de Funcionarios y a las consecuentes sanciones previstas en el propio Reglamento disciplinario que se impugna; de todo lo cual se desprende que debe estimarse contrafuero el último inciso final del apartado b) en cuanto se refiere 'y a las medidas de gobierno'».

En resumen: el funcionario se encuentra en la situación de tal en cuanto a sus superiores jerárquicos administrativos; en cambio, en relación con el Gobierno, desaparece la situación especial de poder que la jerarquía comporta, que queda sustituida por el *status* general de ciudadano.

D) El juego de cautelas y reservas que se advierte hasta aquí como lógica definatoria de la resolución que nos ocupa, cede su paso a una actitud mucho más definida cuando se trata de enjuiciar el apartado c) del artículo 7.º del Reglamento disciplinario, en cuanto configura como falta grave «publicar trabajos de cualquier clase relacionados directa o indirectamente con la actividad de las materias propias de la competencia del Departamento o Departamentos ministeriales a que los funcionarios pertenezcan o donde presten sus servicios sin obtener autorización previa de sus superiores».

Esta «autorización previa» ocupa los dos últimos considerandos de la resolución, que contiene doctrina que se comenta por sí misma, como se aprecia de su simple transcripción:

«Considerando que, y siempre en relación con el artículo 12 del Fuero de los Españoles, el apartado c) del artículo 7.º, que se impugna, merece un enjuiciamiento más claro y por ello más severo, bastando recordar en tal sentido las reservas que se contienen en los dictámenes de los Organismos y Cuerpos consultivos que informaron el proyecto del Reglamento durante su tramitación, especialmente lo que en el dictamen del Consejo de Estado se dice, e incluso las cautelas que se contienen en el ponderado y objetivo escrito de alegaciones formulado por el Director General de lo Contencioso del Estado, en cuanto defensor de la disposición general del Gobierno; en efecto, obsérvese que lo que en el apartado c) del artículo 7.º de la disposición impugnada se viene a sancionar, no es el contenido de la publicación —ya sujeto al control pertinente, como antes expusimos—, sino el hecho mismo de 'publicar trabajos de cualquier

clase relacionados directa o indirectamente con la actividad de las materias propias de la competencia del Departamento o Departamentos ministeriales... sin obtener autorización previa de sus superiores', con lo que se atenta a la esencia del derecho de libre expresión al condicionar a una autorización previa el propio ejercicio del derecho impidiendo la intervención de la persona humana en la formación de la opinión pública y el desarrollo de su propia personalidad en cuanto a la libre expresión del pensamiento, por lo que resulta claro que no existe una conexión necesaria entre la falta que se configura y los deberes típicos del funcionario público, con lo que se advierte la ausencia de causa jurídica en la limitación impuesta que —como tan repetidamente se viene diciendo— sólo puede estar justificada por las necesidades del servicio o por las peculiaridades de la función, necesidades que, obviamente, no se advierten en el caso que se enjuicia, ni peculiaridades que puedan apreciarse, dado el carácter genérico de la norma, que afecta a toda clase de funcionarios.

Considerando: Que a la misma conclusión de apreciar contrafuero se llega, a efectos de una mayor claridad, mediante la reducción al absurdo del precepto en estudio, ya que al no atenderse al contenido de lo publicado y al pretender crearse una sanción puramente formal —falta de autorización previa— pudiera ocurrir, desde que se lleguen a impedir todas las publicaciones sobre la actividad de uno o varios Departamentos, hasta que siendo perfectamente idóneo el contenido de lo publicado por encontrarse dentro de la línea de actuación de los deberes del funcionario, e incluso tratándose de un trabajo totalmente laudatorio, no haya, sin embargo, más remedio que sancionar —por el simple dato formal de la falta de permiso—, y de no hacerlo así resulte, sin duda, responsable la autoridad competente para conceder dicha autorización; todo lo cual demuestra la falta de fundamento lógico y racional de la limitación impuesta a un derecho atribuido a todos los españoles en el artículo 12 de su Fuero y, por ende, el contrafuero en que incurre el apartado c) del artículo 7.º del Reglamento disciplinario impugnado».

En virtud de cuyos razonamientos se viene a declarar «la nulidad por contrafuero del apartado c) del artículo 7.º del propio Reglamento citado».

He aquí, pues, un comienzo esperanzador de la jurisdicción de contrafuero. La timidez, característica de las resoluciones inaugurales de cualquier jurisdicción, ha cedido aquí el paso a una resolución estimatoria, que ha de marcar un hito positivo en la futura interpretación de nuestras Leyes Fundamentales.

FERNANDO GARRIDO FALLA,
Catedrático de la Universidad de Madrid.

