

mente la comparecencia del testigo en el juicio oral, donde no sólo puede ratificar o rectificar lo dicho antes sino, en el primer caso, dar la razón de ciencia de su testimonio, mediante el interrogatorio cruzado de acusación y defensa, haciéndolo más o menos consistente y persuasivo, con la posibilidad de la prueba complementaria del careo. Como advierte el Fiscal, «no existía ningún inconveniente conocido y, desde luego, ninguna razón insuperable para que el testigo dejara de comparecer». En consecuencia no resulta viable la transformación de lo que es testifical en documental, sin posibilidad de contradicción real o efectiva, sustrayendo, por otra parte, a la Sala sentenciadora la inmediación de su práctica y, con ello, la posibilidad de ejercer con plenitud la crítica del testimonio para su valoración en el acervo probatorio. No haciéndolo así, el Juez y la Audiencia Provincial, privaron de su único soporte a la acusación, dado que el imputado la negó totalmente y quebraron la presunción de inocencia sin elementos de juicio consistentes, violando así una de las garantías más importantes de cuantas componen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin tacha de indefensión (art. 24 C.E.). Es función de este Tribunal Constitucional salvaguardar la integridad de éste y aquélla, cuidando de su *restitutio in integrum* cuando no se respeten, como ha sucedido en este caso, que guarda gran semejanza con el contemplado en nuestra STC 59/1991. En consecuencia, ha de darse amparo a quien lo pide y hasta donde lo pide.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Reconocer el derecho a la presunción de inocencia del demandante.

2.º Anular las Sentencias dictadas el 16 de mayo y el 17 de julio de 1990 por el Juez de lo Penal número 5 y la Audiencia Provincial (Sección Quinta) de Barcelona, respectivamente.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de julio de mil novecientos noventa y cinco.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

18446 Sala Segunda. Sentencia 104/1995, de 3 de julio de 1995. Recurso de amparo 71/1992. Contra desestimación presunta, por silencio administrativo, de la petición formulada al Ayuntamiento de Gijón sobre levantamiento de la suspensión preventiva de funciones del recurrente. Vulneración del derecho a permanecer en los cargos públicos: prolongación indebida de la medida cautelar de suspensión de funciones.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Cam-

pos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 71/92, interpuesto por don José Rodríguez Sáenz, a quien representa el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez del Real y con la asistencia de la Letrada doña Natalia Rodríguez Arias, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la petición que formuló al Ayuntamiento de Gijón el 10 de junio de 1991 sobre levantamiento de la suspensión preventiva de funciones. Han intervenido el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Gijón, representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Suárez Migoyo con la asistencia del Abogado don Raúl Bocanegra Sierra, habiendo sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Don José Rodríguez Sáenz, por escrito registrado el 13 de enero de 1992, interpuso el recurso de amparo del cual se hace mérito en el encabezamiento, donde relata que siendo funcionario del Ayuntamiento de Gijón fue procesado en el sumario núm. 8/85 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha ciudad y su partido, por lo cual el Alcalde, el 31 de octubre de 1989, le suspendió cautelarmente en sus funciones mientras durase el procesamiento, resolución que fue recurrida en reposición y, una vez desestimada ésta, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que dictó Sentencia desestimatoria el 27 de diciembre de 1990, contra la cual se formuló apelación ante la Sección Novena de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, actualmente pendiente de señalamiento para deliberación y fallo.

La causa penal donde el demandante de amparo fue procesado y cuyo procesamiento determinó su suspensión cautelar de funciones, fue resuelta por Sentencia que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó el 13 de mayo de 1991, condenándole, junto a otras personas, como autor de un delito de prostitución, a las penas de ocho meses de prisión menor, sesenta mil pesetas de multa, con treinta días de arresto sustitutorio en caso de impago, y seis años y un día de inhabilitación especial para realizar cualquier acto de gestión o administración relacionada con bares y establecimientos hoteleros. Esta Sentencia fue recurrida en casación única y exclusivamente por tres de los condenados, entre ellos quien hoy pide amparo constitucional.

Notificada la Sentencia de la Audiencia Provincial, don José Rodríguez Sáenz solicitó del Ayuntamiento de Gijón el levantamiento de la medida cautelar de suspensión provisional, petición a la que la Corporación municipal dio la llamada por respuesta. Acto seguido, aquél interpuso por la vía especial y sumaria prevista en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, recurso contencioso-administrativo, denunciando la infracción de los arts. 23.2 y 24.1 y 2 de la Constitución. El recurso fue desestimado por Sentencia que dictó el 17 de diciembre de 1991 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del ya citado Tribunal Superior de Justicia, impugnada aquí y ahora.

En la demanda de amparo se dice, con base en la STC 32/1985, que el acto administrativo cuestionado

y la Sentencia que lo confirmó en vía contencioso-administrativa han vulnerado su derecho a mantenerse en el puesto de trabajo del Ayuntamiento de Gijón y desempeñarlo de acuerdo con lo previsto en las leyes (art. 23.2 C.E.), por haberse negado a levantar la suspensión cautelar de funciones pese a conocer que en la causa penal, donde se le había impuesto tal suspensión, fue condenado por tiempo inferior al que ya llevaba suspenso en sus funciones. También se sostiene que aquel acto administrativo y esta decisión judicial vulneran su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), puesto que la subsistencia de la suspensión otorga a la misma un carácter punitivo en lo que exceda de seis meses, duración a la que debió quedar circunscrita por analogía con el plazo máximo previsto para la suspensión preventiva en un expediente disciplinario. En congruencia con los anteriores razonamientos, concluye la demanda pidiendo que se dicte Sentencia en la cual, otorgando el amparo solicitado, se declare la nulidad de la denegación presunta del Ayuntamiento de Gijón y de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, reconociéndole en consecuencia el derecho que se levante la suspensión provisional y ordenando al Ayuntamiento de Gijón que proceda a reponerle en el desempeño de su plaza como funcionario municipal.

2. La Sección Cuarta, en providencia de 14 de septiembre de 1992, admitió a trámite la demanda, requiriendo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias la remisión de las actuaciones, con emplazamiento de quienes fueron parte en el mencionado procedimiento para que pudieran comparecer en éste, si les conviniera. Mediante escritos registrados los días 23 de septiembre y 16 de octubre del citado año, respectivamente, comparecieron el Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Gijón, a quienes se tuvo por parte en otra del 2 de noviembre, acusando recibo de las actuaciones y dando vista a las partes por plazo común de veinte días.

En otra providencia de 19 de noviembre y a resultas de la solicitud contenida en escrito presentado por el demandante de amparo el anterior día 8, la Sección acordó que se formara pieza separada, concediendo en ella al Fiscal y a las demás partes un plazo de tres días para que pudieran alegar cuanto estimasen conveniente respecto de la suspensión solicitada. Evacuado dicho trámite por todas ellas en escritos presentados el 27 de noviembre, por Auto de 14 de diciembre la Sala Segunda accedió a esa medida cautelar y ordenó reponer al recurrente en el desempeño de su plaza como funcionario del Ayuntamiento de Gijón, Auto que se tuvo por cumplido en otro de 14 de junio de 1993.

3. El Fiscal formuló sus alegaciones el 19 de noviembre y en su escrito aduce que no es de recibo el razonamiento contenido en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, puesto que la medida cautelar que se adoptó como consecuencia del procesamiento no puede rebasar en su duración la de la sanción penal que definitivamente se imponga, habida cuenta la finalidad de dicha medida que no es otra que asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer. Si la conducta de quien demanda amparo fue atentatoria al «deber de decoro moral» de todo funcionario público, que es la razón fundamental esgrimida por la Sala para mantener la suspensión, ello es algo que no puede situarse con propiedad en el procesamiento. Se trata de un juicio valorativo que se deriva del comportamiento del interesado, el cual debe de efectuarse en una investigación distinta a la judicial, en concreto en un expediente sancionador para la depuración de aquel comportamien-

to si es que incide en las faltas disciplinarias definidas en el correspondiente régimen sancionador. Si no se ha incoado ningún expediente sancionador de ese tipo, es inadmisibles que la suspensión decretada por un procesamiento pueda verse interferida, para su mantenimiento, con consideraciones que sólo en tal expediente sancionador podrían llevarse al efecto. Aceptar otra cosa, que sería que la medida preventiva actuara con independencia de la definitiva, sería ir contra todo juicio de razonabilidad que la jurisprudencia de este Tribunal ha exigido para justificar la razón de toda medida cautelar (STC 108/1984).

Por consiguiente, el mantenimiento de la medida preventiva, en cuanto carece de toda justificación en el caso presente por las razones expuestas y supone para el interesado su no reintegración al servicio activo, recuperando de esta forma la plenitud de su derecho al ejercicio de su puesto funcional, incumple la exigencia constitucional de mantenerse en la función pública que consagra el art. 23.2 de nuestro Texto fundamental. La consecuencia no puede ser otra que la estimación del amparo solicitado, anulando la resolución presunta del Ayuntamiento de Gijón que mantuvo al interesado en situación de suspensión provisional como también la Sentencia que la declaró ajustada a Derecho. Ello haría innecesario investigar si la permanencia de la suspensión lesiona asimismo los derechos a la tutela judicial y a la presunción de inocencia que igualmente denuncia el actor. En cuanto al primero, la concesión del amparo en los términos expuestos corrige cualquier posible deficiencia de la tutela judicial. Respecto del segundo, existiendo como aquí existe una condena contra el recurrente no parece lo más propio hablar de presunción de inocencia. La inconstitucionalidad de la medida recurrida hay que situarla en que nada hay que prevenir desde el momento en que la pena de suspensión de empleo público consecuencia de la privativa de libertad impuesta —ocho meses— ya ha sido cumplida con la provisional decretada. Ya no juega, por tanto, la necesidad de explicar la compatibilidad de una medida cautelar con la presunción de inocencia.

4. El demandante evacuó el trámite de alegaciones el 27 de noviembre, desde la perspectiva del art. 23.2 de la Constitución en relación con el mantenimiento de la suspensión provisional cuando ya ha recaído condena en la causa penal que determinó la medida y trayendo a colación la Sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de la vieja Audiencia Territorial de Las Palmas, dictó el 5 de octubre de 1984, así como la que la antigua Sala Tercera del Tribunal Supremo pronunció el 1 de abril de 1985, para apuntalar la sedicente infracción del art. 24.2 de la Ley fundamental.

5. El Abogado del Estado, en escrito registrado el mismo día, se opuso al amparo solicitado sosteniendo que, en relación con el art. 23.2 de la Constitución, el recurrente no explica cómo se ha producido respecto de él desigualdad de trato en el mantenimiento y en el desempeño de su cargo de funcionario ni respecto de quién ha sido discriminado, no aportando término de comparación hábil alguno. Sin perjuicio de ello, sostiene el defensor de la Administración que ha de recordarse la doctrina de este Tribunal sobre el poder disciplinario que la Administración tiene respecto de sus dependientes o funcionarios y que la suspensión provisional en el caso decretada lo fue con fundamento en el art. 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, debiendo tenerse en cuenta, además, los hechos que se imputaban al recurrente en el proceso penal, de manera que la medida cautelar respecto de él adoptada por

el Ayuntamiento de Gijón aparece como razonable y no supone su adopción violación alguna del art. 23.2 de la Constitución ya que su no levantamiento descansa en la situación de sujeción especial en la que aquél se encuentra y persigue garantizar la adecuada probidad en el manejo de los asuntos de interés público cuya gestión tiene encomendada la citada Corporación municipal.

Tampoco se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.) del recurrente puesto que la adopción de medidas cautelares es compatible con este derecho fundamental (STC 108/1994 y ATC 862/1988), sin que sea aplicable por analogía a los supuestos de suspensión provisional de funcionarios sometidos a procesamiento la duración máxima de seis meses prevista en el art. 24 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios del Estado para la suspensión preventiva vinculada a un expediente disciplinario. Desde otra perspectiva, el Abogado del Estado afirma que la suspensión cautelar combatida no prejuzga el contenido de la Sentencia que se dicte en el proceso penal siendo su objeto únicamente proteger a la Administración y a los ciudadanos frente a la posible actuación inadecuada de aquellos a quienes se imputa haber cometido algún delito, por lo que, en definitiva, no hay violación alguna del art. 24.2 de la Constitución.

6. El Ayuntamiento de Gijón presentó su escrito de alegaciones el día 2 de diciembre, manteniendo, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso por dirigirse contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y no contra el acto presunto recurrido en el proceso en que aquélla fue dictada. No obstante, también sostiene que en cuanto al fondo el amparo solicitado debe ser denegado porque la decisión impugnada no ha infringido ningún derecho fundamental del recurrente y ello no sólo por los acertados razonamientos sostenidos en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sino también porque el presente recurso de amparo y el previo recurso contencioso-administrativo son prácticamente una repetición del asunto resuelto por la misma Sala en su Sentencia de 27 de diciembre de 1990, que resolvió, desestimándolo, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el hoy recurrente frente a la suspensión cautelar adoptada por la Corporación como consecuencia del procesamiento y posterior condena de aquél por un delito de características muy especiales, claramente incidente en el decoro exigible a todos los funcionarios.

El mantenimiento de la suspensión cautelar prevista en el art. 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, pese a la existencia de una Sentencia (condenatoria) recurrida, no infringe derecho fundamental alguno, pues esta suspensión puede durar todo el tiempo que dure el procesamiento, cualquiera que sea la causa del mismo, y la ausencia de la firmeza de la Sentencia condenatoria no altera para nada la situación jurídica como procesado del ahora recurrente que continúa siendo, efectivamente, un procesado —además de condenado—. No hay, pues, para el Ayuntamiento de Gijón infracción alguna del art. 23.2 de la Constitución.

Lo mismo cabe decir respecto de la supuesta violación del derecho a la presunción de inocencia, garantizado por el art. 24.2 de la Constitución, ya que la naturaleza de los delitos imputados al recurrente y la posterior condena, aunque no sea firme, amparan suficientemente el juicio de razonabilidad de la medida adoptada y la proporcionalidad de la misma a los fines que la justifican, características éstas de la medida que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del

Tribunal Supremo, la hacen compatible con las exigencias que impone el art. 24 de la Constitución. En consecuencia, el Ayuntamiento de Gijón pide el recibimiento a prueba de este recurso de amparo, para que se recabe de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo la remisión de los autos del recurso de apelación formulado por el demandante de amparo contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el día 27 de diciembre de 1990, en el recurso núm. 2.204/89 y cuya apelación se tramita con el núm. 2/1353/91.

7. De tal petición se dio traslado a las demás partes personadas por providencia de 21 de enero de 1993 para que, en el plazo común de tres días, alegasen lo que tuviesen por conveniente sobre la misma y, tras ser oídas, fue admitida la prueba en otra providencia de 4 de febrero del mismo año. Una vez practicada, el día 29 del siguiente mes de marzo se dio nuevo traslado a aquéllas para que en el plazo común de diez días formularan las alegaciones que estimasen pertinentes.

8. El demandante de amparo las evacuó el día 13 de abril, afirmando que la legalidad o ilegalidad de la medida cautelar de suspensión ninguna incidencia debe tener en este recurso de amparo, pero que, en cualquier caso, tanto la adopción de la misma como su posterior mantenimiento no han obedecido a un deseo de la Alcaldía de Gijón de preservar la legalidad sino a un deseo deliberado y consciente de «castigar» al demandante de amparo, que había osado denunciar el mal uso que se estaba haciendo de los ordenadores municipales, conclusión ésta que fácilmente se alcanza en el procedimiento contencioso-administrativo seguido contra el Acuerdo de adopción de la medida cautelar, por lo que se refuerza el argumento sobre la ausencia de razón o motivo alguno vinculado a las leyes que justifique el mantenimiento de la suspensión y, en consecuencia, se prueba la transgresión de los preceptos constitucionales invocados.

El Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Gijón, en sendos escritos presentados respectivamente los días 5 y 16 de abril de 1993, a la vista de la prueba practicada, insistieron en sus argumentaciones, solicitando el segundo que se levanta la suspensión acordada por este Tribunal en Auto de 14 de diciembre de 1992, solicitud a la que se declaró no haber lugar en providencia de 29 de abril de 1993. El Fiscal, a su vez, en escrito presentado el 21 de abril, concluyó que la prueba practicada pone de manifiesto que el demandante interpuso recurso de apelación contra la Sentencia que recurre en amparo, el cual está pendiente de señalamiento para votación y fallo, por lo que su pretensión de amparo incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica de este Tribunal, debiendo la misma ser desestimada en Sentencia por tal motivo.

9. El demandante presentó escrito el 4 de octubre al que adjuntó copia de la Sentencia pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 10 de junio de 1993, donde se estima el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 13 de mayo de 1991, absolviéndole en consecuencia de los delitos por los que fue procesado y cuyo procesamiento determinó la adopción de la medida cautelar de suspensión.

10. En providencia de fecha 29 de junio de 1995, se señaló para deliberación y fallo de este recurso de amparo el 3 de julio de igual año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La doble imputación que conlleva el enjuiciamiento de una Sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa donde se ratifique un acto de la Administración pública, cuando la impugnación de aquélla y de éste se produzca por motivos distintos, con apoyo en derechos fundamentales también distintos, permite calificar como mixto a este amparo, por dirigirse simultáneamente contra una actuación del Poder ejecutivo y otra del judicial. Este es el caso cuyo enjuiciamiento en un plano estrictamente constitucional nos corresponde acometer a seguido y no es en absoluto ocioso, en esta primera etapa del camino, dejar bien sentado cuál sea el objeto del proceso, ya que la imprecisión aparente de su contorno explica el planteamiento de sendas causas de inadmisibilidad por el Fiscal y el Ayuntamiento de Gijón, y su enfoque desde la distancia y la perspectiva precisas sirve, a la vez, para razonar su carencia de fundamento. Pues bien, la suspensión de funciones impuesta al hoy demandante en 1989 con carácter cautelar y accesorio respecto del procedimiento penal que se le seguía fue dada por buena en la Sentencia que el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias dictó, por boca de su Sala de lo Contencioso-Administrativo el 27 de diciembre de 1990, pendiente hasta ahora en apelación, que sepamos, ante la Sala Tercera (Sección Novena) del Tribunal Supremo. No es esto, sin embargo, lo que ahora se discute y por ello ha de naufragar necesariamente la inadmisibilidad que predica el Fiscal por no haberse agotado la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC], presupuesto de este tipo de procesos como consecuencia de su talante subsidiario.

El problema aquí planteado no estriba en la legalidad de la adopción de la medida cautelar, sobre la cual habrá de pronunciarse un día el Tribunal Supremo, sino en su subsistencia por obra de la denegación tácita de la solicitud de cancelación formulada por el suspendido, a quien el Ayuntamiento dio la callada por respuesta. Este acto administrativo ficticio y presunto, producido en virtud del llamado «silencio administrativo», pero que responde a una deliberada voluntad desestimatoria como refleja su defensa a ultranza por la Corporación municipal en la vía judicial y en ésta, junto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que no halló en él indicio alguno de ofensa al derecho fundamental esgrimido, en el proceso especial y sumario para su protección, componen propiamente las dos caras del objeto propio de este amparo constitucional. Lo dicho tan sobriamente como ha sido posible muestra, por la misma lógica de la narración, que fue seguida la vía jurisdiccional adecuada hasta sus últimas consecuencias.

Efectivamente, se negó al interesado la posibilidad de alzarse contra la Sentencia por tratar de una cuestión de personal, en virtud de una doctrina legal del Tribunal Supremo, iniciada en 1987 por la entonces Sala Quinta, con ocasión de haberse hecho cargo de los procesos para la protección de los derechos de la persona, variando radicalmente *overruling* la orientación jurisprudencial al respecto mantenida por la Tercera, hasta el 31 de diciembre de 1986, favorable a la admisión de la apelación en todos los casos, cualquiera que fuere la materia o la cuantía litigiosa, dada la naturaleza de este procedimiento sumario y su función. Sin embargo de que procediera, por lo dicho, la admisión del recurso en la vía judicial previa, la advertencia en sentido contrario, excluyendo la posibilidad de recurso alguno, que le fue notificada, con la Sentencia, al interesado, donde no hace sino seguir la orientación jurisprudencial antedicha, conocida suficientemente por los jurisperitos, sirve de excusa para tener por agotada la vía judicial.

El Ayuntamiento de Gijón, a su vez, pretende también la inadmisibilidad de la pretensión por dirigirse exclusivamente contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo pero no contra la denegación presunta del alzamiento de la suspensión preventiva o medida cautelar. Es evidente que impugnar la decisión judicial en lo contencioso-administrativo, por razones intrínsecas, no formales, lleva inherente la del acto administrativo, siquiera presunto que ratifica, y bastaría con lo dicho para rechazar la alegación. Pero es que, además, la lectura de la demanda de amparo, cuya súplica se ha transcrito en los antecedentes, pone de relieve que sí se extiende a la denegación presunta por silencio administrativo, tantas veces mencionada, cuya nulidad se pide explícitamente, configurándose así como objeto, directo y último de este proceso (art. 43 LOTC), aun cuando lo sea también la Sentencia, con carácter inmediato e instrumental.

2. Una vez despejado el camino de obstáculos procesales, no es ocioso destacar a primer plano el derecho fundamental invocado como fundamento de la pretensión. Se trata del que garantiza explícitamente el acceso de los ciudadanos en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos (art. 23.2 C.E.), que pueden ser representativos, o no, distinción cuyo origen y desarrollo se encuentra en nuestra doctrina constitucional (STC 81/1984). Este derecho fundamental extiende su manto protector, por la misma naturaleza de las cosas, a la permanencia en unos y el ejercicio de las otras sin perturbaciones ilegítimas, derecho clasificado entre aquellos cuya configuración se defiende constitucionalmente a la Ley, a cuyos «requisitos» ha de acomodarse su ejercicio, como advierte el inciso final de la norma y ha reconocido este Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 161/1988 y 24/1989). Aunque el significado del derecho al acceso no sea idéntico para los cargos representativos y para los funcionariales, es posible en cambio generalizar a sus dos vertientes la extensión del contenido a la permanencia en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna, durante la vida entera de la relación de servicio (STC 75/1983) y desempeñarlo de acuerdo con lo previsto en la Ley (STC 32/1985), para evitar su vaciamiento.

En consecuencia la suspensión del ejercicio del cargo o la extinción de esa relación deben producirse de acuerdo con lo que señalen las Leyes configuradoras del derecho fundamental, que en caso contrario resultaría vulnerado, sin que ello signifique la incorporación en bloque del régimen estatutario de la función pública, con su entramado de derecho, deberes y situaciones. En síntesis, lo protegido constitucionalmente es la posesión del cargo frente a cualquier acto de la Administración que, por adoptarse *intuitu personae*, entrañare discriminación. Por eso, para averiguar si el despojo es discriminatorio, resulta necesario de todo punto acudir a la norma del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aplicable supletoriamente en la municipal por virtud de la remisión contenida en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local [art. 140.2 R.D. Legislativo 78/1986, de 18 de abril], donde se autoriza a la autoridad competente para ello a imponer «la suspensión preventiva de los funcionarios sometidos a procesamiento, cualquiera que sea la causa del mismo, si esta medida no ha sido adoptada por la autoridad judicial que dictó el auto de procesamiento» (art. 24 R.D. 33/1986, de 10 de enero). Está claro que se trata de una medida cautelar y, por ello, esencialmente temporal, provisional en suma, que, no obstante adoptarse por la Administración, está determinada por una decisión judicial —el procesamiento— ligada a un proceso penal,

con un carácter accesorio y subsidiario para el caso de que el Juez no lo hubiera dispuesto así, sin tener fisonomía propia y autónoma, ni naturaleza sancionadora o disciplinaria. Las características apuntadas, evidentes por la mera lectura del precepto, prefiguran el razonamiento jurídico y llevan en sí la solución anticipada del problema.

Se induce de lo dicho, como primera premisa del discurso, que ningún reproche se ha dirigido, en abstracto, a la medida cautelar prevista en la norma transcrita más arriba del Reglamento Disciplinario, como tampoco su aplicación individualizada al empleado municipal que hoy demanda amparo, imposición encontrada correcta, en el plano de la legalidad, por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo pertenece al orden jurisdiccional constitucionalmente adecuado para enjuiciar la actividad administrativa [arts. 106 y 153 c) C.E.], aun cuando la última palabra penda de que se vea la apelación en el Supremo. Ocurre sin embargo que, como se anunció más atrás, aquí y ahora no se discute eso, sino la subsistencia de tal medida «preventiva». Acotado así el tema, la incógnita estriba en su duración máxima, sobre la cual se pronuncia el mismo precepto donde se autoriza diciendo que «podrá prolongarse durante todo el procesamiento» (art. 24, *in fine*, R.D.F.A.E.). Se ha indicado ya su naturaleza cautelar, que conlleva a la vez un talante instrumental, por no tener la suspensión de funciones un fin en sí misma —no es una sanción— y servir en cambio a una finalidad que la trasciende. Averiguar cual sea esta, nos lleva a la clasificación de las medidas cautelares en internas, adoptadas en un procedimiento para asegurar la efectividad de la resolución final definitiva, y las externas, que pretenden algo distinto de lo dicho.

En tal grupo ha de ser encuadrada esta en tela de juicio; que hallándose determinada por una decisión judicial indiciaria, el Auto de procesamiento no se encamina a garantizar el cumplimiento de la Sentencia penal y, por definición, puede imponerse cuando precisamente el Juez de Instrucción no la haya considerado necesaria para tal finalidad. Esta circunstancia, unida al talante potestativo de su adopción y al margen de discrecionalidad para seleccionar el tipo de delito que haya de actuar como factor desencadenante, señalan en una dirección inequívoca, proteger la integridad de la función e incluso preservar su imagen al exterior. La conservación del funcionario en su puesto, una vez que existen indicios racionales de una cierta conducta con una primera apariencia delictiva, puede entrañar un peligro o riesgo para la función o su desdoro, y también dificultar la investigación judicial o administrativa de lo sucedido. Ahora bien, siendo tal la finalidad que legitima la suspensión de funciones y el carácter accesorio además de instrumental, su dimensión temporal resulta, por esencia, limitada y debe guardar un obligado paralelismo, como con otras palabras habíamos advertido hace años (ATC 1340/1987). Por ello, el art. 24 del Reglamento Disciplinario vincula su duración máxima a la del procesamiento, si fuere levantado a lo largo del sumario y queda sin efecto automáticamente por la absolución o la condena en la Sentencia definitiva. En el caso de aquel primer pronunciamiento porque se volatiliza el fundamento de la medida y, en el otro, porque el procesado se transforma en condenado, en cuya situación pasan a primer plano las penas impuestas, entre las cuales puede estar, o no, la suspensión de cargo público durante el tiempo y con el ámbito que se indique o la inhabilitación especial o absoluta con pérdida de la condición de funcionario [arts. 138.1 d) T.R.D.V.A.L y 37.1 d) L.A.F.C.E.]. En ningún supuesto y en modo alguno puede prolongarse la suspensión preventiva de funciones más

allá de la última Sentencia recaída en el proceso penal del que traiga causa su adopción.

Y esta es, sin embargo, la anomalía que ha provocado la petición de amparo y nos fuerza a concederlo. Quien lo pide, procesado y suspenso preventivamente en su día, fue juzgado por la Audiencia Provincial de Oviedo que, en Sentencia de 13 de mayo de 1991, le encontró culpable del delito por el cual había comparecido como acusado en sus estrados, imponiéndole la pena principal privativa de libertad (ocho meses de prisión menor), otra pecuniaria (60.000 pesetas de multa con arresto sustitutorio hasta treinta días) y una tercera privativa de derechos (inhabilitación especial para realizar cualquier acto de gestión o administración relacionada con bares y establecimientos hoteleros), más la accesorio *ope legis*, por ministerio de la Ley, restrictiva de derechos y consistente en la suspensión de todo cargo público por el mismo tiempo que la prisión. Ahora bien, el Tribunal Supremo (Sala Segunda) ha casado tal Sentencia y absuelto al acusado en la Sentencia que su Sala Segunda dictó el 10 de junio de 1993. Este acaecimiento no se había producido cuando tuvieron que resolver sobre el alzamiento de la suspensión el Ayuntamiento de Gijón y el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, a quienes, en cambio, sí se les hizo saber en tiempo y forma que había recaído la Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial, dando aquél la llamada por respuesta a la petición de alzamiento de la suspensión preventiva y ratificando este último la denegación presentada por silencio administrativo.

Está claro, por lo ya dicho y razonado, que haber mantenido la medida cautelar más allá de la desaparición del procesamiento por su metamorfosis en condena, límite legal infranqueable, y aun más allá de la duración de la pena accesorio materialmente idéntica, impuesta en la Sentencia, transgrede el perímetro legítimo de la suspensión y la proporcionalidad exigible respecto de la finalidad que persigue o la función objetiva que cumple (SSTC 108/1984 y 66/1989). En efecto, cuando la medida pierde su naturaleza cautelar, se convierte en una pena o sanción autónoma y atípica impuesta de plano, *sine strepitu et iudicio*, con infracción notoria del principio de legalidad que rige el *ius puniendi* en sus manifestaciones penal o administrativa y se proclama en el art. 25 de nuestra Constitución. Por otra parte, cuando la suspensión se prolonga de hecho indefinidamente, equivale a la separación del servicio, sanción máxima en su especie. No se olvide, desde otra perspectiva, que el mantenimiento de esta situación se ha hecho *intuitu personae*, por ser quien es y lo que es el funcionario suspenso, no en virtud del hecho inculminado sino de la personalidad de su autor, con un patente talante discriminatorio que rompe arbitrariamente la igualdad de condiciones en el ejercicio del cargo público desempeñado. En definitiva, tal desposesión del puesto de trabajo, temporal en principio pero en la realidad *sine die*, perpetra una clara agresión al derecho del servidor de la función pública a ejercerla sin ser discriminado y, por tanto, en condiciones de igualdad (art. 23.2 C.E.). En conclusión, merece el amparo quien lo pide ahora y en la misma medida que lo pide.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de don José Rodríguez Saenz a ser mantenido sin discriminación alguna en su

condición de funcionario del Ayuntamiento de Gijón, y, en consecuencia, a ser repuesto en el desempeño de la plaza de funcionario que venía detentando en la Corporación.

2.º Declarar la nulidad de la resolución presunta de la mencionada Corporación municipal, por la que se denegó la petición formulada por el recurrente el día 10 de junio de 1991 sobre levantamiento de la medida cautelar de suspensión provisional de funciones, acordada con ocasión de su procesamiento, y de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 17 de diciembre de 1991, que declaró conforme a la Constitución aquella decisión municipal.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a tres de julio de mil novecientos noventa y cinco.—José Gabaldón López.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Tomás S. Vives Antón.—Firmados y rubricados.

18447 *Sala Segunda. Sentencia 105/1995, de 3 de julio de 1995. Recurso de amparo 424/1992. Contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Castilla-La Mancha, confirmada en apelación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: indefensión imputable al propio recurrente.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 424/92, interpuesto por doña Teresa Villegas Pérez y don José María Lozano Simancas, a quienes representa el Procurador de los Tribunales don Tomás Cuevas Villamañán y asiste la Abogada doña María Luisa del Campo Iniesta, contra la Sentencia que dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 9 de febrero de 1990 y la que el 19 de septiembre de 1991 pronunció la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en apelación. Han intervenido el Ministerio Fiscal y don Isidoro Fernando Villalobos Real, representado por el Procurador de los Tribunales don Leónides Merino Palacios con la asistencia del Abogado don Juan Gómez Córdoba, habiendo sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Doña Teresa Villegas Pérez y don José María Lozano Simancas, en escrito registrado el 19 de febrero de 1992, interpusieron el recurso del cual se hace mérito

en el encabezamiento de esta Sentencia, donde se nos dice que don Isidoro Fernando Villalobos Real, al amparo de lo establecido en el art. 3.1 b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, solicitó la apertura de una oficina de farmacia en Villarrubia de los Ojos. El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real acordó el 12 de enero de 1988 la incoación del oportuno expediente, requiriendo al solicitante para que designase con exactitud el local donde pretendía instalar la farmacia. El interesado, disconforme con tal requerimiento, acudió en alzada ante el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, que la rechazó mediante Acuerdo plenario en sesión del día 21 de mayo de 1988, decisión esta última confirmada en reposición por silencio administrativo. En el recurso de reposición se solicitaba la nulidad del requerimiento y que, al fin y a la postre, la autorización solicitada fuera concedida. Contra los anteriores actos se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la antigua Audiencia Territorial de Albacete.

Con posterioridad, el Consejo General resolvió expresamente la reposición ordenando al Colegio de Ciudad Real que continuase la tramitación del procedimiento, toda vez que por el peticionario se había comunicado la situación del local donde pretendía abrir la oficina de farmacia, si bien desestimaba el recurso en cuanto a la petición principal de que se concediera la autorización para la apertura de aquella. A la vista de ello, se solicitó que el recurso contencioso-administrativo fuese ampliado a esta nueva resolución, a lo cual accedió, en providencia de 16 de febrero de 1989, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del ya Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que sin emplazar personalmente a quienes hoy demandan amparo, dictó Sentencia el 9 de febrero de 1990, anulando los actos recurridos que imponían al peticionario la designación del local donde pretendía instalar la oficina de farmacia por ser contrarios a Derecho, pero sin hacer pronunciamiento alguno sobre la autorización de apertura interesada. Contra ella formularon sendos recursos de apelación el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y don Isidoro Fernando Villalobos Real, desestimándose el del primero y estimándose parcialmente el otro por Sentencia que la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó el 19 de septiembre de 1991, donde se declaró el derecho del Sr. Villalobos a obtener la autorización solicitada. En el fundamento jurídico quinto de la Sentencia y en relación a la pretensión de aquél se razona que «En cuanto a este extremo la Sentencia apelada rechaza su pretensión por cuanto (...) el otorgamiento de la farmacia podría ir contra los derechos e intereses de terceros que no han sido oídos. Pero esta Sala no puede compartir la tesis del Tribunal de instancia en este extremo (...), porque consta en autos que los farmacéuticos titulares de las farmacias próximas se personaron ante el Consejo General en defensa de sus intereses». El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real dirigió el 4 de febrero de 1992 a los hoy demandantes otros tantos oficios poniendo en su conocimiento dicha Sentencia del Tribunal Supremo.

En la demanda de amparo se dice que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, por haberse omitido su emplazamiento, defecto en el que incurrieron tanto el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha como el Supremo, a pesar de que se habían personado en el expediente administrativo y ante el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos en defensa de sus intereses. Por ello, al no haberse hecho el pertinente llamamiento en el proceso contencioso-ad-