



DOCUMENTACION

CRONICAS Y CASOS PRACTICOS

EL EJERCICIO DE LA FUNCION DISCIPLINARIA EN LAS ADMINISTRACIONES CENTRALES DE LOS PAISES DEL MERCADO COMUN

La innegable actualidad del tema de la reforma administrativa (1) trae consigo la actualidad de una de las facetas, quizá la más importante, juntamente con la reestructuración de los órganos de la Administración, faceta que no es otra que la constituida por la revisión en su integridad de la legislación de funcionarios públicos.

(1) GARRIDO FALLA: *La nueva legislación sobre funcionarios públicos en España*. Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios. Col. «Conferencias y Documentos», núm. 9, p. 9. Madrid, 1964.

Esta legislación entraña siempre una cuestión vital: el régimen disciplinario de la función pública, cuestión resuelta de forma muy diversa como se deduce del examen del Derecho comparado (2) e incluso de una simple mirada sobre la hoy abundante bibliografía en torno a la materia, escasa, por el contrario, no

(2) Vide nuestro estudio *Régimen disciplinario en la ley de Funcionarios civiles del Estado*. Estudios Administrativos. Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid, 1965.

hace todavía muchos años y particularmente en España (3).

Buena prueba de la actualidad del tema la constituye el *Premier Colloque des Instituts des Sciences Administratives*, celebrado en Bruselas los días 9 y 10 de octubre de 1964 y que tuvo como tema de estudio el epígrafe que encabeza estas líneas.

Sin perjuicio de las diversas notas

(3) Sin ánimo exhaustivo podemos mencionar, como más relacionadas con el tema y aparte las dos de carácter general que citamos en primer lugar, las siguientes: *Estatutos de funcionarios*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, 1959. GARCÍA PASCUAL: «Los Cuerpos de Funcionarios de la Administración pública española», *Estudios Administrativos*, Madrid, 1960. BUENO ARUS: «El procedimiento sancionador de funcionarios públicos», en *Rev. de Documentación Administrativa*, núms. 56-57, Madrid. SERRANO GUIRADO: «El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo», *Rev. de Administración Pública*, núm. 4, Madrid, 1951. PARADA VÁZQUEZ: «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», *Rev. de Administración Pública*, núm. 31, Madrid, 1960. BASOLS COMA: «Algunas consideraciones sobre el procedimiento sancionador», en *Documentación Administrativa*, número 68, Madrid, 1963. GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964. NIETO: «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *Rev. de Administración Pública*, núm. 44.

A lo largo de estas notas, y en su lugar apropiado, se mencionan otros trabajos o publicaciones recientes.

que en torno a tal coloquio han sido publicadas por algunas revistas (4), recientemente el propio instituto ha lanzado un interesante volumen (5) en el que se recogen: I) Los documentos básicos para la preparación del coloquio; II) Raports y notas del coloquio, y III) El contenido de los debates de las cuatro sesiones que lo integraron.

No obstante el amplio enunciado del tema, el problema esencial venía constituido de la *jurisdiccionalización de la función disciplinaria*. Las conclusiones a que llegó el coloquio no han respondido, a nuestro juicio, a la importancia de los trabajos preparatorios, calidad de los participantes y trascendencia de los temas abordados.

Siguiendo el esquema marcado por el propio volumen del instituto, examinaremos:

A) Documentos base

Fueron elaborados por Paul de Vischer, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina y asesor de la Sección de Legislación del Consejo de Estado, y por Ives Chapel, jefe del Servicio de Estudios y de Documentación del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas.

(4) La *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, núm. 4, año XIV, octubre-diciembre, Milán, 1964, ha recogido, de forma extensa, la crónica del coloquio, debida a FURIO DI BELLO, que, como luego se dirá, tomó parte activa en el mismo (pp. 1024 a 1029).

(5) *L'exercice de la Fonction disciplinaire dans les administration centrale des pays du Marché Commun*. 275 pp., Maison Ferd. Larquier-Editeur, Bruselas, 1965.

Los temas respectivos: *¿Es preciso jurisdiccionalizar la función disciplinaria?* y *La jurisdiccionalización de la función disciplinaria en Derecho administrativo comparado*. Ambos trabajos habían sido ya elaborados por sus autores y presentados en calidad de comunicaciones al Instituto Belga de Ciencias Administrativas en 5 de noviembre de 1962 y 7 de octubre de 1963.

Sumariamente el contenido de cada uno de ellos es el siguiente:

1. COMUNICACIÓN DEL PROFESOR VISSCHER

Comienza el profesor Visscher poniendo de manifiesto la necesidad de fijar los términos y particularmente el significado de la expresión *jurisdiccionalización*. Si por jurisdiccionalización se entiende, afirma —sentido puramente formal o procesal—, que en el ejercicio del poder disciplinario se dé un conjunto de garantías de forma y de procedimiento destinado a asegurar los respectivos efectos a los derechos de defensa de los agentes, habrá de concluirse señalando que en Bélgica existe realmente una jurisdiccionalización de la función disciplinaria.

Sin embargo, existirá jurisdiccionalización no solamente desde el punto de vista formal, sino también material, cuando la autoridad de la que el acto emana ha recibido legalmente la misión de fijar una situación jurídica debatida sobre la base de la regla jurídica y por una decisión revestida de la autoridad de cosa juzgada. Al lado de estos elementos esenciales, considera elementos accidentales los de independencia orgánica y funcional de la autoridad revestida del poder de juzgar y la sumisión de

esta autoridad a las reglas de procedimiento respetuosas de los derechos de defensa.

A la vista de este planteamiento de la cuestión va a concluir afirmando que las sanciones disciplinarias no son actos de jurisdicción. El acto jurídico que impone una pena disciplinaria es un acto de la administración activa, en el que la razón de ser la constituye la buena marcha del servicio, es decir, la concepción que la autoridad responsable se ha formado sobre el interés del servicio, que no es, en definitiva, más que un aspecto del interés general.

Esta consideración del ejercicio de la función disciplinaria no es óbice para la existencia de una serie de recursos jerárquicos o de recursos jurisdiccionales ante las autoridades correspondientes.

Esta situación, de hecho, estima no debe subsistir, sino que al contrario considera llegado el momento de transformar el poder disciplinario en un verdadero poder jurisdiccional. Ahora bien, advierte que, partiendo de la idea de separación de poderes, no puede entenderse su afirmación en el sentido de pretender con la jurisdiccionalización de la función disciplinaria la transferencia del dominio del poder judicial. «Jurisdiccionalizar el poder disciplinario consiste en organizarlo diferenciadamente y en el seno del poder ejecutivo, sus trayendo a los órganos de la Administración activa la competencia para transferirla a una jurisdicción administrativa que ejerza el contencioso de plena jurisdicción.»

Pero esta proposición del tema plantea la cuestión de si no entraña el peligro de disminuir la autoridad de la propia Administración. Tomando como base la República Federal

Alemana, los Países Bajos y Suiza, estima que un Estado puede ser administrado con eficiencia aun cuando la autoridad política responsable de la actividad administrativa no disponga, en relación con su personal administrativo, de la integridad del poder disciplinario.

Por lo que a Bélgica se refiere, termina esta parte de su exposición señalando que se vive bajo un sistema de falsa jurisdiccionalización que no contribuye ni al mantenimiento del orden administrativo ni al reino de una estricta justicia.

En la segunda parte de su comunicación el profesor Visscher señala las condiciones que, a su juicio, deben ser tomadas en consideración para una correcta jurisdiccionalización de la función disciplinaria y particularmente las siguientes:

a) Necesidad de que las infracciones disciplinarias no se dejen a la apreciación de la autoridad investida del poder de sancionar. Es el principio clásico *nullum crimen sine lege*, que todavía ignora el derecho belga.

b) La segunda condición la constituye la aplicación del principio *nulla poena sine lege*, que implica que un texto legal o reglamentario fije la escala de las penas y dentro de la medida posible la correlación entre infracción y pena.

c) Que el poder disciplinario sea conferido a un tribunal dotado de autonomía a la vez orgánica y funcional. Desde el punto de vista orgánico, el tribunal disciplinario debe ser independiente del poder político y sus miembros deben beneficiarse de la inamovilidad durante la duración de su mandato. Desde el punto de vista funcional, los jueces disciplinarios no pueden quedar sometidos a las órdenes de la autoridad jerár-

quica y sus decisiones deben ser revestidas de la autoridad de cosa juzgada, con la reserva de los recursos ante la jurisdicción superior.

No obstante su condicionamiento de la jurisdiccionalización del poder disciplinario, se ve en la precisión de reconocer cómo hasta el momento presente y en esta materia el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* es desconocido en el Derecho disciplinario belga. Por otra parte, aconseja una jurisdiccionalización especializada fundándose en que la disciplina exige la rapidez y la existencia de un contacto íntimo de los jueces con el medio profesional, en el que se trata de hacer respetar las normas del derecho disciplinario.

Para satisfacer sus exigencias estima pudiera establecerse un tribunal disciplinario presidido por un magistrado procedente del Consejo de Estado e integrado por miembros reclutados en el seno de la Administración, en la forma que detalla, mas admitiendo que ceda en favor de la Administración activa la facultad de imponer sanciones de ínfima cuantía y ante el peligro de que la Administración hiciera uso de este ejercicio sustrayendo así al tribunal la imposición de sanciones que realmente proceden, indica como solución la creación de un fiscal, de un procurador general de la Función pública, si bien señala a este órgano un carácter subsidiario en cuanto actuaría, en tanto la Administración dejara de perseguir las infracciones o actuara con una pasividad injustificada (6).

(6) A nuestro juicio, y así lo hemos señalado en otro lugar (*La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, p. 344, Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1965) al amparo de lo dispuesto en el artículo 134.2

2. COMUNICACIÓN DE IVES CHAPEL

La comunicación de Ives Chapel va encaminada, como de suyo afirma, «a examinar, a la luz de la experiencia de algunos países europeos, las soluciones aportadas a los principales problemas teóricos y prácticos de la jurisdiccionalización de la disciplina de los funcionarios».

Tomo como punto de partida las tres condiciones exigidas por M. de Visscher a que nos hemos referido antes —ya que la comunicación de aquél precedió en cerca de un año a la de éste—. Después de recordar aquellas condiciones, indica que la cuestión estriba en contemplar si en el Derecho comparado, y desde el punto de vista positivo, aquellas exigencias teóricas se realizan.

Con el fin de reunir los elementos indispensables para la consideración práctica, recuerda que fué elaborada una encuesta por el Instituto y sobre la base de las respuestas obtenidas a la misma va a presentar una síntesis de sus resultados.

Ante todo, señala que las condiciones teóricas exigidas por el profesor Visscher son esencialmente eso, es decir, *teóricas*, y que no se dan conjuntamente, simultáneamente, en ningún país.

Dejando de lado la diversa forma de jurisdiccionalización o de preten-

didá jurisdiccionalización de la función disciplinaria, va a fijar su examen en las siguientes cuestiones:

a) *Definición de la falta disciplinaria*

Una definición limitativa de las infracciones disciplinarias por los textos legales o reglamentarios, suficientemente precisa para no dejar lugar alguno al arbitrio, no existe actualmente en ninguna parte. El Derecho comparado nos enseña que las infracciones disciplinarias no son más que globalmente definidas en relación con una violación de los deberes profesionales determinados por los textos legales o por la tradición de la función pública de cada país. La apreciación de una falta disciplinaria no es posible más que de una manera discrecional y en función del comportamiento general del funcionario inculpado.

Examinando distintos textos de Derecho comparado y partiendo de la Alemania Federal (7), señala cómo en su Derecho la falta se define como una violación culposa de los deberes profesionales. La mayor parte de los estatutos se limitan a señalar una serie de deberes esenciales de los funcionarios, deberes cuya transgresión puede dar lugar a una acción disciplinaria. Tales textos, al emplear

de la ley de Procedimiento Administrativo, puede sostenerse válidamente en nuestro derecho la existencia de una discrecionalidad en los órganos de la Administración para acordar la iniciación de un procedimiento sancionador, o en su caso el archivo de las actuaciones, con los riesgos que se señalan en el coloquio. (En igual sentido nos hemos pronunciado en *Régimen disciplinario...*, cit., p. 144.)

(7) Sobre la regulación de la materia en la República Federal Alemana pueden verse: MOZO SERRANO: «La ley alemana de funcionarios federales», *Revista de Administración Pública*, núm. 22, p. 305; FRIEDRICH-WILHEM SIBURG: «La jurisdicción disciplinaria en la República Federal Alemana», en *Revista de Administración Pública*, número 46, pp. 387 a 411, 1965 (traducción de A. NIETO).

una cláusula general más o menos precisa, permiten no definir, pero sí circunscribir ampliamente la falta disciplinaria. Dada la imposibilidad de enumerar todas las violaciones imaginables de los deberes profesionales, no se puede, según la concepción alemana, renunciar a tal disposición general.

La falta disciplinaria no se rige por el principio de legalidad, sino por el de oportunidad, y ésta constituye su diferencia fundamental con el Derecho penal.

Para terminar, el principio *nullum crimen sine lege* no se aplica en el Derecho disciplinario en la misma medida que en el Derecho penal (8).

b) Las sanciones disciplinarias

La segunda condición teórica de la jurisdiccionalización de la función disciplinaria viene constituida por el problema de la aplicación del principio *nulla poena sine lege* en materia disciplinaria.

De antemano fija que aun cuando pueda darse una escala de penas, una eventual correlación entre la infracción y la pena en los textos legales constituye un hecho excepcional.

Se encuentra casi siempre una indicación de las penas disciplinarias con enumeración variable (cuatro en Italia y Suecia, cinco en Austria y Yugoslavia, siete en Luxemburgo, ocho en Alemania, nueve en Suiza,

(8) Por nuestra parte, después de afirmar que no se trata de dos principios, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, sino de un solo principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, hemos sostenido la flexibilidad en la aplicación del mismo que caracteriza al ilícito administrativo. (*La infracción...*, cit. pp. 241 y 366.)

diez en Bélgica y Francia, alcanzando el récord los Países Bajos con doce penas disciplinarias).

Sin embargo, frente a esa fijación de las sanciones, el problema de la correlación presenta dos aspectos distintos, pues incluso en el caso de Italia, señala que, no obstante la pretensión de llegar a una absoluta correlación, no han faltado sectores doctrinales que han puesto de manifiesto las quebras del sistema (9), pero que aun admitiendo fuera perfecto, estima se trata de caso único.

La tendencia general se abstiene de buscar una correlación por entenderla impracticable o inútil (10).

c) Autonomía de las jurisdicciones disciplinarias

El abandono del poder disciplinario en favor de jurisdicciones que gocen de una autonomía a la vez orgánica y funcional, parece la cul-

(9) Estimamos que ni siquiera en el supuesto italiano se produce la correlación que se pretende. (*Régimen disciplinario...*, cit., p. 91.)

(10) La ley de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (texto articulado de 7 de febrero de 1964) no contiene tampoco una correlación entre infracciones y sanciones disciplinarias, por las razones que hemos señalado en otro lugar (*Régimen disciplinario...*, cit., p. 119, especialmente) en la que como nota debemos advertir la falta de dos líneas en el párrafo segundo, como fácilmente se colige de la lectura del que le precede y no de una afirmación, como sostiene SÁNCHEZ VELAYOS al comentar el libro (*Revista de Administración Pública*, núm. 47, p. 547) en relación con la aplicación de la sanción de separación del servicio.

minación de la evolución de los regímenes disciplinarios en relación con la función pública, evolución que tiende a reducir las facultades de apreciación discrecional de la autoridad jerárquica.

En realidad, tal planteamiento de la cuestión no ha sido llevado a la práctica más que en tres países europeos: Alemania, Austria y Yugoslavia.

El sistema alemán constituye, a su juicio, el más acabado ejemplo de consagración de una organización jurisdiccional autónoma, orgánica y funcionalmente. Su sistema se encuentra, no obstante, en trance de perfeccionamiento. Examina seguidamente los otros dos sistemas, a los que considera en situación de inferioridad respecto del alemán (11).

Sin embargo, el sistema de la jurisdiccionalización sobre la base de la transferencia de una parte del poder disciplinario de la jerarquía a los órganos al menos teóricamente autónomos, no puede limitarse a las jurisdicciones propiamente dichas. Es preciso hacer algunas consideracio-

nes en torno al *Ministerio Fiscal* disciplinario, cuestión que en la actualidad es objeto de especial atención en razón de la evolución de la experiencia alemana, donde la institución ha dado al sistema gran parte de su éxito, con la creación de la figura del procurador disciplinario federal. Constituye un representante permanente al lado de la corte disciplinaria federal y que para ejercer sus funciones y prerrogativas cerca de las altas autoridades jerárquicas puede designar funcionarios con el nombre de «sustitutos» ordenando a través de instrucciones el ejercicio de las funciones de estos últimos.

Tiene por misión el fiscal en esta jurisdicción, siempre refiriéndose a la experiencia alemana, asegurar la unidad de ejercicio del poder disciplinario y garantizar el respeto de los intereses de la Administración y de los intereses generales en los diversos momentos del procedimiento. Es totalmente independiente de las autoridades jerárquicas.

Sin perjuicio de otras características que al ministerio fiscal señala el profesor Chapel, particularmente en relación con la jurisdicción disciplinaria alemana, diremos que, a nuestro juicio, vienen íntimamente vinculadas a las del ministerio fiscal en aquel país, donde la figura, particularmente en los últimos años, está adquiriendo excepcional importancia, en cuanto representante, en todos los órdenes jurisdiccionales, del interés general, ostentando unos poderes nada frecuentes de fiscalización, incluso en relación con las altas esferas de la Administración pública.

A guisa de conclusiones, el comunicante señala que las pretensiones del profesor Visscher son de todo

(11) Los tribunales disciplinarios federales están constituidos por: a) Las Cámaras federales, integradas por un presidente —o su adjunto— (ambos magistrados de carrera) y dos vocales, de los cuales uno tiene que ser jurista, y en todo caso uno de los dos ha de pertenecer al escalafón y a ser posible al mismo departamento que el expedientado, y b) la Corte Disciplinaria federal, dividida en «salas», compuesta por un presidente, presidentes de sala, jueces federales y otros vocales. Los presidentes y los jueces federales han de ser jueces profesionales, mientras que los vocales son funcionarios generales profesionales. (F. WILHEM SIBURG: *La jurisdicción disciplinaria...*, cit., pp. 394-395.)

punto teóricas y que su plasmación en la práctica bastante improbable, teniendo, por consiguiente, una visión «pesimista» acerca de su realización. Tales condiciones teóricas no se dan conjuntamente ni siquiera en los sistemas más perfectos. Esto no quiere decir, afirma, que una natural y lógica evolución tienda a hacer realidad estas exigencias que hoy solamente en el plano teórico pueden sostenerse.

B) Esquema para el desarrollo de los «rapports» del coloquio

El esquema, que fué remitido a los Institutos de Ciencias Administrativas de los distintos países participantes en el coloquio, se integra por cinco apartados:

I) *Problemas generales*: Comprende la distinción entre infracción penal y la infracción disciplinaria; sanciones disciplinarias; categorías de faltas disciplinarias, con especial referencia al papel de la ley, del reglamento y de la jurisprudencia en la calificación de la falta disciplinaria y, finalmente, la prescripción en materia disciplinaria (prescripción de la acción y de la pena).

II) *Problemas de procedimiento*: Comprende relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria; autoridad competente para incoar el procedimiento; autoridad competente para resolverlo; efectos de la incoación del procedimiento sobre la situación del funcionario; la instrucción; los derechos de defensa; vías de recurso.

III) *Problemas de organización*: Naturaleza y composición del órgano investido del poder disciplinario; asociación de representantes de funcionarios y la apreciación de las faltas;

el ministerio público en la acción disciplinaria; el grado de jurisdiccionalización de los órganos colegiados.

IV) *Problemas de funcionamiento*: Obstáculos al ejercicio rápido de la función disciplinaria; el descubrimiento de las faltas disciplinarias y la responsabilidad de los superiores jerárquicos directos; la apreciación de las faltas y las sanciones.

V) *Conclusiones generales*: Sobre el grado de jurisdiccionalización de la función disciplinaria. Tendencias recientes de la evolución del régimen disciplinario y reformas eventualmente deseables.

A este esquema respondieron: Alemania Federal, suscribiendo el estudio de Karl Haack, secretario general de la Sección Alemana del Instituto de C. Ad.;

Bélgica, a través del propio Ives Chapel;

Francia, suscrita la comunicación por Jean Salusse, auditor del Consejo de Estado, y Víctor Silvera, de la Administración civil;

Italia, por medio de Onorato Sepe;

Gran Ducado de Luxemburgo. No pudo enviar representante al coloquio ni tampoco contestar al esquema; no obstante, remitió al coloquio los textos legislativos vigentes en el país, de los que se obtuvo una síntesis;

Países Bajos, por quien contestó Marinus de Bok, jefe de División de la Dirección de Personal del Ministerio del Interior.

A dicho esquema fué formulado un escrito de reparos por Furio di Bello.

C) Desenvolvimiento de los debates

El coloquio tuvo lugar, como ya se ha indicado, durante los días 9 y 10

de octubre, celebrándose dos sesiones diarias.

Concurrieron, en calidad de participantes, destacadas figuras de la Administración civil de los distintos países, juntamente con colaboradores permanentes del procurador disciplinario federal (fiscal) de la República Federal Alemana, miembros del Consejo de Estado francés, profesores de distintos países, una muy completa y nutrida representación: Administración civil, profesorado y consejeros de Estado y, finalmente, en calidad de observadores, representantes de la Comunidad Económica Europea, de la Comunidad Europea de Energía Atómica, de la Comunidad europea del Carbón y del Acero, del Consejo de Ministros de la Comunidad, del Comité Económico Social de la CEE y de la CEEA, importante grupo de la Asociación de Funcionarios Generales de Bélgica y otras destacadas figuras a título personal.

El profesor de la Universidad de Lovaina, M. Cambier, hizo una exposición de los puntos principales que habían de ser objeto del debate, tomando como punto de partida los trabajos preparatorios del coloquio, de los que destacó como de mayor importancia la aplicación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; la naturaleza del enjuiciamiento disciplinario, dentro del orden jerárquico, como atributo del poder que manda, y, por último, la atribución en el sistema tradicional del poder de decidir la acción de abrir y de conducir la instrucción al superior jerárquico.

Propuestas estas cuestiones como temas esenciales del coloquio, Ives Chapel llevó a cabo un estudio en relación con ellos, si bien ampliando la exposición con referencia a otros

extremos de los fijados en el esquema inicial. A su juicio, la falta disciplinaria, en la forma en que se desarrolla la cuestión en los países que concurren al coloquio, sigue siendo fiel al principio según el cual la falta disciplinaria no puede ser fijada más que a grandes rasgos, resultando de la transgresión de las obligaciones y deberes de los funcionarios; no es posible fijar una enumeración taxativa de las infracciones; por otra parte, tampoco es posible eliminar la facultad discrecional de apreciación de la existencia o inexistencia de una falta disciplinaria ni de establecer la correlación entre infracción y pena. De aquí que sea posible una doble formulación del problema, cuya utilidad, de una u otra, deja en interrogante:

a) ¿Precisar las faltas disciplinarias o señalar globalmente dejando a la Administración la posibilidad de apreciar discrecionalmente, aun cuando esto pueda aportar incertidumbres para los funcionarios?

b) En cuanto al problema de si debe sustraerse a la acción administrativa la función de juzgar disciplinariamente, advierte el carácter sumamente controvertido de la cuestión, examina la situación no solamente de los países participantes en el coloquio, sino incluso de otros extraños a él (no hemos visto, por cierto, ninguna referencia a la legislación española) señalando las distintas razones que han llevado a cada uno a adoptar sistemas diferentes.

Destaca cómo, en todo caso, incluso al pretender la jurisdiccionalización de la función disciplinaria en algunos países, ello no afecta al poder que compete a la autoridad jerárquica para adoptar la iniciativa de la persecución de la falta y, por

consiguiente, de la *apreciación discrecional de la oportunidad de perseguirla*.

En las sesiones siguientes fué poniéndose de manifiesto que tampoco existe identidad de sistema en relación con otros importantes extremos, así Sepe, presidiendo una de las sesiones, destaca la diferencia de trato en relación con el problema de las infracciones según sus distintos tipos, señalando: a) aquellas que califica de «dobles» por cuanto violan a la vez las reglas administrativas y las reglas del Código penal, y b) las que conciernen exclusivamente al orden administrativo.

Cambier sostuvo la inaplicación del principio de legalidad al ordenamiento de las infracciones disciplinarias.

Por la Alemania Federal, y después de ampliar cuanto sobre su sistema se ha puesto de manifiesto en el coquío, Döring destaca con todo acierto en relación precisamente con el problema del *non bis in idem* que la sanción disciplinaria no es una sanción en el sentido penal del término, sino que siguiendo fórmula empleada por el Tribunal administrativo superior de Prusia, es un medio especial puesto a la disposición de la autoridad jerárquica con el fin de llamar al funcionario a sus deberes y obligarle a cumplirlos mejor. La sanción administrativa tiene fundamentalmente, pues, un efecto educativo (12).

Di Bello trajo a colación el proble-

(12) Tal efecto no es de suyo suficiente para distinguir la sanción administrativa de la pena, pues también a ésta se le asigna, y en algunos sectores con carácter sustancial, una finalidad educativa. Para un estudio de las escuelas penales, puede verse JIMÉNEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho pe-*

ma de hasta dónde debe extenderse la fiscalización del cumplimiento de los deberes del funcionario, es decir, de si debe quedar dentro del cuadro del cumplimiento del servicio o si, de contrario, debe ir hasta más allá del estricto cumplimiento del deber de servicio; relaciona esta cuestión con los criterios que deben seguirse para el establecimiento de las infracciones disciplinarias, optando por un sistema o criterio *objetivo* que a su juicio separa la falta de toda evaluación de apreciación subjetiva, discrecional. Por último, respecto de la correlación, sin perjuicio de dejar o admitir una cierta laxitud de apreciación.

Frente al criterio objetivo propuesto por Di Bello, se estima preferible por Jeukens plantear la cuestión desde otro aspecto: ¿Cuáles son las motivaciones admisibles para que una autoridad pueda perseguir a un funcionario? A su juicio tales motivaciones son: mantenimiento del orden público, que engloba las medidas adoptadas para el buen funcionamiento del servicio; el prestigio de la autoridad y de la Administración y la protección de los administrados no solamente contra las actuaciones ilícitas, sino también contra el comportamiento incorrecto y desleal del funcionario.

Por lo que a Francia se refiere M. Braibant afirma la inexistencia

nal, t. II, pp. 31 y ss., Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950.

La distinción entre sanción administrativa y pena la examinamos con detalle en *La infracción...*, cit., pp. 336 y siguientes, comenzando por destacar que en modo alguno constituye pena en sentido técnico, como quiere ZANOBINI: *Le sanzioni amministrative*, p. 28, Fratelli Bocca, edit., Turin, 1924.

de una jurisdicción disciplinaria sin perjuicio de que exista en algunos órdenes, el de la enseñanza, por ejemplo, una propia jurisdicción. Pero para el ordenamiento de la función pública en relación con la Administración central no existe jurisdicción disciplinaria, sino que, al contrario, según señala, la organización comprende tres elementos: 1) La autoridad jerárquica, que dispone de un doble poder; acordar la persecución de la infracción e imponer, al término del procedimiento, la sanción o adoptar la resolución que proceda; 2) Las comisiones paritarias administrativas, encargadas de instruir, de oír a los testigos o recoger las pruebas, de interrogar a los inculcados y, en fin, de emitir dictamen acerca de la resolución que debe darse al expediente; dictamen que no liga a la autoridad jerárquica en el momento de la resolución; 3) La jurisdicción administrativa, ante la cual se interponen los recursos contra las sanciones administrativas.

Resulta interesante destacar, señala, que tal sistema no ha sido objeto de crítica ni protestas, ni aún siquiera por quienes más directamente resultan afectados por él, lo cual pone de manifiesto que, a su juicio, cumple perfectamente con las exigencias que M. Cambier postulaba de la jurisdicción disciplinaria: la eficacia de la represión, el poder del superior jerárquico y las garantías que deben reconocerse a los interesados (13).

(13) GREGOIRE estudia el sistema francés en relación con la estructura funcional, aun cuando sin entrar en detalle en relación con el tema que aquí es objeto de estudio, en *La función pública en Francia*, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccio-

D) Conclusiones

El alto tono de los debates, completados por otras muy diversas intervenciones, de las que solamente hemos destacado las que de alguna manera venían a reflejar la situación peculiar de cada país interesado en el coloquio, no ha tenido un reflejo exacto en las conclusiones.

Podríamos decir que, en suma, cada uno ha considerado, desde el punto de vista práctico, como más oportuno el sistema propio, sin dejar por ello de reconocer que, en el plano doctrinal, o mejor aún, teórico, debe tenderse a un perfeccionamiento según las líneas definidoras del concepto de jurisdicción.

De aquí que con carácter previo en las conclusiones se señala que «el ejercicio del poder disciplinario... está ligado a las tradiciones y a la estructura de la función pública en cada país...».

Seguidamente, las conclusiones afirman:

1) La opinión general estima que el Derecho disciplinario, por su misma naturaleza y por la variedad de situaciones que está llamado a regular, apenas se presta a una codificación completa. Esto no excluye la necesidad de buscar una mayor precisión en la definición de los deberes de los funcionarios, tanto en el ejercicio de sus funciones como fuera del ejercicio de las mismas.

Se aconseja sea adoptada la forma que mejor permita conocer al funcionario las reglas o normas del servicio y que especialmente en aquellos países donde no exista un código de

namiento de Funcionarios. Col. «Conferencias y Documentos», núm. 4, Madrid, 1964.

deontología de la función pública se lleve a cabo por cada servicio y a través de circulares o de instrucciones la definición de los deberes de los funcionarios.

A los institutos y asociaciones científicas, se recomienda la realización de estudios y encuestas que contribuyan al mejoramiento y armonización de la deontología de la función pública.

II) Es indispensable asegurar a los diversos órganos que participan del ejercicio de la función disciplinaria y especialmente a las comisiones de índole consultiva las máximas garantías de imparcialidad.

En razón de las tradiciones existentes, no parece aconsejable sustraer el conocimiento de las sanciones más graves a los superiores jerárquicos, imponiéndose el control, *a posteriori*, por una autoridad jurisdiccional.

Este control jurisdiccional debe comprender, por lo menos, y en todo caso, la comprobación del hecho y de su carácter disciplinario punible, independientemente de otras causas de exceso de poder.

III) Se adquiere el compromiso de continuar los esfuerzos emprendidos a fin de asegurar un mejor funcionamiento y una mayor coordinación del poder disciplinario, bien sea confiando el oficio de persecución disciplinaria a un órgano disociado de la jerarquía, ya sea a través de aquellos que las tradiciones justifican, o tendiendo a la creación de órganos de inspección o de control, o bien reforzando los medios de acción de los órganos existentes.

E) Como se desprende de la lectura de las conclusiones, el coloquio no ha aportado una orientación nueva. Muy al contrario, ha confirmado:

a) La imposibilidad de «tipificar» las infracciones disciplinarias, es decir, de hacer aplicación a ellas, con carácter estricto, del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, puesto que al mismo tiempo tampoco ha podido obtener una conformidad en materia de correlación infracción-sancción.

b) La definición de la infracción no se ha obtenido, aunque resulta interesante resaltar cómo, en general, aun cuando las conclusiones lo reflejen, el punto de partida, cumplimiento o incumplimiento de sus deberes por parte del funcionario, no se centra en la prestación del servicio, sino que se extiende a su actuación al margen del servicio mismo.

c) La persecución de la infracción continuada, siendo atributo de la autoridad jerárquica, en sus diversos grados, sin perjuicio del posterior control por la jurisdicción administrativa (Consejo de Estado o Tribunales administrativos, según los casos).

d) La garantía del inculpado ha constituido preocupación importante del coloquio.

e) Parece arraigar la tendencia de dar entrada a un órgano que venga a sustituir, donde no exista ya, la pasividad de la Administración en la sanción de las infracciones, es decir, se abre la puerta a la intervención del ministerio fiscal, del procurador general, en el ordenamiento disciplinario, constituyendo quizá este tema la mayor novedad, que no deja de chocar con otro extremo ampliamente sostenido en el coloquio: la persecución de la infracción se lleva a cabo por la Administración con arreglo a criterios de oportunidad, frente a la persecución penal que *necesita*

riamente debe dar lugar, siempre que exista, a la instrucción de la causa.

De las dos notas que se recojen en el último apartado se desprende que la aparición de la figura del ministerio fiscal en el ordenamiento jurídico administrativo, en su sector dis-

ciplinario, tiende a conseguir una mayor objetividad en la persecución de las infracciones, sin perjuicio de la discrecionalidad que compete al órgano sancionador para declarar la existencia o inexistencia de la infracción.

