

DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO

35.083.12 : 343(46)

Por PABLO GONZALEZ MARIÑAS

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONCEPCIÓN PENALISTA, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL, DEL ÁMBITO DISCIPLINARIO.—3. LA APLICACIÓN DE ALGUNOS PRINCIPIOS PENALES CLÁSICOS: 3.1. El principio «nullum crimen nulla poena sine lege».—3.1.1. El control de la discrecionalidad administrativa en el ámbito disciplinario.—3.2. En principio «non bis in idem».—3.2.1. Las faltas prescritas y el principio «in dubio pro reo».—4. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

PIENSO que los temas interdisciplinarios encierran siempre un especial interés. A su innegable dificultad de tratamiento unen la trascendencia de todo intento clarificador: es en estas parcelas donde con mayor cuidado y precisión deben decantarse los conceptos para que de su utilización derive alguna utilidad; y es también en ellas donde la confluencia de criterios procedentes de los diversos sectores jurídicos puede aportar mayor luz a la eficacia del Derecho. En este orden se mueve el Derecho disciplinario y, en especial, el llamado Derecho disciplinario de la función pública, rama jurídica que parece abrirse paso lentamente hacia su configuración con una mínima autonomía, lógica, por otra parte, dadas sus notables peculiaridades.

Hasta qué punto dichas peculiaridades justifiquen hablar de una rama jurídica independiente, sustantiva, constituye ya un tema de más complejas implicaciones. La división del ordenamiento en distintas ramas constituye uno de los viejos problemas afrontados en todo tiempo por la doctrina, olvidadiza muchas veces de un imprescindible punto de partida: la unidad del ordenamiento, por encima de la mayor o menor vitalidad de sus partes—en terminología de S. Romano—o *individuos jurídicos*—en terminología de Villar Palasí—que operan en su seno. Esta ramificación del ordenamiento se ha convertido, así, muchas veces en entretenimiento puramente formalista de la doctrina o, lo que sería peor, acrítica defensa a ultranza de la plena autonomía e individualidad de la disciplina que cada estudioso cultiva.

No parece, pues, prudente ni constructivo plantear el tema de la configuración del Derecho disciplinario de la función pública como rama jurídica sustantiva. Baste con predicar, siguiendo el esquema de Villar (1), su carácter de rama horizontal del Derecho y aun, dentro de esta división, reconocer su segundo grado en el marco del Derecho administrativo (2).

Tal catalogación encierra, sin embargo, una evidente importancia, pues, como expresa Villar, los ordenamientos horizontales, *ratione personae*, «surgen como conjuntos de reglas derogatorias de las reglas generales, como derechos ocasionales, como *jus exorbitans a jure commune*» (3). Y, siendo esto así, y aun sin reclamar para el Derecho disciplinario una presuntuosa autonomía total, parece evidente que su propia especificidad exige que los dogmas y principios típicos del Derecho penal (como Derecho común) no le sean aplicados sin más.

Esta es, no obstante, la tendencia más generalizada en nuestra doctrina, tendencia que se explica tan sólo por simple mimetismo

(1) VILLAR PALASÍ, J. L.: *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968; pp. 66 y ss.

(2) Con ello parecen en cierto modo ociosas las disquisiciones de la doctrina alemana, francesa e italiana acerca de la catalogación de esta rama como Derecho penal o civil, al tiempo que, como hace GARCÍA-TREVIJANO, se enmarca el tema de la responsabilidad disciplinaria de la función pública en los límites extensos del Derecho administrativo. *Tratado de Derecho administrativo*, tomo III, vol. II, p. 964.

(3) *Op. cit.*, p. 68.

o quizá, como ya he señalado en otra ocasión (4), por el influjo de un tremendo complejo de inferioridad del Derecho disciplinario ante la mayor estabilidad y elaboración del Derecho penal, sólo comparable al que experimentó en su día el Derecho administrativo en su conjunto frente a la «ciclópea seguridad del Derecho civil» (5).

Tan inconsistentes razones explican el porqué de las constantes quiebras que, a poco que se analice la situación, sufren los criterios y principios penales cuando se aplican sin matización en el ámbito disciplinario. Dadas las peculiaridades de este orden jurídico, tales principios han de quebrar necesariamente con frecuencia, ya que su construcción de base penalista resulta eficaz, por la garantía que aporta, en el marco de aquel Derecho, pero no así necesariamente en el ámbito del funcionamiento mismo de la Administración que, sin olvidar garantías jurídicas, aparece hoy claramente inspirada por un sano principio de eficacia (6).

Si el Derecho administrativo, como se ha dicho, persigue ante todo la justicia de lo colectivo, la aplicación a una de sus parcelas de principios garantizadores concebidos en términos de individualidad y enmarcados en una concepción clásica de estricta legalidad, ha de desvirtuar, quiérase o no, el sentido último de su normativa. Qué duda cabe de que la búsqueda de nuevas formas de garantía congruentes con la finalidad de la acción administrativa constituye una gran dificultad. Pero en todo caso no ha de representar un empeño ajeno al sentido último del Derecho, ni mucho menos del Derecho administrativo en concreto, habituado quizá con mayor arraigo que ninguna otra rama jurídica a instrumentar fórmulas que concilien los polos en apariencia frecuentemente opuestos de legalidad y eficacia.

Los epígrafes que siguen pretenden exponer el juego de algunos principios y criterios penales clásicos en el orden disciplinario

(4) «Reflexiones sobre el Derecho disciplinario: delimitación de la llamada falta de probidad», *DA* núm. 150, noviembre-diciembre 1972.

(5) Vid. MELÁN GIL, J. L.: *El proceso de la definición del Derecho administrativo*. Madrid, 1967.

(6) Un planteamiento genérico de las dificultades derivadas del constante aumento de las «normas de acción» en el Derecho administrativo y la necesidad de su fiscalización sin menoscabar la eficacia del servicio puede verse en GARRIDO FALLA, F.: «La Administración y la ley», *RAP* núm. 6, pp. 125 y ss.

funcionarial, su constante y muchas veces forzada aplicación por el Tribunal Supremo y esbozar, finalmente, la difícil problemática del control de la discrecionalidad administrativa en este ámbito.

2. La concepción penalista, doctrinal y jurisprudencial, del ámbito disciplinario

No faltan autores que obtienen el concepto de infracción disciplinaria mediante la aplicación analógica de los criterios y principios del Derecho penal. Así, Bueno Arus (7) define la falta disciplinaria como «acción u omisión voluntaria cometida por un funcionario público contraria a las normas jurídicas relativas al Cuerpo o Servicio a que pertenezca».

Señala, además, el citado autor que son aplicables en esta materia los principios de legalidad, antijuricidad, tipicidad, voluntariedad e individualización, significando las tres primeras «que no puede castigarse una conducta que no esté definida, prohibida y sancionada como falta en virtud de una norma jurídica anterior a su perpetración».

La verdad es que la tesis del Derecho disciplinario como Derecho penal puede considerarse plenamente superada (8). Incluso los más destacados defensores de su equiparación no son capaces de explicar la vigencia extremadamente atenuada, en el Derecho disciplinario, de los principios: *nullum crimen, nulla poena sine lege* y *non bis in idem*, clásicos en todo Derecho penal evolucionado.

Sin embargo, aparte de la doctrina (9), nuestro Tribunal Supremo deja traslucir en sus fallos una muchas veces forzada utilización de criterios penales en el tratamiento de cuestiones

(7) «El procedimiento sancionador de funcionarios públicos», *DA* núms. 58-57, pp. 57.

(8) Puede verse NIETO A.: «Problemas capitales del Derecho disciplinario», *RAP* núm. 63, pp. 68 y ss.

(9) Donde, además del ya señalado Bueno Arus, puede citarse a GARCÍA-TREVIJANO, que hace en su Tratado toda una defensa de la aplicación de las técnicas penales al campo disciplinario: aplica el concepto de culpabilidad penal, y exige, en consecuencia, para la sanción disciplinaria, que exista imputabilidad, que la acción reprochable sea voluntaria, y que esta voluntariedad esté matizada por dolo o por culpa (pp. 976 y ss.). En contra de esta postura MONTORO: *Régimen disciplinario en la Ley de Funcionarios civiles del Estado*. Madrid, 1965; en especial, pp. 79 y ss.

puramente disciplinarias. Así ocurre con los conceptos de anti-juricidad, tipicidad (10), imputabilidad (11), voluntariedad (12), individualización o concreción (13), culpabilidad (14), etc.

Hay a veces, no obstante, en la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo atisbos de un deslinde claro entre las jurisdicciones criminal y disciplinaria: «... ni cabe confundir una y otra jurisdicción—dice la sentencia de 24 de febrero de 1964 (Az. 776)— ni pueden invocarse con éxito ante la jurisdicción disciplinaria administrativa preceptos específicos de la jurisdicción criminal».

3. La aplicación de algunos principios penales clásicos

3.1 EL PRINCIPIO «NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE» Y EL PROBLEMA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO

La formulación de este principio en el orden penal es clara: se exige, para la existencia del delito y de su correspondiente

(10) *Vid.* Ss. 13 de diciembre 1957 (Az. 3557) y 23 de diciembre de 1959 (Az. 4704). Esta última eleva a principio la tipificación legal de las faltas. Por supuesto, es también relevante el criterio de la S. de 3 de febrero de 1969 (Az. 462), citada por GARCÍA-TREVILANO: «... el principio de tipicidad opera con atenuado rigor en la esfera disciplinaria administrativa...».

(11) *Vid.* S. de 25 de abril de 1958 (Az. 1820).

(12) La S. de 5 de marzo de 1959 (Az. 3314) exige en la comisión de la infracción la existencia de un dato que revele voluntariedad delictiva: «designio malicioso», dice literalmente. Y la de 20 de mayo de 1970 (Az. 2432) exige en el supuesto que contempla «infidelidad consciente y maliciosa».

(13) Puede verse la S. de 28 de enero de 1970 (Az. 241) y su exigencia «de un hecho determinado, acreditado y circunstanciado para poder aplicar la sanción que merezca». Es criterio ya mantenido en Ss. de 2 de febrero y 13 de octubre de 1969 (Az. 4218, 4264 y 4338): «Pugna abiertamente con el Ordenamiento Jurídico positivo la sanción disciplinaria aplicada a una conducta inconcreta sin limitación en el tiempo...». Un hecho singular, específico y concreto exige la S. de 23 de octubre de 1959 (Az. 4704). *Vid.* también S. de 10 de octubre de 1969 (Az. 4312), que sienta el principio de imposibilidad de sancionar por simples presunciones.

(14) Es muy interesante la S. de 18 de marzo de 1970 (Az. 1277), en donde se plantea el tema—no resuelto en el previo expediente disciplinario—de si el exceso en el cumplimiento del deber fue o no cometido «con malicia»—con consecuencia de muerte del pretendido agresor—, es decir, concreta el Tribunal Supremo «si el referido exceso debe imputarse a título de dolo o de culpa». *Vid.* también S. de 20 de mayo de 1970 (Az. 2432). La S. de 23 de octubre de 1959 (Az. 4704) deriva del ordenamiento disciplinario la exigencia de culpabilidad, requisito—dice—«que si paladinamente no consta en los preceptos del ordenamiento, es presupuesto ineludible para la aplicación de toda norma punitiva». Criterio repetido en Ss. de 22 de mayo de 1957 (Az. 1865), y de 8 de junio de 1957 (Az. 1915).

sanción, una norma que tipifique una conducta determinada como delictiva y una a ella, de manera taxativa, una pena, que será más o menos grave según las circunstancias—que también han de estar contenidas o previstas en la norma—que rodeen el comportamiento delictivo.

El espíritu del ordenamiento disciplinario español es en este punto ejemplar, conjuntamente con el italiano, ya que enumera las faltas y sanciones y las pone en relación, estableciendo una escala de gravedad de sanciones según las circunstancias que rodeen el acto. Parece una consecuencia lógica de desarrollo de la genérica declaración del Fuero de los Españoles en su artículo 19. No obstante, el tema se complica dada la redacción de los textos legales (15). Normalmente, las conductas sancionables y las mismas sanciones a ellas aplicables no aparecen claramente determinadas, sino sólo enumeradas o enunciadas (16). Por supuesto, se trata de un fenómeno general en el Derecho, cuyas formulaciones son en la mayoría de los casos imprecisas, ya que el lenguaje permite todo tipo de gradaciones y valoraciones, de manera que el jurista ha de desarrollar en todo caso un paciente trabajo de interpretación y delimitación que *transforme* las expresiones legales en verdaderos *conceptos jurídicos* (17). Con ello, obviamente, se disminuye el peligro de arbitrariedad y, consecuentemente, se acrecienta la seguridad jurídica.

Además, y en el ámbito concreto del Derecho disciplinario, aparte del proceso antes descrito, juegan también otros factores

(15) Constituye, sin embargo, una muestra loable de exactitud y precisión en cuanto a la aplicación de sanciones a las faltas descritas—con matizaciones y elementos que van a determinar la gravedad—el Reglamento de funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, aunque la fórmula—como veremos más adelante, no resulte demasiado efectiva.

(16) Respecto de esta frecuencia de fórmulas imprecisas a la hora de definir los ilícitos administrativos, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Sanciones penales y sanciones gubernativas», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*. Salamanca, 1971.

(17) Pueden verse las magníficas páginas de KARL LARENZ en su *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, 1966. Resulta también evidente que, a veces, la propia ley determina de manera taxativa el significado de sus expresiones, generando así los conceptos que MARTÍN GONZÁLEZ denomina «conceptos jurídicos determinados directamente». Por ello parece exagerada la expresión de S. MARTÍN RETORTILLO, que atribuye una inevitable relativización «absolutamente a todos los conceptos jurídicos». *Vid.* MARTÍN GONZÁLEZ, M.: El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *RAP* núm. 54, p. 208.

que explican esta aludida vaguedad de los preceptos legales. Ante todo, el debilitamiento de la vigencia del principio de legalidad en este orden jurídico se justifica en base a la conveniencia de dejar a la Administración un libre ámbito de discrecionalidad que le permita el control óptimo de la actuación de sus funcionarios (18). La especial relación de sujeción de éstos ha posibilitado dicha práctica, y la Administración puede controlar por esta vía el buen cumplimiento de los deberes funcionariales y también, lógicamente, actuar la defensa del interés general. Pero si aquí se pone al norte del ordenamiento disciplinario, malamente podrá estar vigente en él, de manera plena, el principio *nullum crimen sine lege*, pues los Estatutos de funcionarios no contienen tampoco una determinación específica y exhaustiva de los derechos y deberes del funcionario (19), y, evidentemente, sobra cualquier referencia a la vaguedad de la expresión *interés general*.

Tratando de buscar una solución para este problema, Montoro Puerto, uno de los autores españoles que más ha profundizado en la materia, propone definir las faltas en relación con los deberes del funcionario, y especificar éstos de manera detallada. La solución propuesta presenta, sin embargo, grandes dificultades, pues esta especie de *decálogo* funcional sería siempre algo por excelencia inconcreto. No puede ser de otra manera: dentro de un deber hay toda una gradación de conductas de difícil determinación en cuanto a observación o no de lo debido, circunstancia que se acentúa cuando se trata de deberes que encierran en sí mismos una determinada *estimación valorativa*, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de deberes de orden moral. En estos casos, la estricta determinación legal es impo-

(18) Los Tribunales han ido actuando, en éste como en otros órdenes, un largo proceso de reducción de este ámbito de discrecionalidad, como paladinamente ha puesto de manifiesto NIERO en su trabajo «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *RAP* núm. 44, mayo-agosto 1964. Más adelante volveremos sobre este tema.

(19) La enumeración es casi siempre simplemente ejemplificativa o, a lo más, expresión del deseo del legislador de que ciertas conductas sean sancionadas en todo caso, y lo sean con la gravedad que se determina. Pero nunca se trata de una determinación exhaustiva. Pueden verse en este sentido GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado...*, cit., pp. 971 y ss.; y MONTORO PUERTO: *Régimen disciplinario en la Ley de Funcionarios civiles del Estado*. Madrid, 1965; pp. 84 y ss.

sible; y siempre será el *juez* quien en último término realice aquella valoración (20).

Parece con ello evidente que la vigencia atenuada del principio *nullum crimen sine lege* en el orden disciplinario se explica y aún justifica con razones de cierta solvencia.

3.1.1 *El control de la discrecionalidad administrativa en el ámbito disciplinario*

Mucho más real, en cambio, resulta en nuestro ordenamiento disciplinario la vigencia del mandato *nulla poena sine lege*, dado que, tanto la LFCE (art. 91) como el Reglamento Disciplinario de 1969, enumeran taxativamente las sanciones que pueden imponerse por la comisión de faltas disciplinarias. El sistema adquiere, además, mayor complitud y perfección al establecer una estricta correlación entre infracciones y sanciones.

Pero el tema se plantea en cuanto a la discrecionalidad que corresponde a la Administración para establecer aquella correlación y las facultades de los Tribunales Contencioso-administrativos al fiscalizar su actividad. En teoría todo parece claro, pues la Administración califica la conducta como constitutiva de una u otra falta, y este acto es fiscalizable por los Tribunales; no se trata, por tanto, de un acto discrecional. En cambio, catalogada la falta, la Administración es libre de imponer la sanción que considere pertinente, dentro de los límites legales. La jurisprudencia es reiterada en este punto (21), e insiste, concretamente en que el Tribunal no puede elegir la sanción, sino únicamente su adecuación al Ordenamiento (S. de 9 de diciembre de 1964).

(20) La misma inviabilidad, y por idénticos motivos, predicada de la solución propuesta por Montero se ha de atribuir al sistema de tipificar los actos ostimados como falta disciplinaria, de manera exhaustiva, y especificar las sanciones aplicables con una gradación adecuada a la gravedad, que es, en parte, la fórmula de los artículos 88 y 91 de nuestra LFCE, y, sobre todo, del Reglamento de 30 de mayo de 1952.

(21) Sentencias de 16 de marzo de 1963 (Az. 3251; 24 de febrero de 1964 (Az. 776); 21 de junio de 1966 (Az. 3924); 28 de mayo de 1968 (Az. 2762), y más recientemente la de 20 de mayo de 1970 (Az. 2433), a la que pertenece este párrafo: «la elección de la sanción entre las que se hallen autorizadas legalmente, así como su extensión dentro de los límites también legales, es de la exclusiva y discrecional competencia de la Administración».

Sería, no obstante, perfectamente cuestionable la posibilidad de intervención del Tribunal en casos extremos. No me refiero, por supuesto, a la anulación de una sanción ilegal impuesta por la Administración, es decir, por ejemplo, la corrección de una falta leve con la sanción de separación de servicio, pues en este caso no se trata de discrecionalidad, sino que se estaría en presencia de un control de legalidad. Al decir casos extremos me refiero a un posible control de esa correlación efectuada por la Administración entre infracción y sanción—dentro de lo permitido por la ley—que sería un control de oportunidad.

Naturalmente, esto podría llevar a una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial, peligro que ya ha sido suficientemente puesto de relieve por la doctrina (22).

La verdad es que los tribunales actúan generalmente con gran ponderación su potestad revisora, tratando de mantener a la Administración en un ámbito estricto de discrecionalidad restringida por los textos disciplinarios. Estos enumeran las faltas y también los supuestos en los que cada una de ellas debe ser calificada por su gravedad, determinando en la medida de lo posible el alcance de cada concepto. Con esta concreción—dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de enero de 1970 (Az. 241)—se trata de evitar que «la interpretación subjetiva de los hechos redunde en perjuicio del funcionario expedientado y de la propia Administración, porque, si aquél no debe ser corregido sin causa legal ni fuera de los límites atribuidos concretamente a la potestad disciplinaria de las corporaciones (...), tampoco éstas deben actuar inducidas por apasionamientos o afanes de persecución, sino inspiradas siempre en la defensa de sus intereses materiales y morales, pero sin permitir la impunidad de conductas o actitudes atentatorias al servicio o buen nombre de la entidad, debiendo calificar adecuadamente los hechos imputados, a efectos de determinar la clase de falta enjuiciada y su consiguiente sanción».

Nada que oponer, desde luego, a estos razonamientos. El control de la discrecionalidad administrativa por los tribunales parece mantenerse en sus justos límites. Pero ¿no habrán sentido

(22) *Vid.*, por ejemplo, NIETO, A.: *Reducción jurisdiccional...*, cit. *supra*.

los tribunales la tentación irresistible de avanzar más en su función de control y calificar de oportuna o no la sanción impuesta por la Administración dentro de los márgenes permitidos por la ley?

Si se repasa la jurisprudencia recaída sobre este punto aparentemente se observa un exquisito respeto por parte de los tribunales de este ámbito de discrecionalidad. Pero es sólo apariencia; no lo sería si la correlación infracción-sanción fuese estricta, inevitable, rígida, es decir, si no hubiese verdadera discrecionalidad, con lo cual tampoco habría problema. Pero los textos disciplinarios —y en este sentido el Reglamento de 1952 es un modelo— introducen un complicado esquema de valoración de la gravedad de las conductas en base la mayoría de las veces a los que se ha dado en llamar, siguiendo a la doctrina alemana, conceptos jurídicos indeterminados.

Decía antes que en este sentido el Reglamento de 1952 era un buen paradigma. En efecto, en sus artículos 102 al 107 pueden encontrarse conceptos jurídicos indeterminados en mayor o menor grado, auténticos *standards* jurídicos (23) en número considerable: «abandono *notorio* del servicio» (art. 102,1); «comportamiento descortés» (art. 103, 1.º); «desconsideración a las autoridades, a otros funcionarios o al público»... «manifiesto desprestigio de la función» (art. 103, 2.º *a*); «altercados y pendencias que produzcan escándalo grave» (art. 103, 2.º *c*); «ostensible menosprecio» (art. 103, 3.º *b*); «riesgo notorio para el prestigio de la función o para el interés público» (art. 104, 2.º *c*); «informalidad o el retraso en el desempeño de la función» (art. 105, 1.º *b*); «escasa entidad» (art. 106, 1.º); e incluso «la falta de probidad profesional» (art. 106, 3.º *a*).

Pues bien, aquí precisamente está la quiebra de aquel pretendido respeto por los tribunales del ámbito inexcusablemente discrecional que debe corresponder a la Administración en este orden. El Tribunal Supremo ha controlado repetidas veces decisiones discrecionales de la Administración en el orden disciplinario interpretando a su entender estos conceptos *standards*.

(23) Tales *standards* como ha puesto de relieve MARTÍN GONZÁLEZ, siguiendo a Esser, deben ser apreciados con sujeción a «criterios extralegales de cambiante base empírica y concreción, cada uno de los cuales determina el grado aplicable de tolerancia jurídica»; Op. cit., *El grado de determinación...*, p. 221.

Así, en la sentencia de 3 de mayo de 1960 (Az. 2125) el Tribunal Supremo matiza las condiciones que caracterizan el riesgo para el prestigio de la función o para el cumplimiento del servicio a que alude el Reglamento de 1952 (art. 106) como cualificante de gravedad de la conducta irregular. Poco importa que el Tribunal haya estado de acuerdo (como así sucedió) con la valoración de tal cualificante y consiguientemente con la sanción impuesta por la Administración, pues perfectamente podía haber ocurrido lo contrario. Así sucede, en efecto, en la sentencia de 5 de marzo de 1959 (Az. 3314), ponente excelentísimo señor don Pedro María Marroquín de Tovalina. El Tribunal Supremo valora otro concepto *standard*, el de «ostensible menosprecio que implique ofensa a las autoridades o instituciones fundamentales de la nación» (art. 103, 3.º *b*), del Reglamento de 1952). Pero aquí las consecuencias son todavía más reveladoras, porque los actos cuestionados, a pesar de su gravedad (24), no son estimados por el Supremo como constitutivos del señalado «ostensible menosprecio», con el resultado final de que se deduce de todo ello que «los hechos examinados carecen de la importancia y relieve necesario para la aplicación de la máxima sanción acordada, debiéndose, en consecuencia, revocar el acuerdo municipal impugnado y declarar el derecho del expedientado a ser repuesto en el cargo que desempeña al incoarse las diligencias de autos...».

Valga, como tercera muestra, la sentencia de 26 de enero de 1970 (Az. 241) en la que el Tribunal Supremo revoca en parte el acuerdo sancionatorio de la Administración tras una detenida valoración de algunos conceptos, para llegar a estimar que las faltas cometidas no son constitutivas de falta de probidad dada la «escasa entidad» de los hechos.

Con todo ello quiero poner de manifiesto la invasión de un ámbito netamente discrecional de la Administración por los tribunales. Por esta vía de los conceptos indeterminados o estándares los tribunales interpretan la oportunidad, y revocan, modifican o «devuelven» a su estado inicial actos sancionadores de la Administración.

(24) «Pretender insubordinar a tres empleados del ayuntamiento contra el alcalde y la corporación» y «amenazas de echar a la cárcel al señor alcalde si no sobreseía las diligencias seguidas al expedientado.»

Bastante se ha escrito ya sobre el avance que han supuesto, en el proceso de reducción de la discrecionalidad administrativa, estos conceptos jurídicos indeterminados (25). Esto me excusa de insistir en el tema. Pero lo que sí quiero poner de relieve es, sin embargo, el exquisito cuidado con que debe matizarse su aplicación en el ámbito disciplinario. Cuando la Administración, utilizando la habilitación legal que tiene para ello, introduce en sus normas disciplinarias conceptos como «ostensible menosprecio», «manifiesto desprestigio de la función» u otros parecidos, lo hace sin duda para interpretarlos ella misma en ejercicio de una exclusiva facultad discrecional. Y conviene resaltar el término *exclusiva* para sentar claramente una postura que tiene su justificación en el conocimiento por parte de la Administración de múltiples facetas que rodean el comportamiento ilícito de sus funcionarios, aspectos que escapan muchas veces —y no puede ser de otra manera— a la percepción de los tribunales. Este acceso a los mínimos resortes del comportamiento funcional justifica a mi modo de ver la consolidación de una reserva discrecional de la Administración que no debe quebrarse sin más a través de la sibilina fórmula de los conceptos jurídicos indeterminados. Fórmula que, como toda construcción jurídica, tiene sentido si contribuye a acentuar la eficacia de la norma, es decir, al cumplimiento del fin perseguido en ella. En otro caso los esquemas formales se evaporan en inutilidad y entorpecen la regulación fluida de la vida social. Y parece, en efecto, que la consolidación de una normativa disciplinaria, dotada de autonomía cierta respecto del Derecho punitivo general, persigue proporcionar a la Administración pública unas facultades de valoración del comportamiento de sus funcionarios, facultades que por el juego de dichos conceptos —a pesar de la bondad de su aplicación en otros ámbitos de la actuación administrativa— se desvirtúan y aun, en casos extremos, se diluyen.

Por otra parte, juegan también aquí importantes razones de eficacia de la moderna Administración pública. Ya he recordado en otra ocasión (26) los ejemplos de Nieto en su trabajo

(25) Vid., sobre este punto, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *RAP* núm. 38.

(26) *Reflexiones sobre el Derecho...*, cit. *supra* (nota 4).

sobre la reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. La frecuente actuación entorpecedora de algunos funcionarios que, bordeando la ilegalidad, aunque sin caer en ella, cumplen al mínimo —lo suficiente tan sólo para no ser sancionados— con las tareas que tienen atribuidas y son un lastre penoso para la ágil prestación de los servicios, resulta por completo inadmisibles en una Administración que debe regirse por normas de celeridad y eficacia.

Pues bien, con la débil aplicación de los preceptos disciplinarios —aplicación, además, progresivamente disminuida por el deseo generalizado de controlar judicialmente y de manera absoluta toda la actuación administrativa— no se consigue sino dar carta blanca a los comportamientos antes descritos.

Se trata, además, de un proceso condicionado por otros muchos factores que asimismo entorpecen la ineludible eficacia de la actuación administrativa. Estos factores persisten, a pesar de que en nuestras Leyes Fundamentales se incluya ya la eficacia como norte inevitable de la Administración pública, que, así lo dice literalmente el artículo 40 de la LOE, «asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general».

Puede con ello parecer que se defiende aquí la posible arbitrariedad administrativa en estas decisiones, lo que nunca dejará de ser el riesgo último de la discrecionalidad administrativa, pues por mucho que se aten los supuestos a ley, lo cierto es que la vitalidad de la realidad administrativa hará que ésta escape muchas veces incluso a este tipo de control alambicado que los conceptos jurídicos indeterminados representan. Sin duda, la arbitrariedad no es nunca deseable, pero tan denostada debe ser la administrativa como la judicial. Bien está el control de la legalidad y aun de la oportunidad cuando de un acto de estas características se derive una irregularidad que choque con los principios generales del Derecho, entendidos éstos —aun con toda la dificultad práctica que esto entraña— no como *intuición* de la justicia, sino como *preceptos perfectamente objetivizados* (27).

(27) En este orden estaría el supuesto comentado por NIZO en RAP núm. 44.

Pero salvo este caso extremo —y aun a riesgo de adoptar una postura extremista— me atrevería a señalar que ahí, justamente ante esas razones de oportunidad, debe detenerse el control judicial. Estricto control, pues, de la legalidad, y control de la oportunidad tan sólo por derivación de resultados notoriamente contrarios a elementales y objetivizados principios generales del Derecho. Y si, por prurito positivista, no parece factible esta solución, todavía cabría referirse a la «naturaleza de las cosas» en el sentido de Dernburg, que posibilitaría un control jurisdiccional de la oportunidad cuando el actuar de la Administración trastocase el orden natural de las cosas, su *telos*; en este caso que nos ocupa, la finalidad última del actuar disciplinario, alejada, por supuesto, de cualquier acción individual de represalia contra el funcionario.

Dada esta premisa, y salvo las citadas excepciones, el control de la oportunidad no ha de ser jurisdiccional, sino administrativo, interno. La preocupación que ha demostrado el Tribunal Supremo por la garantía del particular funcionario no debe llevar a un desapoderamiento para la Administración de una facultad legítimamente discrecional: la de velar por el fiel cumplimiento de los servicios y sancionar —dentro de la escala legal— con mayor o menor rigor las faltas cometidas según ponderación de su gravedad y demás circunstancias cualificantes que le dicte su *liberum arbitrium*.

La indefensión del funcionario —más teórica que práctica— a que esto podría dar lugar se paliaría por el funcionamiento real de autocontroles en la Administración. El buen sentido debe dictar a los funcionarios o autoridades resoluciones de buen arbitrio; y si esto alguna vez no sucede, no faltan en el seno de la Administración mecanismos para evitar la continuidad de emanación de resoluciones por ese funcionario. Su remoción no se haría esperar, y la Administración, para evitar esa injusticia concreta, podría volver sobre su acto, revocándolo.

Soy consciente de la incomodidad de esta postura, porque mucho más fácil resulta defender a ultranza al funcionario en el juego del clásico binomio garantía del particular-prerrogativa de la Administración. Pero lo que me parece evidente es que si los tribunales actúan esta intervención constante en los actos

discrecionales disciplinarios de la Administración, el ordenamiento disciplinario pierde su sentido, su razón de ser. De hecho prácticamente no se aplica, lo que resulta impensable en la moderna «Administración de la eficacia» (28).

No obstante, y si esta posición parece demasiado extremista y peligrosa, por continuar pesando con verdadera fuerza el recelo hacia la Administración, sería entonces partidario de luchar por otra alternativa tantas veces defendida por la doctrina: la creación de tribunales disciplinarios independientes y especializados, en donde formalmente sería mayor la garantía del funcionario y de la Administración misma. Con ello no se resolvería el problema de fondo de este estudio —la necesidad de evitar la constante y creciente invasión del terreno discrecional disciplinario de la Administración—, pero no cabe duda de que estos Tribunales, por su especialización, comprenderían mejor la entraña del Derecho disciplinario y las razones de la Administración al sancionar.

3.2 EL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM»

La debilitada realidad de este principio en el ámbito disciplinario ha sido puesta reiteradamente de manifiesto por la doctrina (29). La explicación está, sin duda, en la posibilidad jurídicamente consagrada de compatibilizar, ante unos mismos hechos, las sanciones penales y las sanciones disciplinarias. Esta posibilidad, que reconocen buen número de textos legales y reglamentarios, ha sido también sancionada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (30).

Se ha afirmado, no obstante, que la doble responsabilidad

(28) La clásica tensión entre legalidad y eficacia en el actuar administrativo ha sido puesta de relieve recientemente por ALONSO COLOMER, aunque no con referencia al Derecho disciplinario funcional, sino respecto del Derecho sancionador general de la Administración («La pena y la sanción administrativa ante el principio de legalidad», DA núm. 151, enero-febrero 1973).

(29) V. gr., ALONSO COLOMER, F.: «El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación», DA núm. 141, mayo-junio 1971.

(30) La afirmación jurisprudencial de compatibilidad de estas jurisdicciones es reiteradísima: S. de 31 de octubre de 1958 (Az. 3844); 5 de marzo de 1959 (Az. 3314); 24 de noviembre de 1960 (Az. 4190); 15 de febrero de 1962: «los mismos hechos pueden aparecer integrados en categorías jurídicas diferentes y compatibles a los efectos de las determinaciones sancionatorias que pueden adoptarse en cada una

no supone en principio una quiebra del mandato *non bis in idem*, pues la Administración pública y la jurisdicción penal tutelan intereses de distinta naturaleza que se corresponden con la autonomía de los ordenamientos jurídicos que manejan (31). La quiebra ha de surgir solamente cuanto no se dé una diferenciación inmediata de valores protegidos en los hechos cuestionados. En estos casos no sería lógico sancionar separadamente en dos jurisdicciones que manejan ordenamientos distintos y tutelan o deben tutelar intereses también distintos.

Por esta razón, es interesante ver el juego real de esta compatibilidad de jurisdicciones en las sentencias del Tribunal Supremo, para comprobar hasta qué punto tiene virtualidad la distinción doctrinal de los diferentes intereses tutelados (32).

En este punto, no puede dejar de aludirse a un dato que introduce un elemento de confusión: hay ocasiones en que el conocimiento de un acto en el orden disciplinario se supedita a su catalogación como delito; para ello hay base más que suficiente en el artículo 88, a) de la Ley de Funcionarios civiles del Estado, que califica de falta muy grave «cualquier conducta constitutiva de delito doloso» (33) y en el artículo 106, 3.º b) del Re-

de las esferas jurídicas concurrentes»; 26 de noviembre de 1964 (Az. 5487); 28 de junio de 1968 (Az. 3602); 15 de febrero de 1969 (Az. 681), etc.

Tal compatibilidad constituye, además, un criterio casi permanente de nuestro ordenamiento. Únicamente el Código penal de 1928, artículo 853, s) opuso—dato que recuerda MARTÍN RETORTILLO, L.: Op. cit., *Sanciones penales...* (pp. 16 y ss.)—radicalmente a tal posibilidad.

(31) ALONSO COLOMER; op. cit., *El poder de la Administración...* pp. 87 y ss.

(32) Las normas penales—se dice—atienden al *malum quia malum*; las disciplinarias, al *malum quia prohibitum*.

(33) Tal precepto ha sido certeramente criticado por MONTORO PUERTO en la obra ya citada *Régimen disciplinario en la Ley de Funcionarios civiles del Estado*. Aparte de otros argumentos, suscita el siguiente: al no exigirse necesariamente una sentencia condenatoria previa, se puede llegar al extremo de reconocer competencia a un órgano administrativo, al órgano sancionador, para hacer declaraciones propias de un Tribunal de Justicia. Esta es evidentemente una crítica certera.

Conviene, no obstante, advertir que en este punto el buen criterio del Tribunal Supremo se ha encargado de matizar en la práctica la deficiente formulación legal. Así, la S. de 23 de diciembre de 1959 (Az. 4704), Sala 4.ª, ponente excelentísimo señor don Francisco Sáenz de Tejada y Olózaga, que hace referencia al Reglamento de funcionarios de Administración Local, expresa en uno de sus considerandos: «que la Administración, ni siquiera en el ejercicio de su facultad disciplinaria puede valorar los actos de quienes a ella están vinculados para discernir si constituyen o no delito; es ésta función específica, inalienable y no delegable de los Tribunales de la Jurisdicción penal; artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal; y de ahí que cuando el ayuntamiento de Otero de Rey hace suya la propuesta del instructor, sanciona al recurrente con la separación del cargo, dando como probados hechos que de ser ciertos constituían delito, invade

glamento de funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, que establece una fórmula parecida: «Los actos u omisiones cometidos con malicia constitutivos de delito (34).

Volviendo al tema central, cabe extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la clara independencia de las jurisdicciones. Ante unos mismos hechos cuestionados en ambas, en nada prejuzga, para el orden disciplinario, la valoración que se haya dado a los mismos en el orden penal (35).

En segundo lugar, otro problema interesante, en relación con el principio *non bis in idem*, se suscita con la vigencia en el or-

una esfera que no le es propia, e incurre en abuso de poder; tan sólo en el caso de que el tribunal competente declare que tales hechos han sido ejecutados por el señor S..., y que ellos integran algún delito, podrá la corporación, en el oportuno expediente, apreciar el concurso de la falta muy grave comprendida en el artículo 106, 3.º a) antes citado; por eso el acuerdo impugnado invierte los términos cuando primero sanciona la falta a su entender integrante de delito y luego manda dar cuenta al Juzgado de Instrucción; de cuanto antecede se desprende sin duda alguna que el acuerdo impugnado no puede ser mantenido y es procedente dejarle, sin efecto. Y más adelante se confirma este criterio en la S. de 24 de febrero de 1964 (Az. 778; ponente excelentísimo señor don Ginés Parra Giménez), en donde se expresa que cuando se sancionan en vía disciplinaria hechos constitutivos de delito se precisa «por vía de cuestión previa la condena penal, para que la jurisdicción administrativa quede expedita».

Abundando en el mismo criterio, puede verse también la S. de 18 de marzo de 1970 (Az. 1277), en que tratando de solucionar un problema previo de competencia, en Tribunal Supremo solventa las posibles dificultades, señalando «que incoación de expediente levantada por la alcaldía, no tuvo lugar hasta que se recibió la certificación de la condena penal... en la que constaba la pena principal de privación de libertad y la accesoria de suspensión durante el tiempo de la condena».

(34) Respecto de este precepto del Régimen Local, GONZÁLEZ NIETO no admite la tradicional discrecionalidad de la Administración en la apreciación y valoración de la falta. En este supuesto —dice— «cuando no hay delito declarado por los Tribunales no hay falta». («Las sanciones disciplinarias a los funcionarios de la Administración Local», *REVL* núm. 119, septiembre-octubre 1961, p. 227).

(35) Así se desprende entre otras de la S. de 28 de noviembre de 1964 (Az. 5487). La Audiencia Provincial de E. no estimó los hechos constitutivos de delito de cohecho; instruido por los mismos motivos expediente disciplinario, el Tribunal Supremo cataloga tales actos, como había hecho la Administración, como constitutivos de falta de probidad, pues «para su estimación basta con que los actos realizados por el mismo contravengan los deberes específicos de moralidad, dignidad y honor que imponen el desempeño de la función pública a él encomendada con el consiguiente castigo que en caso de incumplimiento señalan los Reglamentos respectivos, y lo es tanto si al recibir cantidades de dinero con ocasión de actuaciones que está obligado a llevar a cabo gratuitamente lo verifica por ofrecimiento voluntario de las personas que las entregan como si éstas lo efectúan como consecuencia de requerimiento suyo».

Es también irrelevante «que los hechos enjuiciados hayan escapado de la esfera penal; ello no impide ni obstaculiza a la jurisdicción administrativa para sancionar disciplinariamente la conducta del funcionario a efectos administrativos» (S. de 20 de mayo de 1970. Az. 2431).

den disciplinario de preceptos que aluden a una serie de actos leves en sí, pero que adquieren gravedad al constituir en conjunto una *conducta irregular* que se sanciona con las penas más duras del orden disciplinario.

Puede ocurrir que el funcionario haya sido ya sucesivamente sancionado por sus actos concretos con las penas correspondientes, y, llegado el momento de apreciar habitualidad (término claramente penal) en su conducta (por la Administración), se le instruya expediente disciplinario por esta serie continuada de actos que atacan a la honorabilidad del funcionario o desprestigian a la Administración o la función por él desempeñada (36).

Se produce en estos casos una quiebra cierta del mandato *non bis in idem*. Pero no puede ser de otra manera; ante todo por el carácter mismo de las normas disciplinarias, que tienen un claro matiz preventivo que obliga a considerar inevitables y útiles las correcciones al funcionario —las más de las veces a través de simple apercibimiento— por la comisión de faltas leves. Pero ello no debe ser obstáculo a la posibilidad de sancionar posteriormente esta actitud del funcionario —ya como conducta habitual— perjudicial para la función pública, su prestigio, honorabilidad, etc.

En estos casos, cuando se han planteado, el Tribunal Supremo no ha dudado, a pesar de la aparente quiebra del *non bis in idem*, en sancionar de nuevo. Para ello ha utilizado la argumentación siguiente (son palabras de la sentencia, anteriormente citada en nota, de 31 de octubre de 1958 —Az. 3844): «lo que se enjuicia y sanciona no es una ni varias faltas leves de embria-

(36) Un supuesto muy expresivo es el contemplado por el Tribunal Supremo en su S. de 31 de octubre de 1958 (Az. 3844), ponente, excelentísimo señor don Ramiro Fernández de la Mora y Azcue). Se planteó por el recurrente, secretario de ayuntamiento, recurso ante el Tribunal Supremo contra la orden del Ministerio de la Gobernación que desestimó la alzada contra el acto que le impuso la separación definitiva del servicio por la comisión de faltas graves. Se trataba, entre otros, de repetidos actos de embriaguez cometidos por el recurrente, que concurrió en ese estado alguna vez a su oficina, exhibiéndose así frecuentemente en público con escándalo del vecindario. Por ese vicio fue corregido varias veces por el alcalde, sin conseguir resultado positivo. Se intenta demostrar, entonces, que tales faltas habían sido ya corregidas con apercibimiento, por lo que no pueden castigarse otra vez, al ser consideradas, por acumulación, como una falta grave. El Tribunal Supremo, sin embargo, no acepta tales argumentos y sanciona de nuevo.

guez, acumuladas, sino una serie continuada de actos reveladores de una conducta de escándalo y embriaguez habituales, que desprestigian la función pública que le estaba encomendada» (37).

3.2.1 *Las faltas prescritas y el principio «in dubio pro reo».*

Más clara es la vigencia del *non bis in idem* en cuanto a las faltas prescritas. Estas, salvo a efectos de reincidencia o reiteración, no pueden ser tenidas en cuenta, y hay una muy abundante jurisprudencia que lo atestigua. Debe hacerse constar, no obstante, la existencia de algunos fallos discutibles. El más claro sea quizá la sentencia de 25 de junio de 1962 (Az. 3030, ponente excelentísimo señor don José María Suárez Vence). Alegada por el recurrente la prescripción de las faltas corregidas, el Tribunal Supremo confirma la resolución impugnada —declarativa de la destitución del cargo ostentado—, a pesar, reconoce, de «desconocerse si cuando se dispuso la incoación de expediente disciplinario... se habían cumplido o producido las circunstancias que señala el artículo 107 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local ... para liberarle de las responsabilidades contraídas». Difícil, sin duda, resulta conciliar esta curiosa sentencia con las que de manera abrumadora consignan la vigencia en el orden disciplinario del principio *in dubio pro reo*.

(37) Una argumentación discutible es la que lleva a cabo el Tribunal Supremo en su S. de 13 de diciembre de 1960 (Az. 4208, ponente excelentísimo señor don Manuel Cerviá Cabrera). Un guardia municipal, ya sancionado por el jefe de la Guardia, lo es posteriormente por el alcalde del municipio, por la comisión de faltas muy graves, con la pena de separación definitiva del servicio. El Tribunal Supremo acepta los considerandos de la sentencia apelada, en uno de los cuales se expresa «no puede hablarse (en este supuesto) de un caso de *bis in idem*, aun en el supuesto de que ambas sanciones fuesen incompatibles, ya que no habría sido sancionada la infracción por la autoridad que debería hacerlo».

La verdad es que aunque este último argumento fuese real, parece que el sancionar de nuevo—si en efecto la sanción anterior se cumplió—constituye una decisión en extremo dura que contrasta con la aplicación generosa de las normas disciplinarias por el Tribunal Supremo en cumplimiento de un principio consagrado, por lo demás, jurisprudencialmente; la interpretación restrictiva de la materia disciplinaria [puede verse entre una abundantísima jurisprudencia la S. de 28 de junio de 1960 (Az. 2881)].

4. Conclusión

Sin duda los temas planteados en este breve estudio exigen un tratamiento mucho más amplio que rebase, además, los límites estrechos, aunque reveladores, de un enfoque casi exclusivamente jurisprudencial. Soy consciente de ello. Pero el objetivo esencial de este análisis quizá se haya cumplido: reclamar, una vez más, para el Derecho disciplinario su propia individualidad, no, como decía en principio, tratando de crear una rama jurídica autónoma, pero sí para constatar la existencia de unas peculiaridades ciertas que no permiten la indiscriminada aplicación en él de los principios y criterios clásicos del Derecho penal. Tal práctica sólo conduce a desvirtuar su carácter. Juegan en él factores distintos, se tutelan intereses diferentes, la Administración está muchas veces en posesión de elementos de juicio de imposible acceso para los tribunales... No hay, pues, razones de inquietud ante la quiebra de tantos dogmas penales en este ámbito disciplinario. No creo que la justicia, con ello, se menoscabe.