

La reiteración y reincidencia en el Reglamento de Funcionarios de Administración local

por

LEOPOLDO DE URQUIA Y GARCIA-JUNCO

Doctor en Derecho y Secretario de la Excma. Diputación provincial de Alicante

Vamos a ocuparnos de la reincidencia y reiteración en el Reglamento de Funcionarios de Administración local de 30 de mayo de 1952. Con frecuencia hemos de referirnos al Derecho penal por ser en éste donde ambos conceptos han sido siempre tratados con más detenimiento sin que ello sea obstáculo para que las teorías expuestas en dicha rama jurídica y normas positivas de la misma vayamos adaptándola a la finalidad administrativa que perseguimos.

En la doctrina se emplea el término reincidencia distinguiendo la genérica y la específica. En el Derecho positivo español, el Código penal se ocupa de dichos conceptos estableciendo el texto revisado de 1963, en su artículo 10, número 14, que hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiese sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor, y en su artículo 15 se aprecia la reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del Código.

La reincidencia como agravante fué apreciada en el antiguo Derecho. Así se observa en el Código de Manú.

El Derecho romano excluía, en la reincidencia genérica, al delincuente de los beneficios que provenían de la buena conducta

anterior al delito y, además, le incapacitaba para el perdón de los delitos cometidos. Mayores efectos de agravación producía la específica, pues en ese caso de reincidencia eran castigados hechos que la primera vez no se penaban.

Un análogo criterio de la reincidencia lo encontramos en los Derechos germánico y canónico.

También era considerada agravante la reincidencia en el Derecho penal musulmán en los robos y asesinatos.

Antecedentes de la reincidencia los encontramos en nuestro Derecho histórico: en el Fuero Juzgo, en el Fuero de Navarra y en las Partidas, estableciendo éstas pena de muerte cuando el ladrón «fuese ome que lo haya usado de facer».

A la reincidencia se le confiere carácter agravatorio general después de la revolución francesa.

Como dice JIMÉNEZ DE ASÚA, cada día se abre paso más franco la idea de tomar en consideración las condenas pronunciadas en el extranjero con respecto a la reincidencia. Ello es sobremanera correcto, pues el peligro de la reincidencia no liga a territorios ni a sentencias de determinados Tribunales, debiendo ser indiferente que las condenas se hayan impuesto en el país o fuera de sus fronteras.

GARRAUD hace referencia a doctrinas de autores franceses y sentencias de Casación según las cuales en Francia no se admite que en orden a la reincidencia puedan producir allí efecto las sentencias extranjeras. Son cada día más numerosos los Códigos que lo admiten (Noruega, Dinamarca, Perú, Suiza, Argentina, etcétera) e incluso la jurisprudencia inglesa.

De este tema se ocupó el Instituto de Derecho Internacional, el Congreso Penitenciario de París, la Conferencia Internacional de Unificación de Derecho Penal de Varsovia, así como la celebrada en Roma, y la que tuvo lugar en Madrid en 1952.

Según CUELLO CALÓN, la reincidencia como reveladora de una especial peligrosidad destaca por su trascendencia entre las causas agravantes de la culpabilidad, siendo uno de los problemas más complicados planteados al Derecho penal moderno en apreciación y tratamiento.

En ocasiones la reincidencia actúa como elemento típico del

delito. Así ocurre en el caso comprendido en el número 3 del artículo 516 de nuestro Código penal.

El artículo 109 del Reglamento de Funcionarios ya citado establece que para poder ser un funcionario considerado reincidente los sucesivos apercibimientos por un mismo tipo de falta leve habrán de ser impuestos previo expediente disciplinario.

La explicación es bien sencilla, pues se basa en que no exigiéndose en el Reglamento la formación de expediente para la imposición del apercibimiento (artículo 109-1) sería posible que un funcionario, sin ser oído previamente a la imposición de la sanción, resulte reincidente. Puede, quizá, argüirse que el caso hubiera quedado saldado con la declaración reglamentaria de no considerar reincidente a los incursos en apercibimiento, pero ello llevaría al caso absurdo de que un funcionario que llegara a ejecutar dos actos también leves pero suficientes para merecer algo más del apercibimiento, o sea, una multa, aunque fuese pequeña, incurriese en reincidencia y no, en cambio, el que era acreedor al repetido apercibimiento.

No se refiere el artículo 109 en sus números 1 y 2 a otras sanciones que no sean las de apercibimiento, puesto que para las restantes es imprescindible la tramitación del expediente (artículo 109-3).

La Ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955, dice en el artículo 335-3: «Ninguna sanción, salvo la de apercibimiento, podrá ser impuesta sino a causa de faltas pre-determinadas en el Reglamento y en virtud de expediente en que se conceda audiencia al interesado por plazo no inferior a ocho días».

Lo que sí adolece a nuestro juicio el artículo 109 del Reglamento de 1952 es de una laguna al hablar sólo de reincidencia y no de reiteración. Y lo comprendemos menos aún, ya que después el artículo 113 abarca ambos conceptos.

En el Código penal quedan comprendidos los delitos en general y luego según la índole de los mismos determina cuándo tiene lugar la reincidencia genérica o específica. Nosotros, para su mejor diferenciación, llamaremos a la primera reiteración. Toda infracción señalada en el Código entraña una responsabilidad penal.

El funcionario de Administración local que comete una falta de las señaladas en el Reglamento de 30 de mayo de 1952 incurre en responsabilidad administrativa. Todo el incurso en dos o más faltas de las allí establecidas es reiterante, pero fundándonos en el Derecho en general y especialmente en el artículo 109 del Reglamento para ser reincidente tendrán que estar la falta o faltas repetidas en un mismo tipo de los cinco que establece el artículo 101.

La Sentencia de 17 de abril de 1931 del Supremo dice: Que no se aprecia *reiteración* cuando ni en el expediente administrativo, ni posteriormente en autos aparece indicio alguno de prueba que tienda a justificar el hecho de haber incidido el recurrente con anterioridad a la fecha de incoación de aquél, en faltas *idénticas* o *análogas* a las que lo motivaron.

La única vez que el Reglamento determina cuándo es un funcionario reincidente es en el artículo 109 citado y en él exige para la reincidencia «un mismo *tipo* de falta». Como en otros artículos habla de la reiteración, es indudable que admite ésta, o sea, la reincidencia genérica. Veremos luego la despreocupación con que emplea ambos términos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1928 se refiere a un caso en el que se aprecian: «insubordinación y desobediencia graves repetidas», negándose a obedecer los repetidos requerimientos que le fueran hechos al funcionario.

En sentido análogo se pronuncia la de fecha 27 de junio de 1928.

Los cinco grupos de faltas que desenvuelven los artículos 102 al 106 son referentes a: 1.º, ausencia injustificada del servicio; 2.º, irrespetuosidad en acto de servicio; 3.º, revelación indebida de datos que se conozcan por razón del cargo; 4.º, defectuoso cumplimiento de las funciones, y 5.º, conducta irregular.

La impresión que produce el Reglamento es que en él se usan con gran despreocupación, según ya expusimos, los términos reiteración y reincidencia, y así se observa en las ocasiones en que los emplea en los artículos 104 y 106. Efectivamente, el primero de ellos dice que la revelación indebida de datos oficiales que se conozcan por razón del cargo será leve, si se trata de indiscre-

ción manifiesta, pero irrevelante *no repetida* que no produzca daño al servicio o a las personas. Es grave si se trata de *reincidencia* en la falta anterior repetidamente corregida con apercibimiento.

Es decir, se exige que esté incluida en el mismo grupo de faltas. El caso de la verdadera reincidencia específica.

Advertimos, sin embargo, que dice *no repetida*. ¿Qué quiere decirse con ello? No era preciso ocasionar dudas en su interpretación puesto que en el mismo artículo queda aclarado al establecerse que será grave en el caso de *reincidencia*.

La Sentencia del Supremo de 6 de junio de 1940 dice: «Que ni la segunda ni la tercera de las supuestas faltas figura entre las que como graves enumera el artículo 109 del Reglamento, porque la desobediencia *no reiterada* podrá ser estimada como falta leve, y, por consecuencia, en ningún caso puede dar lugar a la corrección de destitución...».

La Sentencia de 29 de octubre de 1945 declara que es causa calificada como grave el incurrir el Secretario en vicios o actos *reiterados* que le hagan desmerecer en el concepto público.

En el artículo 106 se emplea el término reiteración (reincidencia genérica). Al hablar de la conducta irregular considera la falta leve, cuando los hechos censurables, por su escasa entidad y no *reiteración* no afecten al prestigio de la función pública y grave cuando la importancia o la *reiteración* de los actos entrañen riesgo para el prestigio de la función o para el cumplimiento del servicio.

La Sentencia de 18 de diciembre de 1930 declara que no puede considerarse que exista la *reiteración* por el hecho de faltar un funcionario dos días consecutivos sin permiso a la oficina. De un fondo análogo es la de 27 de septiembre de 1954. La de 17 de abril de 1931 dice que la desobediencia *no reiterada* no constituye falta grave si no produce retraso en la prestación del servicio.

En Sentencias de 13 de abril de 1931 y 8 de febrero de 1933 reconoce el Supremo que el abandono del servicio lleva también implícito en muchos casos la *reiteración*.

Desde luego, si la calificación de reincidencia no se debe al supuesto de gravedad señalado y sí a la repetición del hecho se

estará a lo dispuesto en el artículo 104 en cuanto se refiere a la necesidad del expediente de la sanción de la segunda falta.

La Sentencia del Supremo de 4 de octubre de 1933 declaró que: «La poca puntualidad o retraso en la entrada a la oficina es cosa distinta de la falta *reiterada* de asistencia a la oficina durante las horas reglamentarias, sin licencia ni causa justificada».

Los artículos 102 y 106 hablan de reiteración (reincidencia genérica), en tanto que el 104 se refiere a la reincidencia *específica*.

ABELLA (1) en los comentarios del Reglamento dice cuando se refiere al artículo 102, que debió «ponerse reincidencia y no reiteración, porque en rigor aquella es una circunstancia que suele estimarse como agravante en delitos distintos y esta última significa repetir la misma falta».

La Sentencia del Supremo del 2 de diciembre de 1930 exige para la gravedad de las faltas leves la reiteración.

En relación con ello hemos de exponer la teoría de HELIE (2), según la cual es sólo la reincidencia específica la que fundamentalmente puede ser agravante por demostrar una real persistencia en el sujeto. De análoga opinión es PACHECO (3). En cambio, TREBUTIEN, así como varios positivistas, entienden que es la genérica la más peligrosa, ya que ella supone una mayor capacidad en el sujeto para el mal con sus aptitudes diversas. Lo general en los tratadistas, tanto clásicos como CARRARA (4), o positivistas como FERRI (4), es equipararlas, sosteniendo que la apreciación dependerá de los casos concreto de que se trate.

ALIMENA dice, con varios más, que se equivalen ambas y que lo que debe aplicarse es un diverso tratamiento de corrección.

Algunos tratadistas han considerado que al ser la reincidencia una agravante y castigarse más gravemente al que ya con anterioridad había sido castigado, se incurría en una injusticia. Así lo sostuvieron GESTERDING en Alemania y CARNOT en Francia (5).

(1) *Reglamento de funcionarios de Administración local*, pág. 208.

(2) Citado por QUINTANA: *Compendio de Derecho penal*, vol. I, pág. 357.

(3) *Código penal*, vol. I, pág. 253.

(4) Citados por QUINTANA: *Compendio de Derecho penal*, pág. 357, volumen I.

(5) FERRER LAMA, en *Comentarios del Código penal*, vol. I, pág. 411.

En cambio, ROSSI dice que la reincidencia debe ser tenida en cuenta, ya que quien incurre en ella demuestra la perversidad moral que en él concurre.

Esta teoría de ROSSI es la que cuenta con más partidarios entre los modernos tratadistas, considerándose en el reincidente una especial naturaleza.

Efectivamente, estimamos también que el funcionario que repetidamente da lugar a la nueva formación de expediente con su correspondiente sanción ha de ser tratado con más severidad que aquél que por primera vez incurre en alguna falta de las señaladas por el Reglamento.

La reincidencia supone una persistencia que lleva consigo una agravación por las continuas recaídas del sujeto. Según CARRARA (6), la agravación es consecuencia de quedar demostrado al reincidir que la sanción sufrida fué insuficiente.

Existe una tendencia negativa fundada en que el hecho de las reincidencias supone un error en la aplicación de la corrección, y este error no se corrige aumentando sin más la medida correctiva.

KLEINSHROD sostiene una postura original al decir que la reincidencia debería ser aplicada como atenuante, ya que la persistencia del agente no es más que una prueba de la limitación de su libertad de obrar y, por tanto, habrá de limitar también la imputabilidad. En términos parecidos se expresa BUCCELLATI. Todos los tratadistas rechazan esta doctrina terminantemente, destacando entre los españoles SÁNCHEZ TEJERINA.

Una postura ecléctica es la defendida por otros comentaristas, entre ellos HAUS (7). Dice éste que la reincidencia no es más que una presunción desfavorable al acusado, la cual puede ser destruída por las causas del hecho, debiendo, por tanto, dejar la Ley al Juez la facultad de apreciar la agravación, pero no imponerle la obligación de hacerlo.

Surge también la duda de si para que exista la reincidencia es necesario que el funcionario al cometer la nueva falta haya cumplido la sanción que se le impusiera por la anterior o sería su-

(6) *Diritto criminale*, vol. II, pág. 131.

(7) *Cours de Droit penal*, pág. 359.

ficiente que estuviera ya acordada en firme. En los comentarios hechos por CUELLO CALÓN (8), refiriéndose al campo de lo penal, dice que es bastante la sentencia condenatoria. Para otros tratadistas no es así y distinguen diciendo que el Código cuando se refiere a la reincidencia genérica, reiteración, exige que el culpable haya sido «castigado» por el hecho cometido anteriormente, y al calificar la reincidencia sólo habla de que estuviera «ejecutoriamente condenado».

Creemos que esa duda en el Derecho penal es menos acentuada en el caso que nos ocupa de las faltas disciplinarias señaladas en el Reglamento de Funcionarios de Administración local, puesto que éste en la sección tercera del capítulo VII del título 1.º, que señala las sanciones, lleva por título «correcciones disciplinarias», y en los artículos 109, 110, 111, 112, 114 y otros emplea siempre la terminología de «corrección de faltas», y, por tanto, al dar a la sanción carácter correctivo se precisará haber cumplido aquélla para que pueda apreciarse la reincidencia específica o genérica al quedar demostrado así que el cumplimiento de la sanción no consiguió la finalidad de corrección perseguida con ello, no siendo suficiente sólo el acuerdo firme de su imposición.

La Sentencia de 24 de abril de 1929 declaró que existía falta grave con arreglo al artículo 49 del Reglamento de 23 de agosto de 1924 cuando el funcionario haya sido corregido disciplinariamente por tres veces.

La Sentencia de 19 de junio de 1962 dice que no cabe estimar la ausencia del servicio en que permaneció el señor A. como falta muy grave comprendida en el número 3.º del artículo 102 del Reglamento de Funcionarios de la Administración local, si se ha de encuadrar en la que, como grave, determina el número 2.º del propio artículo, y ello no por una aplicación extensiva del mismo que sería improcedente dado el efecto sancionador que lleva consigo, sino por la concurrencia sustancial de los dos requisitos que la definen, toda vez que la ausencia de servicio se produjo con la reiteración consiguiente a dos momentos perfectamente diferenciados, cuales son uno el término de la licencia que por un mes

(8) *El nuevo Código penal*, pág. 478.

le fué concedida y cuyo plazo venció el día 11 de septiembre de 1955 y otro al no presentarse en la oficina de la Sección de Aguas a la que fué agregado el 19 del propio mes por orden del Secretario de la Corporación en tanto no se dispusiera otra cosa, si quiera su no presentación la motivara el creer que tal destino excedía las facultades del Secretario; y aunque tales no fueron corregidas con apercibimiento, tal no fueron consentidas, como motivaron actos positivos contrarios a la situación en que el señor A. se hallaba, de suerte que no por una aplicación extensiva, sino en lo que tiene de beneficiosa para el expediente la interpretación analógica del artículo 102, número 2.º, se ha de calificar la falta como grave, toda vez que si por las razones expuestas no cabe su inclusión en el número 3.º, menos aún en el número 1.º, dada la *reiteración* con que se produjo la dilatada ausencia del servicio que hace imposible su calificación como falta leve.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de febrero de 1928 dice que el sancionado fué repetidamente corregido, continuando en su desobediencia. Es copiosa la jurisprudencia en este sentido (Sentencias de 22 y 29 de febrero de 1928, 29 de noviembre de 1929, 29 de enero de 1930, 9 de abril de 1935, 12 de abril de 1962, etcétera). Pero, en cambio, la de 2 de junio de 1952 establece que el concepto de reiteración del Código penal en el número 14 de su artículo 10 que exige la circunstancia de que al delinquir el culpable hubiera ya sido castigado por delito anterior, no es aplicable en materia disciplinaria de empleados públicos, pues para que se dé la reiteración en la falta que éstos cometan basta con la repetición de hechos desmerecedores del prestigio del funcionario o empleado municipal «sin que sea obstáculo el que no fueren sancionados antes».

Hoy la tendencia general es configurar la reincidencia como esencialmente subjetiva, haciéndola responder al «dogma del autor» en contraposición al del «hecho»; y requiriendo una construcción criminológica en lugar de meramente penal, siendo la más aceptable la tesis mixta que origina un tipo de autor represivo-preventivo sometido no sólo a agravación de la pena (represión), sino además a medidas de seguridad (prevención).

Creemos que en el orden disciplinario-administrativo puede ser

también fecunda esta tesis por lo que se refiere a sometimiento del reincidente a medidas funcionales de vigilancia de carácter preventivo más interesantes, dados los fines y naturaleza de la Administración pública que las típicamente represivas, meramente agravatorias de la responsabilidad administrativa, pues tan importante como ésta es la garantía de la disciplina y confianza en la prestación funcional hacia el administrado. O sea, que el problema, a nuestro juicio, se centra, no en la distinción represiva conceptual entre reiteración y reincidencia, sino en el distinto tratamiento preventivo que merecen reiterantes y reincidentes en orden a medidas de seguridad que garanticen el servicio.

La consideración represiva de la reiteración o reincidencia en el orden disciplinario-administrativo, tiene un origen histórico-analógico con el Derecho penal, pero su esencia es distinta, versando en la peligrosidad para el servicio público, no habiéndose debidamente valorado el elemento de defensa de la Administración al conjugarlo con la responsabilidad subjetiva del funcionario reincidente, y de aquí el predominio actual del carácter represivo sobre el preventivo, y el olvido de las medidas de seguridad administrativa en el tratamiento de la reincidencia en este sector jurídico.

Pero igual que en lo penal existen medidas preventivas, pudiendo citarse las establecidas en los artículos 3.º y 7.º de la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, también podrían tomarse ciertas prevenciones para con los funcionarios a fin de que dentro de una norma justa se evitara la ocasión de la reiteración y reincidencia.

Pasamos a ocuparnos, por último, de la prescripción, pero no de la regulada en el artículo 107 del Reglamento, puesto que en él se determina con toda claridad cuándo prescribirán las faltas aunque sin mencionar para nada los casos de reincidencia o reiteración del funcionario. Lo que hemos de estudiar es el artículo 113 que dice: «Los funcionarios no reincidentes ni reiterantes podrán obtener, de la autoridad o Corporación competente para imponer la sanción, la cancelación de la respectiva nota desfavorable siempre que hubieren observado buena conducta y cumplido

la sanción, una vez transcurridos, desde la imposición de ésta, dos años, si fuere leve, y cinco años, si fuere grave».

El problema que se plantea es el siguiente: Cometida una falta por un funcionario, instruido el expediente, impuesta la sanción, cumplida ésta y obtenida la cancelación, incurre de nuevo en otra falta. En ese supuesto ¿se le puede considerar reincidente o reiterante según los casos?

Estimamos que en virtud del artículo 113 el funcionario puede obtener «la cancelación» de la respectiva nota desfavorable, en su expediente. En este artículo, por otra parte, vuelven a emplearse, con la despreocupación que ya hemos dicho lo hace el Reglamento, los términos reiteración y reincidencia. Pero dicha despreocupación es aquí de resultado mucho más grave. Veamos el motivo. El funcionario que cometiera una falta grave de las comprendidas en el grupo de desobediencia y después otra muy grave, con mayor sanción que la primera, dentro del grupo de las de ausencia injustificada, no sería reiterante ni reincidente. Esto último por ser de tipo distinto y en cuanto a la reiteración por ser menor la primera sanción que la segunda. En cambio, el funcionario que fuera sancionado por dos faltas de un mismo grupo, aunque se tratara sólo de apercibimiento si hubo previo expediente es reincidente. Al funcionario del primer supuesto le alcanzarían los beneficios del artículo 113 y no al del segundo supuesto. Es completamente absurdo.

No encontramos Sentencias sobre este extremo relativas a funcionarios de Administración local y exponemos, por analogía, la siguiente, del Supremo, de 14 de noviembre de 1934, dictada con referencia a un funcionario del Estado; dice: Que la materia de invalidación de correctivos impuestos a los funcionarios civiles se haya regulada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1924 —con las aclaraciones de la Real Orden de 7 de enero de 1925, inaplicable al caso por referirse a los cesantes—, a cuyos preceptos ha de estarse, porque establecidas por primera vez en aquel Decreto normas sobre la indicada materia, no cabe decir que modificase o derogase ninguna de las contenidas en el Reglamento de 7 de septiembre de 1918 dictado para la ejecución de la Ley de Bases de 22 de julio anterior, sino que las complementó en

extremo tan importante, dentro de un amplio criterio de benignidad, al que hubieron de acogerse los interesados; y que, a tenor de dichos preceptos, que constituyen el artículo 61 reformado del expresado Reglamento, la invalidación de los correctivos extingue y cancela las consecuencias de éstos «en la forma y dentro de los límites que el acuerdo de invalidación disponga», pero sólo a partir del momento en que la invalidación se acuerde; es decir, para lo sucesivo y no para lo pasado (párrafo 4.º de dicho artículo 61 reformado); el funcionario que desee obtener la invalidación de un correctivo lo solicitará del Ministerio respectivo, y previo informe de la Junta de Jefes sobre si lo considera o no acreedor a la «gracia» que pretende, «el Ministerio acordará discrecionalmente lo que estime procedente por medio de R. O.» (párrafo 5.º del citado artículo); y la invalidación se hará constar por contranota en la que habrá de expresarse clara y terminantemente, a tenor de lo que prevenga la Real Orden que así lo haya dispuesto, hasta qué punto y en qué caso deberá tener consecuencias la nota que reforme o modifique, o si ha de quedar nula y sin ningún valor, y, por consiguiente, sin efectos sucesivos en todo tiempo y circunstancia (párrafo 6.º del repetido artículo), todo lo cual patentiza que la determinación del alcance y consecuencias de los acuerdos de invalidación, que es la cuestión planteada en este pleito, constituye materia propia de la potestad discrecional de la Administración, por disponerlo así expresa y terminantemente las mismas normas que la regulan.

Tratadistas de la Escuela Positiva como GAROFALO (9), se deciden por sostener que, si después de muchos años tiene lugar la reincidencia, se demuestra con ello el profundo arraigo de las tendencias del sujeto por lo que no puede señalársele término alguno. Pero otro, como GARRAUD (10), se inclinan por la prescripción porque ni la persistencia en el sujeto ni la ineficacia de la represión que justifiquen la agravación en caso de reincidencia no puede apreciarse cuando después de la primera sanción ha pasado determinado período de tiempo sin cometer falta alguna.

(9) Citado por PUIG PEÑA, en *Derecho penal*, pág. 167.

(10) *Traité théorique et pratique du Droit penal français*, pág. 308.