

PROBLEMAS CAPITALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO

POR

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MOMENTO HISTÓRICO DE LA APARICIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO: 1. *El Estado absoluto*, 2. *El Derecho disciplinario material y los "delicta innominata"*, 3. *El régimen constitucional en España: planteamiento doctrinal*.—III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL: DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO: 1. *La perspectiva histórica*, 2. *La inspiración canonista*, 3. *La inspiración civilística*, 4. *La inspiración administrativista*, 5. *Conclusión*.—IV. RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO: 1. *Identificación del Derecho penal y el Derecho disciplinario*, 2. *Diferenciación cuantitativa*, 3. *Infracciones jurídicas e infracciones legales*, 4. *El bien jurídico violado*, 5. *Contenido ético*, 6. *Diferencias procesales*, 7. *Funcionalismo*, 8. *Ética profesional*, 9. *Conclusión*.—V. LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

I.—INTRODUCCION.

Al abordar cualquier tema de Derecho disciplinario, conviene hacer siempre una reflexión inicial a propósito de la escasa aplicación de sus normas en la vida administrativa. Fenómeno tanto más sorprendente cuanto que se refiere a un grupo concreto de individuos, cuya conducta profesional en casi todos los países nada tiene de ejemplar. Los funcionarios, hablando en términos generales, son poco eficientes y nada celosos, cuando no corruptos, y, sin embargo, sólo muy raramente se les aplican las dolorosas medidas de un régimen disciplinario. Más aún: con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos o coberturas de una represión política. A este respecto es también aleccionador comparar la energía que se despliega en las etapas depuradoras, que suelen acom-

pañar a las crisis políticas, con la debilidad y benevolencia con que se soportan a diario las infracciones funcionariales propiamente dichas.

Pero dejando a un lado, en esta ocasión, el espinoso tema de las implicaciones políticas del Derecho disciplinario, ¿a qué se deberá, en principio, su aludida ineffectividad general y notoria falta de aplicación?

Aquí concurren, como es lógico, causas muy variadas. En primer término, su deficiente constitución jurídico-formal. En 1938, dos autores franceses, LÉGAL y BRÈTHE DE LA GRESSAYE (1), pudieron afirmar, sin ser contradichos, que el Derecho disciplinario se encontraba peor regulado y ordenado que el Derecho penal del antiguo régimen. Y aunque de entonces a acá son muchos los progresos legislativos y científicos que en este campo se han logrado, sigue siendo evidente el retraso de esta rama jurídica y la imperfección de sus instituciones.

En segundo lugar —y esta causa es ya más importante—, el funcionamiento ideal de una organización administrativa se encuentra entorpecido por una serie de relaciones personales, que con frecuencia llegan a desplazar al interés público, relajando la disciplina: «la autoridad jerárquica tiende a debilitarse, como el control a esclerotizarse y la inspección a desaparecer»; más aún, «la autoridad se ejerce hoy muy raramente y en ciertos servicios, tanto los jefes como los subordinados han perdido incluso el hábito de su ejercicio, y sus relaciones son, más que jerárquicas, de simple camaradería» (2). Cuando en algunos países, como en España, la potestad jerárquica no corresponde, al menos en algunos casos, a los órganos administrativos, sino al Cuerpo al que pertenece el funcionario expedientado, es claro que el espíritu de Cuerpo o solidaridad personal ha de influir poderosamente en el indicado relajamiento (3).

Y en tercer lugar, porque el Derecho disciplinario no ha sabido superar en una síntesis apropiada la tesis de los derechos individuales del funcionario y la antítesis de la indeclinable discrecionalidad que corresponde a la Administración, en cuanto que a ella exclusivamente compete regular el funcionamiento de sus servicios (4).

A mi modo de ver, si la abundante literatura dedicada al tema no ha conseguido romper la indicada antinomia, ello se ha debido, en

(1) *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, París, 1938, pág. 151.

(2) BONNEFOUS, E., *La réforme administrative*, París, 1958, pág. 53.

(3) Cfr., por ejemplo, DE LA OLIVA Y GUTIÉRREZ REÑÓN, "Los Cuerpos de funcionarios", en *Sociología de la Administración pública española*, Madrid, 1968, esp. págs. 141 y sigs.

(4) Cfr., por todos, NIETO, *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, en el número 44 de esta REVISTA, Madrid, 1964, págs. 147 y sigs.

gran medida, a haberse mantenido en un plano exclusivamente jurídico-formal, sin más apoyaturas ajenas que las deducidas de la Historia o de la Política; cuando lo cierto es que el instrumento más eficaz para comprender el verdadero sentido del Derecho disciplinario lo constituye la Ciencia de la Administración.

Aceptando como indiscutible la hipótesis de que el Derecho disciplinario es una materia *jurídica*, no por ello puede marginarse el estudio de sus perspectivas extrajurídicas, ya que, con frecuencia, sólo gracias a ellas podrá alcanzarse su médula y esencia.

El Derecho disciplinario moderno —montado, como consecuencia de su trayectoria histórica, sobre el eje del individuo y de la garantía de sus derechos— no acierta a saltar más allá de su propia sombra; tiene, por así decirlo, una mentalidad individualista y no percibe que la personalidad del funcionario sólo cobra sentido si se le considera como miembro de una organización. La Ciencia de la Administración nos ha enseñado que la Administración Pública es algo más que una superposición de individualidades y que, al analizarla, donde hay que poner el énfasis es en el conjunto —en la organización— y no en los hombres aislados —los funcionarios— que la integran. Porque, como acertadamente ha observado H. A. SIMON, «¿en que espacio vacío se forma la personalidad? ¿El lenguaje de un hombre es acaso independiente del lenguaje de sus padres? ¿Están divorciadas sus actitudes de las de sus compañeros y maestros? ¿Vive un hombre, durante meses y años, en una situación especial dentro de una organización, expuesto a determinadas corrientes de comunicación y apartado de otras, sin sufrir profundamente sus efectos en lo que conoce, en lo que cree, en lo que se cuida, espera, anhela, insiste, teme y se propone?... No podemos comprender lo que el funcionario recibe ni lo que aporta si no entendemos la organización en que trabaja, porque su comportamiento y el efecto que esto produce en los demás son funciones de su situación dentro de aquélla» (5).

Otra grave consecuencia de la esterilización metodológica producida por un tratamiento exclusivamente jurídico del Derecho disciplinario estriba en su desprecio por la realidad de la vida. Esta circunstancia —propia de tantas escuelas formalistas de pretendida pureza y rigor— es particularmente dolorosa en el Derecho disciplinario. Lo fundamental —ha escrito ARCYRIS— es «saber por qué la gente se comporta del modo que lo hace en las organizaciones (ya que), una vez que se ha llegado a comprender, es fácil predecir y *controlar* el compor-

(5) *El comportamiento administrativo*, trad. esp., Madrid, 1964, pág. XIV.

tamiento» (6). Y, sin embargo, el Derecho disciplinario tradicional nunca se ha ocupado de las causas del comportamiento de los funcionarios, sino que ha pretendido aplicar rígidamente el principio de *fiat jus, peccat vita*.

Soy perfectamente consciente de que la tesis que aquí se defiende corre el riesgo de ser tachada de extrajurídica, de perturbadora de un sistema propiamente jurídico y, sobre todo, de servir de coyuntura a inconfesables actitudes despóticas por parte de la Administración. Y, sin embargo, lo único que se persigue es una auténtica humanización del Derecho disciplinario, ya que, según se ha indicado, el único modo de comprender la actividad del funcionario, en cuanto tal, es acercarse al mismo a través de la organización en que trabaja.

Hay, además, un argumento fundamental para justificar la exigencia de una radical renovación del Derecho disciplinario, al menos en los países latinos, y es su actual y reconocida inoperancia. Este fenómeno acaba de apuntarse más arriba, y es tan notorio que no precisa de mayores testimonios de prueba. Por lo que se refiere a España, el Derecho disciplinario, si quiere dejar de ser una farsa o un instrumento de represión, ha de ser renovado tanto en su base científica como legislativa y, más aún, en su procedimiento y estructuración orgánica.

Con la advertencia de que el objetivo final de la reforma no ha de ser ni la cobertura de una Administración arbitraria ni, mucho menos, la exacerbación de las sanciones, sino, más simplemente, la Justicia y la eficacia. Porque, frente a lo que pudiera creerse, el afinamiento de las técnicas jurídico-disciplinarias no es sólo una medida de agresión al funcionario incumplidor, sino más todavía y fundamentalmente, una medida de protección al funcionario cumplidor. Como ha dicho DE VISSCHER (7), refiriéndose concretamente a la jurisdiccionalización, «cuando se habla de jurisdiccionalizar la función disciplinaria, se cree, generalmente, que la justificación de la reforma reside en la necesidad de proteger a los funcionarios frente a sus superiores, a quienes se supone naturalmente inclinados a tiranizarlos, imponiendo sanciones por los motivos más inconfesables, siendo así que la realidad es completamente diferente: los jefes, presionados por intereses personales, sindicales, políticos y de cuerpo, no sancionan casi nunca, con el resultado de que quien sale perjudicado es el funcionario cumplidor, al que se priva de todo estímulo».

(6) Chris ARCYRIS. *Personalidad y organización*, trad. esp., Madrid, 1964, pág. 27.

(7) "Faut-il juridictionnaliser la fonction disciplinaire?", en *L'exercice de la fonction disciplinaire dans les Administrations centrales des pays du Marché commun*, Bruxelles, 1965, págs. 11-12.

Si las consideraciones que anteceden pueden parecer ambiciosas, quede, por último, bien sentado, que el alcance del presente artículo es mucho más modesto. Por limitaciones personales del autor y del espacio disponible en la Revista en que va a publicarse, me voy a concentrar simplemente en el análisis de unos cuantos —muy pocos— puntos del inmenso complejo problemático que constituye el Derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Y, además —forzoso es reconocerlo—, sin pretensiones de originalidad. Aquí se trata, sencillamente, de sentar las bases, de preparar el camino para una posterior aportación individual. En definitiva, lo que el autor ha querido es poner orden en una bibliografía desbordada, que desde hace varios decenios ha perdido el sentido de la proporción.

La literatura que el tema ha creado es abrumadora y, sobre todo, inconexa. De ordinario, cada nueva monografía se preocupa más de exponer las ideas originales del autor que de articular su tesis en la línea doctrinal ya existente. Esta actitud, en principio, nada tiene de reprochable, pero ha desembocado en una situación desesperada. Cuando el investigador de hoy inicia el estudio de este tema, se encuentra ante una muchedumbre de obras, que se ignoran recíprocamente. Problemas que ya estaban resueltos hace años, vuelven a reproducirse partiendo de cero; se aplica un mismo nombre a distintos objetos o el mismo objeto recibe diversas denominaciones; se aceptan como seguros, presupuestos penales que son meras afirmaciones de una sola escuela; se generaliza lo que es propio de un solo ordenamiento, etc., etc.

Para el lector de habla española, el desconcierto se acrecienta desde el momento en que entre nosotros es muy frecuente el manejar literatura de varios países, y como indefectiblemente los libros alemanes desconocen a los franceses, el estudioso encuentra posiblemente repetidos los planteamientos en el Derecho francés y en el Derecho alemán (en cambio, la cultura jurídica italiana, como la de habla española, es mucho más abierta).

Se impone, por tanto, una labor de síntesis. Primero hay que introducir un poco de orden en lo ya conocido: tal es el objetivo del presente trabajo, que de esta forma quizá gane en utilidad por causa de su modestia metodológica y de la selección un tanto convencional de los puntos de estudio.

II.—MOMENTO HISTÓRICO DE LA APARICIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Viene afirmándose tradicionalmente que el Derecho disciplinario es un fenómeno moderno en cuanto que sólo pudo surgir desde el momento en que el Príncipe perdió la facultad absoluta de separar libremente a sus servidores. Así lo advertía ya Emilio CÁNOVAS DEL CASTILLO en 1862: «La razón de esta falta (de normas disciplinarias) se encuentra en que el Gobierno se ha creído siempre bastante fuerte para hacerse respetar y obedecer con la facultad de separar libremente a los funcionarios públicos, salvo ciertas excepciones, y no se ha considerado en la precisión de acudir a las Cortes, proponiendo una Ley que le asegure la disciplina y subordinación de sus agentes» (8). Y años más tarde —y por descontento desconociendo al autor español— desarrolla la misma idea el bávaro SEYDEL en los siguientes términos: «el *correlato conceptu* al de la sanción disciplinaria es el principio de la inseparabilidad, y donde ésta falta ya no es posible la pena disciplinaria, puesto que su significación consiste precisamente en otorgar carácter jurídico a una acción arbitraria y antijurídica» (9).

Esta idea parece a primera vista obvia e irrefutable, puesto que, en efecto, ¿qué necesidad puede haber de acudir a un procedimiento disciplinario —siempre largo y enojoso— cuando se puede separar pura y simplemente al funcionario? Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y precisa en consecuencia de un desarrollo detenido.

1. *El Estado absoluto.*

La expansión de funciones del Estado moderno provocó un aumento prodigioso del número de sus servidores, quienes precisaban, además, en muchos casos de una formación profesional muy elevada, en consonancia con la creciente complicación de sus tareas. Pero como, por otra parte, el número de estudiantes no aumentaba en la proporción debida, el resultado fue una grave penuria de funcionarios auténticamente calificados. En estas condiciones —y dado que el latín era el idioma universal de la Cancillería y de la Justicia— se originó una especie de com-

(8) *De las faltas comprendidas en el libro tercero del Código penal y en Leyes, Decretos y Reglamentos administrativos, que pueden corregirse gubernativamente y de las que sólo pueden penarse en juicio verbal*, Madrid, 1862, pág. 36.

(9) *Bayerisches Staatsrecht*, III, 1888, pág. 485. Opinión reiterada luego, casi sin excepción, por los autores posteriores.

potencia entre las Cortes europeas en demanda de los mejores funcionarios. Así fue cómo los Príncipes se vieron forzados a otorgar inusitadas ventajas económicas —y también jurídicas, que es lo que ahora nos interesa— para atraerse a los más capacitados.

En este clima favorable se inició una tendencia a la inamovilidad, que lentamente terminó imponiéndose, aunque para ello hubieran de transcurrir varios siglos.

El privilegio de una cierta inamovilidad empezó expresándose formalmente en el documento de nombramiento, en el que el Príncipe garantizaba a cada funcionario determinadas seguridades contra una posible separación arbitraria. Parece ser que el primer documento europeo de este tipo, de fecha 7 de junio de 1529, se refiere al Canciller KETWICH: allí consta que el Príncipe Elector le promete solemnemente que, caso de ser denunciado, no ha de despedirle sin antes haberle oído para darle una oportunidad de justificarse.

Partiendo de tan modesto comienzo había de llegarse un siglo después a una cláusula de estilo, en la que el Príncipe contratava los servicios de sus servidores por tiempo indefinido, pero «*durante beneplacito nostro seu quamdiu te bene gesseris*». Y así surgió una célebre y secular controversia en torno a la interpretación de la equívoca expresión del *beneplacitum*.

A principios del siglo XVIII, una serie de notables juristas, como von MEVIUS y BOEHMER (10), equipararon el *beneplacitum* en cuestión al *nudum arbitrium*, lo que significaba, pura y simplemente, una ilimitada facultad de despido y, en definitiva, la casi negación de toda garantía en la fórmula de nombramiento, al menos en algunos casos. Según esta doctrina, el despido o separación del cargo admitía dos variedades: *dimissio*, que no envolvía carácter alguno de reprochabilidad y que podía ser ejercitada en todo momento por el Príncipe sin alegación de causa, y *depositio* o *remotio*, que por su carácter reprochable sólo podía ser aplicada mediante una sentencia y proceso ordinarios, con causa probada. Lo que significa que, en esta última variedad de separación, la valoración del *beneplacitum* distaba mucho de ser arbitraria.

Esta interpretación implicaba ya una evidente ventaja por cuanto en los supuestos normales —es decir, cuanto no entraba en juego el cortacircuito político de la *dimissio*— el funcionario se encontraba protegido por la garantía de un proceso, en el que había de probarse la

(10) Autor este último de una monografía significativamente titulada *De jure principis in dimittendis ministris*. 1716.

causa del despido. No obstante, la mayor parte de la doctrina consideraba que esta tesis aún era poco generosa e interpretaba que el *beneplacitum* en ningún caso podía considerarse como un *liberum arbitrium*, sino solamente como un *arbitrium boni viri*. Lo que significa, en último extremo, que el funcionario sólo podía ser despedido «*ex grave et legitima causa*» y mediante el debido procedimiento.

Tal doctrina, nacida en la Universidad, termina imponiéndose en los Tribunales, no sólo por el prestigio científico de sus defensores, sino por la extendida práctica de que, a falta de magistrados, fueran los profesores quienes resolvían los procesos, al amparo del trámite llamado de «*remissio acta ad impartiales*». Costumbre que se generaliza en la segunda mitad del siglo XVII por imperativo de varias ordenanzas procesales de Centroeuropa.

Por lo que se refiere al Imperio, la tendencia descrita se corona en 1759 con una célebre sentencia del *Reichskammergericht*, en la que se declaró, por primera vez sin ninguna restricción, que el despido de un funcionario imperial sólo podía proceder por justa causa y mediante sentencia.

En el Derecho español, el problema se plantea —y resuelve— en unos términos muy similares.

En la primera mitad del siglo XVII, cuando CASTILLO DE BOBADILLA sostiene rotundamente que «ninguno puede ser privada del Beneficio, Oficio que tiene, o en que fue elegido, si no es por causa bastante, o en los casos expresados en Derecho» (11), ya lo hace con una apoyatura doctrinal muy amplia: GREGORIO LÓPEZ, ACEVEDO, MIERES, MATIENZO y AVILÉS.

Un siglo más tarde, en 1732, FERNÁNDEZ DE OTERO (12), al afirmar igualmente que «los oficiales no pueden ser separados de sus oficios durante el tiempo para el que fueron nombrados, salvo que medie justa causa», añade a las autoridades españolas, antes citadas, las de AVENDAÑO, COVARRUBIAS, PEGUERA y CANCER. Lo que prueba que tal era la opinión dominante en la doctrina española, y que ésta se había preocupado constantemente del problema.

Ahora bien, lo más interesante de FERNÁNDEZ DE OTERO, en el lugar citado, es el minuciosísimo análisis que hace del tema del *beneplacitum*. Después de advertir que en este punto hay dos interpretaciones contrapuestas: una, que exige la justa causa para el despido, y otra, que so-

(11) *Política de Corregidores*, Ed., Madrid, 1775, pág. 239.

(12) *Tractatus de officialibus reipublicae*, Ed. Coloniae Allobrogum, 1750, cap. XIII, páginas 62-63.

mete al oficial a la libre voluntad de quien lo nombró, el jurista carriónés se adscribe a la primera postura, recordando los siguientes argumentos que, a tal efecto, ha ido acumulando la doctrina anterior: Primero: porque se entiende como perpetuo todo oficio concedido por el Príncipe sin especificación del plazo de ejercicio, lo que significa que deben serle aplicadas las reglas propias de los oficios perpetuos (BARTOLUS, PETRUS DE BELLAPERTICA, CINUS DE PISTOIA, BALDUS, JASON DE MAYNO y GREGORIO LÓPEZ). Tercero: porque el cambio frecuente de oficiales redundaría en detrimento del público, siendo, por el contrario, prueba de acierto real el no mudar de servidores (ARISTÓTELES, LUCAS DE PENNA, SIMANCAS y MASTRILLUS). Cuarto: porque son muchas las Leyes del reino, que sólo con gran dificultad reconocen al Rey la potestad revocatoria (Ley 7, título 13, lib. 4, y Ley 13; tit. 10, lib. 5 de la Recopilación). Quinto: porque el beneplácito no se extingue ni de forma tácita ni por la muerte del concedente (BARTOLUS, MENOCHIUS, CAROCCIUS, BALDUS, VANTIUS, CAPICIUS, CAVEDA, EABIUS DE ANNA, AUGUSTUS BEROIUS, AVENDAÑO, SIMANCAS y Gregorio LÓPEZ). Sexto: al amparo de la Ley 2.^a del título 1.^o de la Partida 2.^a, donde se dice: «La primera, poniendo a cada uno en su lugar, cual le conviniera por su linaje, o por su bondad, o por su servicio e otrosi mantenerse en él, no haciendo por que le debiese perder».

Todos estos argumentos, por muy numerosos que sean y por muy grave que parezca la autoridad de los juristas que les abonen, no resultan hoy muy convincentes, y tampoco debieron satisfacer totalmente a FERNÁNDEZ DE OTERO, ya que, para mayor abundamiento, a la hora de ir exponiendo los argumentos de la tesis contraria, se encarga de irlos refutando por su cuenta con nuevas e interesantes razones. Según él, quienes identifican el *beneplacitum* con la *libera voluntas*, se amparan en alguna de las causas siguientes, que inmediatamente rebate. Primera: El *beneplacitum* no está sujeto a la Ley en cuanto que es expresión de una *libera voluntas*; lo cual no es exacto, añade OTERO, porque la voluntad, por muy libre que sea, siempre debe estar conforme con la equidad natural y no oponerse a la honestidad y decencia públicas. Segunda: Tal es la interpretación que hace de esta expresión el uso común; lo cual, rebate, no tiene demasiada importancia, porque las palabras deben ser interpretadas por su sentido jurídico y no por el vulgar. Tercera: Es la única interpretación lógica, dado que, si la cláusula no vale para autorizar el despido, ¿cuál puede ser entonces la razón de colocarla?, y ¿en qué se distinguirían entonces los nombramientos con cláusula de beneplácito de los que carecen de ella? Este argumento parece muy fuerte y OTERO intenta

rebatirlo, advirtiendo que, como ya había señalado Guillelmus BENEDICTUS, gracias a esta cláusula se excita el celo del empleado y, además, siguiendo a PÉREZ DE LARA, hay que entender que cuando media la cláusula en cuestión no es exigible para la separación la existencia de una causa fuerte y grave. Cuarta: Expirando, como expira, el beneplácito con la muerte del otorgante, hay que entender que lo que puede realizarse por voluntad tácita, con mucha mayor razón podrá hacerse de forma expresa. Y quinta: El oficial se encuentra disfrutando del oficio en calidad de precario; lo que, en opinión de OTERO, no debe, sin embargo, obstar a la prohibición de revocación, dado que, en cualquier caso, es un auténtico posesor.

Por otro lado, la tesis de la compatibilidad de un Derecho disciplinario, con la potestad de separación del Príncipe, se confirma plenamente en las instituciones españolas de la monarquía absoluta. En esta época hay cargos que están a la completa disposición real y se encuentran sometidos a un riguroso control formal, en el que se expresan las potestades disciplinarias a través de dos figuras: la residencia castellana (13) —con su equivalente catalán de la purga de taula (14)— y la visita (15). La visita es una institución española, mientras que la residencia, por su origen romano, está extendida por toda Europa. Como ha señalado GARCÍA DE VALDEAVELLANO (16), «la residencia quedó incorporada al Derecho castellano medieval como consecuencia de la recepción del Derecho romano por obra del poderoso instrumento de romanización jurídica que fueron las Partidas, en cuanto éstas insertaron en su texto un precepto tomado de antiguas Leyes justinianas sobre la responsabilidad de los funcionarios de la Administración imperial; la inspección o visita de las provincias por los comisionados del Rey, en cambio, no derivó de la inclusión de una Ley romana en cuerpo legal alguno, sino que resultó una innovación en el régimen de gobierno de los distritos del reino, y en la Administración de justicia, instaurada por un precepto legal decretado en las Cortes para la mejor gobernación del país».

(13) Cfr., por todos, MARILUZ URQUIJO, J. M., *Ensayo sobre los juicios de residencia indianos*, Sevilla, 1952, así como las Leyes recogidas en el título 14 del libro VII de la "Novísima Recopilación".

(14) LALINDE ABADIA, Jesús, "La purga de taula". en *Homenaje a Vicens Vives*, I, Barcelona, 1965, págs. 499-523.

(15) Sobre la distinción entre residencia, taula y visita, cfr. MARILUZ, ob. cit., páginas 256-268, y LALINDE, ob. cit., págs. 502-505.

(16) *Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia*, en "Boletín de la Real Academia de la Historia", Madrid, tomo CLIII, cuaderno II., 1963, págs. 205-246.

Sea como sea, en ambos casos concurren todos los caracteres propios del Derecho disciplinario, por cuanto: se señalan infracciones propias del cargo, que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales (17), las cuales son sancionadas (18) con penas específicas (19) por unos órganos no judiciales (20) y a través de un procedimiento peculiar (21).

La literatura clásica española no ha dedicado especial interés a la visita; en cambio, ha descrito con gran minuciosidad el tema de la residencia, tanto en monografías especiales (22) como en capítulos de obras de carácter general, en las que resplandece todo el saber eru-

(17) La mejor prueba de ello puede encontrarse en CASTILLO DE BOBADILLA, ob. cit., II, págs. 570-581, donde se transcriben "interrogatorios de residencia", o sea, formularios de preguntas para los testigos de la misma. En el fondo se trata de un repaso general de las obligaciones de los funcionarios (hay 44 preguntas para Corregidores, seis para alguaciles, cinco para alcaydes de cárcel, diez para regidores, 15 para escribanos, tres para procuradores y una para mayordomos, fieles, guardas, alcaldes de Hermandad y porteros, respectivamente) con objeto de averiguar si han sido fielmente cumplidas. Pero la investigación solía entenderse de una manera muy amplia: "la vida privada, moralidad, costumbres y pasatiempos de los residenciados, todo cae en ocasiones bajo el escarpelo implacable de los Jueces, que extremando su celo no se detienen solamente en fiscalizar los actos propios del oficio del magistrado sometido a juicio, sino que se creen autorizados a analizar y criticar las más íntimas de sus acciones" (MARILUZ, ob. cit., pág. 207).

(18) Pero bien entendido que en las residencias no se trata sólo de sancionar, sino de premiar: "La intención del Rey, que envía a sindicar a su Corregidor, también es para que se pesquise y sepa el buen proceder de ello, como sus culpas; que se averigüe la lealtad, cuidado, prudencia y diligencia con que la administraron justicia y cumplieron los mandados reales" (CASTILLO DE BOBADILLA, ob. cit., II, pág. 538). En el número 25 del capítulo 10 del libro V de la *Política indiana de SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan, 1647* (ed. Madrid, 1930), puede verse una abundante bibliografía probatoria de esta circunstancia.

(19) Ordinariamente multa, inhabilitación temporal o perpetua, destierro y traslado. Pero no menor importancia tiene el efecto implícito en la condena de no volver a tener oficio real. Para Cataluña, cfr. LALINDE, ob. cit., pág. 520; para los intendentes borbónicos, MORAZZANI, Gisela: *Los Intendentes en España y América*, Caracas, 1966, págs. 210-211. Un ejemplo de resolución puede verse en ALBI (*El corregidor en el municipio español bajo la Monarquía absoluta*, Madrid, 1943, pág. 259), donde se transcribe un curioso modelo tomado de MONTERROSO, Gabriel (*Práctica civil y criminal*, Madrid, 1595).

(20) MARILUZ, ob. cit., págs. 17 y sigs.; LALINDE, ob. cit., págs. 510-513.

(21) Además del amplísimo tratamiento de CASTILLO DE BOBADILLA en el lugar citado, es de tener en cuenta BERART, Gabriel, *Speculum visitationis*, Barcelona, 1627, en su totalidad, y HEVIA BOLAÑOS, Juan, *Curia philipica*, Madrid, ed. 1797, págs. 239-246.

(22) Como FRANCISCO DE AVILÉS, *Nova diligens ac perutilis expositio capitum seu legum praetorum ac judicum syndicatus*, Medina del Campo, 1557, y PEDRO PÉREZ LANDEIRO, *Práctica de visitas y residencias apropiada a los reynos del Perú, y deducida de lo que en ellos se estila*, Nápoles, 1696.

dito de la jurisprudencia ilustrada (23). Desgraciadamente, sin embargo, todos estos escritos se refieren de forma casi exclusiva a los aspectos políticos y procesales, dejando a un lado el, a nuestros efectos esenciales, tema del Derecho material, que sólo es aludido de forma ocasional (24).

2. *El Derecho disciplinario material y los «delicta innominata».*

El principio de la inamovilidad arrastró consigo de forma inevitable un enorme desarrollo del Derecho disciplinario material. Mientras el Príncipe pudo despedir a sus servidores sin alegar causa alguna, era claro que las disposiciones de Derecho disciplinario material, si no superfluas, al menos no resultaban imprescindibles; pero cuando la arbitrariedad fue instituida por la existencia de una justa causa apreciada por el *arbitrium boni viri*, resultaba evidente la necesidad de una enumeración de dichas justas causas posibles.

Y puesto que los delitos oficiales clásicos del Derecho romano parecían notorialmente insuficientes, fueron los Príncipes quienes tuvieron que hacer una casuística enumeración de ellos en los contratos de servicios y en los documentos de nombramiento. A tal efecto, allí se consignaban con gran lujo de detalles, y rodeadas siempre de extraordinarias formalidades, las obligaciones concretas que se imponían al funcionario, cuyo incumplimiento habría de ser precisamente la fundamentación de la justa causa de despido.

La técnica casuística era eficaz, pero evidentemente rudimentaria. La solución ideal habría de ser, por tanto, una teoría general de las infracciones disciplinarias —o justas causas de despido y de demás sanciones—, cuyo objetivo fue alcanzado al fin por KRESS en 1732 (25), al tipificar la cláusula general de *excessus sive malversatio in genere* o *ex-*

(23) Por ejemplo, sólo en el número 3 del capítulo X del libro 5 de la obra indicada de SOLÓRZANO aparecen citados los siguientes autores: BALDO, Angelo de PERUSIA, Mateo JUSTINO DE CASTELLO, CATALDINI DE BONCAMPÀ, Augustini DULCETI, Parisi DE PUTEO, FOYANA, AVILÉS, AVENDAÑO, SESSÉ, BOBADILLA, MONTEROSO y MATRILLO. Bibliografía europea, cuya frondosidad no puede extrañar, puesto que se apoya en un texto romano: la constitución del emperador Zenón del año 475 (en el Código III, 1.14; Nov. VII, 7, 14).

(24) Por ejemplo, en el capítulo XI de la citada obra de SOLÓRZANO, al estudiarse "las culpas y penas que en muriendo los visitadores y residenciados, dejando juicios pendientes, pasan y se pueden ejecutar contra sus bienes, herederos y fiadores", se ofrece ocasión de examinar algunos tipos de infracciones, como la herejía, sodomía y traición al Rey o a la Patria (núm. 15), cohecho o baratería (núm. 16), usurpación de rentas reales (núm. 28), contrataciones y agregaciones (núm. 34) y matrimonio sin licencia (núm. 40).

(25) *Dissertatio de iure officiorum et officialium*, 1732.

cessus formal: un tipo tan amplio que comprendía la infracción de todos los deberes funcionariales, dentro o fuera del servicio, directa o indirectamente impuestos al funcionario en el nombramiento. Con tal *excessus* se lograba, pues, un concepto general y abstracto de infracciones del cargo, que tiene ya una equivalencia en el Derecho moderno y constituye desde entonces un presupuesto para la iniciación de un proceso disciplinario.

Esta tendencia se coronaría con la formulación de los llamados *delicta innominata*. En definitiva, lo que había hecho KRESS, como antes incluso LEYSER (26), era añadir a la conocida lista de los delitos tradicionales tipificados —*delicta nominata*— una nueva serie de infracciones, que cobijaba, de una manera un tanto imprecisa, bajo la indicada rúbrica de *excessus* (27). El último paso lo dio von KREITMAYER (28), al hablar expresamente de *delicta innominata*, donde incluye todo lo que va culposamente contra las instrucciones o las peculiaridades del cargo *per abusum vel non usum officii* —vulgarmente, afirma, denominados *excessus* o *malversationes*—, y que no pueden enumerarse con pretensiones de exhaustividad.

El problema de estos *delicta innominata* consiste, naturalmente, en determinar si son delitos en sentido propio o simples infracciones disciplinarias. Lo cual dependerá, como es lógico, de lo que se entienda por una u otra cosa.

LABES se inclina por una solución penalística (29), al constatar que la doctrina de la época considera a las *poenae propriae* (con las que se sancionaba a los *delicta innominata*) como penas criminales; a lo que añade un dato que considera muy significativo: la pena impuesta por un *delictum innominatum* excluye la pena judicial ordinaria correspondiente al mismo hecho, mientras que la sanción disciplinaria es compatible con la pena criminal. BEHMKE (30), sin embargo, es de contrario parecer. Según él, los *delicta innominata* se refieren ex-

(26) *Meditationes ad Pandectas*, 1719.

(27) Clasifica las infracciones oficiales en *excessus* (en francés, *malversations*) y *delicta nominata* (en francés, *forfaitures*), caracterizando a los primeros como una *violatio formulae praescriptae*, y subdistinguiendo los casos en que el funcionario abusa de su cargo (*si officialis abutitur officio*) o en el que simplemente se descuida (*si plane non utitur*).

(28) *Anmerkungen ad Codicem maximilianeum bavaricum civilem*, V, 24.

(29) Ob. cit., págs. 218-219.

(30) *Disziplinarrecht und Strafrecht*, en "Zeitschrift für Beamtenrecht", 1963, número 9-10, pág. 260.

clusivamente a los deberes funcionariales, lo que implica que, desde el punto de vista material, no tienen una naturaleza penal; además, su denominación no supone ni mucho menos una «penalización», antes al contrario: la circunstancia de que tales infracciones no se integrasen en los *delicta nominata*, bien claro da a entender que no se trata de delitos propiamente dichos.

3. *El régimen constitucional en España: Planteamiento doctrinal* (31).

El régimen constitucional introduce en España durante todo el siglo XIX un sistema de botín o adjudicación de los cargos públicos al partido triunfante, que hizo pasar a primer plano el problema de la inamovilidad de los funcionarios y de la posible legalización de su despido. La invasión napoleónica, la restauración de Fernando VII y la revolución de 1820 provocaron la depuración de grandes masas funcionariales, generalizando un problema que hasta entonces no había tenido cuantitativamente la menor importancia, por haber afectado solamente a unos pocos individuos.

La inflexibilidad depuradora de las Cortes de Cádiz respecto de los funcionarios sospechosos de afrancesamiento (32) —triste ejemplo, por lo demás, para las violentas represalias posteriores de Fernando VII— ocasionaron, aparte de las lógicas reacciones sociales, ciertas manifestaciones de interés doctrinal, tanto en el terreno de la oratoria como en el de la literatura.

(31) Sistemáticamente es claro que a este "planteamiento doctrinal" debiera seguir un análisis de los textos de Derecho positivo propios de la misma época, para ver hasta qué punto se materializan normativamente las indicadas especulaciones teóricas; pero me ha parecido más prudente prescindir aquí de tal apartado, inevitablemente particularista. En cualquier caso, a tal efecto, pueden consultarse las siguientes normas: Reales Ordenes de 30 de junio de 1814, 31 de julio de 1834, 27 de julio de 1836, 30 de julio de 1836, 6 de febrero de 1817, 1 de febrero de 1844, 13 de abril de 1818, 28 de junio de 1838, 12 de agosto de 1825, 23 de septiembre de 1828, 10 de febrero de 1831, 16 de marzo de 1833, 10 de mayo de 1828, y 21 de octubre de 1834; Reales Decretos de 27 de junio de 1823, 20 de enero de 1815, 19 de febrero de 1816, 3 de abril de 1828; Círculares de 11 de enero de 1815, 3 de mayo de 1825 y 28 de mayo de 1828.

(32) Decreto de Cortes de 11 de agosto de 1812: "Cesarán inmediatamente en el ejercicio de sus funciones todos los empleados que haya nombrado el gobierno intruso... y los que han servido al gobierno intruso, aunque no hayan sido nombrados por él" (arts. 3.º y 4.º); Decreto de 21 de septiembre de 1812: "Las Cortes, cuando lo tengan por oportuno, y después de haber considerado maduramente el estado de la nación, podrán rehabilitar, por un Decreto general, a aquellos empleados y personas contra quienes no recayere sentencia que les imponga pena corporal o infamatoria" (art. 3.º).

Un supuesto de lo primero encontramos en la intervención parlamentaria de GUTIÉRREZ DE LA HUERTA, en la sesión del 4 de septiembre de 1812, quien se opone a la generalización de las depuraciones en base a los siguientes argumentos: «lo primero, por la reacción de las quejas, reclamaciones y descontentos, que debe producir la muchedumbre de personas y familias que van a quedar, no sólo privadas de los empleos con que contaban para vivir y mantenerse, sino hasta del lenitivo de la esperanza de aspirar a merecer en lo sucesivo la confianza del Gobierno en cosa equivalente, y lo segundo, por los inconvenientes que amenazan así de parálisis general a los movimientos de la Administración, en fuerza de la remoción de todos los empleados, como de los que traerá consigo la necesidad de llenar las oficinas de manos inexpertas, desnudas de práctica y de conocimiento, y tal vez de aquella probidad y amor al trabajo».

Y en cuanto a lo segundo —o sea, en el terreno bibliográfico— hay un autor anónimo que ha dedicado al tema una obra de apreciable volumen (33), en la que, operando en un plano estrictamente jurídico, se opone en estos términos a la sistemática y arbitraria deposición de los empleados públicos: aunque «no sean los empleos una propiedad en rigor de derecho, puesto que no pueden heredarse ni enajenarse... pero son oficios permanentes, fundados en una especie de contrato, que puede reducirse a los que llaman innominados. El Estado les ha prometido su sueldo para que le sirvan; ellos le sirven para recibir su sueldo. Este contrato, hecho por la voluntad libre de ambas partes, obliga igualmente a los dos, y así como los empleados no pueden abandonar su puesto sin la voluntad del Gobierno, así el Gobierno no debe desposeerles sin su voluntad, o sin una causa entendida en el contrato como condición».

Andando los años, la Administración de 1820 —lo mismo que antes la de 1814— había procedido a la separación de los funcionarios políticamente desafectos, considerando tales despidos, no sólo una facultad, sino incluso el primer deber de un buen gobierno. Dejando a un lado, por las razones indicadas, las medidas legislativas adoptadas en concreto en esta ocasión, ahora sólo interesa detenernos en el planteamiento doctrinal que acompañó a dichos acontecimientos.

(33) *Examen de los delitos de infidelidad a la patria*, edición española, Madrid, 1842 (aunque está escrita en 1814), I, 164 págs.; II, 170 págs. Las citas del texto proceden de I, págs. 99-106.

El tema surge en las Cortes de 1820, cuando un diputado conservador, BANQUERI, tiene el enorme valor cívico de denunciar los despidos políticos realizados por el Gobierno, presentando al efecto, una proposición de Ley con fecha 18 de julio, que luego argumentó en una amplia Memoria el día 7 de agosto (34). Al final de los debates, la proposición no fue tenida en cuenta, duramente combatida, entre otros, por SIERRA PAMBLEY y TORENO, quienes mantuvieron a ultranza, y por razones puramente políticas, la legalidad de los despidos, de acuerdo con la tradición española.

Los argumentos de BANQUERI, en cambio, ofrecen una enorme modernidad, puesto que defiende, de una manera literalmente inaudita, la tesis de que «ningún empleado puede ser separado de su destino, sino por justa causa designada con anterioridad por la Ley». Tesis que apoya, con gran lujo de detalles, no en los juristas clásicos que han quedado citados más arriba y que por la época eran poco conocidos, al menos en este punto, sino en las siguientes razones bastante menos formalistas: el íntimo sentimiento de los españoles, lo declarado en los Códigos todos de la legislación, los principios sobre los que estriba la constitución y los primeros elementos de la justicia. Además, y como consecuencia necesaria, «si los empleados no deben perder su destino sin causa determinada por la Ley, es indispensable que, para probar la que hubiere, se forme el oportuno expediente, y ésta es la única diferencia que puede haber entre los empleados del poder judicial y los del ejecutivo (cuya inamovilidad estaba garantizada en la Constitución)» (35).

No obstante el descalabro político sufrido por BANQUERI en las Cortes, su tesis fue recogida en lo fundamental meses después por «El Censor» (36), donde se explaya la siguiente doctrina: a) La destitución de un empleado sólo puede proceder por justa causa. b) Las únicas

(34) "Diario de las Actas y discusiones de las Cortes". Legislatura de los años de 1820 y 1821, II, Madrid, 1820, págs. 159 y sigs.

(35) Añadiendo (pág. 169): "Reconvéngase al empleado, oígasele sin prevención sus razones y se... tendrá la satisfacción de haber procedido conforme manda toda la Ley divina, natural y civil y de gentes que no condenan a nadie sin habérsele oído antes". En último extremo, "¡harto sacrificio es para un empleado por la celeridad de las operaciones del poder ejecutivo, el sujetar su suerte a la sola instrucción de un expediente instructivo!".

(36) "El Censor". Periódico político y literario, núm. 27. Sábado, 3 de febrero de 1821: *Algunas reflexiones sobre separación y remoción de empleados*, págs. 161-180.

justas causas que puede haber son la ineptitud, la inaplicación y la mala conducta del empleado, entendiéndose bajo esta última calificación: 1.º, la prevaricación en el desempeño de su empleo por ligera que sea; 2.º, todo delito comprendido en las Leyes penales y ya calificado, el cual, además de la separación, lleva consigo el castigo de la Ley; 3.º, los vicios y desarreglos vergonzosos, como él de la embriaguez, el juego y otros; 4.º, en circunstancias como las nuestras, la mala conducta política, que no puede deducirse sino de actos positivos contra el sistema de gobierno, o a lo más, opiniones antiliberales, pública y francamente profesadas. c) La causa ha de constar legalmente, ya sea por proceso judicial en aquella clase de destinos, en los cuales la Ley exija este requisito, ya por simple expediente gubernativo. d) El empleado, a quien se ha separado en contravención de estos principios, tiene mucha razón para quejarse; pero no tiene derecho legal a indemnización de daños y perjuicios, sino cuando la Ley se lo concede expresamente; en otro caso, sólo le queda el derecho incontestable de publicar el agravio que se le ha hecho, para quejarse de él ante el Tribunal de la opinión pública, y revelar la iniquidad del que sin ninguna razón le ha despojado de su destino.

III.—UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL: DERECHO PENAL Y DERECHO DISCIPLINARIO.

Con la implantación del régimen constitucional, el joven Derecho disciplinario, cuya vida hasta entonces había sido pacífica, tropieza con un grave e inesperado obstáculo: partiendo del dogma de la separación de poderes, y habida cuenta que la sanción disciplinaria implica un juicio —y para mayor gravedad, un juicio criminal—, ¿no se tratará de una intromisión del poder ejecutivo en el área del poder judicial? Así es cómo surge el problema capital, que aún sigue gravitando pesadamente sobre toda construcción dogmática del Derecho disciplinario, a saber: el de sus relaciones con el Derecho penal. Como puede comprobarse, el origen de este problema se encuentra, en un principio, en un plano constitucional.

En las Cortes liberales de 1820, el diputado SIERRA PAMBLEY, al oponerse a la Memoria de BANQUERI, más atrás citada, planteó la cuestión en los términos que quedan dichos: «En el caso de haber mo-

tivo para proceder contra un empleado, el expediente para decidir esto: ¿quién lo formaría?, ¿ante quién se había de sustanciar?, ¿quién lo sentenciaría?: ¿el poder ejecutivo?, ¿los secretarios de despacho? Y éstos, en tal caso, ¿no se mezclarían en las atribuciones del poder judicial?» (37).

El carácter judicial de la pretendida actividad disciplinaria aparece también puesto de relieve en los razonamientos de SEYDEL: «La pretensión a la sanción disciplinaria es una pretensión jurídica. En consecuencia, es por su misma esencia una *resolución judicial* el decidir si en los casos concretos existe esa pretensión o no, pues del simple poder funcional no puede deducirse el derecho a resolver esa cuestión. El poder funcional, en cuanto derecho a mandar y a exigir obediencia a las órdenes, es una consecuencia del derecho a exigir el cumplimiento de los deberes oficiales; pero de tal derecho a mandar o a exigir no puede deducirse el derecho a resolver si es suficiente la mera orden o si es necesaria, además, una sanción, por no haberse cumplido aquélla. Admitiendo que las autoridades administrativas poseen de hecho un poder disciplinario, hay que entender que ello se debe a simples razones de oportunidad, y ser, en todo caso, conscientes de que cuando actúa tal poder, en realidad está juzgando» (38).

Vistas así las cosas, es fácil comprender que va a saltar a primer término la cuestión de si el Derecho disciplinario es o no un Derecho penal y, en su caso, cuáles van a ser sus relaciones. El tema preocupa hoy por su trascendencia, en orden a la posible aplicación de los principios jurídicos penales en el Derecho disciplinario, pero antes obsesionaba por su claro sentido constitucional: si el Derecho disciplinario es verdaderamente un Derecho penal, sería preciso canalizarlo por los procedimientos y órganos propios del Poder judicial.

1. *La perspectiva histórica.*

El problema tiene una perspectiva histórica, que nace ya prejuzgada y ha constituido siempre un lugar común en la Doctrina, del que no han conseguido librarse buena parte de los autores contemporáneos, debido a su aparente sencillez: el Derecho disciplinario —suele

(37) "Diario de las actas y discusiones de las Cortes". Legislatura de los años de 1820 y 1821, II, Madrid, 1820. Sesión del 7 de agosto, pág. 173.

(38) *Bayerisches Staatsrecht*, 1888, III, págs. 482-483.

afirmarse— no es más que una «rama desgajada» del Derecho penal, del que había venido formando parte desde el momento de su nacimiento (véase epígrafe anterior) hasta tiempos relativamente recientes.

Por citar un ejemplo, todavía sigue repitiéndose así, acriticamente el último comentarista del Derecho disciplinario alemán, LOCHBRUNNER (39): «El Derecho penal se separa del Derecho disciplinario hace cien años... La confusión existente hasta entonces había tenido las siguientes consecuencias: las infracciones de los deberes funcionariales, que sólo tenían una justificación disciplinaria, eran sancionadas con penas que hoy sólo puede imponer los Tribunales (por ejemplo, las privativas de la libertad), mientras que, al contrario, los Tribunales ordinarios imponían penas, para las que, de acuerdo con la legislación disciplinaria actual, sólo son competentes los órganos disciplinarios (por ejemplo, la separación del servicio)». Y lo mismo puede decirse de los autores penalistas (40).

La formulación clásica de esta teoría se debe a STOCK (41), quien señala tres periodos en la evolución histórica del tema: hasta fines del siglo XVIII no puede apreciarse la menor diferencia entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, ya que éste se encuentra subsumido por completo en aquél; durante la primera mitad del siglo XIX, el Derecho disciplinario consigue separarse del Derecho penal, pero no para independizarse, sino para ir a formar parte del Derecho público del Estado, y, en fin, a partir de entonces el Derecho disciplinario entra en una fase acelerada de desarrollo.

Esta progresión cíclica del Derecho disciplinario es enormemente sugestiva; pero no ha podido resistir al análisis de BEHMKE (42) y debe considerarse arbitraria. La tesis de STOCK se basa en el hecho, nunca discutido, de que el *Allgemeines Preussisches Landrecht* de 1794 regulaba indistintamente las infracciones penales y las disciplinarias, tipificando éstas en la parte que aquel Código dedicaba al Derecho penal.

Pero ahora resulta que —frente a este presupuesto aceptado pacíficamente durante más de un siglo— ha demostrado BEHMKE que, en ri-

(39) *Bundesdisziplinarrecht*, Frankfurt a. M., 1968, pág. 52.

(40) Cfr., por todos, MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp., I, 1962, páginas 10-11.

(41) *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, 1932.

(42) *Disziplinarrecht und Strafrecht*, en "Zeitschrift fuer Beamtenrecht", 1963, número 9-10, págs. 260-263.

gor, el Código prusiano de 1794 no tiene una parte dedicada específicamente al Derecho penal, ya que en la que así venía considerándose aparecen incluidas figuras de muy variada naturaleza, como, por ejemplo, la responsabilidad civil de los funcionarios, que evidentemente no puede considerarse como Derecho penal, por la circunstancia de su colocación sistemática en un texto legal. Además, la pretendida homogeneidad de los delitos allí consignados sólo tendría sentido si a los mismos correspondiese un mismo procedimiento y un mismo tipo de sanciones; lo que no es el caso del Código prusiano, donde las infracciones disciplinarias no son sancionadas por los Tribunales penales (tal como hubiera sido lógico de constituir, en efecto, una auténtica parte de Derecho penal), sino por órganos administrativos y por procedimientos inequívocamente distintos a los penales. En definitiva, el análisis de BEHMKE puede considerarse de momento como convincente y, en su consecuencia, ya no puede admitirse, desde el punto de vista del Derecho alemán, que hasta mediados del siglo pasado el Derecho disciplinario haya formado parte del Derecho penal.

En Francia, esta cuestión no ha sido sometida a un análisis pormenorizado; pero HAURIU, por ejemplo, aunque sin ninguna clase de pruebas, viene a aceptar explícitamente la postura tradicional: «Actualmente suele contraponerse la represión penal a la coerción disciplinaria; pero en su origen, y durante mucho tiempo, han estado confundidas» (43).

En España tampoco puede admitirse la tesis tradicional (o sea, la que considera que históricamente el Derecho disciplinario formaba parte en un tiempo del Derecho penal), ya que los primeros textos del siglo XIX dejan bien sentado que se trata de dos procedimientos distintos, sujeto cada uno de ellos a reglas propias, tanto procesales como materiales (Reales Ordenes de 31 de julio de 1834, 27 de julio y 30 de julio de 1836).

2 *La inspiración canonista.*

Para quienes, aun sin llegar a la perfección crítica de BEHMKE, entendían que el Derecho disciplinario no formaba parte del Derecho penal, el problema constitucional carecía de razón de ser; pero, aun así, era tanta la preocupación del momento, que se sintieron obligados a entroncar el Derecho disciplinario con algún Derecho tradicional,

(43) *Principes du Droit public*, París, 1916, pág. 143.

puesto que, al desconocer las raíces históricas de aquél, no podían imaginar su existencia dogmática independiente ni que, por así decirlo, hubiera surgido por generación espontánea.

Parece ser que MARTIN, un antiguo penalista, tuvo ya conciencia de estas relaciones, al aludir expresamente al origen canónico de las sanciones disciplinarias (44); pero fue el propio LABES quien desarrolló la cuestión de forma explícita: «La expresión cosas disciplinarias procede del Derecho canónico. Como es sabido, en la terminología del Derecho eclesiástico católico se llaman preceptos disciplinarios a todos los que no tienen naturaleza dogmática. En las Iglesias protestantes, la expresión ha terminado refiriéndose exclusivamente a la disciplina propiamente dicha. Si en el ámbito de las competencias consistoriales encontramos las doctrinaria, ceremoniaria y disciplinaria, esta última expresión se refiere al mantenimiento de una vida ordenada por parte de los miembros de la Iglesia y especialmente al cumplimiento de los deberes que corresponden a sus servidores. Habida cuenta que de acuerdo con el sistema de los Estados territoriales, en los siglos pasados eran considerados como servidores del Estado los servidores de la Iglesia, es fácil comprender que la denominación había de pasar inevitablemente a los funcionarios estatales» (45).

De igual manera Otto MAYER, con apoyos literarios concretos, también ha señalado que las sanciones disciplinarias se corresponden con las *poenae* medicinales del Derecho canónico (46).

3. *La inspiración civilística*

A LABAND se debe el esfuerzo más poderoso y sistemático para liberar al Derecho disciplinario de su atribuido parentesco con el Derecho penal. Como veremos inmediatamente, no es este autor rigurosamente original en este punto, puesto que prácticamente se limita a recoger ideas ya conocidas; pero es innegable que su construcción dogmática de tipo civilístico es la primera que resulta coherente y, sobre todo, gracias a su influencia, los estudios sobre el Derecho disciplinario entraron en una nueva fase. Con posterioridad a él, es difícil encontrar un autor que, al ocu-

(44) *Lehrbuch des Kriminalrechts*, 1825, párrafo 85, núm. 14, pág. 220; Apud LABES, P., *Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten*, en "Annalen des Deutschen Reiches", München und Leipzig, 1889, núm. 3, pág. 226.

(45) Ob. cit., pág. 213.

(46) *Derecho administrativo alemán, trad. esp.*, Buenos Aires, 1954, IV, págs. 75-76.

parse de estos temas, no haga una referencia expresa a su doctrina, para aceptarla o rechazarla.

De acuerdo con la corriente dominante—empieza diciendo LABAND (47)—, el Derecho disciplinario es el Derecho penal de los funcionarios, la infracción disciplinaria una variedad de los delitos penales, el procedimiento disciplinario una especie de proceso penal y, en suma, las sanciones disciplinarias operan como complemento de las penas criminales. Las consecuencias de tal doctrina son muy graves y provocan problemas irresolubles, como el muy conocido del *ne bis in idem* que, admitido expresamente por el legislador, resulta dogmáticamente inexplicable mientras se afirme la substancia penal del Derecho disciplinario.

Para resolver todas estas dificultades—indica—hay que ser conscientes de que, por encima de sus parecidos externos y formales, el concepto del Derecho disciplinario no puede alcanzarse por su relación con el Derecho penal, tal como venía haciéndose, sino por su relación con el Derecho civil, puesto que el Derecho disciplinario es el correlato de unas relaciones contractuales y de unas relaciones de poder. Lo decisivo es que las consecuencias disciplinarias de la infracción de los deberes funcionariales no se basan en el poder sancionatorio público del Estado sino en la supremacía de servicio o funcional, o sea, en las relaciones de poder que median entre el Estado y sus servidores. Las sanciones disciplinarias no son, por tanto, penas en el sentido del Derecho penal sino medios para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio y para asegurar el cumplimiento de los deberes oficiales.

Pero sucede que si en las relaciones contractuales cada parte tiene una acción frente a la otra para exigir el cumplimiento (o una indemnización por el incumplimiento), en las relaciones de servicio, por el contrario, en lugar de la exigencia, lo que aparece es una orden, y en el lugar de la acción lo que aparece es una coacción; y precisamente el Poder disciplinario es el derecho a ejercitar tal coacción. Lo cual significa que, aunque la esencia del Derecho disciplinario es de color privatístico, no puede equipararse exactamente al Derecho civil, ya que el Estado no está en situación de igualdad con sus ciudadanos puesto que puede actuar directamente contra ellos sin necesidad de acudir a los Tribunales pidiendo que sean ellos quienes apliquen las sanciones o indemnizaciones; máxime cuando de hecho no puede pedirse a los funcionarios una indemnización por incumplimiento, dado que éste no suele poder ser tasado en dinero.

(47) *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4.^a ed., Leipzig, I, 1901, págs. 453-456.

Ya se ha indicado que LABAND no fue el primer autor que ha subrayado la relevancia civil del Derecho disciplinario. El mismo indica (48) que su tesis es compartida, entre otros, por BINDING, von LIST, HECKER, REHM, SCHULZE, DOCHOW, von SARWEY y GAUPP, algunos de los cuales escriben, bien es verdad, con posterioridad a la primera edición de su libro. En el fondo, la lista podría aumentarse indefinidamente con la relación de quienes siempre han considerado que la relación funcional es de naturaleza jurídico-privada.

Hay que tener también presente que esta concepción—hoy rebasada por completo—fue en su tiempo extraordinariamente útil a efectos de reducir las potestades disciplinarias del Príncipe, entonces absolutas (49). Valgan de ejemplo, por todas, las siguientes consideraciones de von NEUMANN, expuestas a mediados del siglo XVIII: «como consecuencia del contrato y de la *societas herilis* que de él se deriva puede el Príncipe exigir de sus servidores la prestación de servicios y obediencia; en su consecuencia deben también serle reconocidos los medios necesarios para la obtención de tal fin, como por ejemplo la *objurgatio*, *exercitio* y *castigatio*; pero siempre con la limitación de que *ulterius quam finis intentus postulat, extendenda non sunt*, a cuyo efecto ha de bastar *vel sola abdicatio, quae proinde summus poenae gradus quae ministro qua tali infligi potest, haud immerito constituitur*» (50).

La teoría de LABAND alcanzó una enorme repercusión tanto en Alemania como en otros países, especialmente en Italia, donde fue seguida entre otros, por PACINOTTI (51), RANELLETTI (52) y PRESUTTI (53); pero de donde partió luego la crítica más enérgica contra la misma (54).

En Francia, la doctrina antigua (55), lo mismo que la jurisprudencia anterior a la primera guerra mundial (56) aceptó, casi de una manera obvia, que el Derecho disciplinario se basaba en la relación contractual

(48) Nota primera de la página 455.

(49) Salva la limitación derivada de la exigencia de la justa causa en los concretos supuestos de separación, como se vio más atrás.

(50) Wilhelm von NEUMANN, *Meditationes juris Principum privati*, 1751, Primera parte, libro III, párrafos 346 y sigs. Apud LABES, ob. cit., pág. 217.

(51) *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, 1907, págs. 216 y sigs.

(52) *Facoltà create dalle autorizzazioni o concessioni amministrative*, en "Rivista italiana di scienze giuridiche", 1896, pág. 268.

(53) *Istituzioni di Diritto amministrativo italiano*, 3.ª ed., págs. 368 y sigs.

(54) Cfr. RASPONI, *Il potere disciplinare*, Padova, I, 1942, págs. 13-20, donde se hace un resumen de la doctrina italiana (CAMMEO, FORTI, ZANOBINI), opuesta a LABAND.

(55) LAFERRIÈRE, *Jurisdiction administrative*, 10.ª ed., París, 1896, I, pág. 614; PERRIQUET, *Le contracts de l'État*, 1884, pág. 459.

(56) CE, 7 de agosto de 1909, WINKELL.

propia del empleo público; pero hoy esta tesis se encuentra por completo abandonada, desde el momento en que la ley ha declarado que el funcionario se encuentra respecto a la Administración en una «situación estatutaria y reglamentaria» y, por tanto, no vinculado a ella por un contrato. Lo curioso es que la primera objeción sistemática a la tesis contractualista no partió de la doctrina de la Función Pública sino del Derecho disciplinario de las instituciones privadas. Para LÈGAL y BRÈTHE DE LA GRESSAYE (57), aunque el contrato tiene ciertamente una gran importancia en las relaciones entre el empleador y el asalariado, su campo propio de aplicación es el de las prestaciones recíprocas de las partes—el trabajo y el salario—que son el objeto de obligaciones correlativas nacidas del contrato sinalagmático de arrendamiento de servicios. Pero las relaciones entre el jefe de la empresa y su personal no se agotan en estas obligaciones sino que hay otras, precisamente las disciplinarias, en las que, además, no se encuentran en pie de igualdad. Aquí se reconoce la necesidad de imponer a los miembros de la organización una norma de conducta, y bajo la amenaza de sanciones, con el fin de que todos coordinen sus esfuerzos con vistas al bien común, y de que sacrifiquen al interés colectivo superior una parte de su interés individual (58).

4. *La inspiración administrativista.*

Al resumir la tesis de LABAND ya se ha visto que este autor libera al Derecho disciplinario de su anterior servidumbre penalística, por la consideración de los dos elementos esenciales (no penales) en que se basa: una relación contractual y una relación de poder; y aunque en su sistema quedan ambos perfectamente equilibrados, es claro que el elemento de la relación contractual pasa a un primer plano muy destacado. Pues bien, la inspiración administrativista—hoy absolutamente dominante—lo que hace es recoger el hilo de la relación de poder, para edificar sobre el mismo toda la moderna teoría del Derecho disciplinario.

Según esto, el Derecho disciplinario no es más que el Derecho sancionador del Estado sobre quienes se encuentran sometidos a una relación especial de servicio o poder; y en tal sentido su independencia respecto del Derecho penal está perfectamente asegurada (59). En rigor, así pue-

(57) *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, París, 1938, esp., pág. 17.

(58) Sobre todo lo anterior, cfr. SALON, *Délinquance et répression disciplinaires dans la fonction publique*. París, 1969, págs. 15-22

(59) Pero, en cambio, se incide en un nuevo problema: la relación de Derecho disciplinario sobre los funcionarios y el Derecho disciplinario de quienes se encuentran sometidos a una relación de poder distinta de los demás ciudadanos, aunque no son funcionarios. Cuestión que, para no enturbiar la línea expositiva, queda ahora marginada.

den interpretarse los textos de LABAND, ya que el hincapié que hace este autor en el elemento contractual tiene solamente efectos dialécticos con el objetivo de negar la subordinación del Derecho disciplinario al Derecho penal, precisamente en el punto que entonces se encontraba más generalmente admitido; pero también advierte terminantemente que la equiparación, o correlato, con el Derecho Civil no es exacta ni mucho menos, por cuanto el Estado, apoyándose en su poder, actúa de modo muy diferente que un contratante civil.

En este punto tampoco fue original, ni pretendió serlo, el autor citado. Con anterioridad a él muchos se habían percatado ya de la significación que para el Derecho disciplinario tenía la circunstancia de que sus sujetos se encontraban sometidos a una relación especial, distinta a la de los demás ciudadanos.

Así ya PFIZER, en 1828, justifica la actuación administrativa en materia disciplinaria por el hecho de que está afectada por «relaciones de sujeción» (60), entre las cuales no es la menos importante el poder de inspección. Muy poco tiempo después PFIFFER entiende que el poder disciplinario se funda en su íntima penetración con una «relación de subordinación» (61) en la que se encuentra el funcionario respecto de sus superiores y conforme a la cual pueden éstos emplear frente a aquél cualquier medida que sea necesaria para asegurar el puntual cumplimiento de los deberes oficiales. En la misma línea, un tratadista de Derecho Público, SCHMITTHENNER, deriva el Poder disciplinario de la naturaleza de una relación orgánica de sujeción (62) y SCHWENKEN, un autor clásico del Derecho disciplinario, sostiene que el derecho al ejercicio del poder disciplinario se apoya en la relación de subordinación (63) en que se encuentra el servidor del Estado frente a sus superiores.

Y, en fin, LABES—de quien se han tomado las citas anteriores—considera que una relación de poder (*Gewaltverhältniss*) es presupuesto inexcusable de toda sanción disciplinaria. A cuyo efecto, desarrolla unos razonamientos muy similares a los de LABAND: en una relación privada de servicios, el particular ha de acudir al Juez para conseguir del emplea-

(60) Literalmente "Subjektionsverhältnissen". En *Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs und Civiljustiz*, 1828, pág. 17. Apud LABES, ob. cit., pág. 226.

(61) Literalmente "Verhältniss der Unterordnung", en *Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft: Ueber Trennung von Justiz und Verwaltung*, Theil, III, 1831, págs. 401 y sigs. Apud LABES, ob. cit., pág. 228.

(62) Literalmente "organisches Subjektionsvehhältniss". En *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*, 1847, párrafo 157, pág. 515. Apud LABES, ob. cit., pág. 232.

(63) Literalmente "Subordinationsverhältniss", en *Die Amtsvergehen*, Kassel, 1848, página 15. Apud LABES, ob. cit., pág. 233.

do el cumplimiento de sus obligaciones; en cambio, si media una relación de poder—sea de naturaleza pública o privada (64)—se puede acudir directamente a la coacción mediante sanciones disciplinarias.

Todas estas ideas van a adquirir en Otto MAYER un matiz muy distinto y definitivamente moderno. En LABES y LABAND la relación de poder está jugando todavía de un modo dependiente y subordinado del elemento contractual. Este último es el que justifica las sanciones disciplinarias, aunque sobre él incida la relación de poder para matizar su ejercicio, posibilitando incluso de ejecución directa y no a través del Juez. Pues bien, Otto MAYER rompe esta subordinación de la relación de poder respecto del contrato y la independiza por completo: el Estado puede sancionar más allá del estrecho marco contractual. «La relación de servicio de Derecho Público implica necesariamente una fidelidad y una devoción especiales. Cualquier contravención no representa, pues, solamente un desorden que se ha de reprimir, sino que ese hecho aislado tiene una importancia mucho mayor, porque de él pueden inferirse conclusiones acerca de la existencia de sentimientos que no están de acuerdo con aquella exigencia fundamental. No le conviene, pues, al poder público tener tales servidores. Por tanto, reacciona contra la persona en falta mediante penas» (65).

Después de O. MAYER, Georg JELLINEK y Santi ROMANO, se esforzaron por dotar a esta idea, un poco intuitiva, de una mayor consistencia dogmática. Para Santi ROMANO, la declaración especial de subordinación—distinta de la relación de soberanía— es precisamente la relación principal, de la que depende, como accesoria, la relación disciplinaria (66).

La doctrina posterior, especialmente la italiana, ha analizado minuciosamente las tesis de JELLINEK y de ROMANO, subrayando quizá con excesiva morosidad y sutileza, lo que en ellas hay de correcto y de incorrecto (67); pero, en cualquier caso, el resultado es incuestionable: en la actualidad suele admitirse, casi sin excepción, que el Derecho disciplinario se refiere a quienes se encuentran ligados al Estado por una relación especial de poder (68).

(64) Con lo cual se reconoce expresamente la posibilidad de un Derecho disciplinario ajeno al funcional, incluso interprivatos. Cfr. ob. cit., págs. 249-251.

(65) Ob. cit., pág. 75.

(66) Ob. cit., *I poteri disciplinari della Pubbliche Amministrazioni* (1898), hoy en *Scritti minori*, II, Milano, 1950, págs. 90-91.

(67) Cfr., por ejemplo, VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, 1913, esp. págs. 25-26, y RASPONI, *Il potere disciplinare*, I, 1942, esp. págs. 3-38.

(68) Tanto los administrativistas como los penalistas. Cfr. por todos, entre estos últimos, a JACUSCH, *Strafgesetzbuch*, 1953, I, pág. 87, y bibliografía allí citada.

He aquí, pues, que la inmensa mayoría de la doctrina jurídico-pública se encuentra en la línea administrativista, la cual, además, ha inspirado, y sigue inspirando, casi todas las aportaciones teóricas levantadas sobre la materia:

a) Incluso la obra de un penalista, como DONNEDIEU DE VABRES (69), está directa, aunque inconscientemente, influenciada por esta orientación administrativa. Para este autor, la sanción disciplinaria no es sino la expresión subjetiva del principio de autoridad, orientándose precisamente hacia la acentuación del carácter personal de tal autoridad, puesto que su objetivo es «asegurar la función de la jerarquía administrativa» y «reforzar la autoridad de los agentes que se encuentran investidos de ella». Pero ha sido otro autor francés WALINE (70), quien, aun sin referirse expresamente al anterior, ha destrozado su aparentemente brillante teoría: «resulta evidente que el poder disciplinario es diferente del poder jerárquico, puesto que el uno es el poder de dar órdenes, y el otro, el poder de sancionar. Ciertamente que en alguna ocasión se ha pretendido ver en el poder disciplinario la expresión del poder jerárquico, en cuanto sanciona al funcionario que desobedece las órdenes de su superior; pero hay que subrayar que un poder no es siempre ni de forma necesaria expresión del otro, puesto que puede ejercerse sobre agentes no sometidos al poder jerárquico..., siendo el campo de aplicación de este último poder mucho más restringido que el del primero».

b) Por otro lado, la literatura moderna se encuentra muy inclinada a considerar a las faltas disciplinarias dentro de la familia de las infracciones administrativas, como una variedad de ellas. Tal es la tesis de las últimas monografías aparecidas en lengua francesa y también la que sostiene en España MONTORO: «La falta disciplinaria constituye una especie del género más amplio, integrado por las infracciones que, para nosotros, son infracciones del Ordenamiento jurídico-administrativo»; «como los deberes que pesan sobre el funcionario público vienen impuestos por las normas reguladoras del servicio, y que tales normas forman parte del Ordenamiento interno de la Administración, la falta disciplinaria quedará constituida por la infracción de este Ordenamiento jurídico. El deber en sí puede ser, en efecto, infringido; pero tan sólo en la medida en que aparece recogido, tutelado y protegido por el Or-

69 Apud DELPÉRÈE, *L'élaboration du Droit disciplinaire de la fonction publique*, París, 1969, págs. 38-39.

(70) *Droit administratif*, 8.ª ed., París, 1959, pág. 802.

denamiento jurídico, surgirá la infracción jurídica y, por ende, la infracción o falta reglamentaria» (71).

c) Y, en fin, en la literatura francesa es absolutamente dominante— aunque ya de antiguo— la concepción del Derecho disciplinario como Derecho sancionador de un grupo (72), lo que, por cierto, sirve de base a un autor moderno, MOURGEON, para elaborar una teoría institucional de este Derecho (73).

5. Conclusión.

Sea cual sea la corrección específica de cada uno de ellos, el resultado de todos estos esfuerzos es siempre el mismo: el Derecho disciplinario deja de ser considerado una rama del Derecho penal para convertirse en el objeto de una potestad doméstica de la Administración sobre sus empleados. Con lo cual se logra marginar el importante problema constitucional del posible quebranto de la separación de poderes.

Incluso no faltan autores que, afrontando más directamente la cuestión, niegan expresamente que la actividad disciplinaria tenga carácter jurisdiccional. Así hace, por ejemplo, Santi ROMANO con los siguientes argumentos: Quienes consideran que el poder disciplinario tiene carácter jurisdiccional, se ven obligados a lamentarse de que las legislaciones positivas, al encomendar su ejercicio a órganos administrativos y no judiciales, quebranten con ello principios generales elementales de un Estado de Derecho. Pero en el fondo se trata de vanos lamentos, porque en la mayor parte de los casos resultaría imposible encomendar la tutela de la disciplina funcional a órganos distintos de los administrativos. Parece, por tanto, mucho más conforme a la realidad de las cosas, el reconocer que la indicada circunstancia no es una injusta excepción, como afirmaría un doctrinarismo excesivo, sino una consecuencia necesaria de la naturaleza misma del poder disciplinario, que es precisamente administrativa. Esta tesis puede confirmarse con un análisis de los actos disciplinarios. En ellos hay un elemento de juicio (el determinar si un funcionario ha cometido

(71) *Régimen disciplinario en la Ley de funcionarios civiles del Estado*, Madrid, 1965, págs. 15 y 21; como antes en *La infracción administrativa*, Barcelona, 1965, especialmente págs. 313 y sigs.

(72) Cfr. BONNARD, R., *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Bordeaux, 1903, especialmente pág. 27; GILBERT, M., *La discipline des fonctions publics*, París, 1912; LEGAL, ob. cit. pág. 119; SALON, ob. cit., pág. 2; DELÉPÉE, ob. cit., pág. 45.

(73) MOURGEON, *La repression administratif*, París, 1968.

la infracción), pero tal elemento no constituye el acto en cuestión, sino un simple *presupuesto* del mismo. La Administración ha juzgado, ciertamente, pero el acto sancionador no es un ejercicio, sino el *efecto de un juicio* (74).

Al examinar la literatura de la época se llega al convencimiento de que este tipo de preocupaciones constitucionales se habían convertido en una auténtica obsesión. Y las razones son muy explicables: el jurista liberal está orgulloso de la conquista que supone la separación de poderes y no da ningún margen de confianza a la Administración. Al margen de los sutiles, y bastantes posteriores, argumentos de Santi ROMANO, considera, por tanto, lógicamente, que las sanciones disciplinarias constituyen una actividad jurisdiccional, que es escandaloso dejar en manos de los órganos administrativos, pues con ello se debilitan las garantías de los ciudadanos.

Por lo demás, es innegable que tal es lo que sucede en la práctica. Frente a las garantías rituarías de la jurisdicción penal, el procedimiento administrativo disciplinario aparece como rudimentario y hasta arbitrario, y las decisiones materiales son aún más peligrosas todavía, en cuanto posibles disimuladas expresiones de pasiones políticas. En ocasiones, incluso, la extensión del Derecho disciplinario responde a una arrogante y consciente actitud estatal: de la misma manera que el Estado liberal puede descuidar un tanto los intereses colectivos en su preocupación por la protección de los derechos y los intereses individuales, el Estado absoluto tiende a desconocer estos últimos mediante la invocación de un interés público, más o menos imaginario. Y conste que la hipótesis no pertenece exclusivamente a la Historia, al Estado de policía anterior al siglo XIX. Experiencias muy recientes han demostrado— y siguen demostrando cada día— que la propensión del «Estado administrativo» a considerar la jurisdicción como una actividad administrativa, no es un peligro remoto, sino una realidad. A este respecto son muy aleccionadoras las reflexiones de Hans PETERS, un jurista alemán que escribe con el recuerdo, aun vivo, de los espantos del régimen nacional-socialista (75).

En este sentido, la actitud doctrinal, de que se viene hablando, es loable. El inconveniente se encontraba, sin embargo, en la imposibilidad práctica de realizar el ideal de un Derecho disciplinario jurisdiccional con los moldes orgánicos y procesales del siglo XIX. El Derecho disci-

(74) Ob. cit., págs. 87-90. Cfr. también los argumentos de RASPONI, ob. cit., páginas 118-121.

(75) *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, págs. 181-185.

plinario es encomendado, en principio, a los órganos administrativos o está condenado al fracaso. La solución, por tanto, había que buscarla por otro lado: no traspasando a los Tribunales ordinarios la competencia disciplinaria, sino juridificando, o sea, dotando de garantías a la actividad disciplinaria de la Administración.

Al fin y al cabo, tal ha sido el camino seguido con el correr de los años, en los que, en líneas generales, se ha conseguido el doble objetivo de crear un procedimiento administrativo disciplinario con garantías para el funcionario y de controlar luego jurisdiccionalmente —pero con una jurisdicción especial— las sanciones disciplinarias concretas.

Bien mirado, ésta es exactamente la evolución seguida por la jurisdicción contencioso-administrativa que puede considerarse como un modelo a seguir por la disciplinaria. En el siglo pasado, todos los esfuerzos de la doctrina se concentraron, de una manera o de otra, en el problema constitucional de su separación de la jurisdicción ordinaria (76). Evidentes necesidades prácticas llegaron a imponer el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos en manos de la propia Administración. Ahora bien, también aquí el tiempo ha ido demostrando que el remedio de esta incongruencia jurídica no se encuentra en una estéril exigencia de una «unificación de fueros», prácticamente irrealizable, sino en el establecimiento de un procedimiento administrativo aceptable y en la jurisdiccionalización de los órganos resolutores de lo contencioso-administrativo que, como es sabido, han terminado en España, equiparados a los órganos jurisdiccionales ordinarios, de lo que sólo están separados por su especialización técnica.

He aquí, pues, un ejemplo aleccionador de cómo el tiempo y la constancia pueden resolver en favor de la Justicia la lucha por el Derecho.

IV.—RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO DISCIPLINARIO.

Al indicado problema constitucional se superpone otro de tipo dogmático no menos grave. Preocupada la doctrina por el parentesco presunto —cuando no equiparación— entre el Derecho penal y el Dere-

(76) Puesta de relieve en una breve y reciente bibliografía sobre el tema aparecido recientemente en esta REVISTA, NIETO, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España* (núm. 49); GARRIDO, *La evolución del recurso contencioso-administrativo en España* (núm. 55); PARADA, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso-administrativo* (núm. 55), y, finalmente, otra vez NIETO, *Sobre la tesis de PARADA en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo* (núm. 58).

cho disciplinario, se encuentra consternada por la circunstancia de que en el Derecho disciplinario, a diferencia de aquél, no se aplican dos principios considerados esenciales: el de *nullum crimen sine lege* y el de *ne bis in idem*.

Para resolver esta cuestión, los autores se ven forzados a estudiar a fondo las relaciones entre ambos derechos para, caso de comprobar la identificación, postular la introducción de mencionados principios; y para caso de negar la identificación, explicar con ello la razón de no aplicarse los mismos al Derecho disciplinario.

El análisis detallado de esta línea de investigación nos ofrece una gama amplísima de soluciones.

1. *Identificación del Derecho penal y el Derecho disciplinario.*

Esta es la solución que pudiera denominarse tradicional o primitiva y que, como antes se ha visto, encuentra su justificación en una pretendida identidad histórica o de origen.

En todos los países aparecen autores, ordinariamente no modernos, que identifican plenamente el Derecho penal y el Derecho disciplinario, por considerar que aquél forma parte —aun no desgajada— de éste.

Para la literatura antigua alemana, me remito a LABAND (77) —cuyas citas no puedo analizar críticamente—, quien atribuye la generalización de esta doctrina equiparadora a HEFFTER (78), al que siguen literalmente BUDDEUS (79) y MITTERMAYER (80).

En Italia, PRESUTTI, en uno de sus primeros escritos (81), explica la identificación por la circunstancia de que el fin de las sanciones disciplinarias es la prevención, y precisamente el medio utilizado a tal efecto es una pena; por lo que puede establecerse una perfecta equiparación entre ambos Derechos (salvo únicamente para la sanción disciplinaria de separación de servicio, que no logra encajar en un sistema dogmático). Opinión que también es frecuente en Francia durante los primeros años del siglo en curso (82).

(77) Ob. cit., pág. 453, nota quinta.

(78) En "Nueves Archiv des Kriminalrechts", 1832, págs. 48 y sigs.

(79) En "Weiske's Rechtslexikon", I, págs. 220 y sigs.

(80) En "Feuerbach's Lehrbuch", párrafo 477, notas 1 y 4 (de la 14 ed., páginas 749 y sigs.).

(81) "Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi", 1889, págs. 309-311.

(82) Cfr. concretamente, BONNARD, *De la repression...*, cit., pág. 82; RICOL, *Les tendances du Droit disciplinaire*, Toulouse, 1908, y especialmente DUCUIT, *Traité du Droit constitutionnel*, III, núm. 71.

En Argentina, un autor contemporáneo, MARIENHOFF (83), después de dividir la potestad sancionadora de la Administración en correctiva y disciplinaria, sigue insistiendo en su naturaleza «decididamente penal». Y añade: «pero esta penalidad, en cuanto a su contenido, no incluye los delitos, sino tan sólo las faltas, quedando entonces expedita la acción de los Tribunales judiciales para castigar las acciones que trasciendan de lo ilícito administrativo y entren en el campo de lo penal sustantivo. Como consecuencia de la naturaleza penal de la potestad sancionadora, las sanciones a imponer deben fundarse en preceptos que reúnan los requisitos substanciales de toda norma penal válida; y del mismo modo, en la aplicación de esas normas han de respetarse los principios del debido proceso legal».

Pero, a decir verdad, esta opinión encuentra cada vez menos defensores. Hoy lo normal es separar el Derecho disciplinario del Derecho penal, si bien las razones de esta separación son muy variadas: a veces puramente cuantitativas, y a veces esenciales, o cualitativas, tesis esta última la más extendida, pero que suele exponerse con infinitos matices.

2. Diferenciación cuantitativa.

La diferenciación más simple entre un Derecho penal y un Derecho disciplinario se refiere a la cuantía de la infracción: en substancia, el delito y la infracción disciplinaria son idénticos, pero uno y otra expresan grados diversos.

Este criterio, por su propia simplicidad, ha encontrado en todo momento acogida en la doctrina, sobre todo, en la antigua, donde se corresponde con la distinción entre alta y baja disciplina, que describía HEFFTER (84) en los siguientes términos: la baja disciplina, de carácter correctivo, tiene por objeto frenar a los funcionarios mediante los adecuados medios coactivos, y su sentido es fundamentalmente educativo, al estilo de la nota censoria o de las *multae dictio* del Derecho romano o de las *censurae aut poenae* medicinales del Derecho canónico; mientras que la alta disciplina, de carácter purificador, se refiere a la cuestión de si un servidor del Estado no ha cumplido los presupuestos y condiciones bajo los que se le ha encomendado el cargo, en cuyo caso el Estado puede romper o modificar la relación funcional existente, cuya gravedad exige la intervención de los Tribunales ordinarios. Tal como había se-

(83) *Tratado de Derecho administrativo*, I, Buenos Aires, 1965, págs. 577-579.

(84) *Ob. cit.*, pág. 48. Apud LABES, *ob. cit.*, págs. 228-229.

ñalado BERNER (85), todas las infracciones de los deberes oficiales están sujetas al poder disciplinario, pero las graves, al tiempo, al poder penal.

Admitida la igualdad esencial o cualitativa de ambas figuras, es claro que corresponde al legislador valorar en cada momento concreto la cuantía de la infracción, a efectos de su clasificación en un grupo u otro. Así lo declara expresamente Georg MEYER (86) —apoyando su tesis en las opiniones de H. MEYER, MEVES y DOLLMANN—, con el que coincidirá meses después HECKER (87).

En algunas legislaciones modernas se mantiene todavía esta diferencia puramente cuantitativa, tal como ha puesto de relieve SALON (88) con el ejemplo del Código disciplinario y penal de la Marina mercante francesa, texto de 4 de agosto de 1962.

3. *Infracciones jurídicas e infracciones legales.*

Dejando aparte lo que queda indicado en los dos apartados anteriores, lo normal es que las diferencias que se señalen entre el Derecho disciplinario y el Derecho penal sean de orden cualitativo o esencial.

Una de las interpretaciones más antiguas al respecto se debe a LUDEN (89), quien, apoyándose en la conocida distinción de FEUERBACH, califica a las infracciones disciplinarias de legales, frente a los delitos, que son infracciones jurídicas. Como es sabido, se consideran infracciones jurídicas las que se dirigen fundamentalmente contra un Derecho subjetivo, mientras que las infracciones legales no se dirigen contra ningún Derecho subjetivo, y, por tanto, no serían sancionables, antes bien perfectamente admisibles, si no fuera porque se encuentran expresamente prohibidas por una norma (unas son, pues, *mala quia mala* y las otras *mala quia prohibita*).

FEUERBACH, al aplicar esta clasificación al Derecho disciplinario (90), había considerado como jurídicas a las infracciones disciplinarias en cuanto violadoras de derechos subjetivos del Estado, reconocidos en el contrato (privado) de empleo. LUDEN, en cambio, entiende que se trata de

(85) *Lehrbuch des Strafrechts*, 13 ed., pág. 617. Apud LABES, ob. cit., pág. 241.

(86) *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1878, pág. 374.

(87) "Ueber die Grenzen des Kriminal- und Disziplinarstrafrechts". en *Gerichtssaal*, 1879, págs. 481 y sigs. Apud LABES, ob. cit., pág. 241.

(88) Ob. cit., págs. 30-31.

(89) *Handbuch des Strafrechts*, I. 1842, párrafo 29, pág. 223. Apud LABES, ob. cit., página 232.

(90) *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, párrafo 477. Apud LABES, ob. cit., págs. 225-226.

infracciones legales, por cuanto el contrato no contiene los deberes del funcionario, sino, a todo lo más, es el instrumento mediante el cual se otorga a una persona la condición de funcionario, cuyos derechos y deberes propiamente dichos se encuentran regulados en la Ley, a la que debe remitirse el contrato. De esta manera, la infracción de los deberes funcionariales van contra la Ley y no contra el Derecho subjetivo reconocido en el contrato.

4. *El bien jurídico violado.*

En una línea dogmática muy relacionada con la anterior, hay una corriente penalista que distingue las infracciones, según que ataquen a un bien jurídico o se limiten a una desobediencia o rebeldía. Sólo en el primer caso se trata de auténticos delitos en sentido propio, mientras que las infracciones disciplinarias son el ejemplo más característico del segundo grupo.

Suele partirse, a estos efectos, del concepto de bien jurídico formulado por BINDING: todo lo que tiene tanto valor para el Ordenamiento jurídico, desde el punto de vista del legislador, que éste considera necesario asegurar su mantenimiento mediante normas; con lo cual resulta que el Ordenamiento penal no es sino un sistema montado para la protección de los distintos bienes jurídicos, y los delitos no son sino agresiones contra tales bienes.

Admitido esto, puede comprobarse que los autores, desde muy pronto, se percataron de que la infracción disciplinaria, a diferencia del delito, no atenta contra bienes jurídicos, sino, cosa muy distinta, contra los deberes del servicio funcional (91).

Esta línea dogmática tradicional ha desembocado en una doctrina moderna, muy generalizada (92), que distingue las infracciones, según que ataquen a un bien jurídico o que se limiten a una desobediencia: en el primer caso se tratará de auténticos delitos en sentido propio, mientras que las infracciones disciplinarias son el ejemplo más característico del segundo grupo.

(91) Así, GLASER, en *Handbuch des Strafprozessrechts*, pág. 279 de la 7.^a ed.; VON LIST, en "Ordnungs- und Disziplinarstrafen", en *Holzendorff's Rechts lexicon*, II, páginas 966 y sigs.; JOHN, en *Kommentar zur Strafprozessordnung für das Deutsche Reich*, páginas 79 y sigs.; OPPENHEIM, *Die Rechtsbeugungsverbrechen*, págs. 18 y sigs. Todos apud LABES, *ob. cit.*, págs. 241-242.

(92) Cfr., por todos, Eberhardt SCHMIDT, *Das neue Westdeutsche-Wirtschaftsrecht*, 1950, págs. 26 y sigs.

5. *Contenido ético.*

La distinción entre ambos Derechos, por referencia a valores morales, resulta enormemente seductora y por eso nada tiene de particular que haya sido aceptada, más o menos críticamente, por un amplio sector de la doctrina.

Así, en Italia, GIRIODI (93) entiende que la responsabilidad disciplinaria es una responsabilidad de carácter penal, pero que se distingue de la responsabilidad penal propiamente dicha por el carácter de la represión, ya que las sanciones disciplinarias presentan un carácter más bien moral que represivo, al atender más a la corrección que a la coacción, y por lo regular revisten una gravedad y una duración bastante menor que las auténticas sanciones previstas en los Códigos penales; y, en fin, otro carácter distintivo consiste en los efectos, ya que las sanciones disciplinarias no producen las consecuencias de indignidad o de incapacidad política propias de las penas. Y NEZARD, en Francia (94), también ha observado que «el Derecho disciplinario podría dar satisfacción a la moral social, castigando los hechos reprobables que se hubiesen escapado de las mallas del Código penal».

Sin embargo de todo ello, hay que ser conscientes de que el manejo de estos criterios éticos puede considerarse peligroso, en cuanto está expuesto a dos riesgos gravísimos (95):

En primer término, a la sospecha de efectuar la separación, no con criterios jurídicos, sino metajurídicos, y, en definitiva, jusnaturalistas. Lo que significa que la distinción siempre estará en boga en los momentos históricos de exaltación del Derecho natural —máxime cuando cuenta con unos precedentes tan preclaros, como la *Ética a Nicomac*, donde ya se separan los derechos basados en la Naturaleza, y los derechos, basados en las normas positivas—: pero, en cambio, también será indefectiblemente reprobada en los momentos de desprestigio de tal Derecho, como sucede de ordinario.

Por tal razón, si se quiere que el argumento resulte mínimamente útil, ha de ser manejado con la mayor precisión posible: Por lo pronto, hay que tener en cuenta que sólo el Ordenamiento jurídico es el que decide lo que está permitido y lo que está prohibido. O sea, que no hay que ver una antítesis entre Derecho natural y Derecho positivo,

(93) En el *Tratado de ORLANDO*, III, pág. 421.

(94) NEZARD, *Les principes généraux du Droit disciplinaire*, París, 1903, pág. 12.

(95) Lo que viene a continuación está tomado de H. G. MICHELS, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, Berlín, 1963, págs. 78-87.

sino entre Derecho positivo, que es expresión de un sistema de valores preexistente a él, y Derecho positivo, que no se refiere a ningún sistema de valores y sólo se apoya en su propia y discrecional decisión.

Pero este sistema de valores, al que se remite en ocasiones el Derecho positivo al establecer su catálogo de sanciones, no es una simple especulación de la razón pura o de la ética aplicada, antes bien hay que considerar que lo que da valor jurídico a esas bases extrapositivas de las normas, es la circunstancia de que el indicado sistema de valores —cuya función, además, es la interpretación de las normas dadas— haya sido ya legitimado de alguna manera por el Derecho positivo, pues en otro caso podría cobijar a la más ruda arbitrariedad. Con la incorporación de este elemento valorativo de la norma (elemento ético-social anterior a la misma) a la interpretación del Derecho positivo se consiguen dos objetivos: no apartarse de un sano y elemental positivismo y, al mismo tiempo, dotar a la norma positiva de un contenido material que supera sus límites formales. Tal como ha dicho MEZGER (96), gracias a la coloración ético-social que se ha dado al sistema jurídico, puede seguir siendo el Derecho un centro exclusivo de referencia, puesto que las infracciones jurídicas materiales son ciertamente extralegales, pero no extrajurídicas; y cuando surge un conflicto de valores se comprueba que la antijuridicidad material, que subyace por debajo de la norma positiva formal, es el gran e inevitable orientador en todas las relaciones de valor (97).

El segundo riesgo aludido, en que puede incidir esta tesis, se refiere a lo inútil de su complicado planteamiento, cuando resulta obvio que el incluir una infracción en el Derecho penal o en el Derecho disciplinario (en su pretendida diferencia de referencia a un sistema de valores preexistente o no) es el resultado de una pura decisión del legislador, que de la noche a la mañana —y sin necesidad de que cambie el sistema metajurídico de valores— puede convertir una infracción de penal en disciplinaria, o viceversa. La objeción es seria, y en algunos casos concretos, irrefutable, puesto que en los mismos es imposible determinar con precisión si el tipo en cuestión expresa o no un valor ético social preexistente. Pero el autor, a quien se sigue en estas consideraciones, entiende que el riesgo no es demasiado grave, por la misma razón que

(96) *Strafrecht*, I, 9.^a ed., 1960, párrafo 33, II.

(97) Para el administrativista no familiarizado con estos problemas, valga la exposición de la temática de la aplicabilidad de los principios generales del Derecho realizada por GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, en el núm. 40 de esta REVISTA, Madrid, 1963.

de las circunstancias de que en algunos casos concretos es difícil precisar si un objeto pertenece al reino animal o al vegetal, no puede deducirse la negación de la separación de los dos reinos.

Por otro lado, el significado ético del Derecho disciplinario ha sido puesto también de relieve desde una perspectiva muy distinta, a saber, desde la sanción: «Los objetos del Derecho penal y del Derecho disciplinario son muy distintos. El de aquél es el restablecimiento del orden social quebrantado por el delito; la pena actúa, por tanto, no solamente sobre el culpable (en cuanto expiatoria) sino sobre todos los que han tenido conocimiento de la infracción (en cuanto resulta ejemplar por la intimidación que produce); mientras que la sanción disciplinaria tiene por objeto salvaguardar el honor amenazado del Cuerpo, el preservar su dignidad contra las alteraciones que podría recibir por la conducta de algunos de sus miembros. Es una censura, una advertencia, *es una pena moral* que no tiene carácter ejemplar» (98). Como puede comprobarse, esta perspectiva ya había sido utilizada por GIRIODI, pero con unas consecuencias muy distintas.

6. *Diferencias procesales.*

Aunque en algunas ocasiones se haya afirmado que las diferencias procesales suponen un criterio diferenciador entre los Derechos en cuestión, esto no es exacto, puesto que en rigor las diferencias procesales son ~~una consecuencia de su diferente naturaleza, que es la que produce que unas infracciones sean sancionadas en uno u otro procedimiento y por unos u otros órganos.~~

La distinción pudo tener, sin embargo, importancia en una etapa histórica anterior, en sistemas jurídicos rudimentarios, en los que, como en la Alemania del siglo XVIII, los tipos de infracción aparecían desordenadamente enumerados en un mismo texto legal. En tales circunstancias, para poder determinar cuales de los tipos de la lista —única e indiferenciada— eran delitos, y cuales simples infracciones disciplinarias, había de acudir al criterio procesal, como ha señalado BEHMKE (99).

7. *Funcionalismo.*

Prescindiendo de la vieja discusión sobre el fin de la pena criminal —que es vario, según las escuelas— parece indudable que en ningún caso

(98) HERVY, F., *De l'action disciplinaire et de l'action publique comparées*, Paris, 1900, pág. 284.

(99) Ob. cit., págs. 266-268.

puede coincidir con el confesado objetivo de las sanciones disciplinarias, que consiste, de acuerdo con la clásica formulación de LABAND (100), en obligar a los funcionarios al cumplimiento de sus deberes oficiales (101), o, tal como había afirmado mucho antes GOENNER (102), en mantener el orden del servicio (103). Por emplear las expresiones de Otto MAYER (104), las penas disciplinarias «tienen toda su razón de ser en el fin que persiguen: el mejoramiento del servicio. Se tratará de obtener dicho mejoramiento por medio del mismo castigado, pero si ello es imposible, solo queda como medida suprema, eliminar del servicio al miembro gangrenoso para que por lo menos ese servicio—que es lo que importa ante todo—se purifique y mejore: *quod medicamenta non sanat, ferrum sanat*».

El funcionalismo explica, a su vez, su carácter ocasionalmente extra-jurídico. Así lo ha puesto de relieve M. E. MAYER (105) al afirmar que, tratándose de una reliquia de la primitiva jurisdicción patriarcal, el Derecho disciplinario puede alcanzar, en razón a su relajada legalidad, objetivos que no son accesibles a las penas criminales; pero, por otro lado, esta circunstancia hace más delicado su manejo: sólo el que sea capaz de unir generosidad y rigor puede utilizar correctamente la fuerza propia de las relaciones disciplinarias.

En Francia esta misma actitud funcionalista ha sido adoptada, entre otros, por JÈZE (106)—al que sigue el uruguayo SAYAGUÈS (107)—para quien Derecho penal y Derecho disciplinario son dos «cosas totalmente

(100) Ob. cit., pág. 455, y como ya habían señalado antes literalmente MAURENBRECHER (en *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 1837, párrafo 162) y WEIS (en *System des deutschen Staatsrechts*, 1843, pág. 803); ambos apud LABES, ob. cit., págs. 231 y 232.

(101) En este punto parece inevitable hacer una alusión a la célebre polémica entre LABAND y Georg MEYER. Este último autor (en "Annalen des deutschen Reichs", 1876, página 673) había rebatido la tesis del primero, observando que la sanción disciplinaria no puede inducir al funcionario al cumplimiento de su deber, desde el momento en que se impone después y como consecuencia de tal incumplimiento. A lo que contestó LABAND (en nota tercera de la pág. 455 de la tercera edición) sabrayando el innegable efecto de presión psicológica que ha de tener siempre la amenaza de la sanción. En la discusión terció luego Otto MAYER (ob. cit., IV, pág. 76, nota 16), a quien la réplica de LABAND no había conveñido en absoluto.

(102) *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet*, Landshut, 1808, págs. 213-214.

(103) En el mismo sentido: POEHL (Voz *Amt* en el *Bluntschli und Brater'schen Staatswörterbuch*, I, págs. 218 y sigs.) y ZACHARIAE (*Deutsches Staats- und Bundesrechts*, 3.ª ed., 1865-1867, II, págs. 44 y sigs.). Apud LABES, ob. cit., pág. 235.

(104) Ob. cit., IV, pág. 76.

(105) *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923, pág. 6.

(106) *Principios generales de Derecho administrativo*, trad. esp., III, Buenos Aires, 1949, pág. 93.

(107) *Tratado de Derecho administrativo*, I, Montevideo, 1953, pág. 325.

diferentes; la represión disciplinaria tiene en cuenta el mejoramiento del servicio público, mientras que la represión penal tiene por objeto esencial el castigo personal del funcionario delincuente, en nombre de la idea de Justicia, siendo secundaria la idea de la ejemplaridad; la represión penal no tiene por tanto el fin de mejorar el funcionamiento de un servicio público».

No obstante, esta opinión ha sido contradicha ya en el mismo país, pues ni es cierto que el Derecho penal pase por alto el buen funcionamiento de la Administración, ni es cierto que el Derecho disciplinario no tenga cierto carácter expiatorio, para comprobar, lo cual basta pensar en el sistema de graduación de sanciones, que de otro modo resultaría inexplicable (108).

Más aún, como ha señalado SALON (109), las debatidas diferencias entre ambos derechos van borrándose cada vez más, como consecuencia de dos tendencias convergentes: por un lado se están empleando sanciones de tipo disciplinario fuera de las relaciones jerárquicas y, por otro lado, se están aplicando sanciones penales con objetivos considerados, hasta ahora, como típicamente disciplinarios. «La represión penal se ejerce en ocasiones con vista a asegurar el buen funcionamiento de un grupo, bien sea porque las sanciones puramente disciplinarias no parecen lo suficientemente eficaces, o porque las infracciones no sólo afectan al orden interior del grupo sino al orden público en general. En este sentido, la injerencia de la represión penal en el ámbito de la disciplina es susceptible, incluso, de acentuarse, dada la evolución actual de la sociedad, puesto que, en una época en que la intervención del Estado y el papel de la Administración revisten una importancia capital, es lógico considerar que la simple debilidad de un funcionario puede afectar al orden público de una manera mucho más grave que un acto crapuloso cometido por un ciudadano. Pero es difícil prever si tal evolución desembocará, en último extremo, en una inflación del Derecho penal o, por el contrario, en una acentuación de la tendencia a utilizar las técnicas del Derecho disciplinario fuera de su ámbito tradicional de las relaciones jerárquicas».

Las cuestiones, en efecto, se van complicando cada vez más porque, como en principio toda la actividad administrativa va dirigida al buen funcionamiento de la Administración, es difícil separar lo que, dentro de este objetivo único tiene carácter disciplinario, o no. Por ello WALI-

(108) MARTY, *Répression pénale et répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Paris, 1947, pág. 11.

(109) Ob. cit., págs. 29-36.

NE (110), sobre la base de la legislación francesa, exige que el acto administrativo disciplinario tenga una intención punitiva, pues en otro caso no es sanción disciplinaria y, a la inversa, una escrupulosa separación de actos de ambos tipos—los disciplinarios y las medidas no disciplinarias puramente dedicadas al mejoramiento de los servicios—puede servir para detectar lo que denomina «medidas disciplinarias enmascaradas», o sea, actos materialmente sancionatorios, pero que se encubren formalmente bajo la consideración de simples medidas orientadas hacia la buena marcha de la Administración, como por ejemplo un traslado por «necesidades del servicio».

8. *Etica profesional.*

Muchos autores suelen asignar al Derecho disciplinario, además del objetivo indicado de carácter funcional, un segundo objetivo, que consiste en la conservación de la pureza y del nivel ético del funcionariado. Por eso se ha podido llamar a los órganos sancionatorios disciplinarios, Tribunales de *honor* (111).

La idea ya fue desarrollada por BINDING, aunque referida, no al cuerpo funcionarial sino a los funcionarios individualmente considerados. Para él, la sanción disciplinaria, a diferencia de la pena, significa para el funcionario un medio pedagógico, una advertencia. En definitiva *ne peccetur. non quia peccatum est*; lo cual explica precisamente que pueda aplicarse no sólo a la infracción de deberes legales específicos, sino también a infracciones éticas de carácter extrajurídico (112) y, en último extremo, justificaría también la posibilidad de sancionar no sólo actos concretos sino conductas genéricas de desobediencia o consideradas indignas.

En el Derecho alemán, todas estas ideas se han expresado en una sentencia del Tribunal Administrativo Supremo prusiano de 23 de diciembre de 1912, citada siempre como paradigmática: «El procedimiento penal tiene por objeto castigar la ruptura del orden jurídico, de la que se ha hecho responsable un individuo por una violación de normas jurídicas expresas. El objetivo del procedimiento disciplinario consiste, por el contrario, en mantener al funcionariado en su constitución externa e interna a una altura tal que, tanto en sus actos concretos como en su actitud genérica, responda a las exigencias impuestas por el interés público y el interés específico del cargo... En consecuencia, el fin del Derecho penal ordina-

(110) Ob. cit., págs. 805-806. Y en el mismo sentido LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 3.^a ed., II, París 1963, pág. 93.

(111) LINDGEN, *Handbuch des Disziplinarrechts*, I, Berlín, 1966, pág. 2.

(112) *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1902, págs. 184 y sigs.

rio es el mantenimiento del orden jurídico, y el del Derecho disciplinario la educación del funcionario con vistas a mantener su pureza y su eficacia».

Apurando las consecuencias de todos estos principios, podría llegarse a la conclusión de que el Derecho disciplinario, a diferencia del penal, es un Derecho de autor, con todo lo que ello supone (113): El Derecho disciplinario es un derecho de autor—tal como afirma tajantemente el penalista JAGUSCH—puesto que no se preocupa tanto de la perturbación que el hecho produce en la vida social, como de la relajación en el cumplimiento de los deberes, la decencia y la dignidad de los funcionarios en todos y cada uno de los aspectos de su vida; por cuya razón se refiere a la personalidad del autor en su conjunto; pero para este escritor, y de forma muy acertada, la sanción disciplinaria, para alcanzar su objetivo final, puede utilizar medios muy distintos—unos pedagógicos-correctivos (como advertencias y suspensiones), otros purificadores (como la separación del servicio) y otros vindicativos— (114).

Las consecuencias prácticas de toda esta concepción son fáciles de prever: la sanción no es determinada en proporción con el hecho, y ni siquiera con la culpabilidad del autor, sino en relación con la oportunidad administrativa, con la utilidad que para la Administración represente su posterior utilización (115).

9. Conclusión.

La revisión de cuanto se ha dicho da una clara idea de imprecisión y hasta de incongruencia. Nótese, por ejemplo, que con funcionalismo se subraya un significado social, mientras que la ética pone un énfasis especial en los aspectos individuales del Derecho disciplinario. La razón de todas estas contradicciones es evidente: el Derecho penal ha elaborado teorías de explicación de las penas, muy diferentes entre ellas, y por tanto, los administrativistas que al analizar la sanción disciplinaria parten de

(113) "En el Derecho penal en primer plano se encuentra la acción, mientras que en el Derecho disciplinario, el autor. En aquél se parte del cumplimiento de un tipo; en éste, de la conducta de un funcionario. En aquél las circunstancias personales pueden ser tenidas en cuenta para graduar la pena; en éste, la sanción se determina por la conducta del funcionario considerada en su conjunto... hasta tal punto que una probada eficacia puede operar no sólo atenuante, sino como liberatoria de la sanción (como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad de la decisión de iniciar el procedimiento)" (EVERLING, en *Reichsverwaltungsblatt*, 1935, pág. 665, apud SCHUETZ, *Disziplinarrecht*, Bielefeld, 1964, pág. 71.

(114) JAGUSCH, ob. cit., I, pág. 87.

(115) LINDGEN, I, págs. 1-2.

una hipótesis dogmática concreta, terminan incurriendo inevitablemente en las contradicciones propias de la base que les sirve de apoyo.

En su consecuencia, a la hora de hacer una revisión general de todo este tema, hay que ser conscientes de que la pena—frente a lo que aseguran la mayor parte de las escuelas—*no cumple un solo objetivo* sino varios y que, por tanto, la pretendida contraposición de la sanción disciplinaria a cada uno de esos objetivos aislados y concretos, está condenada de antemano al fracaso. La función de la pena es múltiple (corrección, extirpación, prevención y expiación) y lo mismo sucede, en mayor o menor grado, con la sanción disciplinaria, que indudablemente persigue también todos estos objetivos, según ha puesto de relieve DEPÉLRÉE (116).

V.—LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Si como resultado de todo lo anterior, al cabo de más de un siglo de complicadas especulaciones, se ha llegado a la conclusión de que desde cualquier punto que se contemple—histórico o dogmático—el Derecho disciplinario es algo diferente al Derecho penal, cabe ahora realizar un intento de síntesis que supere la tensión existente entre ambos Derechos y, sobre todo, que conceda a los funcionarios la mayor parte, si no todas, de las garantías de que gozan los ciudadanos en el Derecho penal. Porque ¿qué razón puede justificar el que los funcionarios en el procedimiento disciplinario se encuentren en una situación de desventaja respecto a los ciudadanos en el proceso penal? ¿No es ilógico que el progreso que ha conseguido la justicia penal a lo largo de los siglos no sea aplicado en el procedimiento disciplinario? La demostración dogmática de que se trata de cosas diferentes, puede explicar que los principios del Derecho penal dejen de ser aplicados automáticamente en materia disciplinaria; pero no justifica el debilitamiento de la esfera jurídica de los funcionarios.

La doctrina moderna no exige, por tanto, la integración del Derecho disciplinario en el Derecho penal—una solución demasiado simple para ser eficaz—sino lo que ha dado en llamarse la jurisdiccionalización del Derecho disciplinario, que ha llegado a constituir la meta imprescindible de toda reforma sobre este tema.

Pero conviene advertir que la cuestión no es reciente ni mucho menos. Por remitirme a un testimonio bien conocido, es de recordar que ya

(116) Ob. cit., págs. 100-107.

en 1908 DUCUIT (117) había detectado «una marcada tendencia por parte de la represión disciplinaria a acercarse progresivamente a la represión penal»; más aún, había llegado a afirmar rotundamente que «llegará quizá un momento en el que la represión disciplinaria se confundirá con la represión penal. Lo que no es imposible puesto que las dos especies tienen el mismo carácter y reposan sobre el mismo fundamento. La represión penal se ejerce en forma jurisdiccional; cuando se haya completado la evolución de la represión disciplinaria, se ejercerá jurisdiccionalmente, y no habrá ninguna diferencia, ni de fondo ni de forma, entre ambas especies de represión».

La idea está tan generalizada en Francia por aquella época que en 1912 se lee una tesis en la facultad de Derecho de París (118), cuyo objeto consiste precisamente en «poner de relieve la evolución que tiende a sustituir progresivamente en la Función Pública la disciplina jerárquica por la disciplina jurisdiccional». Lo que significa que «las penas disciplinarias que antes se imponían arbitrariamente y sin procedimiento alguno por los jefes jerárquicos, tienden cada vez más a ser impuestas por una jurisdicción y como consecuencia de un procedimiento destinado a proteger eficazmente el derecho de defensa».

Las consecuencias de esta evolución son evidentes: una aproximación del procedimiento disciplinario al procedimiento penal, acelerada por la circunstancia de que el procedimiento penal, por su parte, también se encuentra en movimiento, es decir, que está perdiendo su antigua rigidez para alcanzar una flexibilidad que antes parecía propia y exclusivamente del Derecho disciplinario. Sin olvidar, en fin, el matiz político de estas tesis: a primeros de siglo, el funcionariado francés lucha duramente por conseguir liberarse de la dictadura cuasi militar de sus jefes, utilizando, al efecto, como armas fundamentales, el sindicalismo y la supresión de la arbitrariedad en el Derecho disciplinario. Por ello termina afirmando el autor antes citado que «de una manera lenta pero segura la evolución se encamina hacia una democracia cada vez más amplia y más completa, en la que el poder personal desaparece progresivamente ante el imperio impersonal del Derecho».

Tales ideas han sido dominantes durante muchos años en el Derecho francés hasta haberse generalizado hoy en toda Europa y llegado a ser tema central de conferencias y congresos. En 1946 para BONNARD DUVER-

(117) Ob. cit., II, pág. 469.

(118) GILBERT, M., *La discipline des fonctions publiques*, París, 1912. Las citas se encuentran en las páginas 17 y 2.

GER (119) la sanción disciplinaria, a diferencia de la penal, todavía no se encuentra «enteramente jurisdiccionalizada», pero en ella se aprecian, al menos, *elementos de la jurisdiccionalización*, que, en definitiva vienen a ser los criterios legales o reglados que limitan la antigua discrecionalidad de este Derecho».

Ahora bien, admitiendo en principio la corrección y la utilidad de esta tendencia, conviene examinar en todo caso el contenido preciso de este término, un poco ambicioso, de la jurisdiccionalización. Porque sucede que la palabra viene a emplearse, cuando menos, en dos sentidos distintos, lo que produce inevitablemente grandes equívocos en el diálogo. Para unos, se trata de introducir simples garantías procesales, mientras que, para otros, jurisdiccionalizar, valga la redundancia, significa encomendar la potestad disciplinaria a una auténtica jurisdicción.

Como representante de la primera opinión puede citarse aquí el autorizado testimonio de CHARLIER (120), quien declara, sin más, que «cuando se habla de jurisdiccionalizar una represión, lo que se quiere decir, en el fondo, es rodearla de garantías». Y para fundar su afirmación acude a una serie muy variada de argumentos: a) Por lo pronto, ya llama la atención que para dar facilidades al inculpado se le pretenda entregar en manos de la actividad estatal más excelsa, más terrible. b) La jurisdicción tiende a hacer respetar la norma jurídica, mientras que el castigo disciplinario tiende simplemente a asegurar la obediencia al superior y la buena marcha del servicio. c) El juez penal, en rigor, no está realizando una actividad jurisdiccional, sino interviniendo en la vida social, en la policía social, cosa que sólo muy raramente realiza el juez civil, y lo que en ningún caso debe confundirse con la actividad judicial propiamente dicha.

Si, a pesar de ello, se insiste en la jurisdiccionalización es porque no se tiene confianza en la Administración y porque más vale prescindir de escrúpulos técnicos y buscar lo que sea más útil al interés del funcionario. En definitiva —termina diciendo este autor—, «esta tendencia nunca podrá conferir a la sanción disciplinaria un carácter o naturaleza jurisdiccional material, debiendo limitarse a rodear sus aspectos procesales de unas saludables garantías, lo que evidentemente ya es por sí solo muy importante».

Sin embargo, la mayor parte de los autores lo que propugnan es una auténtica jurisdiccionalización, en el sentido riguroso defendido

(119) BONNARD-DUVERGER, *Précis de Droit Public*, 7.^a ed., París, 1946, pág. 19.

(120) En el prólogo a la obra de SALON, citada, págs. II-V.

por DE VISSCHER (121) o PARADA (122). La realidad es que, en la actualidad, la sanción disciplinaria no suele tener en casi ningún país las notas de una auténtica jurisdicción y no es suficiente para remediar tal defecto el que los actos administrativos disciplinarios puedan ser revisados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues tal circunstancia no cambia la naturaleza del acto, que es lo que se pretende.

Según DE VISSCHER, la defendida jurisdiccionalización del Derecho disciplinario debe abarcar los siguientes puntos: a) Definición limitativa de las infracciones disciplinarias, por textos legales o, al menos, reglamentarios lo suficientemente precisos como para no dejar lugar a ninguna arbitrariedad. b) Fijación de una escala de penas y, en la medida de lo posible, una correlación entre la infracción y la pena. c) Traspaso del poder disciplinario a un Tribunal dotado de una autonomía, a la vez orgánica y funcional.

Estos objetivos parecen, no obstante, harto ambiciosos, y el propio autor lo reconoce, puesto que luego matiza su idea de una forma mucho más realista (pág. 8): «cuando hablamos de jurisdiccionalizar la función disciplinaria, no estamos pensando en trasladarla del dominio de lo ejecutivo al dominio del poder judicial; jurisdiccionalizar el poder disciplinario consiste en organizarlo diferentemente dentro del poder ejecutivo, sustrayéndolo a la competencia de los órganos de la Administración activa para conferirlo a una jurisdicción administrativa que tenga facultades de plena jurisdicción».

¿Cuál de estas dos tendencias —la que pudiera llamarse minimalista o la maximalista— es la más recomendable? He aquí una cuestión en la que no puede entrarse ahora, limitándonos a dejar planteada la pregunta y abierta la interrogación. Porque para su tratamiento adecuado habría que examinar cuidadosamente, junto a determinados puntos concretos de técnica jurídica, las características totales del régimen jurídico de cada país. Lo cual excedería con mucho los objetivos marcados al presente trabajo.

(121) Ob. cit., pág. 3.

(122) *Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador*, en el núm. 52 de esta REVISTA, Madrid, 1967.

