

# El régimen disciplinario de los funcionarios públicos

Joan Manuel Trayter Jiménez

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tesisenred.net](http://www.tesisenred.net)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tesisenxarxa.net](http://www.tesisenxarxa.net)) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

**EL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS**

**TESIS DOCTORAL**

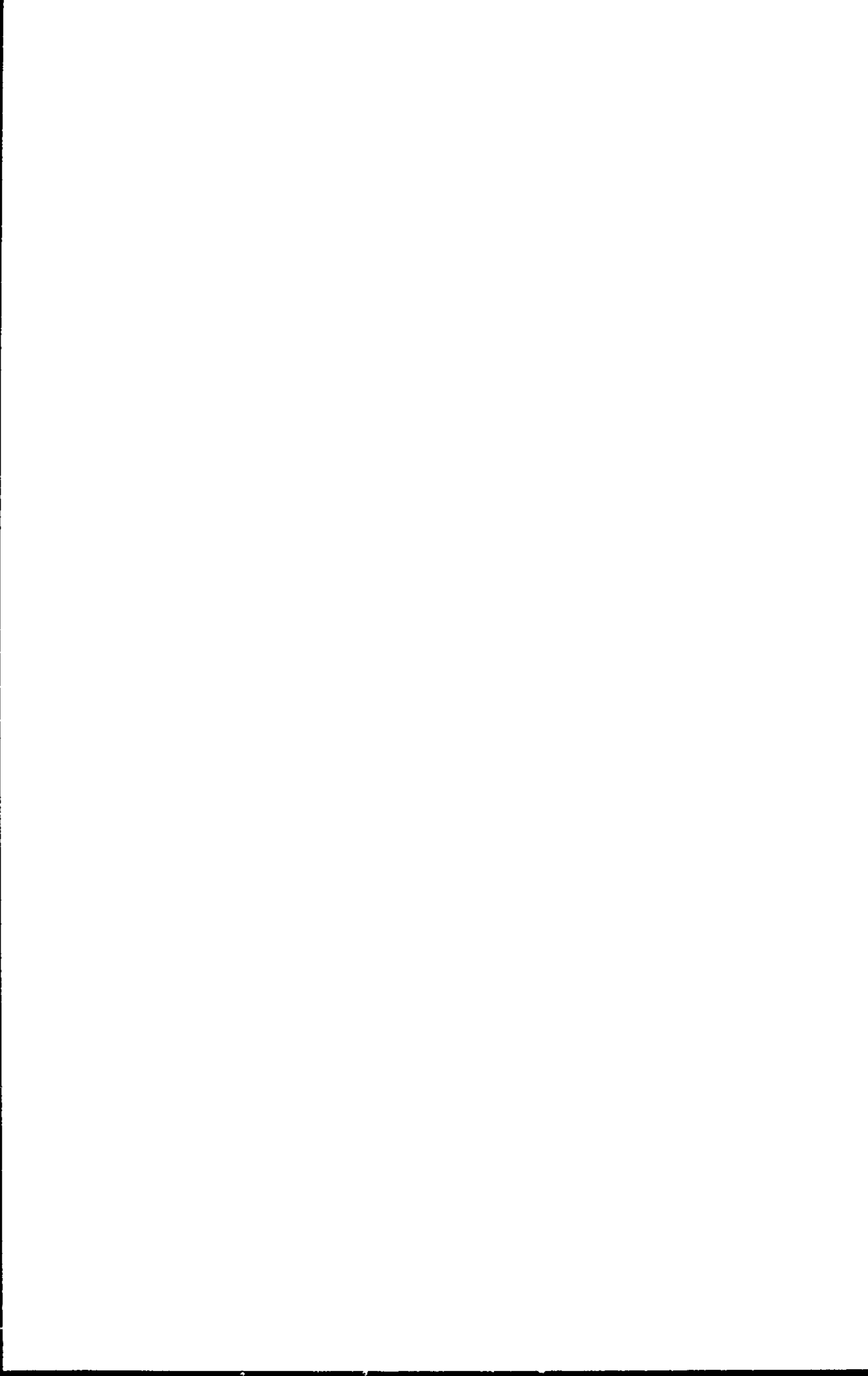
**TOMO I**

**Presentada por:**

**Joan Manuel Trayter Jimenez  
Departament de Dret Administratiu  
Universitat de Barcelona**

**Dirigida por el Dr:  
Rafael Entrena Cuesta  
Catedrático de Derecho Administrativo**

**Barcelona Febrero de 1.991**



*Iustitia est constans et perpetua volun-  
tas ius suum cuique tribuendi.*

*Ulpiano: l. 10, pr., D., de iustitia et iure.  
1, 1; y pr., L., de iustitia et iure, 1, 1.*

La realización del presente trabajo ha sido posible gracias al esfuerzo, ayuda y aliento de numerosas personas.

Como a buen seguro, por mucho que me esmerara habría omisiones imperdonables, vaya a todas ellas mi más sincero agradecimiento.

En especial quiero mostrar mi gratitud al Doctor Rafael Entrena Cuesta, director de este estudio, por su confianza, continuo apoyo y aún más que eso, su personal y sistemática visión del derecho.

Asimismo, al Doctor Joaquín Tornos Mas, por su paciencia infinita al aportarme el rayo de luz necesario para salir de las frecuentes penumbras que un estudio de este tipo te depara; al Doctor Tomás Font i Llovet, Director del Departamento, por su calidad humana siempre reconfortante y por crear un ambiente intelectual propicio al estudio e investigación, a la Doctora Elisenda Malaret, que aún sacando tiempo de donde no lo hay, se brindó a leer, anotar, corregir, e incluso comentar la última lectura del original; y a todos los miembros del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona con particular mención a la Doctora María Jesús Montoro que me proporcionó una parte de la bibliografía sobre ciertos capítulos tal y como están siendo desarrollados en Alemania y al profesor Juan Carlos Maresca que, en los inicios, supo inculcarme el espíritu crítico con que debe afrontarse el estudio del derecho.

Finalmente, pero no en el último lugar, deseo recordar en este momento a mis padres y hermano por toda la ayuda que me han prestado soportando el incontenible mal humor que, a veces, surge cuando no ves en momentos puntuales, el final del túnel; y a Soraya, Isabel y la letrada Marta Arincón por su lucha sin cuartel contra una letra absolutamente indescifrable.

A todos ellos, fuera de todo rito obligatorio, mi más sincero y cálido reconocimiento. Es de justicia.



## SUMARIO

	Pág.
INTRODUCCION	
TITULO I CONCEPTO Y EVOLUCION HISTORICA DEL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS ....	9
TITULO II LAS MATIZACIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO. EN PARTICULAR, LA DOCTRINA DE LAS ESPECIALES RELACIONES DE SUJECION .....	50
TITULO III EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	138
I    EVOLUCION HISTORICA Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRAS LA PROMULGACION DEL ARTICULO 25.1 CE .....	138
II   RESERVA DE LEY Y REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS .....	143
III  EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD .....	211
IV  LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS NO FAVORABLES. LA RETROACTIVIDAD DE LAS BENEFICIOSAS .....	256
V   PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS .....	266
TITULO IV LA CALIFICACION DE LAS FALTAS .....	311
TITULO V DETERMINACION Y CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS .....	373

	Pág.
I EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	373
II CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS .....	398
TITULO VI PRESCRIPCION DE FALTAS Y SANCIONES .....	427
TITULO VII LAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO PUBLICO .....	443
TITULO VIII EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO .....	468
TITULO IX LA SUSPENSION DE LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS .....	524
- CONCLUSIONES .....	581
- ABREVIATURAS .....	588
- PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES .....	591
- PRINCIPALES DISPOSICIONES VIGENTES SOBRE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS .....	596
- BIBLIOGRAFIA .....	601

## INDICE

	Pág.
<b>TITULO I CONCEPTO Y EVOLUCION HISTORICA DEL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS ...</b>	<b>9</b>
<b>I CONCEPTO DE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. ....</b>	<b>9</b>
<b>II ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. ....</b>	<b>16</b>
1.- Introducción. La Baja Edad Media y el nacimiento del Derecho disciplinario. ....	16
2.- La visita, el juicio de residencia, la pesquisa, la purga de taula.....	18
A La visita .....	18
B El juicio de residencia .....	24
C La pesquisa .....	28
D La purga de Taula .....	30
3.- El Estado Absoluto y el derecho disciplinario: La tesis de Nieto. ....	35
4.- El derecho disciplinario en la época del constitucionalismo. ....	39
5.- La Constitución de 1978 y el derecho disciplinario. ....	42
6.- Principales conclusiones extraídas de ese proceso histórico: La naturaleza penal, civil o administrativa del derecho disciplinario. ....	45
 <b>TITULO II LA MATIZACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN EL AMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO. EN PARTICULAR, LA DOCTRINA DE LAS ESPECIALES RELACIONES DE SUJECION. ....</b>	 <b>50</b>

	Pág.
I LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN LA CONSTITUCION: PLANTEAMIENTO GENERAL.....	50
II CONSECUENCIAS QUE SE HACEN DERIVAR DE LA DOCTRINA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION Y DE LA DIFERENCIACION CUALITATIVA ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO PENAL. ....	62
1.- Las matizaciones en la aplicación de los principios que rigen el ordenamiento punitivo del Estado. ....	63
2.- Restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales recogidos en la Constitución mediante normas de rango inferior a la Ley. El fenómeno de la progresiva laboralización de la función pública. ....	80
III LA "VIS EXPANSIVA" DE LA DOCTRINA DE LAS ESPECIALES RELACIONES DE SUJECION. ....	97
IV LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. ....	104
1.- La teoría de la diferenciación cualitativa entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Su conexión el instituto de las relaciones especiales de sujeción. ....	105
A Planteamiento general. ....	105
B La tesis de la diversidad cualitativa entre los ilícitos penales y disciplinarios. ....	108
C La diferencia cualitativa entre pena y sanción. ....	121

	Pág.
2.- La tesis de la diferenciación cuantitativa. ....	125
V LA NECESARIA VINCULACION DE LA RESERVA DE LEY - LIMITACION DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL FUNCIONARIO. ....	132
TITULO III PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	138
I EVOLUCION HISTORICA Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRAS LA PROMULGACION DEL ARTICULO 25.1 CE. ....	138
II RESERVA DE LEY Y REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. ....	143
1.- La reserva de Ley en el derecho administrativo sancionador. ....	143
A Planteamiento. ....	143
B Reserva de Ley y derecho penal. ..	147
C Reserva de Ley y derecho administrativo sancionador: El alcance del término legislación. ....	150
1. Introducción. ....	150
2. La intervención del reglamento: Justificación alcance y límites. ....	155
a) Su justificación. ....	155
b) Alcance y límites de la remisión legislativa al reglamento. ....	160
2.- Sustantividad de la reserva de Ley en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. ....	172

	Pág.
A Vinculación de la potestad disciplinaria a la reserva de Ley. El régimen disciplinario como integrante del Estatuto de los funcionarios públicos. ....	172
B Nulum crime sine lege, nulla poena sine lege: Su plasmación en la legislación positiva. ....	187
1. Nullum crime sine lege. ....	188
2. Nulla poena sine lege. ....	202
C CONCLUSIONES. ....	207
III EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD. ....	211
1.- Introducción. ....	211
2.- La tipicidad como mandato al legislador. ....	213
A Las normas en blanco. ....	215
1. Consideraciones previas. La estructura de las normas disciplinarias. ....	215
a) Consideraciones previas. .	215
b) La estructura de las normas disciplinarias. ....	216
2. Concepto de ley en blanco en la doctrina penalista. Su aplicación al derecho disciplinario. ....	217
B Los tipos abiertos o cláusulas abiertas: Sus límites constitucionales. ....	227
C Las infracciones deontológicas. La prohibición constitucional de los Tribunales de Honor. ....	234

	PÁg.
3.- El principio de tipicidad como mandato a la Administración: La correcta adecuación del hecho realizado al tipo disciplinario. ....	243
A La calificación de unos hechos como infracción disciplinaria, no constituye una potestad discrecional de la Administración. ....	243
B La prohibición de la analogía. ...	245
1. Concepto y clases de analogía. Diferencias entre analogía e interpretación extensiva. ....	246
2. La analogía y el ordenamiento punitivo del Estado. Su aplicación en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos. ....	250
 IV LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS NO FAVORABLES. LA RETROACTIVIDAD DE LAS BENEFICIOSAS. ....	 256
1.- Planteamiento general. Los artículos 9.3 y 25.1 CE. ....	256
2.- Alcance de la retroactividad.....	261
 V PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS. ....	 266
1.- Consideraciones previas. ....	266
2.- Concepto y origen del principio non bis in idem. ....	269
3.- Non bis in idem material y régimen disciplinario. ....	275

	Pág.
A La Constitucionalización del principio non bis in idem: prohibición de duplicidad de sanciones (administrativa y penal) por la comisión de un mismo hecho. ....	275
B Inaplicación del non bis in idem material en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos..	278
1. Los fundamentos sobre la no vigencia del principio "non bis in idem". ....	278
2. Consecuencias de la inaplicación del "non bis in idem"	285
C Posibles soluciones. ....	292
4.- Non bis in idem procesal externo. Las relaciones entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. ....	304
A Planteamiento. ....	304
B Aplicación del principio non bis in idem procesal al régimen disciplinario: Análisis de los diferentes supuestos.....	309
1. Supuesto en que un mismo hecho puede ser constitutivo de falta disciplina y delito de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos o delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes	310
2. Supuesto que concorra una falta disciplinaria y un delito o falta penal de tipo común .....	312



4.- Non bis in idem procesal interno: la imposibilidad de seguir dos procedimientos disciplinarios por la comisión de un mismo hecho. Las relaciones entre sanción disciplinaria y sanción de protección del orden general.....	318
A La imposibilidad de iniciar dos procedimientos disciplinarios ante la comisión de un hecho que ataque a una única norma: El principio non bis in idem y su relación con la cosa juzgada.....	318
B Principio non bis in idem: Sanción disciplinaria y sanción de protección del orden general. Sus relaciones con los órdenes civil y penal. ....	321
<b>TITULO IV LA CALIFICACION DE LAS FALTAS .....</b>	<b>331</b>
<b>I INTRODUCCION .....</b>	<b>331</b>
<b>II EL DEBER DE FIDELIDAD A LA CONSTITUCION .....</b>	<b>332</b>
1.- El deber de fidelidad a la Constitución en Alemania .....	333
2.- El deber de fidelidad a la Constitución en España .....	336
<b>III EL ABANDONO DEL SERVICIO .....</b>	<b>342</b>
1.- El abandono del servicio como falta disciplinaria .....	342
2.- El abandono del servicio como delito.	349

IV	LA DISCRIMINACION. LA INFRACCION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD .....	352
	1.- Generalidades. La doctrina del TC sobre el articulo 14 CE .....	352
	2.- La infracción del principio de igualdad como falta disciplinaria ...	356
	3.- La infracción del principio de igualdad como delito cometido por los funcionarios públicos .....	358
V	LA FALTA GRAVE DE DESCONSIDERACION CON LOS SUPERIORES, COMPAÑEROS Y SUBORDINADOS .....	362
	1.- Caracteres generales .....	362
	2.- Elementos del ilícito .....	366
TITULO V DETERMINACION Y CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS .....		373
I	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	373
	1.- Origen, contenido y aplicación del principio de proporcionalidad .....	373
	2.- Naturaleza jurídica. El TC y el principio de proporcionalidad .....	378
	3.- Su aplicación en el derecho disciplinario .....	386
	4.- Consecuencias de su aplicación: El control de la discrecionalidad .....	390
II	CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS .....	398
	1.- La separación del servicio .....	398
	A Regulación positiva y contenido ..	398

B La necesidad de modular sus consecuencias. El problema de los fines y efectos de las sanciones disciplinarias .....	404
2.- La suspensión de funciones como sanción disciplinaria .....	409
3.- El traslado con cambio de residencia. Breves reflexiones sobre instituto de la desviación de poder .....	412
4.- La deducción proporcional de retribuciones .....	423
5.- El apercibimiento .....	425
<b>TITULO VI PRESCRIPCION DE FALTAS Y SANCIONES .....</b>	<b>427</b>
I CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCION .....	427
II PRESCRIPCION DE LAS FALTAS .....	430
III PRESCRIPCION DE LAS SANCIONES .....	433
<b>TITULO VII LAS MEDIDAS CAUTELARES. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO PUBLICO .....</b>	<b>445</b>
I PLANTEAMIENTO .....	445
II FUNDAMENTO, CARACTERES Y LIMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA .....	446
1.- Carácter instrumental respecto del procedimiento incoado .....	448

	2.- Precariedad y provisionalidad: La influencia de los derechos fundamentales en cuanto al tiempo de suspensión .....	449
	3.- Dependencia del procedimiento principal .....	454
III	LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL FUNCIONARIO SOMETIDO A PROCESAMIENTO JUDICIAL .....	456
IV	LA SUSPENSION PREVENTIVA COMO ACTO DE TRAMITE Y SU POSIBLE IMPUGNACION AUTONOMA .....	463
	TITULO VIII EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO .....	468
I	EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. PRINCIPIOS GENERALES Y CONTENIDO .....	468
	1.- Iniciación del procedimiento: La incoación. La información previa ....	469
	2.- Desarrollo .....	472
II	ALGUNOS ASPECTOS DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO A LA LUZ DEL ARTICULO 24 CE ..	477
	1.- Ambito de aplicación del artículo 24 CE: la interpretación finalista de la norma fundamental .....	477
	A Introducción. Contenido .....	477
	B Su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores ....	479
	2.- Alcance y contenido de algunos derechos: El asesoramiento y asistencia de letrado, el carácter público del proceso, el derecho a conocer de la acusación formulada y el derecho de audiencia al interesado .....	483

3.- El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. El derecho al recurso y su aplicación en los procedimientos disciplinarios.	498
A La pertinencia y relevancia de la prueba .....	499
B La interdicción de recurrir autónomamente la denegación de la admisión y práctica de las pruebas ¿inconstitucional?.....	502
4.- La necesaria caducidad del procedimiento disciplinario por dilaciones indebidas en su tramitación .....	510
 TITULO IX LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS .....	524
I PROBLEMÁTICA GENERAL: LA TÉCNICA DE LA SUSPENSIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS ANTES Y DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN .....	524
II EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL "NULLA POENA SINE IUDICIO" Y LA EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS .....	535
III LA EFECTIVIDAD DE LA TUTELA JUDICIAL Y LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS ..	544
1.- La necesaria incidencia real en la esfera jurídica por la que se reclama la tutela judicial: La suspensión de la ejecutividad de los actos disciplinarios hasta su firmeza en vía jurisdiccional .....	544

2.- El sometimiento de la ejecutividad de los actos sancionadores a la decisión de los tribunales: La modular ejecutiva y su posterior reinterpretación .....	553
A Las precisiones de la doctrina recogida en la STC 66/84, de 6 de Junio .....	553
B La situación actual: Ratificación del privilegio de la ejecución inmediata de los actos disciplinarios .....	559
3.- Valoración global del proceso jurisprudencial: La necesidad de retrasar la ejecución de la medida disciplinaria hasta que adquiera firmeza en vía administrativa. La ponderación de los intereses en juego como criterio para mantener o levantar la suspensión .....	564
 IV HACIA UN NECESARIO PERFECCIONAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS DISCIPLINARIOS .....	 569
 - CONCLUSIONES .....	 581
- ABREVIATURAS .....	588
- PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES .....	591
- PRINCIPALES DISPOSICIONES VIGENTES SOBRE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS .....	595
- BIBLIOGRAFIA .....	601

## INTRODUCCION

Uno de los sectores de nuestro ordenamiento que ha sufrido tras la Constitución cambios más trascendentales, es el de las sanciones administrativas. Sin hipérbole y por contraste con tiempos afortunadamente ya pasados (1), puede afirmarse que el Texto Fundamental de 1.978 contiene los resortes necesarios para colocarnos a la vanguardia de los derechos punitivos post-beccarianos.

En efecto, una vez proclamada la existencia de un Estado Social de Derecho en el que los poderes públicos constituyen, por definición, la clave de bóveda del sistema, reconocido para los ciudadanos un catálogo de derechos y garantías fundamentales sin parangón en nuestra área cultural y concretado, expresamente, el papel finalista exclusivo y excluyente que debe cumplir la Administración (el servicio a los ciudadanos y la consecución del interés general) (2) no era de extrañar que el universo de lo

---

(1) Conocido es el inortal párrafo que GARCIA DE ENTERRIA dedica a la cuestión: "frente al afinamiento de los criterios y de los alicudos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, de versare in re illicita, de supuestos estinativos y no tipificados legalmente, de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones, con desplazamiento al reo de la carga de probar su inocencia, de los procedimientos sancionatorios no contradictorios, de recursos en justicia condicionados a la previa efectividad de la sanción, o de los que puede resultar la sorpresa de un reformatio in peius, de la persistencia imprescindible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de la responsabilidad, o de la acción, o de la antijuridicidad, o del sistema de atenuantes, de condenas condicionales, de rehabilitación del culpable, etc. Sin hipérbole puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio ha sido hasta la fecha un derecho represivo prebeccariano". GARCIA DE ENTERRIA, El problema jurídico de las sanciones administrativas, REDA n.º. 10, 1.976 pág. 409.

(2) En ese sentido LUCIANO PAREJO, A. JIMENEZ BLANCO, L. CRIEGA, Manual de Derecho Administrativo, Ed. Ariel, Barcelona 1.989 pág. 45.

sancionatorio - administrativo experimentara igualmente un giro copernicano.

En ese marco, (el de las sanciones administrativas) se inserta el embrión del presente trabajo, cuyo espectacular y prolijo desarrollo nos obligó a seleccionar una parte específica, referida al régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

Por tanto y en una primera aproximación varias tareas nos ocupan: Demostrar el carácter indiscutible de sanciones administrativas que poseen los castigos disciplinarios, que si bien su origen pudo ser distinto al derecho penal, poco a poco van acercándose a él desprendiéndose de sus rasgos primitivos (3); explicar porque no pueden ser relativizados los grandes principios que rigen las llamadas sanciones administrativas de protección del orden general (a las que estamos todos los ciudadanos sometidos y cuya similitud con las técnicas penales es enorme) en base, exclusivamente a su inclusión en las denominadas sanciones de auto protección o sujeción especial (donde la Administración busca su propia defensa y por tanto, -se dice, afirmación que rechazamos- sus fines son totalmente distintos a los del resto del ordenamiento punitivo del Estado).

Para ello, es necesario comprobar exhaustivamente el grado de vinculación del derecho disciplinario a los grandes principios que rigen el resto del mundo sancionatorio (principio de legalidad, proporcionalidad, derechos de defensa recogidos en el artículo 24 CE etc), si son justificables algunas diferencias que sobre todo la

---

(3) En esa línea SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1.989 pág. 68-69 que añade: Las sanciones disciplinarias, como en general cualquier otra institución, ni son esclavas de su pasado, ni han quedado ancladas en el mismo.



jurisprudencia quiere ver, las necesarias modulaciones -más bien adaptaciones- en razón de la especificidad de la materia abordada.

En este contexto, hemos obviado el estudio de un principio que si bien en una hipótesis de trabajo parece de inexcusable observancia, el examen pormenorizado, para cada tipo de falta, de su alcance virtualidad y consecuencias, requeriría una atención monográfica: se trata del principio de culpabilidad (4).

En efecto, es tradicionalmente admitido en un Estado de Derecho que la infracción de las normas jurídicas solo puede ser reprochada a su autor cuando este ha podido actuar de modo distinto a como lo hizo, esto es, cuando ha podido actuar de modo conforme al deber impuesto. Por tanto, para que un comportamiento sea sancionable ha de concurrir por parte del autor o bien negligencia (culpa) o bien voluntariedad y mala fe (dolo). Esa concepción excluye la llamada responsabilidad objetiva que únicamente examina el resultado ilícito de un comportamiento, al margen de toda idea de culpabilidad.

Este planteamiento en el ámbito penal, si bien ha sido firmemente defendido por la doctrina, no parece haber quedado expresamente recogido en el Texto Constitucional (5) y sólo recientemente, tras la reforma operada por la LO

---

(4) Ver, por todos, S MIR PUIG, Derecho penal, Parte general, Ed. PPU, Barcelona 1.985 págs. 463 y ss.; CODO DEL ROSAL -T.S. VIVES ANTON, Derecho penal, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1.987 págs. 413 y ss.

(5) M. CODO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho penal... op. cit. pág. 367. En el ámbito administrativo la STC 219/86, de 22 de Noviembre, declara la inconstitucionalidad del art. 2782 del antiguo Código de la Circulación por instaurar una responsabilidad objetiva contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Con anterioridad ver STC 2/81, de 30 de Enero (fj. n.º. 7).

8/8 3, de 23 de Junio, el código penal considera en el párrafo 1 del art. 1 que "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley" añadiendo en el primer inciso del párrafo segundo que "no hay pena sin dolo ni culpa".

A pesar de que dichas afirmaciones son aceptadas sin reparos por toda la doctrina, todavía hoy perviven en el seno del derecho penal vestigios de ese fósil del pasado (6) que es la responsabilidad objetiva manifestada, principalmente, en la llamada responsabilidad por el resultado, es decir, la posibilidad de castigar con el mero dato objetivo de la causación de un daño, sin tener en cuenta nada más.

De ese modo, M. COBO DEL ROSAL - TS VIVES ANTON afirman:

"No puede decirse que, en la actualidad, la responsabilidad objetiva pueda considerarse erradicada del ámbito del Derecho penal. Por el contrario, subsisten en el Derecho penal vigente numerosos preceptos redactados desde el prisma de la responsabilidad objetiva, que sólo una interpretación progresiva puede adecuar, al menos en parte, a las exigencias del principio de culpabilidad. Son los casos que Mantovani la denominado de responsabilidad objetiva expresa. Y junto a ellos, existe la llamada "responsabilidad objetiva oculta", (7) es decir, aquella

---

(6) COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho penal... op. cit. pág. 440.

(7) M. COBO DEL ROSAL - TS VIVES ANTON, Derecho penal... op. cit, pág. 447 nota 110.

responsabilidad objetiva que surge de una aplicación defectuosa de las exigencias del principio de culpabilidad" (8).

Desde este punto de vista, y a pesar de la convicción de la necesaria vigencia del principio en el ámbito disciplinario, es lógico que los problemas se acentúen, pues no sólo la jurisprudencia en este aspecto es contradictoria y dispar sino incluso la regulación positiva o no dice nada del tema o lo utiliza exclusivamente como elemento de graduación de la sanción (9) situándolo fuera del ilícito (10). En esta turbia atmósfera es lógico que un estudio riguroso mereciese una atención exclusiva, circunstancia que nos ha invitado a desistir en su intento, al menos en este trabajo. Por ello, únicamente será objeto de una análisis puntual, no global.

Por otro lado, tampoco vamos adentrarnos en las reformas que está experimentando el Derecho de la función pública cuyo vidrioso estudio, además de hacer interminables

---

(8) Mantovani, F., Responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva, en II *Jornadas Italo-franco-Luso-Españolas de Derecho penal*, Avila, 1.981, págs. 127 y ss.), citado por M. COBO DEL ROSAL - IS VIVES *Derecho...* op. cit. pág. 410.

En concreto nuestro CP prescinde del principio de culpabilidad de forma más o menos acentuada en dos lugares:

a) La atenuante de preterintencionalidad (art. 9.4 CP). Como es sabido, la preterintencionalidad consiste en producir un resultado ilícito que traspasa lo intencionalmente querido (ej. quería herir y ha matado).

b) Los delitos cualificados por el resultado (art. 411 (aborto), 348 (salud pública) 376, 396, 397 (delitos de funcionarios) 501, 3 y 4 (robo)).

(9) Al respecto ver, SANTAMARIA PASTOR - LUCIANO PAREJO, *Derecho Administrativo*, (La jurisprudencia del Tribunal Supremo) Centro de Estudios Razon Arcoes Madrid 1.989 pág. 211-215.

(10) Sobre el tema ver Título II, Capítulo II, 1c.

siguientes páginas, no contribuiría a clarificar el tema que nos ocupa (11).

Es cierto que en algunas ocasiones la concepción que se tenga del funcionario, la mayor o menor permisividad en el ejercicio de los derechos fundamentales recogidos en el Título I de la Constitución, o la inclusión del régimen disciplinario en el Estatuto de los funcionarios (art. 103.1), actúa como correa de transmisión con los ilícitos y castigos que pueden ser de aplicación. Es obvio que si algún cuerpo de funcionarios tiene prohibido, por ejemplo, la sindicación, es más que probable que dicha acción se encuentre tipificada como ilícito por sus normas disciplinarias. Lo mismo ocurrirá con el derecho de huelga o la libertad de expresión por citar los casos más corrientes y llamativos.

Es evidente que estos supuestos si deben ser examinados aunque evitando hacer un planteamiento global y genérico de lo que es y debe ser el derecho de la Función Pública.

Otro tanto de lo mismo ocurrirá con el llamado proceso de laboralización la función pública iniciado con la Ley 30/84, de 2 de Agosto, cuyo elemento más característico es la cohabitación en esa gran casa que es la Administración de dos tipos de personal (el funcionario y el trabajador) sometidos a dos derechos distintos (el administrativo y el

---

(11) Al respecto ver, entre otros, los trabajos de GARRIDO FALLA, Reformas de la Función Pública, Madrid 1.985; NIETO A, Concepciones burocráticas y reformas funcionariales, en Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo, INAP, Alcalá de Henares 1.986; TR FERNANDEZ, Las reformas de la fonction publique en Espagne et en France, Revue Française d'Administration Publique num. 38, 1.986 págs 286 y ss. Recientemente, A. PALOMAR OLNEBA, Derecho de la Función Pública (Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos), DYKINSON, Madrid 1.990.

laboral). Únicamente cuando dicho fenómeno incida en el derecho disciplinario será analizado, descartando un examen global del tema que quedaría fuera de lugar.

Todo este conjunto de ideas y problemas serán abordados siguiendo una estrella polar que guiará e iluminará todo el trabajo: La concepción de la Administración como una organización abierta al servicio de los ciudadanos, de la sociedad. Desde ese prisma, los funcionarios que en ella trabajan no lo hacen para la Administración-Institución sino que se ponen al servicio y responden ante los ciudadanos. Por tanto, la Administración no será nunca un fin en sí mismo sino un medio para hacer efectivas las tareas constitucionalmente encomendadas. En este escenario, el derecho disciplinario no puede considerarse ya, como veremos, un derecho privado o doméstico que procura exclusivamente mantener el buen orden administrativo por oposición a un derecho penal que fija su punto de mira en la sociedad. Si el dato más característico de las democracias asentadas es la comunicación en re la sociedad y su Administración (12), el funcionario público deberá ser considerado como un sujeto social responsable, no ante el superior jerárquico, sino ante el valor de la democracia (13), obligación directa adquirida por la Administración frente a los individuos y los grupos en que estos se

---

(12) En este sentido ORTEGA, L. Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Ed. Tecnos Madrid 1.983 págs. 44 y ss.

(13) Precisamente todo lo contrario de lo que arroja nuestra experiencia histórica en donde la "supremacía especial estaba decididamente influida por el principio de obediencia, el ejercicio de la autoridad y el pleno sometimiento político a la idea del Estado, contemplado este desde una perspectiva autoritaria" NIETO, A. El cito de la Administración prrsiana, Sevilla 1.962 págs. 259 y ss.

integran (14). De ahí, la constante referencia, en los ilícitos disciplinarios, a "los ciudadanos", "particulares" o "sociedad". Y ese es precisamente el camino que comunica el derecho disciplinario con el resto del orden punitivo del Estado y obliga a emplear, en esencia, similar asfalto (principios y garantías) aplicado en el seno del derecho penal a lo largo de su trayecto histórico.

Con esta concepción no pretendemos (ni podemos pretender obviamente) la defensa y protección del funcionario incumplidor en detrimento y desánimo del funcionario cumplidor (15). Todo lo contrario; únicamente posibilitaremos los instrumentos para una defensa y protección justa frente a posibles arbitrariedades, sin olvidar que el objetivo final de todo el proceso a de ser, precisamente, conseguir la justicia y la eficacia en el funcionamiento de la Administración (16).

---

(14) L. PAREJO - A. JIMENEZ BLANCO, L. ORTEGA, Manual... op. cit. 42,ss

(15) Circunstancia que en ocasiones ha ocurrido como denuncia NIETO, A. Problemas capitales del derecho disciplinario RAP n.º. 63, 1.979 pág. 42.

(16) Que para LUCIANO PAREJO es en la actualidad la palabra clave. L. PAREJO - A. JIMENEZ BLANCO, L. ORTEGA Manual...op. cit. 74g. 18.

## TITULO I CONCEPTO Y EVOLUCION HISTORICA DEL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

### I. CONCEPTO DE REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

El régimen disciplinario de los funcionarios públicos podemos definirlo como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los hechos ilícitos que puedan cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y prevén las sanciones a imponer por la Administración Pública a resultas de un procedimiento administrativo especial (1).

---

(1) Este tipo de definiciones se han dado y parecen ciertamente válidas aunque con matices. Así, JEAN CLAUDE VENEZIA - PIERRE GAUCHEMENT, *Traité de droit administratif*, II, LGDJ, Paris 1986 pág. 105 dicen que represión disciplinaria consiste en el poder que tienen los superiores jerárquicos de infringir sanciones disciplinarias a los funcionarios cuando estos cometen faltas en el ejercicio de su función.

PABLO VAZQUEZ, J.R. *Derecho Administrativo*, II (Organización y empleo público) Ed. Marcial Pons Jera. ed., Madrid 1989 pág. 39 afirma que "la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios es aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden sobre sus derechos".

SUAY RINCON, J. Potestad disciplinaria, *Libro homenaje a Villar Palasí*, Ed. Civitas Madrid 1989 pág. 1315 sostiene que por potestad disciplinaria de la Administración del Estado "se entiende condómente el poder que a ésta le atribuye el ordenamiento jurídico de reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de la relación de servicio que une a éstas con aquéllas".

F. BELPEREE, *L'elaboration de droit disciplinaire de la fonction publique*, LGDJ, Paris 1969, pág. 22 cree entender que "el derecho disciplinario de la función pública es aquella rama del derecho público que tiene por objeto la incriminación y la represión por el Estado de las acciones susceptibles de provocar disfunciones en esa sociedad particular que es la función pública".

Ahora bien, compartimos la opinión de SUAY RINCON, J. Potestad ... op. cit., pág. 1315 nota 14 cuando critica que en la mencionada definición no se destaca de forma suficiente el sujeto pasivo.

AGUSTIN PEREZ BARRIO, La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración. Sus límites constitucionales, *RYAP* n.º 13, 1985 pág. 221 considera que el derecho disciplinario es "el conjunto de normas que, partiendo de las obligaciones y deberes del funcionario derivadas de la relación de servicio que le une con la Administración, regulan la tipificación de las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, las sanciones correspondientes a la comisión de dichas faltas y el procedimiento necesario para imponer tales sanciones así como el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración".

Por otro lado, una serie de autores han definido la potestad disciplinaria de manera amplia. Al respecto ver el presente capítulo.

De ese concepto destacamos dos notas que iremos perfilando a lo largo del trabajo: la indudable afinidad entre la potestad disciplinaria y el resto de potestades sancionadoras con que cuenta la Administración, (2) y la especial condición que ha de reunir el sujeto pasivo en el derecho disciplinario, pues deberá ser siempre un funcionario público (3).

Sobre la primera cuestión estamos en condiciones de afirmar que no existen diferencias estructurales entre el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario (4). Por el contrario, ambos poseen unas características que podríamos sintetizar en cuatro:

- a) La autoridad que posee la potestad de sancionar es la Administración Pública, y más en concreto uno de sus órganos.
- b) Las dos se ponen en marcha como consecuencia de la comisión de una conducta antijurídica previamente tipificada (5) que puede producirse por una acción u omisión (6). Por tanto,

---

(2) SUAY RINCON, J. Potestad... op. cit. pág. 1315. Asimismo GIANFRANCO MOR, Le Sanzioni disciplinari ed il principio nullus in culpa sine lege. Giuffrè editore, Milano 1974. pág. 2.

(3) "dato que resultará absolutamente capital" SUAY RINCON, Potestad... op. cit. pág. 1316.

(4) SUAY RINCON, J. Potestad ... op. cit. Pág. 1315; Sancciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1989. pág. 69 y ss.

(5) Hasta hace poco, la doctrina consideraba que el derecho disciplinario, al no regir el principio de legalidad, podía determinarse la infracción sin estar prevista en norma alguna, circunstancia que ponía de relieve sus diferencias con el orden penal. Al respecto ver, S. ROMANO I, Poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni. Scritti sinora Raccolti a cura dei G. Zanobini, Milán Giuffrè. Vol. II. 1950. págs. 95 y 96; LAUBACATRE, Traité élémentaire de droit administratif. LGDJ. Paris. 1957. págs. 689. De igual modo, parece defender esa tesis MONTORO PUERTO, La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanciones, Ed. Nauta. Barcelona 1965, págs. 315 y ss.

(6) Un ejemplo de acción ilícita sería "la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga" (art. 6, de RDFCE). Como ejemplo de omisión podría considerarse la "actoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas" (art. 6 de RDFCE) o las "omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios o a impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo" (art. 7 de RDFCE).



el ordenamiento tutela únicamente los valores que de una manera más destacada pueden afectar a los intereses que en cada caso se pretenden proteger. A modo de ejemplo, el derecho disciplinario considerará como faltas las conductas que atacan el buen funcionamiento del aparato administrativo teniendo siempre en cuenta que éste no es un fin en si mismo sino un medio para conseguir el interés público, el buen servicio a los ciudadanos. De ahí que no todo incumplimiento de los deberes del funcionario constituya falta disciplinaria. (7)

- c) Ambos dan lugar a la imposición de una sanción, es decir un mal infringido por la Administración como consecuencia de una conducta ilegal (8).

---

(7) En contra de lo afirmado en el texto, tal y como concretaremos en el Título II del presente trabajo, R. ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo Vol. I/2 novena ed. Ed. Tecnos Madrid 1988 pág. 384; PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., pág. 397. A favor, OCTAVIO de TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 287.

(8) Siguiendo la definición propuesta por GARCIA DE ENTERRIA - T. R. FERNANDEZ Curso de derecho administrativo, II, Ed. Civitas Madrid 1982 pág. 147; GARCIA DE ENTERRIA, El problema jurídico de las sanciones administrativas, REDA n.º. 10, 1976, pág. 399.

El citado concepto ha sido completado por SUAY RINCON, Sanciones ... op. cit., pág. 55 formulándolo del siguiente modo:

"sanción administrativa es cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora".

Al respecto, discrepamos de la finalidad puramente represora que se otorga a las sanciones administrativas (disciplinarias o no), característica muy extendida en la doctrina administrativista. (Por ejemplo ver, GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, II, Tecnos Madrid 1987, pág. 137). Nosotros creemos que los fines de las sanciones como los de las penas pueden ser múltiples y variados. Así y ciñéndonos al ámbito disciplinario, añadiríamos otro tipo de funciones o fines que pueden cumplir las sanciones:

a) Unos de prevención general, frente al resto de funcionarios; esto es el efecto disuasorio respecto a la comisión de las faltas que la sanción ejerce frente a la totalidad de los funcionarios, prevención que se consigue mediante la intimidación (el mal que la pena represente se proyecta sobre la conciencia de los miembros del colectivo funcional) y la educación.

b) Otros de prevención especial, consistente en impedir u obstaculizar la repetición de la falta por parte de quien ya la cometió y tiene lugar precisamente a través de la represión o escarmento resultante de la ejecución de la sanción.

Sobre el tema, y de forma más extensa, ver Tit. II. Capítulo IV del presente trabajo.

Esa consecuencia jurídica exteriorizada y previamente dibujada en la norma, (9) será el lógico resultado de la comisión de una conducta contraria a derecho. Sin ilícito no habrá sanción y viceversa (10).

- d) Es necesario respetar un procedimiento administrativo específico para imponer la sanción. Por tanto, la propia Administración y no otras instancias ajenas (11) deben realizar un conjunto de trámites y actuaciones especiales (separándose de las ordinarias) (12) para poder sancionar. Es concretamente -dice SUAY- "un procedimiento jurisdiccionalizado, en el que se ha tratado de transplantar - al menos, en sus líneas maestras - el esquema típico de los procesos penales, con el fin de asegurar, como en aquéllos, la máxima imparcialidad y rectitud en el ejercicio del poder sancionador. Por tal motivo, las distintas fases del procedimiento se confían a sujetos distintos y, por ello también, se otorga a éstos un número de poderes muy superior a los ordinarios (todos los necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades pertinentes), y a los sujetos inculcados, en cambio, y a fin de restaurar el equilibrio entre poderes y garantías esencial a todo procedimiento, unos derechos de defensa mucho más numerosos de los que son habituales" (13).

---

(9) Pues únicamente pueden imponerse las sanciones tipificadas en una ley previa.

(10) SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 56.

(11) SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 57.

(12) La obligatoriedad del procedimiento para imponer sanciones viene recogido de forma imperativa en los artículos 133 y ss. LPA, el antiguo artículo 27 del RDFCE de 1969, en el artículo 18.1 del actual RDFCE de 1986, y ha sido constitucionalizado por el artículo 24 de la Carta Magna.

(13) SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 57 quien está refiriéndose al procedimiento administrativo sancionador general. El procedimiento disciplinario, a pesar de ser específico, goza de idénticas líneas básicas de actuación.

Por otro lado y en segundo lugar, decíamos que el dato que permite singularizar al derecho disciplinario dentro del derecho sancionador radica en la persona sobre la que va a recaer el castigo pues será siempre un funcionario (13).

Al respecto, la Administración Pública, como toda organización, goza de un poder disciplinario con el fin de llevar "a buen puerto sus fines institucionales" (14). A partir de ese dato se han defendido tres grandes posiciones doctrinales. En primer lugar, una serie de autores destacan la homogeneidad de la potestad disciplinaria de todos los sujetos de derecho tanto públicos como privados (en especial la familia) (15). Así, el fin que persiguen, los sujetos (activos y pasivos), la medida adoptada (sanción disciplinaria) como consecuencia de una conducta contraria a derecho (ilícito disciplinario) y el elemento formal (procedimiento disciplinario) serían argumentos para sostener esa identidad sustancial.

---

(13) Esta consideración, que a primera vista nada tiene de especial pues las potestades sancionadoras se dirigen a múltiples sujetos en los más variados campos (sanidad, disciplina de mercado, urbanismo, tráfico, caza por citar algunos) va a servir para dotar al régimen disciplinario de una propia y específica razón de ser. Esa especial relación que une al funcionario con la Administración Pública determinará que las sanciones disciplinarias solo puedan imponerse a una categoría concreta de personas SUAY RINCON, Potestad ... op. cit. pág. 1316; GARCIA de ENTERRIA - I.R. FERNANDEZ Curso ... op. cit., págs. 48 y ss, 'frente a la mayoría de sanciones administrativas que pueden ser infringidas a todos los ciudadanos) y va a servir de fundamento para justificar una serie de desviaciones respecto de los principio que rigen el conjunto del ordenamiento punitivo del Estado tal y como veremos posteriormente (Título II, Capítulo III).

(14) SUAY RINCON, Potestad .. op. cit., pág. 1311, a quien seguimos básicamente.

(15) Entre ellos SUAY cita a GONZALEZ MARINAS Reflexiones sobre el derecho disciplinario: demostración de la llamada "falta de probidad" JA n.º. 30, pág. 60 - 61. En la misma línea se pronuncia JELLINEK (Vid L. DUSOIT, Traité de droit constitutionnel, 3 ed. Paris, Ancienne Librairie Fonteneau et Cie Editeurs 1930, Tomo III pág. 222); VITTA (vid J.A. GARCIA - TREVIGIANO, Tratado de Derecho Administrativo, EDERSA, Madrid 1970, Tomo II Vol. II págs. 768 - 769); LEGAL y BRETHE DE LA GRESAYE y MURSEON vid. DELPERCE, L'elaboration du droit disciplinaire de la fonction publique, LGDJ, Paris 1969 págs. 45 y ss. LANDI, Disciplina, Enciclopedia del diritto VIII, GIUFFRÉ Varese pág. 25 .

Por contra, otra serie de autores, sin desconocer la realidad anterior han optado por destacar la singularidad de la potestad disciplinaria de las organizaciones públicas apoyándose, en el carácter ético y no jurídico de las relaciones que tienen lugar en el seno de la familia (16), los diferentes regímenes jurídicos de las organizaciones públicas y privadas (17) y la realidad constitucional que impone a la Administración la consecución del interés público (para lo cual se le otorga esa potestad disciplinaria) (18) mientras que en las organizaciones privadas la potestad se otorga para defender los intereses propios de la organización (19).

Dentro de esta última corriente doctrinal, cuyos argumentos asumimos, todavía se hace una distinción entre los autores que definen las sanciones disciplinarias como aquellas que se imponen a las personas que están en una especial relación con la Administración Pública (20) (concepción amplia) y otros que

---

(16) FORNARO, S., I poteri disciplinari ... op. cit., pág. 47. En este sector doctrinal SUAY Potestad ... op. cit., págs. 1315 y ss. incluye a DELPEREÉ y DUGUIT.

(17) SUAY RINCON, Potestad .. op. cit., pág. 1316.

(18) Al respecto, conviene destacar que la Constitución impone la sujeción de la Administración Pública al principio de legalidad (art. 9.1) sirviendo con objetividad "los intereses generales" (art. 103.1). Desde este punto de vista resulta difícil defender la existencia de un interés particular de la Administración que constituya el fundamento de su potestad disciplinaria, sobre el tema ver Título II.

(19) SUAY RINCON, Potestad ... op. cit., pág. 1314.

(20) Así, BARCIA DE ENTERRÍA - T.R. FERNANDEZ, Curso ... op. cit., págs. 48-49 definen las sanciones disciplinarias como aquellas que se imponen a las personas que están en una relación de sujeción especial con la Administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación, y así incluyen dentro de esa potestad, además de los funcionarios, a los usuarios de servicios públicos, profesionales integrados en colegios profesionales en cuanto al ejercicio de sus profesión, a los miembros de otras corporaciones públicas no territoriales y a los contratistas y concesionarios. En parecidos términos, ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, Vol. III Milano 1958, pág. 303; SAGGIOLI Manuale di diritto amministrativo, Milano 1956 pág. 257; CAVALLI, Diritto penale, Vol. III Napoli 1959 pág. 410. En nuestra doctrina ver, además, GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, II, (ya en la edición de 1966) pág. 175.

defienden una concepción estricta identificando el castigo disciplinario como aquel impuesto a un funcionario público (21).

A nuestro juicio, esta es la única posibilidad de abordar el tema con ciertas garantías de éxito pues, como veremos, (22) ni la categoría de las relaciones especiales de sujeción es unitaria, ni puede significar idéntico régimen jurídico para todas las personas incluidas en ese concepto.

---

(21) Al respecto GIANFRANCO MOR Le sanzioni disciplinari ed il principio nullus in solis sine lege, GUIFRE Milano 1974 pág. 11 dice:

"In dottrina, infatti, si qualificano come disciplinari le sanzioni amministrative inerenti a rapporti di supremazia speciale, il che dà luogo a degli equivoci, in quanto non è affatto chiaro in quali altre figure, oltre che nel rapporto di pubblico impiego, si ravvisi un rapporto di supremazia speciale, mentre questo stesso concetto, come si vedrà nel seguito del lavoro, appare di dubbio rigore dogmatico. Di più la dottrina non precisa in cosa le sanzioni disciplinari differiscano da quelle amministrative in senso stretto; di conseguenza sembra che la distinzione non abbia validità scientifica, almeno fintanto che uno studio sistematico delle sanzioni amministrative non vi abbia attribuito un contenuto specifico".

(22) SUAY RINCÓN, Potestad ... op. cit., pág. 1315 a 1317 es partidario de esa concepción estricta en base a dos razones: a) La categoría de especial relación de sujeción no nos aclara nada pues ¿qué es una relación especial de sujeción? ¿qué datos sirven para identificarla? ¿Qué categorías de personas pueden entenderse incluidas en el concepto?

b) Las especiales relaciones de sujeción responden a un régimen jurídico distinto por lo que adoptar una postura amplia de potestad disciplinaria comporta más problemas que soluciones.

## II. ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

### 1. Introducción. La Baja Edad Media y el nacimiento del derecho disciplinario.

Aunque es difícil establecer el origen del derecho disciplinario, a nuestro juicio puede afirmarse que se produjo con el advenimiento de dos circunstancias y la concurrencia de un tercer dato adicional:

1. La aparición de un aparato burocrático importante (23).
2. La atribución a los oficiales o funcionarios que en él trabajan de una esfera de competencia propia, dejando de ser meros mandatarios reales, lo que provoca instaurar un sistema que les responsabilice personalmente de sus actos en el ejercicio de su oficio (24), cuestión que se produce claramente en la Baja Edad Media (25).

---

(23) LALINCE ABADIA J., La purga de tauca, Libro homenaje a Vicens Vives, Barcelona 1965, I págs 199 y 205 afirma: " Toda organización administrativa conduce, tarde o temprano, a arbitrar uno o varios medios de asignación de responsabilidad a los que la integran ..."

(24) Así, VILLAPALOS GUSTAVO, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504), EUNEP, Madrid 1976 págs 18 y 35. señala que en el nuevo Estado consolidado entre los siglos XIII a XVI el Rey aparece como el centro del reino: El es la cabeza y el corazón de un cuerpo en el que los súbditos son los miembros, es sólo así, el alma misma del pueblo. Al mismo tiempo personifica toda potestad de gobierno. A su lado se mueven unos órganos, unos oficiales que son sus consejeros o ejecutores, sus "brazos", que asisten al rey en el ejercicio del gobierno".

Por ello, el Rey se reservaba la posibilidad de castigar a los funcionarios negligentes que hubieran usado mal su oficio, no con las "penas ordinarias" (a lo que posiblemente no eran acreedores) sino a las "penas extraordinarias".

(25) Sin embargo, SANCIA TREVIZANO FOS, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Vol 1, Ed. EDESA, 1970 pág 17 lleva el origen del derecho disciplinario al Derecho Romano, en donde los magistrados podían sancionar las desobediencias y las interferencias en sus atribuciones, siendo lo más característico que tanto "la naturaleza de la falta como la cuantía de la sanción quedan a la discreción del magistrado".

7. La imposibilidad de que el Rey separe libremente a sus servidores pues de otro modo - como dice NIETO - ¿qué necesidad puede haber de acudir a un procedimiento disciplinario ...? (26).

Sin embargo, esta última afirmación debe ser matizada ya que, en realidad, la consagración de la inamovilidad en el empleo impidió la libre separación del servicio del funcionario público, por tanto, obligó a seguir un procedimiento para acordar ese tipo concreto de sanción disciplinaria. Por ello, a nuestro juicio, no fue un requisito que "per se" implicase el nacimiento del derecho disciplinario pues con anterioridad el funcionario podía ser castigado con sanciones menores.

La concurrencia de esos datos hizo surgir una serie de instituciones en donde confluyen, por vez primera, todas las peculiaridades del derecho disciplinario pero cuya vigencia y evolución fue modificada con la aparición del nuevo régimen

---

26) NIETO SANCIA, Problemas capitales del derecho disciplinario, RFP n.º. 83 Septiembre - Diciembre 1970 pág. 44. El citado autor, apoyándose en un texto de SANOVAS del CASTILLO de 1862 afirma en consecuencia, que no puede hablarse de derecho disciplinario hasta que el funcionario no ve definitivamente conquistada la inamovilidad en su puesto de trabajo.

Al respecto, R. MARTÍN PATEO, La inamovilidad de los funcionarios públicos, RFP, n.º. 51, 1966 págs. 9 y ss. distingue entre inamovilidad absoluta y relativa. "La primera garantiza a un funcionario la permanencia en el cargo que ocupa, excepto cuando por él mismo presta consentimiento o solicita voluntariamente la baja o el cambio, o cuando ocurre en conductas que determinan por vía disciplinaria su separación, rescisión o traslado. Normalmente se relaciona esta garantía con la imposibilidad de desplazar a un funcionario a un puesto situado en una localidad distinta a aquella en que viene sirviendo a su carrera, lo que supondría para él una mutación de domicilio.

Por la segunda, se reconoce al funcionario un derecho al oficio condicionado por los superiores intereses públicos que imponen en ocasiones su traslado, respetando la adscripción genérica al servicio. Se trata, pues, de un derecho a la relación del servicio e incluso al desempeño de puestos en una escala determinada dentro de él, y no del derecho a un empleo concreto y en una localidad determinada. La Administración podrá, cuando las exigencias públicas así lo determinen, asignar otro cargo al funcionario distinto del que venía desempeñando, siempre y cuando, normalmente, ello no suponga una degradación de su titular rebajándole de rango administrativo. Lo que no podrá ser separarle del servicio sin que medie expediente disciplinario, sentencia judicial o sentencia administrativa acreditativa de que por el funcionario se ha incurrido en conductas reglamentariamente sancionables, como es el caso de falta de lealtad de posesión de los plazos fijados, con la separación del servicio. Fuera de estos supuestos, tampoco aspara esta clase de inamovilidad al servidor público frente a eventuales reestructuraciones orgánicas de la Administración que supriman determinados puestos entre los que se incluía quizá el que venía desempeñando un funcionario o grupo de funcionarios. .../...

constitucional a comienzos del siglo XIX (27).

2. La visita, el juicio de residencia, la pesquisa y la purga de taula.

La visita, el juicio de residencia, la pesquisa y la purga de taula constituyen una serie de instituciones cuya característica común es el fin que persiguen: "asegurar una administración leal, justa y eficaz de los funcionarios", exigiéndoles responsabilidad por los actos cometidos en el ejercicio de sus cargos (28). Dado que, por vez primera, recogen diversas características que son el origen del derecho disciplinario analizaremos cada una de ellas poniendo de relieve sus similitudes con la regulación actual.

A) La Visita.

La institución de la visita es sinónimo de inspección y se efectuaba tanto a un gobernante o funcionario en concreto como a un organismo colegiado (29) con el fin de examinar su actuación administrativa.

---

(26) .../...

En la inmovilidad relativa, se conjugan, pues, la normal estabilidad de los funcionarios en el desempeño de sus funciones y la disponibilidad organizatoria de la Administración, que puede adoptar las medidas oportunas para la mejor prestación de los servicios"

(27) SUAY RINCÓN, Potestad ... op. cit., pág. 1320, yendo más allá de lo afirmado en el texto sostiene que la aparición del régimen constitucional en realidad truncó de forma radical esas instituciones".

(28) JOAQUÍN JOSÉ SALCEDO IZU, El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona 1964, pág. 231.

(29) ISRAEL SÁNCHEZ BELLA, El juicio de visita en Indias, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLVI, Enero - Junio 1976, n.º. 101 - 102 pág. 606; JOAQUÍN JOSÉ SALCEDO IZU, El Consejo Real de Navarra ... op. cit., pág. 231.



Por otro lado, el visitante, (30) la visita tiene su máximo acento en las comprobaciones que se efectuaban en América por orden del Rey de España o del Consejo de Indias (31).

No todas las visitas eran de igual amplitud. De ahí que no todas recibiesen idénticos nombres siendo unas generales (abarcando la totalidad de una institución en sus distintas facetas) (32) y otras específicas, circunscritas a una cuestión concreta, puntual. No siempre eran originadas por sospechas o denuncias sino que a veces tenían un carácter regular y de rutina (33).

En materia de las visitas, sobre todo las generales, era obligatoria y el visitador debía distinguir los cargos o puestos comunes a todos los miembros del organismo visitado (34) y los cargos particulares de cada persona. Al respecto podemos señalar que los "delitos" cometidos (35) estaban relacionados de una u

---

30) LAURA FERNÁNDEZ VEGA, La Real Audiencia de España. Órgano de Gobierno en el artículo 140 - 1909, tomo II, Ed. Diputación Provincial, La Coruña 1982, págs. 261 y ss. Según ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 139 "el juicio de visita se practicó con frecuencia en todos los territorios de la "Monarquía Española" ... pero no aparece regulado en ninguno de los cuerpos legales castellanos vigentes en la Edad Moderna".

31) GUILLERMO CESPEDES DEL CASTILLO, La visita como institución indiana, Anuario de Estudios Americanos, tomo III, Sevilla 1946, págs. 985 - 1025; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, Visita a Indias (Siglos XVI - XVIII), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1975, págs. 157 y ss.

32) JOAQUÍN JOSÉ SALCEDO IZU, El Consejo ... op. cit., pág. 232; ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, Visita ... op. cit., pág. 176.

33) Al respecto J.M. PARILUZ URQUIJO, Ensayo sobre los juicios de residencia indianos, Sevilla 1952, pág. 146.

34) ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 196.

35) Así tal y como reproduce ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, Eficacia de la Visita en Indias, Anuario de Historia del Derecho Español, 1990, pág. 383, "El 23 de julio de 1627, el Consejo de Indias escribe al Rey Felipe IV: "Son las Visitas fiadoras del Consejo de los excesos de los jueces, donde se procede con el entero conocimiento de causa que su género permite y se dan las penas proporcionadas condignamente a los delitos."

otra forma con el ejercicio del cargo (al uso que hicieran de sus competencias, su moralidad, su conducta social, la manera de ejercer sus oficios, etc).

"No había materia ni de gobierno ni de justicia que quedase al margen de los visitadores" (36) distinguiéndose los comportamientos ilícitos en "culpas", "culpas graves", "muy graves" y "gravísimas", correspondiendo a cada una de ellas un tipo distinto de sanción" (37).

Respecto al procedimiento, tenía una fase secreta en la que el visitador, persona de sólida preparación jurídica, (38) y sus

---

(36) LAURA FERNÁNDEZ VESA, *La Real Audiencia ... op. cit.*, pág. 263.

(37) ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *El juicio ... op. cit.*, pág. 617. Así, LAURA FERNÁNDEZ VESA, *La Real Audiencia ... op. cit.*, págs. 265 y ss. concreta las faltas que más frecuentemente eran cometidas en esa institución distinguiendo: 1) Faltas jurídicas o jurisdiccionales de la Audiencia, como negación de apelaciones a la chancillería de Valladolid o conocimiento indebido en primera instancia. 2) Abuso en el envío de escribanos y ejecutores, tolerado y patrocinado abiertamente por la Audiencia, en el cobro de derechos, en el cobro de derechos y en la calidad de personas que envía. Al respecto, "la moralidad de la Audiencia queda muy al paradas se da el caso de que los enviados por ella llegan a consumir todos los bienes de los acusados antes de acabarse el proceso, y que se quedaban lo cobrado de todo que "era por sacar de ellos el dinero que de los señores". 3) Infracciones en las cuentas y la moralidad de los miembros de la Audiencia. Sobre el tema lo más grave -dice LAURA FERNÁNDEZ- "no son las faltas que se corrigieron al Scherzador y alcaldes mayores, sino las del personal subalterno, abogados, procuradores, alguaciles, receptores, relatores, escribanos y oficiales de todos ellos, que eran los que iban por los lugares, recibían ddivas, scalan, bebían y viajaban a cuenta de la pobre gente, aterrorizaban, "exorcizaban, trataban mal, estaban siempre dispuestos a quedarse con lo ajeno, al cobro y a la "trampa, y cometían tal serie de irregularidades judiciales que casi se hace imposible relatarlas". 4) Faltas de tipo gubernativo, que no tocaban el ejercicio de la justicia, como las intromisiones excesivas en el gobierno de la ciudad, o por el contrario, el descuido de algunas obligaciones de gobierno, visita de los arrabales y conocimiento de la vida y tratos de sus vecinos y moradores; control de los repartos que hacía la Audiencia para carterías de lobos, y para obras públicas, y, en algún momento, prohibición de hacerlos por haber procedido con independencia del Consejo de Castilla; cuidado de que se cumplan las pragmatikas ya dadas, sacramento de que se rinda cuenta a las provincias de algún reparto hecho para comprar áreas, recargo de que se apoye a los prelados en el reparo de los templos, y de que se vigile y castigue a los jueces que acogen a los delincuentes y a los dueños de jurisdicciones que ponen en venta los oficios de justicia, causa de que sean personas indeseables y de que apoyen a los malhechores. En definitiva, eran una serie de faltas que indicaban una cierta laxitud o languidez en el cumplimiento de los deberes profesionales.

(38) El visitador era elegido por el Rey y no era un cargo apetecible, sin duda porque era origen de graves disputas y enemistades" Lo ocupaban licenciados, doctores, fiscales, alcaldes de crimen, etc. ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, *Visita ... op. cit.*, pág. 179 y ss.

acompañantes (normalmente un escribano, un aguacil y también uno o varios contadores de cuentas) (39) recogían la información "por todas las vías y maneras" que en la práctica se circunscribían finalmente a tres: las denuncias, el interrogatorio de testigos y la revisión de los libros (40).

Una vez obtenidos los cargos eran notificados al visitado, (41) para que en un breve plazo de tiempo pudiese presentar sus descargos (42). Si de la información secreta que hacía el visitador se deducían graves acusaciones, se podía actuar contra ellos con rigor y sin esperar la sentencia definitiva, privándolos de su oficio (43) o desterrándolos, aunque respetando siempre el criterio de la proporcionalidad (44).

Terminada la visita, se procedía a redactar un "memorial ajustado" que facilitaba al órgano decisor el manejo de una copiosa información recopilada durante años (45) en donde el visitador "sin hacer juicio de lo reservado a Vuestra

---

(39) "El escribano actuaba como secretario de la visita". ISMAEL SANCHEZ BELLA, *Visita...* op. cit., pág. 196.

(40) A los testigos se les promete el secreto de su testimonio. Incluso se les otorgaba una "Cédula Real de Asparo", ISMAEL SANCHEZ BELLA, *El juicio...* op. cit., págs. 601, 602 y 603.

(41) ISMAEL SANCHEZ BELLA, *El juicio a...* op. cit., pág. 607.

(42) ISMAEL SANCHEZ BELLA, *El juicio...* op. cit., pág. 608 afirma que eran muy detallados y en alguna ocasión el visitado los hacía imprimir. Terminados los descargos los testigos de la fase suaria debían ratificar sus declaraciones.

(43) Privándolo de su salario ISMAEL SANCHEZ BELLA, *El juicio...* op. cit., pág. 612.

(44) ISMAEL SANCHEZ BELLA, *El juicio...* op. cit., pág. 611 requisito que fue plasmado en la Recopilación y solo por causa grave.

(45) La excesiva duración de la visita es una queja recogida por toda la doctrina. Al respecto ver JOAQUIN JOSE SALCEDO IZU, *El Consejo...* op. cit., pág. 239; ISMAEL SANCHEZ BELLA, *Eficacia...* op. cit., pág. 403. El mismo autor en otro trabajo (*Visita...* op. cit., pág. 203 y ss) dice: "En las fuentes se habla de 50, 90 y 120 días ... En un caso se fija el plazo de 2 años ... La realidad es que duraban diez o doce años las más breves visitas generales"... "una visita sola ... ha durado 16 y 21 años".

Majestad y a su Real Consejo (46) (que fuera irreverencia grande) da su parecer" (47).

Las penas impuestas en las Sentencias son normalmente multas de diversa cuantía aplicadas casuísticamente por cada cargo que se hacía al visitado (48). Cuando se calificaba un acto como culpa simple o grave añadían una multa. La acumulación de varias, podía llevar la suspensión temporal del ejercicio del cargo e incluso podría producirse la pérdida del oficio a perpetuidad en toda las Indias por la comisión de culpas gravísimas (49). No debemos olvidar que ya es esta época el cobramiento de salarios funcionarios fue vitalicio (50).

Asimismo, era frecuente el traslado forzoso a otras Audiencias indianas "por castigo", e incluso en el siglo XVI se aplicó la pena de muerte a dos funcionarios (51).

Una vez dictada la sentencia se anotaba en los registros del Consejo y se remitía al organismo correspondiente para su ejecución (52) enviando asimismo unas denominadas "leyes de visita", donde se corregían los abusos observados y las reformas propuestas por el visitador.

-----

(46) Se está refiriendo, obviamente, al Consejo de Indias.

(47) ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 614.

(48) ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 617.

(49) ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 618-619. Al respecto, LAURA FERNANDEZ VEGA, La Real Audiencia, ... op. cit., pág. 270 dice que "la privación temporal o perpetua del oficio se reservaba para casos más serios, y no es abundante en la Audiencia de Galicia".

(50) Tal como afirma, JOAQUIN JOSE SALCEDO IZU, El Consejo Real ... op. cit., pág. 250 quien en la nota 1316 señala: Desde 1557 lo fueron los Secretarios y Escribanos de Paaplona (Ordenanza del Consejo L. IV t. I o II).

(51) Con el cargo de Oidores ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 619.

(52) ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 621.

Contra la sentencia había suplicación, recurso que posteriormente fue suprimido por el abuso que hicieron de él los condenados (53). A pesar de ello, en la ejecución de sentencias fue frecuente la remisión de parte de la pena o la concesión de la demora en su cumplimiento (54).

---

(53) ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 524.

(54) ISMAEL SANCHEZ BELLA, El juicio ... op. cit., pág. 623. Asimismo, LAURA FERNANDEZ YESA, La Real Audiencia ... op. cit., pág. 272.

## B) El juicio de residencia.

Perfilado bajo los Reyes Católicos (55), el juicio de residencia es la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo. (56) Tuvo gran desarrollo en Castilla (57) donde las Partidas obligaban a los jueces a permanecer 30 días en el lugar que habían efectuado su labor para "hacer derecho a todos aquellos que de ellos había recibido tuerto" (58).

Los jueces de residencia, nombrados por el Rey, eran de ordinario letrados (59) y se efectuaban una doble labor: Además de

---

(55) Si bien el origen de la residencia se encuentra en una Constitución del emperador Bizantino Judo (475), la penetración en la legislación castellana y su mayor esplendor se fija con las Partidas.

Sobre el tema ver, GARCIA de VALDEAVELLANO, Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia, en Boletín de la Real Academia de la Historia, C. L. III Cuaderno Octubre-Diciembre de 1963, págs. 295 y ss.

(56) J. M. MARILUZ URQUIJO, Excmo ... op. cit., pág. 20.

(57) También se llamó sindicato y tuvo importancia en otros lugares, aunque con algunas peculiaridades. Al respecto y sobre su vigencia en Nápoles ver PIER LUIGI ROVITO, Repubblica dei 'Conti (Giuristi e Società nella Napoli del Seicento), Jovene Editore, Napoli 1961 quien sostiene durante la primera mitad del Cinquecento la vigencia general de ese tipo de instituciones en los grandes Estados:

"In Francia il sindacato, ormai desueto, fu sostituito, nel 1540, dalla prise à partie, un istituto "nato (...) ad opera della giurisprudenza" per la tutela dello jus iurisdictionis. In Germania, nel 1532, fu introdotta una Syndikatsklage che, in pratica, "tutela (va) l'amministrazione della giustizia anziché i diritti dei cittadini". (Pág. 5).

(58) Partidas 15,4 111) Citado por V. DE PUGA, Capítulos de corregidores y jueces de residencia, en Cedulario de la Nueva España, Sevilla 1900 reedición facsimilar A. PURO CREJON, Agario de Estudios Americanos, Sevilla 1962 pag. 30. Ahora bien, MARILUZ URQUIJO ...op.cit. pág. 142-143 dice que las leyes nuevas permitieron iniciar la residencia en cualquier aciento.

(59) "Los nombramientos de los jueces de residencia, presuntamente propuestos por el Consejo, se expiden por R. Provisión. De ordinario recaen en letrados -bachilleres y licenciados, casi nunca doctores- que habían desempeñado con anterioridad algún corregimiento (o lo harían en el futuro). Sólo de manera esporádica hallamos a un alcalde de casa y corte actuando como juez de residencia".

BENJAMIN GONZALEZ ALCOSO, Residenciados y jueces de residencia en tiempos de los Reyes Católicos, Resumen de Comunicaciones 1, VI Seana de Historia del Derecho Español, UNEA, Abril 1963, pág. 3.

recibir la residencia de los oficiales cesantes (que estaban concretamente especificados) (60), el juez ejerce con carácter interino el cargo que hasta entonces había ostentado el residenciado y precisamente por eso se le somete, a su vez, a residencia al posicionarse el oficial entrante (61).

El procedimiento estaba, al igual que en la visita, minuciosamente detallado. En él, no todas las investigaciones y actuaciones eran públicas. A veces se daban casos de pesquisas secretas que para algunos tratadistas era lo esencial de la residencia (62).

Las sentencias dictadas por el juez de residencia tenían carácter ejecutivo para el residenciado, e incluía la posibilidad de apelación (63).

---

50) "Los oficiales efectivamente residenciados a lo largo de los últimos veinte años del siglo XV fueron los siguientes:

1. Corregidores
2. Gobernadores
3. Oficiales auxiliares de los corregidores, gobernadores y asistentes (tenientes, alcaldes, alguaciles, serenos).
4. Jueces de herminas.
5. Alcaldes de sacas.
6. Jueces ejecutores de la Santa Hermandad.
7. Pesquisidores y jueces de residencia.

Sobre las funciones de cada tipo de oficiales, ver, NIETO, A. Estudios históricos sobre Administración y derecho administrativo, INAP, Madrid 1986, págs. 91 y ss.

BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Residenciados ... op. cit. pag. 2.

(61) ESTEBAN DE LA FUENTE GARCIA, Carlos V y la Administración de Justicia, Revista de Indias, 73-74, Año LVIII, Madrid Julio-Dic. 1926, pag. 435.

(62) BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Control y responsabilidad de los oficiales reales: Notas en torno a una pesquisa del siglo XVII, Acta del II Simposio de Historia de la Administración, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1971 pag. 400.

(63) BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Residenciado ... op.cit. pág. 3. ESTEBAN DE LA FUENTE GARCIA, Carlos V ... op. cit., pág. 434-435.

Acerca del sistema de recursos en la época, ver, A. NIETO, Estudios..., op. cit., págs. 103 y ss.

Las cordenas eran personales y también pecuntarias. Para pagar estas, todos los cargos y oficios publicos tenían unas fianzas con las que responder de las actuaciones en sus empleos.

Así pues, las principales diferencias entre la visita y la residencia podían ser las siguientes:

1. En primer lugar y como cuestión previa, la elección de una u otra era discrecional de la Corona pudiendo utilizarla indistintamente según fuesen las circunstancias del caso. Los mismos funcionarios y en las mismas condiciones podían ser sometidos a una u otra forma, (164) si bien, como sabemos, la visita se ejercitaba sobre un organismo colegiado.

2. Mientras se realiza la visita, los funcionarios normalmente continúan desempeñando sus tareas (165).

3. En las residencias el juez da una sentencia. En cambio el visitador... no hace vista, ni determinación, ni sentencia del proceso. Estas, vista, determinación y sentencia, son de la incumbencia exclusiva de quien dió el poder al visitador. Asimismo, la sentencia del Juez de Residencia es una sentencia definitiva, de la cual, lógicamente, se admite siempre apelación -y también suplicación en los casos y con las limitaciones establecidas-, porque el juez residenciador no es juez supremo. En la visita, por el contrario, quien ve, determina y sentencia es el Juez Supremo y en consecuencia

---

(164) MARILUZ URQUIJO, *Ensayo ... op. cit.*, pág. 147.

(165) MARILUZ URQUIJO, *Ensayo ... op. cit.*, pág. 147.



lo que por él se determina y sentencia no puede ser apelado. Solamente hay suplicación, y en los casos que ésta misma no cabe, la sentencia del supremo (Audiencia o Consejo y Monarca) es sentencia firme o pasada en cosa juzgada, algo que nunca ocurre en lo tocante al juez de residencia" (66).

---

66) CARLOS POLINA ESPINOSA, Justicia y residencia en Indias, en III Congreso Internacional de Derecho Indiano, Madrid 1973, pág. 423 - 424 citado por ISMAEL BANCHEZ CELLA, op. cit., pág. 274.

## 5) La Pesquisa.

Otra institución fiscalizadora y controladora de los oficiales reales instaurada en las Leyes de Estilo y utilizada con los Reyes Católicos fue la pesquisa (67). Aunque la confusión terminológica de los textos de la época resulta notable, (68) los historiadores han perfilado una serie de características que la diferencian principalmente de la visita, institución respecto de la cual tiene múltiples coincidencias.

Así y en primer lugar, la pesquisa se inicia por orden de los señores al recibir "el as" sobre hechos e tiranías" que han podido cometer los funcionarios a sus órdenes. Por tanto, se propone con la finalidad de inquirir la comisión de actos individualizados llevados a cabo por oficiales reales determinados y concretos (69).

En segundo lugar, los hechos objeto de elucubración pesquisitiva no consisten tanto en irregularidades de sus autores en el estricto desempeño de su oficio cuanto en faltas de contenido penal punibles por vía criminal, aunque, en todo caso, por la condición de quienes los realizaban, sus consecuencias no sólo irrompían en la esfera penal sino también en la administrativa (70).

---

(67) El término pesquisa tiene diversos significados. Procesalmente, es "un medio de prueba que tiende a conseguir la verdad de un hecho, o servir como iniciación del procedimiento". CERDA, En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media en Anuario de Historia del Derecho español, XIII, 1962 pag. 494.

Administrativamente se está pensando en la aplicación de esos institutos procesales como medio de fiscalización de los oficiales reales. Vid BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Control y responsabilidad de los oficiales reales: Notas en torno a una pesquisa del siglo XVIII, en Actas del II Simposio de Historia de la Administración, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971 pág. 399.

(68) CESPEDES DEL CASTILLO, La visita ... op. cit. pág., 984)

(69) BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Control ... op. cit. pág. 404. Como dijimos, la visita, por contra, tiene carácter regular y de rutina. Ver, PARILUZ UZQUIZU, J.M. Ensayo op. cit. pág. 146.

(70) BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Control ...op.cit. pág. 404.

En tercer lugar y precisamente por la naturaleza de los actos imputados al oficial que quedaba sometido a pesquisa, se le suspendía inmediatamente en el desempeño de su oficio de forma imperativa e inexcusable (71).

En cuarto lugar, el objeto de la pesquisa se circunscribía a los cargos atribuidos obviando otro tipo de cuestiones ajenas o no relacionadas con su oficio (72).

Por todo ello, la doctrina considera que la pesquisa tenía primordialmente una "misión punitiva" frente a la "revisión inspectora" de la visita. "El pesquisador es un juez de lo criminal, mientras el visitador actúa en lo civil y administrativo" (73).

---

(71) BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Control y Responsabilidad ... op. cit. pág. 404.

(72) BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, Control y Responsabilidad ... op. cit. pág. 404

(73) CESPEDES del CASTILLO, La visita ... op. cit. pág. 993. Así, BENJAMIN GONZALEZ ALONSO, La visita ... op. cit. pág. 405 y ss. describe la pesquisa del Conde de Adarero, Corregidor de Chinchilla, al que se le reputaban varios cargos. Uno afectaba a los desórdenes de su vida privada que se centraban en contacto sexual con las presas de la localidad y el embarazo de una de ellas cuya autoría era indudable pues sólo él tenía llave de la cárcel; otros, en el ejercicio de su oficio. Finalmente es absuelto y se ordena:

"Restituir y reintegrar en él, con todos los salarios, gajes y emolumentos que ha dejado de percibir, cuya reintegración sea no sólo por el tiempo que le falta por cumplir el trienio sin contarle sólo en el que ha estado separado, por esta Causa, sino prorrogándose por otro trienio, para que establezca en dicha Ciudad la Administración de Justicia de que carecía cuando fué nostrado por Corregidor della".

A la reposición del Corregidor van unidas las sanciones para la presa (cien azotes y reclusión perpetua) y los clérigos promotores de la pesquisa (cien ducados y destierro indefinido a cada uno de ellos), previniéndoles se abstengan de mezclarse en negocios temporales y del "Gobierno político de la república como asuntos extraños de su inspección". "A los verdaderos autores de esta calumnia y que la han sostenido ocultamente... se les condene en las deudas costas procesales sancionados", además de desterrarles "a diez leguas de distancia por el tiempo de voluntad de V.M".

d) La purga de taula.

Podemos definirla como "el procedimiento periódico de exigencia de responsabilidad peculiar del derecho catalán de los siglos XIII a XVII que, consistente en un juicio contradictorio, se aplica a los oficiales reales con jurisdicción ordinaria y carácter temporal y que se desarrolla a cargo de jueces elegidos por el Rey, que actúan casi exclusivamente a instancia de parte" (74).

De esa forma y en Cataluña, la responsabilidad del oficial real quedaba de manifiesto a través de cuatro instituciones: La purga de taula, la visita, el procedimiento de greuges y el de contrafección o contrafiero. En estas dos últimas, el objetivo principal lo constituye el velar por el respeto de las leyes del Principado, siendo secundario la responsabilidad del oficial que las ha violado (75).

El nacimiento de la purga de taula se centra en el siglo XIII, que es cuando se desarrolla el aparato burocrático que la justifica (76).

---

(74) LALINDE AZARÍA, J. "La purga de taula", *libro homenaje a Vicens Vives*, I Barcelona 1965 pág. 499. El término proviene de la expresión "tener taula", es decir mesa, lugar donde se desempeña el trabajo.

(75) Así como la reparación del daño causado, siendo sintomático que la Constitución fernandina "Poc valria" carezca de sanción penal y se ocupe solamente de la nulidad de todos los actos contrarios a las libertades y privilegios del Principado LALINDE AZARÍA, La purga ... op. cit. pág. 502.

(76) LALINDE AZARÍA, La purga ... op. cit. pág. 505 que añade:  
"La primera disposición recopilada corresponde a Pedro III, en un año de grandes concesiones reales, pues es el del "Recogovernat proceres". Pedro III, en 1293, se ha limitado a autorizar una inquisición concreta contra sus oficiales, para su castigo por parte de él mismo y para conseguir la reparación de los daños.  
La "institucionalización" del medio de exigencia de responsabilidad ha correspondido a su sucesor, Alfonso III, en 1289, otro año de grandes concesiones reales, determinando la personalidad, por cierto en forma demasiado rigurosa, pues la configura como anual, e introduciendo la nota característica de suspensión de oficio y de prestación de garantías.

Los funcionarios que debían someterse al procedimiento en general eran oficiales bajos "que usaran jurisdicción ordinaria" (77) con función pública de carácter temporal determinada por ley, a diferencia de la visita que se efectuaba a los funcionarios con carácter vitalicio o también a los nombrados por un periodo de tiempo pero sin estar fijado en una ley (78).

Los jueces de purga podían ser uno o varios entre los que debía encontrarse un sabio en derecho o jurista. El sistema de jueces especiales se cerraba con el organismo de apelación.

En cuanto a los intereses enjuiciados estaban todos ellos relacionados con las conductas, comisiones hechos y omisiones dentro de la función. En consecuencia, "los actos aun delictivos que el oficial real haya podido ejercer como un particular no era objeto de la purga de taula quedando reservada a los procedimientos ordinarios" (79).

---

(76) ...

La ordenación fundamental de la institución corre a cargo del gran rey organizador, que es Jaime II, en Cortes sucesivas de 1299, 1301 y 1311. Racionalmente, y como fenómeno similar al de las Cortes, se va espaciando la exigencia de responsabilidad hasta hacerla trienal; se especifican aquellos a quienes ha de aplicársele el procedimiento; se crea el órgano encargado de exigir la responsabilidad y su distribución a través de todo el territorio catalán; se regula el procedimiento y se señalan los recursos. El mismo marca aún completa algún aspecto del órgano inquisidor en las cortes de Gerona de 1321. Con Alfonso IV, Pedro IV y Fernando I, se complementan detalles de organización o se aclaran los efectos o las personas sobre quienes recae el procedimiento. Importantes aspectos son perfilados también bajo Fernando II, doña Gerona de Foix, Carlos I, y los Felipes II y III, pero siempre bajo la regulación fundamental que imprimiera Jaime II. La introducción de la "visita" en la edad moderna, y el afectar ésta a los oficiales de mayor importancia ha debido oscurecer en no poco la "purga de taula".

(77) "Vegueres, subvegueres, balles cortos, asesores, carceleros y aquellos otros oficiales que usaran de jurisdicción y sus lugartenientes" LALINDE ABADIA, La purga ...op.cit. pág. 507.

(78) Otra diferencia con la visita era su carácter ordinario del que carecía ésta.

(79) LALINDE ABADIA, J. La purga ... op. cit. pag. 514.

Así, las faltas que podían ser cometidas eran las siguientes:

a) negligencia en la custodia y mantenimiento de la jurisdicción y derechos regios; b) el fraude por dinero o por otra razón con daño del Rey y perjuicio de su jurisdicción; c) falta de observancia de los estatutos y de las ordenaciones de las cortes generales; d) comisión de injurias singulares a universidades o municipios, preladados, eclesiásticos, ciudadanos, ricos hombres, caballeros o personas de otra condición, y e) todos los demás hechos que realizaran en el desempeño de su oficio. (80).

El procedimiento tenía una periodicidad anual (81) y se iniciaba con el nombramiento de los Judges de Taula, que correspondía al Rey. A continuación se publicaba el pregón con la obligación de comparecer los oficiales sometidos a la Purga, dándose el plazo de un mes para que presentaran denuncias y querellas (82). El primer efecto era la suspensión del funcionario, que duraba todo el procedimiento (83).

---

(80) LALINDE ABADIA, J. La purga ... op. cit. pág. 514, quien añade, citando a J.P. FONTANELLA (Decisiones sacri regii Senatus Cathalonae, Tomo II, Lyon 1668, decisión 379 No. 10)

\* Para que los actos de los oficiales sean juzgados por este procedimiento tienen que haber sido realizados contra el sistema normativo que ha presidido el Principado. Si el oficial ha hecho lo que hacían sus predecesores no puede ser responsabilizado, pues como dice Fontanella, no hay culpa en lo que es costumbre\*.

Así mismo LALINDE ABADIA afirma:

\* Casi toda la doctrina está concorde en la existencia de una presunción favorable al oficial. De ese modo, si se ha caído algo por los oficiales se presume haberse debido a error y negligencia, más que a la malicia y dolo, aunque, por el contrario, la presunción se vuelve contra los oficiales cuando han realizado algo contra la naturaleza del oficio.

(81) LALINDE ABADIA, J. La purga ... op. cit. pág. 514.

(82) \* Por lo que se dice que era un procedimiento a instancia de parte, a diferencia de la visita\*. LALINDE ABADIA. La purga ... op. cit. 517.

(83) 3 meses. Esta suspensión es otra de las diferencias con la visita.

La no comparecencia de los oficiales reales acarrearba que el "jutge de taula" librara, en el primer mes, mandato penal pudiendo imponer penas más graves si persistía en esa actitud, consagrando una presunción de culpabilidad contra el oficial.

Su fuga representaba una "semiplenam probationem", y tratándose de hurto, barateria y extorsión se considera bastante prueba la del juramento que presta el demandante. El retorno del oficial antes de los cincuenta días hacía desaparecer todos los juicios existentes contra él (84).

Frente al castigo impuesto por los "Jutges de Taula" cabía recurso de apelación al Rey, que para conocer de ello elegía usualmente un jurista en Barcelona y otro en Lérida. Con posterioridad, el Rey se reservó el hacer gracia o revisión de lo que fuera juzgado, incluso los castigos de tipo corporal. Únicamente cabía recurso cuando la condena fuera menor de 500 sueldos, o cuando siendo menor llevara apanjada infamia (85).

Las consecuencias de un castigo siguiendo este procedimiento podían ser importantes: según se declaró en las Cortes de 1299, la condena llevaba implícito el no poder a tener oficio real. Esto sucedía cuando no se había respondido. Sólo tardíamente, se permitió obtener cualquier otro oficio a los cónsules de mar de Gerona, aunque no "hayan purgada taula", justificándose en no encontrarse quien quisiera aceptar el referido cargo, lo que significaba gran detrimento para los comerciantes y otros habitantes.

---

(84) LALINCE ABADIA, J. La purga ... op. cit. 517 - 518.

(85) LALINCE ABADIA, J. La purga ... op. cit. pág. 517.

Ahora bien, la "purga de taula" no tenía porqué desembocar siempre en la condena del oficial, sino que un fiscal normal era la absolución, la cual llevaba consigo la posibilidad de volver al oficio o función, pudiendo emprender a su vez la acción por injurias contra el que había actuado y no había probado. Sólo esto frenaría -dice LALINDE- a los desaprensivos o a aquéllos que actuaran sin fundamento, movidos por la envidia, el odio o cualquier otro móvil similar (26).

---

(26) LALINDE AZABIA, J. La purga ... op. cit. pág. 213.



### 3. El Estado Absoluto y el derecho disciplinario: La tesis de Nieto.

Para NIETO, el origen del derecho disciplinario ancla sus raíces en el Estado moderno. Allí, el aumento de funciones provocó una demanda de funcionarios cualificados que no pudo ser satisfecha y que acarrió la concesión por parte del Príncipe de ciertos privilegios, entre ellos determinadas garantías contra una separación arbitraria, que se formalizaban en el documento de nombramiento (87). Un siglo después, ese sistema fue perfeccionado acompañándose una cláusula de estilo conocida con el nombre de "beneplicitum", y que implicaba en último extremo, que el funcionario sólo podría ser despedido "en grave et legitima causa" (88).

El paso siguiente fue, en buena lógica, determinar dichos motivos y como los delitos oficiales clásicos del Derecho Romano parecían notoriamente insuficientes fueron los Príncipes quienes tuvieron que hacer una casuística enumeración de ellos en los contratos de servicio y en los documentos de nombramiento que culminó con la tipificación de una cláusula general de "excessus sive malvasatio in genere o excessus formal", tipo que comprendía la infracción de todos los deberes funcionariales. Así y a partir de entonces se opondrían los delitos tradicionales típicos concretamente determinados - delicta nominata - y las infracciones realizadas contra las peculiaridades del cargo no enumeradas de forma exhaustiva - delicta inominata - (89).

---

(87) NIETO GARCIA, Problemas ... op. cit., pág. 45.

(88) NIETO GARCIA, Problemas ... op. cit., pág. 46.

(89) NIETO GARCIA, Problemas ... op. cit., pág. 51.

A esa primera circunstancia NIETO añade la existencia de las instituciones anteriormente estudiadas (la visita y la residencia castel'ana o purga de taula) en donde "concurren todos los caracteres propios del Derecho disciplinario", por cuanto se "señalan infracciones propias del cargo, que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales, las cuales son sancionadas con penas específicas por unos órganos no judiciales y a través de un procedimiento peculiar" (90).

Con esta interpretación, NIETO sitúa el origen del derecho disciplinario en una relación doméstica, laboral y privada entre el Príncipe y sus súbditos, claramente desgajada del derecho penal. Esta tesis, hasta la fecha por nadie discutida, demuestra un punto de partida por lo demás común al Derecho Administrativo (91) y encuentra una seria dificultad ya puesta de manifiesto por el propio autor (92) y es que paralelamente a las faltas

---

(90) A NIETO GARCIA, *Problemas ... op. cit.*, pág. 49.

(91) La Historia de la Administración occidental, dijo hace años GARCIA DE ENTERRIA, arranca en línea recta de la reacción frente al orden feudal y frente a la privatización de lo público y personalización de los actos sociales por él representado. (*La Administración española*, Madrid, 1961, pág. 168.)

Al respecto J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces Madrid 1988 págs. 46 y ss. dice, al trazar una evolución histórica del Derecho Administrativo, que en la alta Edad Media "el poder público es poco más que una simple gestión patrimonial, pura potestad doméstica" ... El Derecho público (no ya administrativo), en cuanto tal Derecho especial, no existe en esta época. El conarca y sus oficiales se rigen por el mismo derecho que los particulares ..."

Con posterioridad, sitúa en los siglos XVII y XVIII la aparición decidida del Derecho Público en el campo de la doctrina jurídica aunque se da de forma desigual.

Finalmente, serán los movimientos liberales de fines del siglo XVIII, dirigidos a conseguir una limitación efectiva del poder estatal, los que darán lugar al nacimiento del derecho administrativo por medio de dos principios cruciales: El de legalidad y la garantía judicial de los ciudadanos, así como del proceso de jurisdicción del poder público (págs. 147 - 148).

En consecuencia, demostrar que en su origen, el derecho disciplinario estaba concebido como un derecho privado no puede servir de argumento para justificar, actualmente, la inaplicación de los grandes principios que rigen para el resto del ordenamiento punitivo del Estado, particularmente en el derecho administrativo sancionador. Ver al respecto Título I, Capítulo II, 6 y título II, Capítulo IV.

(92) A NIETO, *Problemas ... op. cit.*, pág. 50 y nota 24.

A esa primera circunstancia NIETO añade la existencia de las instituciones anteriormente estudiadas (la visita y la residencia castellana o purga de taula) en donde "concurren todos los caracteres propios del Derecho disciplinario", por cuanto se "señalan infracciones propias del cargo, que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales, las cuales son sancionadas con penas específicas por unos órganos no judiciales y a través de un procedimiento peculiar" (90).

Con esta interpretación, NIETO sitúa el origen del derecho disciplinario una relación doméstica, laboral y privada entre el Príncipe y sus súbditos claramente desgajada del derecho penal. Dicha tesis, hasta la fecha por nadie discutida, demuestra un punto de partida por lo demás común al Derecho Administrativo (91) y encuentra una seria dificultad ya puesta de manifiesto por el propio autor (92) y es que paralelamente a las faltas

---

(90) A NIETO GARCIA, Problemas ... op. cit., pág. 49.

(91) La teoría de la Administración occidental, dijo hace años GARCIA DE ENTERRIA, arranca en línea recta de la reacción frente al orden feudal y frente a la privatización de lo público y personalización de los lazos sociales por él representado. (La Administración española, Madrid, 1961, pág. 168.)

Al respecto J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de derecho administrativo, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces Madrid 1988 págs. 48 y ss. dice, al trazar una evolución histórica del Derecho Administrativo, que en la alta Edad Media "el poder público es poco más que una simple gestión patrimonial, pura potestad señorial" ... El Derecho público (no ya administrativo), en cuanto tal Derecho especial, no existe en esta época. El monarca y sus oficiales se rigen por el mismo derecho que los particulares ..."

Con posterioridad, sitúa en los siglos XVII y XVIII la aparición decidida del Derecho Público en el campo de la doctrina jurídica aunque se da de forma desigual.

Finalmente, serán los movimientos liberales de fines del siglo XVIII, dirigidos a conseguir una limitación efectiva del poder estatal, los que darán lugar al nacimiento del derecho administrativo por medio de dos principios cruciales: El de legalidad y la garantía judicial de los ciudadanos, así como del proceso de jurisdicción del poder público (págs. 147 - 148).

En consecuencia, demostrar que en su origen, el derecho disciplinario estaba concebido como un derecho privado no puede servir de argumento para justificar, actualmente, la inaplicación de los grandes principios que rigen para el resto del ordenamiento positivo del Estado, y particularmente en el derecho administrativo sancionador. Ver al respecto Título I, Capítulo II, 6 y título II, Capítulo IV.

(92) A NIETO, Problemas ... op. cit., pág. 50 y nota 24.

limitadas disciplinarias (es decir cometidas en relación con el oficio o cargo) subsistían en nuestra legislación positiva una serie de tipificaciones que hoy llamaríamos "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" (93) que nadie ha concretado claramente su distinción y que, en muchas ocasiones, se llegan a confundir, al menos terminológicamente (94).

---

(93) OCTAVIO de TOLEDO, La prevaricación del Escribano Público, Ed. Civitas, Madrid 1930, pág. 155 y ss.

(94) Así, OCTAVIO de TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 155 explica como el Fuero Real castiga la prevaricación en el Libro I, Título VII, Ley VIII y, junto con el cohecho, en el Libro II, Título II, Ley II, la de abogados en el Libro I, Título II, Ley III. Las Leyes de Estilo, junto a la general posibilidad de que el rey mande "pesquissas" cuando el "oficial usa mal del oficio", contenida en la Ley 55, prevé un específico supuesto de infidelidad en la custodia de presos en la Ley III; un también específico abuso de oficio por el alguacal en la Ley 122, los hurtos con abuso de oficio, prácticamente iguales a hurtos domésticos, sobre las cosas del rey en la Ley 45; una apropiación indebida por alcalde abusando del oficio en la Ley 147 y un tipo específico de prevaricación de alcalde en la Ley 174. Las Partidas contienen el más amplio repertorio de estos delitos de entre las leyes de la época: además de los supuestos, ya señalados, de violación de secretos reales por el escribano, equiparado a traición (lesa majestad) de la Partida 2a., Título IX, Ley VIII y de prolongación de funciones, también equiparado a traición, de la Partida 7a., Título II, Ley I, docena, se prevén los siguientes supuestos: prevaricación y cohecho pasivo en la Partida 3a., Título XIII, Leyes XIII y XIV; cohecho activo y pasivo, en igual Partida y Título, Leyes XVI y XVII; un específico de prevaricación en la Partida 7a., Título VIII, Ley III; prevaricación de juez y abogado e infidelidad en la custodia de documentos - violación de secretos de juez y escribano y cohecho activo - infidelidad en la custodia de presos en la Partida 7a., Título XIII, Ley III; conversación, en la Partida 7a., Título XIV, Ley XIV; uno específico de exacción ilegal, en la Partida 3a., Título II, Ley V, la parte, y negociaciones prohibidas a los funcionarios, en la Partida 3a., Título V, Ley V. Por último, también el Ordenamiento de Alcalá recoge alguno de este tipo de delitos: así, la ya sentada prolongación de funciones, situada entre los delitos de lesa majestad (traición), en el Título XIII, Ley V, sexta; violación de secretos, prevaricación y cohecho, de jueces, en el Título XIII, Ley XLIV, cohecho (pasivo), en el Título II, Ley I; desobediencia, en el Título II, Ley IV; infidelidad en la custodia de presos, en el Título II, Ley V, y una regla de extensión de los tres últimos supuestos citados a otros oficiales, en el Título IX, Leyes VII y VIII.

"Todos ellos tienen en común - Según afirma OCTAVIO de TOLEDO - que pretenden proteger la actividad del Estado (no al Estado directamente), la "función pública" en cuanto se castiga su desempeño en contra de la voluntad estatal (real ...)

No obstante a este ataque no inmediato al "Estado" se suma, ... un ataque a la comunidad, al servicio que, a través del desempeño de la actividad estatal, le prestan los funcionarios. También, pues, un correcto servicio a la comunidad resulta protegido con la existencia de los delitos de funcionarios" (pág. 155 - 156).

#### 4. El derecho disciplinario en la época del constitucionalismo.

El advenimiento del nuevo régimen constitucional a comienzos del siglo XIX introdujo un sistema que, conocido por el nombre de cesantías, permitió durante largo tiempo, la adjudicación de los cargos públicos al partido triunfante y la consiguiente cesación, libre y sin trabas, de los funcionarios (95).

En consecuencia, y al faltar la premisa de la inamovilidad en el empleo, se produjo una ruptura con la tradición histórica anterior (96) puesto que dicha situación se prolongó hasta pasada la primera mitad del siglo.

Durante ese periodo, el primer cuerpo normativo de nuestro sistema de empleo público se recoge en el Estatuto para la función pública de Bravo Murillo, aprobado por Real Decreto de 18 de Julio de 1852 (97). En el mismo no se reconoció la

---

(95) Sobre el tema ver SANCIA PASCUAL, Evolución y situación actual del Estatuto de Funcionarios en España, EA, núm. 4 págs. 69 y ss.; RAMON MARTIN MATEO, La inamovilidad de los funcionarios públicos, RAP núm. 31, 1955, págs. 10 y ss. De forma más reciente PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., II pág. 328 y ss. Al respecto NIETO, Problemas, ... op. cit., pág. 52 afirma con contundencia que:

"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".

Un completo análisis de las reformas funcionariales en España puede verse en GARRIDO FALLA, Reformas de la función Pública, Madrid 1965.

(96) En este sentido SUAY RINCON, Potestad ... op. cit., pág. 1320.

(97) PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., pág. 331; MARTIN MATEO, La inamovilidad ... op. cit., pág. 21. Sobre dicho texto legal de forma genérica, ver NIETO, A., Estudios históricos sobre Administración y derecho administrativo, Colección Estudios de historia de la Administración núm. 18, INAP, Alcalá de Henares 1956, págs. 308 y ss.; GARRIDO FALLA, Reformas ... op. cit., págs. 40 y ss. El referido texto legal lleva su nombre del Presidente del Gobierno bajo cuyo mandato fue aprobado, periodo de la historia de España de carácter absolutista.

estabilidad en el empleo ni la inamovilidad de residencia y así, los funcionarios "no tenían derecho a exigir la manifestación de los documentos que hubieran motivado su separación, suspensión o traslado ni a pedir la formación de la causa cuando estas medidas tenían carácter administrativo" (arts. 41 a 43) (98).

Hemos de esperar al denominado Estatuto O'DONELL de 1956 (99) para ver reconocida una potestad disciplinaria ligada, obviamente, al reconocimiento e prueba de la estabilidad en el empleo (100). A partir de entonces, el Gobierno solo podía separar libremente a los funcionarios que no habiendo obtenido el cargo por oposición tuvieran menos de seis años de servicios efectivos. Para el resto, su separación quedaba condicionada a la previa e inexcusable instrucción del expediente disciplinario con audiencia al interesado (101). Asimismo, los artículos 77 y 78 del Estatuto tipificaban una serie de faltas y las correlativas sanciones que podían ser impuestas como castigo disciplinario.

No obstante y a pesar de los logros obtenidos, el Estatuto O' DONELL apenas permaneció unos meses en vigor recobrando nueva vigencia el anterior texto legal de Bravo Murillo.

Con posterioridad, se volvió a reconocer durante un tiempo la facultad de los Ministros de nombrar y separar libremente a

---

(98) Citada por PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., pág. 332.

(99) Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la Administración Pública, aprobado por Real Decreto de 4 de Marzo de 1956 bajo la Presidencia del General y Político que le da su nombre y cuyo mandato duró escasamente 1 año.

(100) Sobre el tema ver, GARCIA TREVILANO FOS, Un desconocido precedente: El Estatuto O'DONELL, en Estudios de Derecho Administrativo (libro jubilar del Consejo de Estado), Madrid, Instituto de Estudios Políticos págs. 221 y ss.

(101) PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., II pág. 333.

nos funcionarios (102) si bien hubo, para ciertos cuerpos especiales, la consagración de la inamovilidad en el empleo (103).

Debió aprobarse el Estatuto Maura de 1918 (104) para constatar variaciones de importancia en la materia que abordamos. A partir de entonces, se condiciona la cesantía de forma general a la previa e ineludible instrucción de un expediente administrativo, dando audiencia al funcionario afectado (105). Si la cesantía era acordada por conveniencia del servicio debía ser publicado el cese en la Gaceta, comunicándolo a las Cortes, y siempre cubriendo la vacante producida por riguroso orden de antigüedad (106).

---

(102) Al respecto ver, R. MARTÍN MATEO, La inamovilidad ... op.cit., pág. 21. En la nota 62 citada que el artículo 9 de la Ley de Presupuestos de 1895 disponía, aún, que la inamovilidad solo podría declararse por Ley.

(103) El Real Decreto de 6 de octubre de 1899, para el caso de la Hacienda pública, aún sin reconocer la inamovilidad como derecho, se pronunciaba en pro de la estabilidad real de los empleados, precisando los casos en que por reforma de plantilla, conveniencia del servicio o falta grave podían ser separados los funcionarios. Estos principios fueron hechos extensivos posteriormente a otros Departamentos ministeriales, incorporándose nuevas garantías funcionariales.

(104) Reales Decretos de 9 de Abril 1901, 20 de Abril del mismo año y Leyes de 4 de Junio, 12 de Agosto, y 14 de Abril de 1908; R. MARTÍN MATEO La inamovilidad ... op. cit. págs. 21-22 y nota 63).

La circunstancia, mencionada en el texto implicaba la asunción de un conjunto de normas disciplinarias "carentes de uniformidad y precisión". Al respecto ver GONZÁLEZ MARINAS, Reflexiones sobre el Derecho Disciplinario: Delimitación de la llamada falta de probidad, D.A no. 150 págs. 67 y ss.

(105) Formado por la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y el posterior Decreto de 27 de Septiembre. Toma su nombre de Antonio Maura, Político y Jurista español que en aquel tiempo ostentaba la Presidencia del Consejo de Ministros.

(106) Así, la base 5 de la citada Ley estableció textualmente:

"Los funcionarios técnicos y auxiliares no podrán ser declarados cesantes sino en virtud de expediente gubernativo, instruido con audiencia del interesado, por faltas graves de moralidad, desobediencia o reiterada negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo".

Citado por R. MARTÍN MATEO. La inamovilidad ... op. cit. pág. 22.

(106) R. MARTÍN MATEO, La inamovilidad ... op. cit. pág. 22. PARADA VAIDUEZ. Derecho ... op. cit. pág. 333.

Asimismo y paralelamente se determinó un sistema disciplinario general para todos los funcionarios públicos (107).

Con la proclamación de la República, la Función Pública se convierte en una "charca tranquila" (108) en donde se reconoce al más alto rango la inamovilidad del funcionario (109) y se mantiene en vigor la anterior regulación.

Con posterioridad, el régimen franquista considera como un "botín de guerra" a los Funcionarios (110). Las exigencias fundamentales eran según NIETO "la lealtad pasiva y obediencia ciega entendida como incapacidad de rebelarse" (111). En ese contexto, se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de Febrero de 1964 (112) concretándose el régimen disciplinario en el Reglamento de 16 de Agosto de 1969 (113).

## 5. La Constitución de 1.978 y el derecho disciplinario.

---

(107) Arts. 58 y ss. del Decreto el 27 de Septiembre 1918. Al respecto ver F.BUENO ARUS, El procedimiento sancionador de los funcionarios públicos, R.A Nos. 56-57 págs. 49 y ss.

(108) En palabras de NIETO, A., De la República a la Democracia. La Administración española del Franquismo (I) REDA n.º. 11, 1976, págs. 567 y ss. En especial pág. 568.

(109) Arts. 49 y ss. de la Constitución de 1.931.

(110) A. NIETO, De la República ... op. cit., pág. 572.

(111) A. NIETO, De la República ... op. cit., pág. 572.

(112) Que dedica al régimen disciplinario el Capítulo VIII del Título III. Un análisis de las reformas que introduce la citada norma puede verse en GARRIDO FALLA, Reformas ... op. cit., págs. 60 y ss. Además, en general, ver los trabajos de NIETO, A., De la República a la Democracia. La Administración española del Franquismo . Pérdida de identificación y crisis de identidad de unos cuerpos burocráticos III, REDA n.º. 18, 1979, pág. 359 y ss.

(113) Un examen del texto puede verse en J.A. GARCIA TREVIJANO FOS, Tratado de Derecho Administrativo, I. EDESA, Madrid 1968 pág. 227 y ss.



Con la promulgación del Texto Constitucional de 1978 debía producirse un cambio legislativo que se adaptara a los mandatos recogidos en los artículos 24, 25.1 (que equipara como sabemos delito falta e infracción administrativa), la configuración del nuevo Estado autonómico (Título VIII y art. 149.1.1B) y las previsiones impuestas por el art. 103.3 CE que se remite a la Ley para la regulación del Estatuto de los funcionarios, el acceso a la función pública... las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (113 bis).

De este modo, fue aprobada la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (114), que tipificó, en su artículo 31, un elenco de faltas muy graves y añadió un nuevo tipo de sanción (la deducción proporcional de retribuciones). Estos apartados de la Ley tienen el carácter de básicos y en consecuencia, son de aplicación para todos los funcionarios cualquiera que sea la Administración a la que pertenecen (115). Además, derogó expresamente los artículos 88 (faltas muy graves) y 91.1 d y e (sanción de pérdida de remuneraciones) de la LFCE, por lo que obligatoriamente debía ser aprobado un nuevo reglamento disciplinario que se acomodase

---

(113b) Sobre el tema ver Título II Capítulo II 2 y Título III Capítulo II 2.

(114) (B.O.E. n.º. 18, de 3 de Agosto).

Sobre esta ley, en general ver por todos, PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., pág. 335; I.R. FERNANDEZ, Las reformas de la función pública en España et France, Revue Française d'Administration Publique n.º. 38, 1986, págs. 286 y ss.

(115) (Art. 1 ap. 3). Ver asimismo art. 149.1 1B CE.

Sobre la influencia de esa Ley 30/84, en el Estado de las Autonomías ver I.R. FERNANDEZ, La Ley de medidas para la reforma de la Función Pública. su incidencia en la estructura del personal de las Comunidades Autónomas, en Jornadas de Estudio sobre Administración Pública y función pública en el Estado Autonómico, CIAT 1986; FLLISET - J. TORRES, La función pública de las Comunitats Autònomes, EAPC, Barcelona 1986; EXTREMA CUESTA, Prólogo al libro de R.A. GUTIERREZ LLAMAZARES, Régimen disciplinario de los funcionarios (legislación aplicable, sentencias y formularios) FPU, Barcelona 1991.

a las recientes exigencias legales (116). Así surgió el Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/86 de 10 de Enero (117) cuyo ámbito de aplicación se refiere al Personal funcionario comprendido en la LMRFP (118) pero además tiene carácter supletorio para el resto de "funcionarios al servicio del Estado y de la Administración Pública" (119).

Del mismo modo, las Comunidades Autónomas han ido aprobando progresivamente, dentro de esa regulación básica, normas para ordenar su propia función pública (120) y el régimen disciplinario de los funcionarios de ellos dependientes (121).

---

(116) Artículo 1 ap. 3). El artículo 149.1.18 dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: las bases ... del régimen estatutario de sus funcionarios, en cumplimiento de la STC de 11 de Junio de 1987.

(117) Resulta conveniente señalar que la citada Ley fue modificada posteriormente, en otros aspectos por la Ley 23/88 de modificación de la LMRFP.

(118) Artículo 1 RCFCE.

(119) Artículo 1 RCFCE.

(120) Según les incita el art. 11 LMRFP.

(121) De ese modo han sido aprobadas las siguientes normas autonómicas:

Ley 13/83, de 30 de Marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra (Título II, Capítulo II, arts. 59 y ss.) así como su Reglamento de Régimen disciplinario aprobado por Decreto foral de 12 de Junio de 1985).

Ley 6/89, de 6 de Julio de la Función Pública del País Vasco (Título III, Capítulo VII, arts. 82 y ss.).

Ley 3/85, de 26 de Diciembre de la Función Pública del Principado de Asturias (Título V, Capítulo VII, arts. 89 y ss.).

Ley 1/86, de 10 de Abril de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (Título IV, Capítulo II, arts. 912 y ss.).

Ley 3/86, de 19 de Marzo de la Función Pública de la Región de Murcia (Capítulo VIII, arts. 84 y ss.).

Ley 5/85, de 29 de Noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (secciona de forma indirecta el régimen disciplinario en su artículo 4.2.1. por lo que es de aplicación estatal).

Ley 1/86, de 20 de Febrero de medidas para la ordenación de la Función Pública en la Comunidad Autónoma de Aragón (Se refiere en su artículo 1.1 a las bases establecidas en la LMRFP).

Ley 2/89, de 22 de Febrero, de la Función Pública de las Islas Baleares. (Título V, Capítulo V, arts. 95 y ss.).

Ley 2/87, de 30 de Marzo, de la Función Pública Canaria (Título IV, Capítulo IV, Sección 8, Arts. 56 y ss.).

En Cataluña, por ejemplo, fue aprobado el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración de la Generalitat de Cataluña (Decreto 336/86, de 6 de Noviembre) que desarrolla la ley de 23 de Julio de 1985, reguladora de la función pública de la comunidad.

Por último y en lo que hace referencia a la Administración Local, es el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local aprobado por Decreto legislativo 781/86, de 18 de Abril (122) quien regula principalmente el marco normativo para los funcionarios de esas

---

(121) .../...

Ley 4/85, de 7 de Julio, de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria. (Capítulo VII, arts. 64 y ss. . Asimismo existe el Reglamento Disciplinario de Funcionarios de la Comunidad Autónoma de Cantabria aprobado por Decreto de 22 de Junio de 1987.

Ley 5/85, de 26 de Junio de 1985 de la Función Pública de Castilla - La Mancha. (Título V. Capítulo V, arts. 104 y ss.).

Ley 7/85, de 27 de Diciembre, de la Función Pública de Castilla - León. (Se remite en su art. 1 a la legislación estatal).

Ley 10/85, de 31 de Julio, de la Función Pública de la Comunidad Valenciana. (Título Unico, Capítulo V, arts. 51 y ss.).

Ley 2/86, de 23 de Mayo, de la Función Pública de Extremadura. (Título VI, Capítulo VII, arts. 81 y ss.).

Ley 4/88, de 26 de Mayo, de la Función Pública de Galicia. (Su disposición adicional 6, remite al Estatuto y transitoriamente a la legislación vigente).

Estatuto del Personal al servicio de la Diputación General de la Rioja 180 de la Rioja del 12 y 14 de Julio 1989, nos. 83 y 84). Capítulo II, arts. 72 y ss.

(122) BOE Nos. 96 y 97, de 22 y 23 de Abril 1986. Corrección de errores BOE No. 165 de 11 de Junio y BOE de 25 de Noviembre.

Administraciones (123).

6.- Principales conclusiones extraídas de ese proceso histórico: La naturaleza penal, civil o administrativa del derecho disciplinario.

La interpretación de los datos anteriores ha dado lugar a múltiples teorías sobre la naturaleza de las normas disciplinarias, la razón de su existencia y el porqué de su atribución a la Administración Pública.

De ese modo, han surgido, por orden cronológico, tres grandes concepciones doctrinales: la penalista, la civilista y la administrativista.

La postura penalista fue formulada por STOCK que distinguió tres periodos en la evolución del derecho disciplinario. En el primero, que abarcaría hasta finales del siglo XVIII, el derecho disciplinario permanece dentro del

---

(123) Los artículos 146 y ss. del TRPL establece el régimen de las faltas y sanciones. Respecto al procedimiento y a la suspensión preventiva continúan vigentes los artículos 114-120 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local aprobado por Decreto de 30 de Mayo de 1952. Sobre los órganos competentes para imponer ciertas sanciones fruto de faltas muy graves ver Ley 7/85, de 2 de Abril de Bases de Régimen Local (arts. 21, 22, 33, 47 Disp. derogativa y disp. adicional 2 y 3).

\*Para los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter general ver el Real Decreto 1174/87, de 19 de Septiembre (Títulos III y 4, arts. 44 y ss.).

Si- embargo para los funcionarios pertenecientes a la Administración Local en la Comunidad Autónoma de Cataluña ha sido aprobado el Decreto 214/79, de 30 de Julio, del personal al servicio de las entidades locales (DOSC, núm. 1348, de 23 de Septiembre).

derecho penal. El segundo, cuyo punto de partida se sitúa en la primera mitad del siglo XIX, se separan uno del otro pero no para delimitar su independencia, sino para pasar a formar parte del Derecho público del Estado. Por último el derecho disciplinario comienza a desarrollarse de forma autónoma (124).

En apoyo de esa idea, se destaca que el Código Penal Prusiano de 1794 contemplaba indistintamente las infracciones penales y disciplinarias. Ahora bien, según NIETO, en España parece que no puede admitirse dicha tesis "ya que los primeros textos del s. XIX dejan sentado ... que se trata de procedimientos distintos" (125).

Por el contrario, otro autor alemán, SEHME, ha explicado que el hecho de recoger ambas infracciones en el mismo texto normativo no es de por sí suficiente para establecer su identidad, pues para demostrarla debería observarse el mismo régimen jurídico, cosa que al parecer no se daba, pues mientras la represión de los primeros estaba confiada a órganos de naturaleza penal, la de los segundos se atribuyen a órganos administrativos con un procedimiento específico (126).

Posteriormente surge la orientación civilista del derecho disciplinario. El principal exponente de esta doctrina fue LABAND por quien el poder disciplinario tiene su justificación en las relaciones de servicio que median entre éste y sus servidores (127). Así, el Estado, para mantener la disciplina en ese ámbito y asegura el cumplimiento de los deberes del cargo utiliza el poder disciplinario. Ahora bien, si

---

(124) A. NIETO, Problemas ... op. cit. pág. 57 a quien hemos seguido en la elaboración de este epígrafe.

(125) A. NIETO, Problemas ... op. cit. pág. 58

(126) A. NIETO, Problemas ... op. cit. pág. 57 y 58; GARCIA TREVILANO FDS, Tratado ... op. cit. pág. 956; SUAY RINCON, Potestad ... op. cit. pág. 132; FEREZ BARRIO, La nueva ... op. cit. pág. 216-217.

(127) A. NIETO, Problemas ... op. cit. págs. 58-59.

en el Derecho Civil una parte puede exigir de la otra el cumplimiento de su prestación mediante el ejercicio de las acciones que en cada caso resulten pertinentes, en las relaciones de servicio hay primero una orden de cumplimiento y tras esa orden se pone en marcha el mecanismo disciplinario.

Esa tesis que como vemos se basa por un lado en la relación contractual entre el Estado y sus servidores y por el otro en la relación de poder de aquel sobre estos (128) plantea en la actualidad un problema insalvable pues el funcionario no está sujeto a una relación contractualmente definida sino unilateralmente establecida por el poder público con normas legales y reglamentarias (el Estatuto) situación a la que accedería a través del acto de nombramiento que actúa, justamente, como condición de acceso a la condición funcional (129). No obstante, a partir de ahí se elaborará la llamada concepción administrativista que consiste en considerar al derecho disciplinario como una parte del Derecho sancionador del Estado y que se ejerce sobre quienes se encuentran sometidos a una relación especial de poder.

---

(128) Dicha tesis encuentra gran predicamento entre autores como RAMELETTI y PACINOTTI. Al respecto ver NIETO, *Problemas ...* op. cit., pág. 61 quien incluye a PRESUTI cosa que niega GARCIA TREVIJANO al interpretar que este autor seguía una línea penalista (citado ... op. cit., pág. 977). Recientemente SUAY RINCÓN, *Potestad ...* op. cit., pág. 1323 nota 40, afirma que "leyendo atentamente su obra (*Istituzione di diritto amministrativo italiano*, Nápoles, Aurelio Tocco Editore, 1904, págs. 455 - 456) se constata que su pensamiento está más cerca del lugar que GARCIA TREVIJANO le asegura aunque la cuestión dista mucho de ser clara".

.../...  
Otros autores que incluyen el derecho disciplinario como una parte del derecho sancionador de la Administración en ALESSI *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo italiano* Jo. de GIUFFRÉ, Milán 1960, pág. 180, MIGUEL MONTORO PUERTO, *La infracción administrativa...* op. cit., págs. 111 - 131 y 315 y ss. VEDCL, *Droit Administratif*, Paris 1961, pág. 558.

(129) PARADA VAZQUEZ, *Derecho ...* op. cit. pág. 330 quien añade que esa tesis privatista fue sustituida paulatinamente por la jurisprudencia francesa. Esta concepción tiene importantes consecuencias prácticas, sobre todo en orden a la determinación de los derechos adquiridos de los funcionarios. Mientras en la tesis contractualista cualquier modificación del status funcional afecta a los derechos adquiridos y, cuando menos, permite justificar la exigencia de indemnizaciones sustitutorias, la tesis "estatutaria" pone el énfasis en los poderes modificatorios del Estado sobre la relación contractual, reduciendo al mínimo la posibilidad de resistencias jurídicas o de reclamaciones contra las variaciones introducidas por vía legal o reglamentaria al status del funcionario.

GITO MAYER, precursor de la nueva doctrina (130), va a superar la fuerte base privatista anterior poniendo el acento en la relación de poder entre la Administración y sus funcionarios, considerando a este último como el verdadero fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración, siendo su único objetivo el de mejorar el servicio (131).

Esa idea fue perfilada de otros autores como JELLINEK y ROMANO (132) zentando los fundamentos de la tesis actual mayoritariamente seguida y que considera que el nudo gordiano de la potestad disciplinaria de la Administración está en la especial relación de poder que liga al Estado con los funcionarios públicos. Es esa especial relación existente entre ambos la que explica y justifica la atribución a la Administración de un poder disciplinario propio, cuyo fundamento, por tanto, es diverso al del poder punitivo del Estado.

Sin embargo, tal y como argumentaremos seguidamente, (133) esas ideas están empezando a tambalearse en base a diversas razones: El tratamiento unitario que la Constitución proporciona a todo el ordenamiento punitivo del Estado (arts. 24 y 25 CE) y la consiguiente progresiva jurisdiccionalización de la potestad disciplinaria; el reconocimiento constitucional para todos los ciudadanos (funcionarios o no) de un catálogo de derechos fundamentales sin más matizaciones que las incluidas en

---

(130) Un análisis más pormenorizado puede verse en el Título II del presente trabajo.

(131) G. MAYER, Derecho Administrativo alemán, Buenos Aires, Arcaja 1954, Tomo IV, pág. 76.

(132) JELLINEK Systeme dei diritti pubblici subbiettivi, Società Editrice Libreria MILAN 1912 pág. 154. Citado por SUAY RINCON, Potestad ..., op. cit. pág. 1324. ROMANO, I poteri disciplinari della Pubbliche Amministrazione, Scritti Minori, II Milano 1950 págs. 90-91, y vol I pág. 213 y ss.

(133) Título II, Capítulo III y IV.

el propio Texto fundamental; La imposibilidad de extraer del concepto "relaciones especiales de sujeción" otras consecuencias que las previstas en la constitución y siempre respetando los mecanismos de protección (art. 53 CE) por ella impuestos.

En definitiva y como veremos, todo ese cúmulo de circunstancias implican una ruptura con la concepción anterior en la que el derecho disciplinario era un derecho privado, doméstico y referido exclusivamente a las relaciones entre el Monarca y sus súbditos. Esta afirmación, en adelante, sólo nos servirá para explicar su origen, por lo demás común a todo el derecho administrativo.



TITULO II LA MATIZACION DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA  
POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN EL  
AMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO. EN PARTICULAR, LA  
DOCTRINA DE LAS ESPECIALES RELACIONES DE SUJECION.

I. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION EN LA  
CONSTITUCION: PLANTEAMIENTO GENERAL.

La Constitución española de 1978 ha reconocido de manera específica, junto a la potestad punitiva ejercida por los tribunales, la posibilidad de que la Administración Pública imponga sanciones (1) es decir, infrinja a los administrados un

---

(1) El art. 25.1 de la CE. dice:

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Por tanto, por la literalidad de sus términos, no recoge diferencia alguna entre delitos faltas o infracciones administrativas. Muy al contrario "establece un sólo ordenamiento punitivo sometido al derecho con la misma intensidad en todas sus partes" obligando a "que la libertad y la seguridad de los ciudadanos se vea igualmente garantizada ante los jueces que ante la Administración". Luis PRIETO SANCHEZ "La jurisprudencia Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", REPC No. 4, Enero-Abril 1982 pág. 103.

Ahora bien, para una parte de la doctrina la posibilidad de que la Administración imponga sanciones no está recogida expresamente en la Constitución sino que se desprende, a sensu contrario, del apartado Tercero del artículo 25 cuando afirma: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad". De ese modo, el párrafo primero atribuiría a los jueces de lo contencioso - administrativo la posibilidad de imponer sanciones, criterio que vendría reforzado por las previsiones recogidas en los arts. 117.3 CE y 24. CE. M. COBO DEL ROSAL-TS VIVES ANTON. Derecho penal. Parte general, 2 ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1987 pág. 36. En contra J. TORRES MAS. Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en la relación con los precios y las tarifas, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia 1982 pág. 383.

Por otro lado, el artículo 45.3 de la CE. en materia de medio ambiente recoge igualmente la posibilidad de imponer sanciones administrativas. Sobre el tema ver, MARTIN MATEO, M. Derecho ambiental, Madrid 1977 págs. 98 y ss; MARTIN REBOLLO, L. Medio ambiente y responsabilidad de la Administración REDA núm. 1, 1976, págs. 150.

Tal como dice JAVIER SALVEZ en GARRIDO FALLA y otros Comentarios a la Constitución. Comentario al artículo 45, Ed. Civitas, Madrid 1985, pág. 820 nota 1, "la posibilidad de que la Administración impusiera sanciones fue introducida libremente por la Comisión Mixta Congreso - Senado".

mal como consecuencia de una conducta ilegal (2).

Anteriormente, una serie de vicisitudes habían llevado a la potenciación de las facultades administrativas represivas sin paralelo posible en ningún país de nuestra área cultural (3). En puridad y según la doctrina, ahí radica una de las imperfecciones más graves del Estado de Derecho pues, de acuerdo con el dogma de la separación de poderes surgido de la Revolución francesa, la potestad sancionadora del Estado debería quedar en manos de los jueces, no pudiendo el poder ejecutivo inmiscuirse en dicho campo. No obstante, razones de política legislativa y de eficacia en la ordenación del sistema represivo han contribuido a otorgar, de modo diversamente acelerado, un poder sancionador a la Administración Pública (4).

---

(2) En parecidos términos y como ya vimos en el título I Capítulo I del presente trabajo se pronuncian GARCIA DE ENTERRIA - Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Curso... op. cit., I; pág. 147. Ahora bien, no debemos confundir la sanción con otro tipo de figuras. Entre ellas destacamos a) La coacción administrativa pues como dice SARRIDO FALLA, Tratado de derecho administrativo, II. Ed. Tecnos Madrid 1987 pág. 137 "esta se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello: la sanción es un medio represivo que se pone en marcha precisamente porque la obligación no se ha cumplido". En parecidos términos J. TORRES MAS, Régimen jurídico de... op. cit., pág. 379.

b) Las medidas preventivas. Estas se dirigen "a impedir que se consueve una determinada violación del ordenamiento jurídico; se adoptan, por tanto, antes de producirse la violación y su efectividad va a estar en función precisamente, de que aquella no tenga lugar. Por el contrario, las sanciones administrativas son consecuencia de la comisión de una infracción administrativa. Constituyen, pues, una represión, presuponen la realización de un comportamiento prohibido y representan, en fin, un posterior". SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 64.

c) Medidas resarcitorias como la indemnización. Se diferencia de las sanciones administrativas en que estas son medidas represivas. SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 65.

(3) GARCIA de ENTERRIA, El problema jurídico... op. cit., pág. 405. En parecidos términos PARADA VAZQUEZ, J.R., El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP No. 69, 1972 págs. 83 y ss.

(4) En el régimen pre-constitucional dos tipos de argumentos fueron esgrimidos por la doctrina para justificar ese fenómeno:

a) Uno de tipo político pues esa evolución "ha sido consecuencia de reacciones defensivas de los grupos políticos dominantes frente a sus antagonistas, sin que en este punto ninguno de los sistemas políticos que han precedido al actual pueda considerarse inocente en el arte de la creación y empleo de potestades administrativas para descalificar al adversario político". PARADA VAZQUEZ, J.R., El poder sancionador op. cit., pág. 83.

.../...

En la actualidad, no sería de recibo poner en duda esa competencia sin la cual un Estado moderno tendría dificultades para funcionar (5), pues estaríamos obviando una de las estrellas polares que debe guiar todo sistema jurídico: la eficiencia de la actuación administrativa, necesaria para la correcta protección del interés público (5b).

Ahora bien, dado que el mundo de las sanciones administrativas "significa la mayor intromisión imaginable de la

---

(4) .../...

b) Una inadecuación del sistema penal cuando, por su lentitud, por su rigidez, quizás por la benignidad de sus sanciones o, inversamente, por su posible excesivo rigor o contenido socialmente infamante". GARCIA DE ENTERRIA, E, El problema jurídico ... op. cit., pág. 405.

Sobre el tema ver, además, MARTIN MONTILLA BARRER, L, Multas administrativas, RAP No. 79, 1979, págs. 19 y ss; BASSOLS COMA, El control de la legalidad urbanística en la nueva ley del Suelo, REJA No. 6 pág. 230. Parecidos criterios espino, en materia de disciplina de mercado, J. TORRES MAS, Las sanciones en materia de disciplina de mercado REJA No. 13, 1977 pág. 230-231. Un análisis de conjunto puede verse en SUAY RINCON, Sanciones ... op. cit., pág. 22.

Por otro lado, algunos autores han justificado ese fenómeno poniendo el acento en la propia naturaleza de uno y otro ilícito. Así consideran que a diferencia del delito, la infracción administrativa es irrelevante desde el punto de vista ético, pues no pone en peligro los valores fundamentales aceptados por la sociedad. Al respecto ver MATTES, N. Problemas de derecho penal administrativo, I. Historia y derecho comparado, EBERSA, Madrid 1979 pág. 130; GARRIDO FALLA, Tratado ... op. cit. II pág. 125 y ss.; TORRES MAS, Régimen jurídico ... op. cit., págs. 301 y ss. Ahora bien tras la vigencia del texto constitucional el T.C., en sentencia de 3 de octubre de 1983 (BOE de 7 de Noviembre) justificó el poder sancionador otorgado a la Administración Pública en "la conveniencia de dotar de mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados".

En el mismo sentido se pronuncia Tomás QUINTANA LOPEZ, El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios, REJA, año. 52 Octubre-Diciembre 1984, pág. 505 y ss.

(5) "Este sistema no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable... por ello nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que lejos de ello, la ha reconocido, aunque, como es obvio, sometióla a las necesarias cautelas que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos" (STC 77/83 de 3 de Octubre. Doctrina en el gobierno Civil de Cádiz, Fj. núm. 2).

En consecuencia, "resultaría ahora inviable poner en práctica lo que la doctrina ha venido postulando con insistencia: la devolución al juez penal de las facultades represivas de la Administración" SUAY RINCON, Sanciones ... op. cit. 25 comentando las propuestas de PARADA VAJQUEZ, J.R. El poder ... op. cit. pág.91 y GARCIA DE ENTERRIA, El problema jurídico ... op. cit. pág. 430.

(5b) Sobre el tema en general, ver LUCIANO PAREJO - A. JINEMEZ BLANCO - L. ORTEGA ALVAREZ, Mano al de derecho administrativo. Ed. Ariel Barcelona 1990, pág. 17 y 55.

Administración en la esfera de la justicia (6), es necesario tal como señalar, principalmente, los artículos 24 y 25.1 de la CE, transponer y aplicar los principios elaborados en el Derecho Penal al derecho Administrativo sancionador (7) si no queremos que todas las garantías que otorga, proclama y predica el Estado Social de Derecho, se conviertan de forma caprichosa e injustificada en meros dogmas que pueden ser salvados al libre albedrío de cualquier poder público, simplemente calificando de administrativa una determinada medida sancionadora (8). Siendo consciente del problema, nuestro Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de declarar tempranamente que "los principios inspirado-

(6) MERKL, A., Teoría general del derecho administrativo, edición castellana, Ed. Nacional, México 1990, pág. 347 y ss.

(7) En idéntico sentido CEREZO MIR, Curso de derecho penal español (parte general), 2a. edición, Ed. Tecnos, 1981, pág. 57 quien afirma "debemos aplicar los principios fundamentales del derecho penal, especialmente los principios de legalidad ..."; SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit. pág. 25 nota 16.

En la primera redacción del art. 25 (borrador de la ponencia, art. 19) "ya estaba presente en el ánimo de los parlamentarios la tendencia a una cierta equiparación en materia sancionatoria de la Administración (FRANCISCO SANZ GAMBOSI, La potestad sancionatoria de la Administración. La Constitución Española y el Tribunal Constitucional, Ed. Edersa, Madrid 1985, pág. 38).

El art. 19 decía "nadie puede ser condenado por acción u omisión que en el momento de cometerse no constituya infracción, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento..." (Revista de las Cortes Generales n.º. 7, Sesión de la ponencia Constitucional de 8 de septiembre de 1977, pág. 268). Para un análisis de los hitos constitucionales del actual art. 25 ver MARTÍN RETORTILLO, L., "Materiales para una Constitución", Aal 1984, pág. 129 y ss.

(8) Cuestión prohibida por el TEDH en su sentencia de 21 de Febrero de 1984 "OZTURK" en la que ante una sanción de tráfico a un ciudadano turco en Alemania y la inaplicación de las garantías de la CEDH afirma (Fj n.º. 53)

- si les Etats contractans pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction "d'administrative" plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention".

- le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisente à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse.

- Sans doute s'agissait-il d'une infraction légère ne risquant guère de nuire à la réputation de son auteur, mais elle ne sortait pas pour autant de champ d'application de l'article 6. Rien ne donne en effet à penser que l'infraction pénale (criminal offence), au sens de la Convention, implique nécessairement un certain degré de gravité. A cet égard, un nombre d'Etats contractans distinguent aujourd'hui encore, comme la République fédérale le faisait à l'époque de l'ouverture de la Convention à la signature des gouvernements, entre crimes, délits et contraventions tout en les qualifiant les uns et les autres d'infractions pénales. En outre, il serait contraire à l'objet et au but de l'article 6, qui garantit aux "accusés" le droit à un tribunal et à un procès équitable, de permettre à l'Etat de soustraire à l'empire de ce texte toute une catégorie d'infractions pour peu qu'il les juge.

nes del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" (9).

Hasta aquí, el planteamiento efectuado parece impecablemente configurado desde el punto de vista jurídico, puesto que se concilian garantías otorgadas a los ciudadanos y la necesaria protección del interés público. Se reconoce una potestad sancionadora a la Administración por motivos de eficacia y de política legislativa, pero ésta no se distingue, sustancialmente, de la potestad punitiva ejercida por la jurisdicción penal. Por tanto, deben respetarse con matices los mismos principios y garantías elaboradas en ese ámbito a lo largo de la historia.

Consecuencia de ese punto de partida iniciado con la Constitución de 1978, fue la superación de aquel conjunto de técnicas groseras y de la concepción del Derecho Administrativo sancionador como un ordenamiento jurídico represivo, primario y arcaico del que hablaba la doctrina (10). Una temprana jurisprudencia empieza a aplicar principios como el de legalidad (11) o

(9) .../...

Un comentario de esta resolución puede verse en RUCIO de CASAS, N. Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso O'Sárb, RAP, núm. 134 (1984) págs. 375 y ss; SUAY RINCÓN Sanciones ... op. cit., pág. 195 y ss.

En parecidos términos TEJN 28 de Junio 1984. (Casos Caobell y Fell).

(10) STC de 8 de Junio de 1981 (funcionarios de Correos de la C.J.V.T. de Barcelona) comentada por GARCIA DE ENTERRIA, E., La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid 1982, pág. 248.

(10) GARCIA DE ENTERRIA- T.R. FERNANDEZ, Curso ... op. cit., pág. 151 y ss; GARCIA DE ENTERRIA, El problema jurídico ... op. cit., págs. 399 - 430.

(11) En realidad esa nueva corriente jurisprudencial se inicia un poco antes de la entrada en vigor de la CE. Ver STS de 2 de Marzo de 1972, 17 de Junio de 1975 y 5 de Abril de 1976 cuya doctrina servirá de base a otras posteriores, entre ellas SSTIS de 31 de Mayo y 7 de Octubre de 1976, 15 de Marzo y 3 de Mayo de 1978, 5 de diciembre 1986, 16 de Mayo 1988. De ese modo, la primera sentencia del TC sobre el tema (STC 2/81, de 30 de Enero, Joyero de Madrid) cita expresamente la primera de las resoluciones mencionadas. Una crítica sobre las decisiones jurisprudenciales de signo contrario antes de la CE pueden verse en GARCIA DE ENTERRIA, Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario, REBA núm. 5, págs. 203 y ss.

audiencia (12), sin vacilación alguna. En este nuevo panorama influye de manera decisiva la doctrina que emana de los recursos interpuestos contra sanciones disciplinarias a los funcionarios públicos, hasta el punto de elaborarse un cuerpo jurídico que si bien era fruto de una reacción pendular, (y, por tanto, de difícil consolidación en la práctica) recogía grandes innovaciones en el plano de las garantías. La no ejecutividad de las sanciones hasta que éstas fueran firmes en vía judicial (13), la posible impugnación de los actos de trámite o simples vías de hecho que pudieran infringir los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (14), la inconstitucionalidad de las sanciones de plano (14b) y la aplicación, en esta esfera del derecho fundamental a la presunción de inocencia (15) no eran más que las puntas del iceberg de lo afirmado y la consiguiente prueba del aserto que decimos.

---

(12) Desterrando las sanciones de plano (STC de 8 de Junio 1981, Funcionarios de Correos de Barcelona).

(13) STS de 21 de Julio de 1982. (Falsificación de títulos en ola facultad de medicina). En la actualidad esa doctrina ha sido rectificada. Ver Título II, Capítulo III.

(14) Sobre la impugnación de actos de trámite SSTC de 3 de Mayo de 1985, 29 de Julio de 1983, 14 de Octubre de 1985, 5 de Febrero de 1985, 24 de Abril de 1986, 9 de Febrero de 1988. En contra de esa interpretación SSTC 8 de Julio de 1981, 3 de Febrero de 1982, Auto de 13 de Octubre de 1995, STS de 23 de Enero de 1983. Al respecto ver el Título VII dedicado a la suspensión provisional del funcionario. Para la adición de recursos contra vías de hecho que violen derechos fundamentales ver STS de 4 de Noviembre de 1982, 3 de Diciembre de 1982 y 5 de Febrero de 1985 esta última afirma "los derechos pueden ser infringidos no solo por actos definitivos, sino por los de trámite (o incluso mediante la vía de hecho)".

La doctrina sobre el tema es abundante. En especial ver, GONZALEZ PEREZ, Derecho procesal constitucional, Madrid 1990, pág. 208 y ss; MARTIN REBOLLO, "La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional", en el Tribunal Constitucional, DCE, Madrid 1981, II págs. 1684 y ss donde se analizan especialmente los arts. 41.2 LOTC y 6 LPJDF.

(14b) STC de 8 de Junio de 1981 ya citada.

(15) STS de 8 de octubre de 1986, entre otras muchas. Esta declaración resultaba muy avanzada con respecto al derecho comparado. Por ejemplo, en Italia, el art. 27 de la C consagra que "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva", "principio de no necesaria aplicación en el campo administrativo sancionador" Maria Alessandra SANMULLI, Le sanzioni amministrative pecuniarie (principi sostanziali e procedurali) Jovene Editore, Napoli 1983, págs. 146 y 147.

En ese marco, a priori común "al complejo mundo" de lo sancionatorio - administrativo, el TC distingue dos grandes clases o categorías de sanciones administrativas: Las que se orientan a la protección del orden general y aquellas que persiguen la autoprotección del aparato administrativo y que son fruto de una especial relación de sujeción, entre las que destacan, con luz propia, los castigos disciplinarios (16).

Esa clasificación sostiene que mediante las primeras (sanciones de protección del orden general) la Administración no busca su propia defensa como organización sino que justifica su potestad represora "en la protección del orden social general, manifestándose en diversas esferas de la vida diaria (orden público, tráfico, urbanismo) pudiendo, además, ser sujetos activos todos los administrados (17). "Este tipo de sanciones administrativas están próximas a las punitivas y (son) reclamadoras en línea de principio de garantías que, teniendo su inicial campo de aplicación en el punitivo, son extensibles al sancionador. ..." (18).

Por contra, en las segundas (sanciones administrativas fruto de una sujeción especial) la Administración únicamente persigue "su propia protección como organización o institución" y es, por tanto, una "potestad doméstica .... con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en

---

(16) La diferenciación se realiza de forma clara en la STC 66/84, de 6 de Junio. (Viviendas de protección oficial). RA 487/83. Ponente D. Juan AROZAMENA SIERRA. (BOE de 19 de Junio). Ahora bien, otras resoluciones del Tribunal habían ya esbozado esa dual clasificación. (SSTC 2/81, de 30 de Enero. Joyero de Madrid, 81/83, de 10 de Octubre. Nota de un policía a Radio Zaragoza).

(17) Tal como afirman GARCIA DE ENTERRIA, y T.R. FERNANDEZ, Cursus ... op. cit., pág. 152, de quien el ... parece adoptar su terminología. En este sentido, SANZ GANSEBUI, La potestad sancionadora ... op. cit., pág. 78.

(18) STC 66/84, de 6 de Junio. (Viviendas de protección oficial). Comentando esta sentencia Francisco SANZ GANSEBUI, La potestad sancionatoria ... op. cit., págs. 81 y 82 afirma: "estas relaciones (de sujeción general) implicarán ... una mayor intensidad en el campo de las garantías ...".

general" (19).

Esta última categoría sancionatoria, "se incluye en un cuadro complejo dentro de una relación especial que se genera en virtud de un acuerdo voluntario entre los particulares y la Administración" (20). De ese modo, "jurídicamente se trata de sanciones establecidas para los casos de transgresión de las obligaciones comprendidas en la reglamentación aplicable al caso y asumidas voluntariamente ..." (21).

Entre ellas la doctrina distingue, en principio, varios tipos de sanciones: disciplinarias (con sus distintas especialidades) (22), de policía demanial, rescisorias de actos

---

(19) GARCIA DE ENTERRIA, I.R. FERNANDEZ, Op. cit., pág. 150.

Así "Cuando se hace referencia a las relaciones de especial sujeción se entiende que el individuo está sujeto a una relación jurídica en la que tiene singulares derechos y obligaciones frente al Estado. Esa situación a la que están sometidos determinados colectivos (funcionarios, presos, alumnos, etc) acentúa su dependencia con relación al Estado debido a que éste tiene una serie de objetivos que cumplir".

RICARDO GARCIA RACHO, En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción, REDA núm. 64 Oct./Dic. 1989 pág. 521.

Un análisis histórico del tema puede verse, además del trabajo ya citado, en GALLEGO AMARIBARTE, Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración RAP núm. 34 1981 págs. 11 y ss; OTTO MAYER Rechtslehre des Verwaltungsrechts, Ed. de Palma, Buenos Aires 1949 - 1951, págs. 144 y ss.

(20) En este sentido se pronuncia Francisco SANZ GANSEBUI, La potestad sancionatoria ... op. cit., pág. 82. Para un análisis de la disminución de garantías en este tipo de relaciones ver el estudio de CARMEN CHINCHILLA MARIN, El nuevo régimen disciplinario de los alumnos no universitarios, REDA núm. 64 Oct./Dic. 1989 pág. 547 y ss; ANTONIO JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Notas en torno a las relaciones de sujeción especial: Un estudio de la jurisprudencia del TS, en La Ley, año 9, núm. 1968 de 13 de Mayo 1988, págs. 1 y ss.

(21) Tal como afirma la STC 66/84 de 6 de Junio en la que ya se observa claramente la diferenciación entre sanciones de sujeción general y las impuestas en el marco de una relación especial.

(22) Las sanciones disciplinarias pueden ir dirigidas a diversos sujetos: a) Funcionarios. b) Usuarios de servicios públicos. c) a los profesionales integrados en colegios profesionales en cuanto al ejercicio de su profesión. d) a los miembros de otras corporaciones públicas no territoriales. e) a los contratista y en particular a los concesionarios. (GARCIA DE ENTERRIA, I.R. FERNANDEZ, Curso ... op.cit., pág. 149.



administrativos favorables y sanciones tributarias (23).

Como podemos ver, dicha clasificación, incluye como expresión más característica, la sanción disciplinaria de los funcionarios públicos que se configura, en este sentido, como una potestad "de que dispone (la Administración) para corregir la actividad ilícita de aquellas personas que entrando a su servicio de forma permanente están sometidas al régimen funcional" (24).

Esta división bicéfala de las infracciones y sanciones administrativas únicamente debería poner de relieve la complejidad y pluralidad de situaciones ante las que se manifiesta el poder represivo de la Administración que, participando todas ellas de unas mismas "reglas del juego", pueden necesitar de forma puntual un tratamiento diferenciado (25).

Ahora bien, en la actualidad, esa división está sirviendo para sostener la inaplicación de los grandes principios del orden punitivo del Estado a las sanciones fruto de una relación especial de sujeción dato rechazado expresamente, y desde un principio, por la mejor doctrina (26).

---

(23) GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Op. cit. pág. 148 y ss.

La mencionada clasificación no es exhaustiva, y en este sentido la Constitución recoge y reconoce multitud de situaciones de sujeción especial. "La dependencia constitucional del derecho administrativo es aquí especialmente acentuada... en cuanto a la existencia (¿cuáles son?) "las relaciones de sujeción especial". En este sentido ver JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Notas en torno ... op. cit., pág. 1.

(24) GARCIA DE ENTERRIA-T.R. FERNANDEZ, Op. cit., pág. 149. En parecidos términos GARRIDO FALLA, Tratado..., Op. cit. pág. 140. Asimismo, en la doctrina italiana se pronuncia LANZI, Disciplina (dir pubblico) in Enc. del diritto, XIII, Milano, 1964, pág. 24 y ss. Del mismo autor Azione penales e azione disciplinare, en Riv. penalit., 1960, I, pág. 454. Sobre el tema ver, Tit. I, Capítulo IV y Título II, Capítulo IV del presente trabajo.

(25) En razón a la poca gravedad de las conductas a reprimir o de la especial circunstancia en que se encuentra el sujeto activo de la infracción (por ejemplo, un preso).

(26) Al respecto ver, GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso... op. cit., II, pág. 19 y ss.

El camino que conduce a esa aminoración de garantías está construido sobre los siguientes cimientos: Los funcionarios públicos desempeñan su actividad en la Administración de forma voluntaria. Cuando se someten a esa relación (especial) aceptan un estatuto, una serie de condiciones que no interesan socialmente por cuanto no trasciende del ámbito doméstico configurado entre ellos y su empleador. En consecuencia, del incumplimiento de dichas normas puede derivarse una responsabilidad disciplinaria totalmente distinta de la que establece o prevé el orden penal, pues si bien éste se preocupa de las relaciones externas, del buen orden social, el derecho disciplinario busca únicamente el correcto funcionamiento del aparato administrativo (27).

De esa diferenciación cualitativa se extrae una principal consciencia: la matización de las garantías previstas para el resto del ordenamiento punitivo del Estado (28).

Otro sector doctrinal (minoritario, eso sí) partiendo de una identidad sustancial entre ambos órdenes, justifica la aminoración de las garantías jurídicas observadas en el derecho disciplinario en base a la existencia de una diferenciación cuantitativa entre los ilícitos y las sanciones previstas por el derecho penal y el régimen disciplinario. así, el primero se encargaría de reprimir las conductas de mayor gravedad dejando al segundo el conocimiento de las más leves. Lógicamente, los castigos a imponer por ambos son también cuantitativamente

---

(27) En este sentido por ejemplo, Anton DNECA, Derecho Penal. Parte general, I, Madrid 1949, pág. 10. MAURACH, Tratado de Derecho Penal. Parte General, I, (Traducción y notas de derecho español por J. CORDOBA RODA) Ed. Ariel, Barcelona 1967, pág. 11.

(28) En este sentido ver, LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 ed. Leipzig, I, 1901, pág. 453-456 quien afirma: el derecho disciplinario tiene una base y un origen distinto del derecho penal: una relación contractual y una relación de poder. Citado por, NIETO, A. Problemas capitales ... op.cit., pág. 63.  
Asimismo ver S. ROMANO. La potestad disciplinaria ... op. cit., págs. 90 y ss.

distintos (29) y, por tanto, el conjunto de garantías a respetar son también diferentes.

Como ya hemos afirmado y analizaremos con mayor profundidad en otro lugar (30), es cierto que pueden existir ciertas diferencias puntuales o de detalle entre el Derecho Penal y el derecho disciplinario (31) pero esa constatación no necesariamente debe conllevar la inaplicación de los grandes principios que rigen, la globalidad del ordenamiento punitivo del Estado.

Sin embargo, no parece ser rata la interpretación que están dando los Tribunales de Justicia quienes, adoptando la teoría de la diferenciación cualitativa y al enfrentarse con una sanción disciplinaria que no ha petido determinadas reglas elementales del orden punitivo, la declaran conforme a la legalidad vigente en base al razonamiento de que "una y otra normativa - la penal y la administrativa - son diferentes, como distintas son sus inspiraciones (32).

---

(29) Aunque cualitativamente iguales.

(30) Ver Título II, Capítulo IV.

(31) En este sentido ver por ejemplo, MONTORO PUERTO, Régimen disciplinario en la ley de Funcionarios Civiles del Estado, INAP, Mar'65, pág. 18 y ss; PARADA VAZQUEZ, J.R., El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP num. 6º, págs. 46-47, considera que esa concepción del derecho disciplinario lo coloca "en una zona pacífica dentro del concepto del Derecho Administrativo sancionador"; En la misma línea S. ROMANO, La parte disciplinari ... op. cit., pág. 87 y ss.

(32) SSTS, 14 de Febrero (ar 629), 8 de Marzo 1984 (ar 1261), 28 de Septiembre 1984 (ar 4524), 28 de Septiembre 1984 (ar 4526), 8 de Octubre 1984, 8 de Febrero 1989. En contra de esas afirmaciones y proclamando una identidad sustancial de ambos órdenes, SSTS, 14 de noviembre 1985, 7 de Octubre 1986, 20 de Junio 1986 y SSAN, 9 de Febrero 1982 y 14 de Mayo 1984. 1984.

Seguidamente veremos los tres grandes problemas que provoca esa doctrina jurisprudencial, basada como decimos en una exagerada profundización del concepto "especiales relaciones de sujeción" olvidando la dimensión social que en nuestro orden constitucional posee toda actuación de la Administración Pública: la flexibilidad de los principios constitucionales que rigen el ordenamiento punitivo del Estado; la limitación, vía reglamentaria, del ejercicio de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y la "vis expansiva" de las especiales relaciones de poder tal y como está siendo interpretada por nuestra jurisprudencia (33).

---

(33) Fenómeno que la doctrina ya ha bautizado como "ábrete sésamo" pues la mera invocación de su nombre está sirviendo para justificar cualquier derivación de esos principios, JIMENEZ - BLANCO CARRILLO de ALBORNOZ, A Notas en toro... op. cit., pág. 2.

## II. CONSECUENCIAS QUE SE HACEN DERIVAR DE LA DOCTRINA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN Y DE LA DIFERENCIACIÓN CUALITATIVA ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO PENAL.

A continuación vamos a describir una serie de principios y garantías cuyo origen se encuentra en el derecho penal, que son de aplicación en el campo de las sanciones administrativas pero que, la jurisprudencia más reciente, en base a la teoría de las relaciones especiales de poder, matiza su vigencia respecto al derecho disciplinario de los funcionarios públicos (34). Como veremos, el uso que de esa figura han hecho nuestros tribunales merece una reflexión profunda sobre las consecuencias que se hacen derivar de una categorización conceptual (35) que, por otra parte, no ha despertado mayor interés en la doctrina y que incluso se considera necesaria "dentro de sus límites" (36).

---

(34) Dejando para un estudio posterior la conexión entre esa institución y la doctrina de la diferenciación cualitativa con el derecho penal, sin olvidar aquella parte de la doctrina que partiendo de una identidad sustancial entre ambas órdenes sostiene una diferenciación cuantitativa en sus ilícitos y los correspondientes castigos".

(35) "Olvidando que la calificación de especial relación de sujeción es un concepto de tan escasa imprecisión (que) no cabe extraer de él consecuencia jurídica de ningún tipo, como, por ejemplo, pudiese ser la aplicación de uno u otro principio jurídico". SOAY RINCÓN J, Potestad disciplinaria ... op. cit., pág. 1327. Asimismo CARMEN CHINCHILLA, El nuevo ... op. cit., pág. 355.

En parecidos términos NICHAVILLA MUÑOZ, Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho, REDA núm. 34, 1967 págs. 249 - 250. asimismo I.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Comentarios a la Ley de disciplina e interposición de las Entidades de Crédito FIES, Madrid 1989, (estudio preliminar a ese trabajo).

(36) NICHAVILLA MUÑOZ, J.M. El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración: nuevas aportaciones del Tribunal Constitucional, PJ núm. 6, 1987, págs. 83-93 especialmente esta última; JIMENEZ BLANCO - CARRILLO ALBORNOZ, A. Relaciones ... op. cit., pág. 2; GARCIA MACHO, R., En torno ... op. cit., págs. 528 y ss.

1.- Las matizaciones en la aplicación de los principios que rigen el ordenamiento punitivo del Estado.

A. El "debilitamiento o relativización" del principio de reserva de ley.

Es de todos conocido que el art. 25.1 de la C. consagra el principio de legalidad en materia sancionatoria, siendo una de sus manifestaciones más importantes el principio de reserva de ley por el cual "las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones deben estar predeterminadas en norma legal" (37) prohibiéndose la remisión al reglamento que "haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley" (38).

Esas afirmaciones, si bien rigen con toda su virtualidad en el ámbito de las sanciones de protección del orden general, no ocurre lo mismo en las infracciones y sanciones fruto de una relación especial de sujeción "al no poder afectar tanto a los derechos y libertades de los ciudadanos" lo que "abona la posibilidad de regulación reglamentaria de esta clase de infracciones y sanciones" (37). Esos considerandos forman parte de una doctrina que se repite incesantemente: La vigencia del principio de reserva de ley en las relaciones de sujeción

---

(37) SSTC 77/83 de 3 de Octubre, 83/84 de 24 de Julio, 3/88 de 21 de Enero (que sin embargo acepta el Decreto como instrumento para tipificar ilícitos e imponer sanciones), 29/87 de 6 de Febrero, y SSTS de 29 de Julio y 22 de Diciembre de 1987 (anulando la Orden de 9 de Enero 1985 en materia de juego), STS de 6 de Febrero de 1985 (anula el Decreto de 14 de Septiembre de 1979 en materia de exportación), STS de 10 de Noviembre 1986, STS 30 de Marzo de 1981, STS de 11 de Marzo de 1985 y 27 de Diciembre de 1984.

(38) STC 83/84 de 24 de Julio, STS de 10 de Noviembre de 1986 (declara nulo el Real Decreto de 4 de Diciembre de 1985 sobre infracciones laborales de los empresarios a pesar de su relación con el art. 57 del ET), SSTS de 8 de Julio y 8 de Octubre de 1987 (declara no conforme al ordenamiento una ley en materia turística por su indeterminación), STS de 20 de Enero de 1987. Sobre el tema ver el capítulo I del Título III de esta obra.

(39) Sentencia de la AN de 13 - VI - 1983 que confirma la legalidad del Decreto 2476/74 de 9 de Agosto cuando, sin previa habilitación legal, tipifica ilícitos y establece sus correspondientes sanciones. En análogo sentido, STS de 18 - II - 1983 (que acepta la circular como norma adecuada para efectuar esa operación), STS I - VII - 95 y Auto del TC de 21 de Enero de 1983. Todo ellos avocan las especiales relaciones de poder como justificación jurídica de la inaplicación del art. 25.1 CE.

general, (40) afirmación que a "sensu contrario" implica una desnaturalización importante en la aplicación del mismo por lo que se refiere a las relaciones que estamos examinando. Si hasta hace poco, en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos, la ley recogía las faltas de carácter muy grave y las correlativas sanciones dejando al reglamento la concreción de los ilícitos graves y leves, (41) actualmente casi todo está admitido y aceptado. De ese modo, el TC permite la tipificación de todos los ilícitos en una norma reglamentaria por cuanto en "las situaciones de supremacía especial ... el principio de reserva de ley puede perder parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria expresiva de la capacidad propia de autoordenación" concluyéndose que la base normativa legal también existe "cuando la ley se remite en la especificación y graduación de las infracciones al reglamento" (42).

---

(40) STS 7 - IV - 87; STC 42/87, de 7 de Abril; STC 30 de Marzo de 1981.

(41) Respecto a las faltas y en el ámbito estatal, la LFCE (art. 86) y posteriormente la Ley 30/84 de 2 de Agosto (art. 31) tipificaban las de carácter muy grave, por lo que "cabía decir que ... constituyen un *numerus clausus*", ENTRENA CUESTA, R., *Curso ... op. cit.*, pág. 385.

Referente a las sanciones, se encuentran recogidas en los arts. 91 LFCE y 31.1 LRRFP por lo que "es de aplicación en materia disciplinaria el principio *'nulla poena sine lege'*", ENTRENA CUESTA, R., *op. cit.*, pág. 385.

(42) SSTC 2/87, de 21 de Enero, en este caso se alegaba por los recurrentes la infracción del art. 25.1 de la Constitución por cuanto la Ley (Ley General Penitenciaria arts. 42 y ss.) "se remitía totalmente a la especificación y graduación de las infracciones al reglamento, limitándose a señalar que las faltas serán determinadas reglamentariamente clasificándose en muy graves, graves y leves". (Así mismo ver STC 67/87, de 30 de Marzo).

Incorporando esa doctrina, la STS de 29 de Diciembre de 1987 establece en las relaciones especiales de sujeción (se trataba de un reglamento de régimen interior de los Servicios de Mercados centrales de mayoristas que tipificaba infracciones y sanciones sin habilitación legal) no es exigible la reserva de ley establecida en el art. 25.1 de la CE ... con lo cual determina que no sea aplicable ... la doctrina proclamada por el Tribunal Constitucional, con carácter general".

En general, J. TORRÓS MAS. La relación entre la ley y el reglamento: Reserva legal y reserva normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional RAP 100-102. VOL. I. Enero-Dic 1983. Págs. 503 a 505 afirma textualmente " Si estamos en un ámbito reservado materialmente a la Ley esta habilitación en blanco no será posible, por lo que hemos dicho en las páginas anteriores, al exigirse de la Ley de reserva algo más, y no un cumplimiento meramente formal de la reserva legal.Cuál es el alcance de ese "algo más" es lo problemático, pero en todo caso parece claro que no es posible acordar la entrada del Reglamento sin condicionamientos de ningún tipo allí donde la Constitución exige una Ley."

Sobre este panorama, sin embargo, ha sido dictada la STC 61/90, de 26 de Mayo, que parece haber dado un giro en el tema, al vincular expresamente el principio de legalidad a las sanciones fruto de una relación especial de sujeción (43).

Por otro lado, nuestra legislación positiva ha introducido nuevos tipos de sanciones entre las denominadas "causas de la pérdida de condición del funcionario", vía reglamentaria y sin previa habilitación legal. Tal es el caso del Reglamento Orgánico de Cuerpos de Oficiales Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, que dice desarrollar la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1 de Julio pero que, sin embargo, recoge en su art. 26 la pérdida de condición del funcionario como consecuencia de condena sobrevinida por la realización de delito doloso relacionado con el servicio o que cause daños a la administración de justicia o a sus destinatarios, cuestión no prevista en el art. 379 de la L.O.P.J. (44).

---

(43) Sobre el tema ver Título II, Capítulo V y especialmente, Título III, Capítulo II, 2.

(44) Con esta concepción se podrán vulnerar, a nuestro juicio, los mandatos recogidos en los arts. 25.1 y 53 de la CE.



## B. La figura del principio de tipicidad.

Otro principio emanado del art. 25.1 CE y aplicable a toda clase de infracciones administrativas (45) es el de tipicidad. Al respecto consideramos lógico y realista admitir en la esfera disciplinaria cierta flexibilización de sus postulados pues si un ilícito es la infracción de un deber (puesto en relación a un bien jurídico protegido) resulta imposible determinar todos y cada uno de los comportamientos que pueden perturbar el buen funcionamiento del servicio al que tienen derecho todos los ciudadanos (46).

Dicho esto, no creemos oportuno llegar a esas conclusiones tras considerar que "los funcionarios públicos se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la Administración o vinculados con ella a través de la relación que pertenece a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado" (47).

La invocación de la especial relación que une al funcionario con la Administración Pública, implica un atenuado rigor del principio de tipicidad en la esfera disciplinaria (48), por ello se permiten las siguientes licencias:

---

(45) SSTs de 14 de Junio de 1983, 3 de Junio de 1986 y 29 de Diciembre de 1987. SSTC 42/87 de 7 de Abril, 3/89 de 21 de Enero.

(46) Sobre el tema ver Título III, Capítulo III.

(47) STC 50/83 de 14 de Junio. En parecidos términos STC 69/89, de 20 de Abril y 219/89, de 21 de Diciembre (Colegio de Arquitectos de Valencia).

(48) STS de 3 de Febrero de 1959, 26 de Diciembre de 1979, 8 de Julio de 1981.

1.- Utilización corriente de fórmulas abiertas y cláusulas de interpretación analógica como tipificación de los ilícitos (notoria falta de rendimiento (49), grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados (50), el exceso o abuso de autoridad respecto de ... particulares que acudieren a ellos (jueces y magistrados) en cualquier concepto (51) o, por fin, la infracción de las prohibiciones o deberes establecidos en la presente ley (LOPJ) ) (52).

2.- La proliferación de las llamadas leyes en blanco, normas que para su concreción requieren de otras dónde realmente

---

(48) STS de 3 de Febrero de 1969, 26 de Diciembre de 1979, 8 de Julio de 1981.

(49) Artículo 6F del RDFCE.

(50) Artículo 7.1 E del RDFCE.

(51) Artículo 418.6 de la LOPJ.

(52) Artículo 418.2 de la LOPJ. La STS de 7 de Noviembre del 86 (Aranzadi 5395) consideró, de acuerdo con el principio analizado, la tipificación como falta grave "cualquier incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario" (art. 7 del RD 2098/69 de 10 de Agosto). En análogos términos, vulnerando así mismo el principio de tipicidad, se promulga la Ley Foral de Navarra de 30 de Marzo de 1983 cuando afirma:

art. 62. Son faltas graves: L "en general el incumplimiento de los deberes que perturbe el eficaz funcionamiento de los servicios o produzca perjuicios a la Administración o a los ciudadanos."

art. 63. Son faltas graves: K "en general, el incumplimiento de los deberes que causen notables perturbaciones al eficaz funcionamiento de los servicios o perjuicios de gran entidad a la Administración o a los ciudadanos".

art. 62. Son faltas leves: F "el retraso, negligencia o descuido en el cumplimiento de los deberes que no perturben el eficaz funcionamiento del servicio que causen perjuicios a la Administración o a los ciudadanos."

Así mismo, la Ley de 26 de Junio de 1985 de la función pública de Castilla-La Mancha tipifica como falta grave (art. 106.2 K) : "En general, el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que la falta no esté inculpa en la calificación de muy grave y que, con arreglo a los elementos del art. 107 de esta Ley, merezca la calificación de grave".

se encuentra el ilícito (53). El empleo de esa técnica llega a extremos pintorescos como por ejemplo el producido en el Reglamento Disciplinario de Funcionarios Civiles del Estado cuando señala: son falta leves "el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave" (art. 8 E del RDFCE). Pues bien, al acudir a la tipificación de las faltas graves, nos encontramos con que se consideran tales "la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave" (art. 7.1. I), considerando que se produce ésta última cuando concurre una notoria "falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas" (art. 6 F) (54).

3.- El mantenimiento como infracciones disciplinarias de conductas pura y llanamente deontológicas.

En efecto, ya nuestros más Altos Tribunales tuvieron ocasión de declarar ajustado a derecho y al principio de tipicidad la llamada "falta de probidad moral o material" (55), tan criticada por la doctrina, aduciendo que no podía ser de otro modo por cuanto "la tipificación necesariamente genérica de la falta muy grave de probidad" es un "concepto jurídico indeterminado" y no choca con el principio de tipicidad por cuanto es de fácil determinación, "acudiendo al contenido

---

(53) Son ejemplos de esta clase de normas "la publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por ley..." (art. 6 E del RDFCE), la participación en huelgas a los que tengan expresamente prohibida por la ley" (art. 6 K del mismo reglamento etc...

(54) Comentando la mencionada tipificación SUMY RINCÓN, J. Potestad disciplinaria ..., op. cit. pág. 1331 considera que ese modo de legislar constituye una "clara fisura o quiebra del principio de legalidad".

(55) STC 50/83, de 14 de Junio. Del mismo modo, sobre su adecuación al ordenamiento jurídico constitucional se pronuncia la STS Sala 5a. de 14 de Febrero de 1984 y la de 4 de Julio de 1979. Esta última define la falta de probidad como una falta de honrría ...] STS 66 17 de Marzo de 1981.

semántico del término" (56).

Por fortuna, a pesar de la mencionada postura jurisprudencial, ese tipo de falta ha sido suprimida de nuestra legislación represiva aunque, todavía hoy, subsisten ilícitos disciplinarios de carácter únicamente deontológicos, como serían "el atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración" (art. 7.1 A del RDFCE), "el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución" (art. 6 A del RDFCE) etc.

En definitiva es claro que en éste ámbito, el principio de tipicidad queda diluido en base al baladí razonamiento de que "el derecho disciplinario tiene un significado eminentemente ético, en cuanto su objetivo primordial, más que el restablecimiento del orden social quebrantando es la salvaguarda del prestigio y dignidad corporativa ... por ello en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar ... (57). La diferencia de fines (diferencia cualitativa con el ordenamiento jurídico penal) hace que "el objetivo asignado al derecho disciplinario sea la conservación de la pureza y el nivel ético del funcionario" (58) lo que implica el mantenimiento de esa clase de ilícitos poco acordes con el principio de tipicidad. (59).

---

(56) Pedro GONZALEZ MARIAS, Reflexiones sobre el derecho disciplinario. o.p. cit. pág. 62. se preguntaba "¿con qué rigor se van a sancionar en el orden disciplinario faltas que, como ésta, carecen de un sentido estricto y claro? ¿Qué es la falta de probidad? ¿Cuándo puede tacharse de atentatorio a la probidad debida el comportamiento de un funcionario? ¿Hasta dónde llega la facultad de la Administración de penetrar en el mundo privado del comportamiento del funcionario?".

(57) STS de 24 de Octubre de 1984 (Aranzadi 5141); en la misma línea STS de 23 de Octubre de 1984, 8 de Octubre de 1984, 15 de Junio de 1984 y STS de 8 de Marzo de 1984 (Aranzadi 1261). Todas ellas poseen en común la base de sus razonamientos que se centra en los distintos fines que persigue el derecho disciplinario y el derecho penal, es decir la denominada diferenciación cualitativa.

(58) Tal como afirma Agustín PEREZ BARRIO, La nueva configuración... op. cit. pág. 221

(59) SUMY RINCÓN, Potestad disciplinaria, Op. cit., pág. 1330 acaba concluyendo: "el resultado del análisis es pues, evidente: en materia disciplinaria no rige de manera plena el principio de legalidad".

### C. Matizaciones en la aplicación del principio de culpabilidad

A pesar de la enorme complejidad del tema que nos ocupa y de las grandes dificultades que conlleva su aplicación en el derecho administrativo sancionador, lo cierto es que el art. 89 de la LFCE lo recoge como uno de los criterios a tener en cuenta para la determinación de la gravedad o levedad de las conductas "la intencionalidad" (60). Al respecto, únicamente queremos destacar que en ciertas ocasiones, el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, se rige por el sistema de responsabilidad objetiva (61), consecuencia lógica de considerar al ilícito disciplinario como un mero "incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que le afectan (62), imponiendo la sanción "con el sólo dato de la infracción

---

(60) "Este precepto ... ha servido como habilitación legal ... para fijar reglamentariamente las faltas graves y leves ... y ha sido utilizado por la Administración para sancionar conductas que no se hallan tipificadas como faltas graves o muy graves...es decir... ha venido funcionando como una especie de agravante de las conductas" Agustín PEREZ BARRIO, La responsabilidad civil y disciplinaria del funcionario civil de la Administración del Estado. Tesis de licenciatura presentada en la Universidad de San Sebastián 1985 (no publicada), pág. 243.

Del mismo modo se pronuncian las STS 15-I-1970 (Aranzadi 4930) y 20-III-1974 (Aranzadi 4889).

(61) Subyace el sistema de la responsabilidad objetiva en las STS de B de Febrero de 1990, 11 de Enero de 1963, 16 de Junio de 1980.

En este sentido resulta curioso destacar la Sentencia de la Sala Quinta, de B de Marzo de 1984, por la que se condena al jefe de negociado de paquetes postales de la estafeta de cambios de la Administración principal de Correos de Barcelona, por la comisión de una falta grave de probidad moral y material a la separación del servicio al haber abierto cuatro paquetes postales procedentes de Alemania y con destino a Palma de Mallorca de los que sustrajo diversos objetos que metió en una cartera de mano, siendo sorprendido a la salida del negociado por la policía, que había sido avisada, interviniéndole dichos bienes. Por esa acción, el Juzgado del Distrito número 5 de Barcelona en Sentencia de 22 de Septiembre de 1980 le condenó como autor de una falta de hurto del art. 537.1 del Código Penal a la pena de 90 días de arresto mayor, aceptando la atenuante de trastorno mental transitorio, como consecuencia de la hipertensión arterial padecida, cuestión que es rechazada expresamente por el instructor del expediente disciplinario y asimismo por la sentencia mencionada, al considerar que predomina la valoración ética de la conducta del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión del bien jurídico.

(62) Rafael ENTRENA CUESTA, Curso ... op. cit., pág. 384. Si bien el citado autor continúa diciendo: "de aquí la dificultad de señalar en concreto cuales eran las faltas sancionables; dificultad que corre paralela con la de enunciar los deberes funcionariales".

.../...

de la letra de la Ley" ... olvidando "la absoluta necesidad de referir en estos ilícitos (disciplinarios) a un bien jurídico ... "para cuya protección el legislador creó el ilícito en cuestión" (63).

De ahí se deriva que "la gravedad de la falta quede determinada en el aspecto administrativo en función de las consecuencias dañosas para el interés público" (64) obviando en muchas ocasiones, la ausencia o existencia de la voluntariedad con la que se realizó una determinada acción (65).

Bajo esta idea, subyace la concepción del derecho disciplinario como un orden jurídico que no interesa socialmente, fruto de una especial relación de poder (66).

---

(62) .../...

La citada concepción es compartida por casi toda la doctrina. De este modo ver SANCIA TREVIZANO FOS, J.A. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III Vol. 2, 1970, pág. 985; MONTORO PUERTO, N., Regimen disciplinario de la Ley de funcionarios civiles del Estado en estudios administrativos, Madrid 1965, págs. 19 y 20; SANTAMARIA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo. El personal al servicio de la Administración Pública, Universidad Complutense, Madrid 1982, pág. 137 y ss.

(63) OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., págs. 293 - 294 que añade "lo que se rechaza totalmente es la caracterización del ilícito disciplinario como mero incumplimiento de un deber".

(64) STS Sala Quinta de 8 de Octubre de 1986.

Del mismo modo, olvidado el principio de culpabilidad se pronuncia el art. 66.1 de la Ley Foral Navarra de 30 de Marzo de 1983 cuando afirma: las sanciones se impondrán gradualmente de acuerdo con las siguientes circunstancias:

- a) naturaleza de la falta.
- b) grado de participación de los responsables.
- c) perturbación del servicio.
- d) perjuicio ocasionado a la Administración o a los ciudadanos.
- e) reiteración o reincidencia.

(65) Si bien es cierto que algunas sentencias recientes tienden a aplicar, de forma progresiva el principio de la culpabilidad (STS Sala Quinta de 14 de Febrero de 1986 entre otras muchas).

(66) Algunas sentencias consideran que el principio de ajenidad no es elemento esencial de la infracción, sino solamente sirve como graduación de la sanción (STS 21 de Marzo 1984, (ar. 1416) y 22 de Abril 1985, (ar. 2220).

D. Dificultad en la utilización del procedimiento descrito en la ley 62/78, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona para las cuestiones de personal.

Sin perjuicio del análisis que efectuaremos posteriormente, el Tribunal Supremo ha desarrollado una jurisprudencia según la cual se excluyen las cuestiones de personal de la protección especial que proporcionan el procedimiento preferente y sumario recogido en la Ley 62/78 de 26 de Diciembre en base, precisamente, a las relaciones de sujeción especial. En síntesis, el Tribunal Supremo afirma que la relación entre la Administración y sus funcionarios es especial, definida estatutariamente mediante disposiciones reglamentarias sujetas a la Ley, y que se accede a ellas mediante un acto voluntario que comporta la aceptación del estatuto funcional. En consecuencia, si bien "las situaciones producidas en ese ámbito pueden, también, afectar a derechos fundamentales que como ciudadano, sigue ostentando el funcionario ..., las que no excedan del campo de la relación estatutaria no quedan protegidas por el artículo 53 de la Constitución, sino por la cláusula general del artículo 106.1 de la misma norma fundamental, distinción que en su traducción procesal significa que las discrepancias entre el funcionario y la organización administrativa a la que pertenece, con base en la relación del servicio, quedan excluidas del procedimiento preferente y sumario que hasta ahora estatuye la ley 62/78 y remitidas al contencioso-administrativo ordinario" (67).

---

(67) STS de 7 de Abril de 1986. En la misma línea se pronuncian las STS 7-VII-1987; 24-II-1986; 27-II-1986; Auto del Pleno del TS de 17-10-1986; Auto de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 23-II-1986 y Sentencia de la misma sala de fecha 20-VII-1987 entre otras.

Las anteriores consideraciones no son jurídicamente admisibles por diversos motivos.

---

(67) .../...

Afortunadamente esa concepción empieza a abandonarse admitiéndose nuevamente los recursos contra sanciones disciplinarias por esa vía procesal (STS Sala Tercera de 3 de febrero de 1987, STS de 9 de diciembre de 1986).

Para un análisis de esta ley especial ver SALAS - TORRES MAG, Comentario a la LPJDF, RAP número 93, págs. 49 y ss.; CAMO MATA, Comentarios a la Ley 62/78 de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, Edarsa, Madrid 1985, págs. 9 y ss.; PÉ SONTALEZ SALINAS, El proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales REBA número 23, pág. 643 y ss.; E. SONTALEZ SALINAS, Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales, Ed. Civitas, Madrid 1989; FRIGONAL, La protección de los derechos fundamentales en el Ordenamiento español, Madrid 1981, págs. 257 y ss.

Asimismo y en relación con las vías jurisdiccionales previstas en nuestro ordenamiento para la defensa de los derechos fundamentales ver, entre otros,

LINDE PANIAGUA, E.: La instauración del principio de igualdad entre la Administración Pública y los particulares en el proceso contencioso-administrativo: la ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de 26 de diciembre de 1978, en "REDA", 1979, n.º. 23, págs. 561 y ss.

MARTIN RETORTILLO, L.: Protección y garantía de los derechos y libertades en el anteproyecto de Constitución, en Autonomía y autogobierno de la Universidad y otros temas, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1980, págs. 205 y ss.

BONTORO PUERTO: Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y libertades públicas, en el libro homenaje al profesor GALVANI ESCUTIA, Valencia 1980, págs. 453 y ss.

SALAS HERNANDEZ: Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas, en "REBA", 1980, n.º. 27, págs. 533 y ss.

ALMAGRO NOSETI: Justicia constitucional. (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), Artigraf, Madrid, 1980.

ALMAGRO NOSETI: Poder judicial y Tribunal de garantías en la nueva Constitución española, en el volumen colectivo coordinado por T.R. FERNANDEZ, Lecturas sobre la Constitución española, I, Madrid, Universidad a Distancia, Madrid, 1978, págs. 283 y ss.

CASCAJO, J.L.: Appunti sul problema della tutela dei diritti fondamentali, en el volumen colectivo Una Costituzione democratica per la Spagna, a cura di G. BI VERGOTTINI, Milán, 1978, págs. 229 y ss.

FAIREN GUILLEN: El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53,2 de la Constitución, RAP n.º. 89, 1979, págs. 207 y ss.

GARRIDO FALLA: El artículo 53 de la Constitución, en "REBA", 1979, n.º. 21, págs. 173 y ss.



En primer lugar, se nos antoja difícil sostener que en las relaciones Administración Pública-funcionarios no puedan producirse violaciones de los derechos fundamentales como los recogidos en los artículos 28.1, 20.1a, 25.1, 24.1, 24.2 y 19 de la Constitución. Esa concepción pugna frontalmente con los principios del Estado de Derecho que nuestra Ley Suprema consagra, protege y defiende. Ni siquiera en el ámbito de las relaciones especiales de poder es dable mantener afirmaciones de este estilo que convertirían ese ámbito de nuestro ordenamiento jurídico en una suerte de espacio sin ley, donde todo está permitido, únicamente por que a él se accede de modo voluntario.

En segundo lugar, resulta obvio que la llamada "relación estatutaria" que sirve de base a la mencionada doctrina ha empezado a matizarse con la aparición de la Ley 30/84, de 2 de Agosto y el fenómeno de la progresiva "laborización de la función pública" cuyo hito legislativo más importante se ha consagrado en la Ley 9/87, de 12 de Junio, de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación '68). Con ello queremos decir que hoy en día el funcionario público cuando se incorpora a la Administración no acepta totalmente una serie de condiciones legal y reglamentariamente impuestas (el estatuto) sino que, cada vez más, puede negociar, elegir y determinar sus condiciones de trabajo (69). En consecuencia, excluir la Ley 62/78, de 26 de Diciembre, en base a esa relación estatutaria aceptada voluntariamente por el funcionario es una concepción que debería ser muy matizada, y

---

168) El derecho a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios está también reconocido en la LMRFP (art. 3.2b) LRRL (art. 95) LOLS (Ley 11/85 de 2 Agosto art. 2.2d). En este sentido ver Avelino BLASCO ESTEVEZ, La negociación colectiva de los funcionarios públicos, en REDA núm. 52, 1984, págs. 511 y ss.

169) Un análisis de la laborización del régimen funcional se encuentra en PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo, ... op. cit., págs. 323 y ss.; EXTREMA CUESTA, R., Curso ... op. cit., Vol. 1/2 págs. 322 y ss.

que para nosotros resulta insostenible (70).

En tercer lugar, la exclusión repentina de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales para las cuestiones de personal, (71) podría ser causa de un recurso de revisión por contener sentencias contradictorias sin motivo aparente alguno. (72)

#### E. La parcial exclusión del principio "non bis in idem".

Aunque no plasmado de forma literal, el principio "non bis in idem" se encuentra íntimamente unido "a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones" recogidos en el art. 25.1 de la Constitución (73). El mismo impide, en su vertiente material, "la duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en los que se aprecie la identidad de sujetos hecho y fundamento" siempre y cuando "no exista una relación de supremacía especial de la Administración - relación de

---

(70) Con ello no queremos decir, ni mucho menos, que esa relación no tenga una naturaleza legal o reglamentaria, cuestión reafirmada por el art. 103 de la C. y las STC 108/86 de 26 de Julio y 99/87 de 11 de Junio entre otras, sino que la opción del legislador es precisamente introducir principios del derecho laboral, fenómeno éste denunciado por la doctrina pero que se está produciendo de forma progresiva.

Sobre la relación funcional como contrato de función pública ver GARRIDO FALLA, Tratado... op. cit., pág. 56 y bibliografía allí citada.

(71) Hasta hace poco esa vía procesal había dado lugar a una jurisprudencia poco menos que revolucionaria. Basta recordar las STS de 17 y 21 de Julio de 1982 en la que se consagraba la suspensión de la ejecutividad de los actos sancionadores hasta que no fueran firmes en vía jurisdiccional, doctrina luego corregida por el TC en sentencia 68/84 de 6 de Junio.

(72) Artículo 102 de la LJCA. Ahora bien, las razones de esa doctrina jurisprudencial no han sido otras que el abuso que de ese cauce procesal se ha realizado y produciendo un auténtico colapso de la jurisdicción. Ese resultado contrasta con la ínfima utilización que de la Ley 62/78 se hizo en los años, 79 y 80 (5 sentencias en total). En este sentido ver J. SALAS y TORRES MAS, Ley de protección ... op. cit., págs. 36 y 37, quienes concluyen diciendo: la vía jurisdiccional de la LPJDF no ha sido muy utilizada.

(73) STC de 30 de Enero de 1981, Fj. n.º. 4.

funcionarios ... - " (74). La consecuencia que temprana y acertadamente extrajo la doctrina de ese razonamiento fue "la sensación... de entender que el principio "non bis in idem" no es de aplicación a las sanciones disciplinarias (75).

De nuevo se excluye la virtualidad práctica de un derecho fundamental, sin base constitucional alguna que justifique esa actitud (76), y sin respetar el principio de reserva de ley por cuanto, además de las declaraciones jurisprudenciales, ha sido el reglamento disciplinario de los funcionarios civiles del Estado el que ha positivizado, consagrado y potenciado la posibilidad de imponer dos sanciones por la comisión de un mismo hecho (77).

Por otro lado, se inaplica parcialmente la vertiente procesal de ese principio con lo que pueden llegar a producirse situaciones de auténtica inseguridad jurídica.

En efecto, el art. 23 del RDFCE permite la tramitación paralela de un procedimiento penal y otro disciplinario sobre los mismos hechos, declarando expresamente que el conocimiento del caso por parte de la autoridad penal "no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta

---

(74) STC de 30 de Enero de 1981; Fj n.º. 4; STC 77/83 de 3 de Octubre.

(75) CANO MATA, Las infracciones administrativas en doctrina del Tribunal Constitucional, Ed. Edersa, Madrid 1985, pág. 214.

Estos pronunciamientos fueron ratificados en distintas sentencias como las del Tribunal Supremo, Sala Quinta, de 8 de Octubre de 1986 y 18 de Junio de 1984 y STS, Sala Tercera, de 7 de Noviembre 1984.

(76) Por cuanto el señor PEDES BARBA en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se pronunció en contra de la duplicidad de sanciones aún cuando una de ellas fuera disciplinaria. En contra de esa opción parece inclinarse el señor NEILAN GIL en la enmienda n.º. 779 al art. 9.3 de la C. que en aquellos tiempos excluía expresamente la doble sanción por unos mismos hechos (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º. 67 de 16 de Mayo de 1978).

(77) Especialmente en sus arts. 4, 7 y 23.

su resolución e imposición de la sanción si procediera" (78). ¿Y si tras la imposición de la sanción disciplinaria el juez penal declara que los hechos no han existido o que el funcionario no ha participado en ellos?

Con esta interpretación parece que se desconocen los mandatos recogidos en los artículos 114 de la LEC (79), 10.2 de la LOPJ (76), 117.5 de la C. (80), de la doctrina de los más altos tribunales (81) y de todo el sistema de sometimiento y respeto a las decisiones de los tribunales de justicia que recoge, proclama y protege nuestro ordenamiento jurídico (82).

#### F. Limitaciones en la aplicación del artículo 24 de la Constitución.

Si bien tanto el TC como el TS han declarado reiteradamente, que deben trasladarse al procedimiento administrativo las garantías establecidas en el art. 24 de la C. no solo cuando la

---

(78) Consideraciones realizadas via reglamentaria que afortunadamente no son únicamente recogidas por la legislación disciplinaria (por ejemplo art. 415 LOPJ).

(79) Que afirma: Art. 114. "Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal".

(80) "No obstante, la existencia de una cuestión perjudicial penal de la que no pueda prescindir para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes correspondía, salvo las excepciones que la ley establezca".

(81) "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales". En los mismos términos se manifiesta el art. 3 de la LOPJ.

(82) En dos aspectos: a) Un mismo hecho no puede existir y dejar de existir para la Administración y para los tribunales penales (S.T.C. 77/83 de 3 de Octubre) STS 15-VI-84.

b) El sometimiento de la actuación administrativa a la jurisdicción penal (STC 77/83 de 3 de Octubre).

(79) Art.117.3 CE. "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

Administración imponga sanciones fruto de una relación general (84) sino también en los casos que la medida adoptada pueda ser perjudicial para los ciudadanos, (85) no ocurre siempre lo mismo por lo que respecta a las sanciones fruto de una relación especial de sujeción.

En efecto, aunque el art. 24 de la C. recoge un conjunto de garantías previstas para los procedimientos judiciales, el TC optó, mediante una interpretación finalista, por aplicarlas igualmente a los procedimientos administrativos sancionadores (86).

Ahora bien, esa afirmación de principio se ha visto un tanto enturbiada en ocasiones, cuando se trata de las relaciones especiales de sujeción.

Los pronunciamientos afirmando que "el art. 24.2 no es aplicable enteramente a los procedimientos disciplinarios" (87), por cuanto "se trata de una infracción esencialmente de naturaleza disciplinaria" (88) reconociendo expresamente que en las relaciones de sujeción especial, "no cabría hablar de

---

(84) Entre las más recientes STC 29/89 de 6 de Febrero; STC 603/87 de 20 de Mayo.

(85) Auto del TC de 10 de Octubre de 1988 (Recurso n.º. 415/88); Auto del TC de 10 de Octubre de 1988 (Recurso 416/88).

(86) En palabras de F. SANZ GANDEGUI, *La potestad ...* Op. cit., pág. 135. Así se declara que "los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la C., en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (...) con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional" (Sentencia 8/1981, de 8 de Junio). Esa doctrina ha sido reproducida de una u otra forma por las STC 93/83 de 8 de Noviembre; STC 77/83 de 3 de Octubre y las STS de 20 de Enero de 1987 (art. 204); STS de 28 de Julio de 1981; STS de 1 de Abril de 1982.

(87) STC 74/85 de 18 de Junio; STC 2/87 de 21 de Enero. Asimismo se excluye su aplicación en el ámbito disciplinario laboral (Autos TC 14-I-87 y 21-I-88).

(88) STC 2/87 de 21 de Enero.

violación del derecho de audiencia, pues tampoco serían aplicables a este específico supuesto las garantías procedimentales previstas en el art. 24 de la C. "(89) o sosteniendo que en el campo de lo sancionatorio diferenciado cualitativamente de lo punitivo "la efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia", (90) son relativamente frecuentes. Del mismo modo se afirma, que en las sanciones disciplinarias, si bien resulta aplicable el derecho al acceso a la jurisdicción recogido en el art. 24.1, "la traslación de los principios y garantías procesales ... no aparece tan diáfana pues estas no constituyen propiamente derechos fundamentales según la literalidad del precepto constitucional ..." (91). Incluso alguna ley disciplinaria reciente llega al extremo de afirmar que contra las sanciones leves "no cabrá recurso alguno" lo que choca frontalmente con

-----

(89) La STC 66/84 de 8 de Junio ya hizo una declaración sintomática cuando afirma en su f.j. n.º. 1.º: "Conociendo que la disposición que declara -dentro de las garantías contenidas en el art. 24.1 de la C.- que todos tienen derecho a la presunción de inocencia contiene una regla de juicio con relevancia en lo que atañe a la prueba y, además, una regla de tratamiento de inculcado- en el proceso penal- o del sometido a procedimiento sancionador, en aquellos a los que son extensibles principios que rigen en lo punitivo". De forma sorprendente, calificando la clausura de un bar como sanción fruto de una relación especial, el Auto del TC 13-I-87 (Rec. n.º. 547) afirma de modo textual "no cabría hablar de violación del derecho de audiencia, pues tampoco serían aplicables a este específico supuesto las garantías procedimentales previstas en el art. 24 de la C., según la jurisprudencia de este Tribunal ya citada, de acuerdo con los propios presupuestos de la doctrina expuesta en ambas sentencias. La misma negativa recae respecto a la aplicación en este caso del derecho a proponer y practicar pruebas pertinentes para la defensa.

(90) STC 66/84 de 8 de Junio "viviendas de protección oficial". f.j. n.º. 1.º María RUBIO, "De nuevo sobre la potestad sancionadora: la sentencia del TC de 6 de Junio de 1984", REDA, 42, pág. 477 y ss. al comentar esa solución afirma que, "si en un caso (relaciones especiales de sujeción) se excluye la aplicabilidad del art. 24.2 de la C., ¿por qué habría de admitirse en el otro? Habría que optar entre dos soluciones opuestas: o bien la legalidad de la potestad sancionatoria excluye en todo caso el juego de la presunción de inocencia (lo cual plantearía ciertamente importantes dificultades) o bien no la excluye en ningún caso (...)" En opinión de esta autora "una cosa es que la Administración pueda imponer sanciones, otra que la potestad disciplinaria sea distinta de la penal y una tercera, bien distinta, es que las sanciones disciplinarias puedan ejecutarse aún antes de que el juez, que es quien está en última instancia habilitado para pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado o sancionado (...) tenga oportunidad de conocer el fondo del asunto" (pág. 481). Excluyendo expresamente la presunción de inocencia en materia de concesionario de servicios públicos SSTs 30-I-1988 (ar. 178), 5-II-88 (ar. 639).

(91) STS, Sala Tercera de 11-IV-1986; STS de 7-IV-1986.

el apartado 1 del art. 24 (93)

**2.- Restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales recogidos en la Constitución mediante normas de rango inferior a la ley. El fenómeno de la progresiva laborarización de la función pública.**

El funcionario, por su condición de tal, ve limitado el ejercicio de diversos derechos fundamentales recogidos en el Título I de la Constitución para el resto de ciudadanos (93). La mencionada situación resulta admisible cuando es el propio Texto Fundamental quien se encarga de modular y establecer esas restricciones teniendo en cuenta el cuerpo funcional al que pertenecen (94). Sin embargo, sobre dichas previsiones, por lo demás comunes en el derecho comparado (95), están incidiendo dos eventos que, a nuestro juicio, distorsionan su legitimidad: La progresiva laborización de la función pública y las consecuencias que se hacen derivar de las especiales relaciones de sujeción, al permitir "via reglamentaria" y sin base constitucional la restricción del ejercicio de los derechos reconocidos en el Título I CE.

---

(91) STS, Sala Tercera de 11-IV-1986; STS de 7-IV-1986.

(92) Del mismo parecer es F. LÓPEZ RAMÓN, Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario-militar, en REDA, n.º. 54, 1987, pág. 102 cuando comentando el art. 51 de la LRDA de 1985 se pregunta ¿A qué es debida esta exclusión de la garantía judicial? ¿Resulta conforme a las previsiones de los arts. 24 y 106.1 de la C.?

(93) Así, la STC 77/83, de 10 de Octubre, en su fundamento jurídico segundo declara: "el funcionario, en el ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas encuentra límites, pues ningún derecho carece de ellos, pero el funcionario se encuentra además con otros límites derivados de su condición de tal".

(94) Así, el derecho de sindicación se niega o se limita en los servidores públicos (art. 28.1); también existen cautelas para el de huelga (art. 28.2); no todos los ciudadanos pueden ejercer el derecho a ser elegidos conforme al art. 23 (art. 70.1); los jueces y magistrados así como miembros del TC no gozan de los derechos reconocidos en los arts. 22 y 28 de la C. (arts. 127 y 159.4, etc.).

(95) Al respecto ver, portada PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo (Organización) ... op. cit., págs. 406 y ss.

Acercas del primero, únicamente señalaremos que la opción realizada por la LMRFP de 1984 admitiendo de forma casi ordinaria, el régimen laboral de empleo público junto al sistema estatutario propio del Derecho Administrativo, puede producir un cierto agravio comparativo entre el personal laboral fijo y los funcionarios (96) sino se especifican clara y tajantemente los puestos de trabajo que están reservados a uno u otro colectivo.

En efecto, la búsqueda constante para hacer realidad el principio de eficacia en la actuación administrativa y la apertura de la Administración hacia la sociedad a la que debe servir, (97) parece que obliga a introducir estímulos que provoquen la competitividad, (posibilidad de mayores ascensos, compensaciones a quien más trabaje) desterrando de una vez por todas la apatía y desinterés del personal que desempeña sus servicios en el seno de la Administración, cuya meta frecuentemente se consigue por el mero acceso al puesto de trabajo, pues posteriormente, el derecho a la inamovilidad, los pocos incentivos y estímulos que se les proporciona (98) y la errónea idea consistente en considerarle como servidor de su superior jerárquico y no de la selectividad, no sólo le convierte en una pieza despersonalizada y desmotivada sino,

---

(96) En general, ese proceso ha sido criticado por F. GARRIDO FALLA en el prólogo al libro de A. PALOMAR OLMEIDA, Derecho de la Función Pública (régimen jurídico de los funcionarios públicos) Ed. BYKINSON, Madrid 1979. En esa misma obra ver especialmente págs. 62 y ss.; PARADA VAZQUEZ, Derecho ... op. cit., II, pág. 360 y ss.;

En general ver, C. SUAY RINCÓN, La reforma de la función pública. Su impacto sobre la burocracia, REDA n.º. 56, 1987, pág. 511 y ss.; I.R. FERNANDEZ, Les réformes de la fonction publique en Espagne et en France, Rev. FPA, n.º. 38, 1986, págs. 286 y ss.

(97) En expresión de ORTEGA, L., Los derechos sindicales de los funcionarios, Tecnos, Madrid 1983, pág. 24. En parecidos términos NIETO GARCIA, A., Burocracia y sociedad democrática. Jornadas Administrativas del INAP Madrid 1978, pág. 81 - 89.

(98) Analizando ese fenómeno GARCIA de ENTERRIA, La organización y sus agentes en la Administración española, IEP, Madrid 1961, págs. 209 y ss.; NIETO A., La retribución de los Funcionarios en España, Revista de Occidente, Madrid 1967.



sino, además, da la imagen de la Administración como una caja cerrada y aislada de la sociedad (99).

En ese marco, la Ley de 28 de Julio de 1988 que revisa la LMRF de 1984 (100) establece una serie de puestos de trabajo que podrán ser desempeñados por el personal laboral (101) circunstancia que no impide que sean funcionarios quien los ocupen. Esta circunstancia provoca que ambos colectivos, trabajando en la misma empresa y, en ocasiones, efectuando la misma tareas, tengan distintos derechos y obligaciones, circunstancia que desvirtua ciertas previsiones constitucionales y legales impuestas en razón de la especificidad de las funciones a realizar, y que están produciendo diversos puntos de fricción que, en síntesis, podríamos reducirlos a cinco:

---

(99) NIETO, A., Burocracia ... op. cit., pág. 82; L. PAREJO, A. JIMENEZ BLANCO, L. ORTEGA, Manual ... op. cit., pág. 425 y ss.

(100) En virtud de la STC de 11 de Junio de 1987 cuyos términos parecen dar la razón a T.R. FERNANDEZ, La organización territorial del Estado y la Administración en la nueva Constitución, en Lecturas sobre la Constitución I, UNED, 1978, pág. 365 y 366 cuando hace años afirmó que la Constitución no parecía recoger ese fenómeno de la laborización de la Función Pública.

(101) Art. 15 LMRFP que después de relatar los puestos de trabajo reservados a los funcionarios públicos afirma:

\*Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

- los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;
- los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;
- los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, ecuestres, protección civil y comunicación social, así como los puestos de áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;
- los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y
- los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares de comporten manejo de máquinas, archivos y similares.

Asimismo, los Organismos Públicos de Investigación podrán contratar personal laboral en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de Abril, de fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

Sobre el tema ver períodos SAINZ MORENO, El Estatuto de la Función Pública después de la STC 99/87 y de la Ley 23/86, RMP n.º. 117, 1988.

- a) En cuanto al modo de acceso del personal laboral se lleva a cabo ordinariamente mediante concurso con lo que se le dispensa de la formación previa que el sistema de oposición (previsto para el personal funcionario) comporta, así como de los cursos selectivos posteriores a la oposición (101b).
- b) Para el funcionario el concepto derechos adquiridos (102) es distinto que para el personal laboral y además no se le respeta de igual modo. Así, dado que la naturaleza de su relación con la Administración no es contractual, nacida de un arrendamiento de servicios (lo que impediría la modificación unilateral de sus cláusulas) sino estatutaria derivada de un acto condición, el contenido de dicha

(101b) Pues únicamente se contempla la posibilidad de que la convocatoria establezca un periodo de prácticas. PARADA VAZQUEZ, Recurso ... op. cit., pág. 360 - 361. Para el personal funcionario es la LFCE de 1964 y el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado (RD 2223/84, de 19 de Diciembre) quien regula la materia.

(102) Sobre el tema, NIETO, A., Los derechos adquiridos de los funcionarios, RAP año. 39, 1962, págs. 255 y ss. analizando la jurisprudencia recaída en el tema y a la luz del Reglamento de funcionarios de la Administración Local de 1952 llegaba a la conclusión de que eran derechos adquiridos:

- a) La cuantía íntegra del sueldo consolidado.
- b) La propiedad de la plaza desempeñada con tal carácter.
- c) El derecho a ocupar en propiedad las plazas que se hallaren vacantes.
- d) La categoría administrativa en cuyo disfrute se halle el funcionario.
- e) Los honores y tratamiento consiguientes.

Por el contrario, no son derechos adquiridos:

- a) La expectativa a ocupar plazas que no estuvieran vacantes.
- b) La expectativa a categorías administrativas, honores y tratamientos, en cuyo disfrute no se hallare aún el funcionario.

Lo que nos lleva a afirmar, según NIETO, que:

- 1) Los derechos adquiridos deben distinguirse de las condiciones reglamentarias. Estas últimas no precisan ser respetadas por la Administración.
- 2) Los derechos adquiridos deben distinguirse de las simples facultades y expectativas de derecho. Estas últimas tampoco precisan ser respetadas por la Administración.
- 3) Los derechos adquiridos "propriamente dichos", sí deben ser, en cambio, respetados por la Administración.

Asimismo y en general ver GARRIDO FALLA, Tratado ... op. cit., pág. 238 y ss.

relación viene definida unilateralmente por el poder público pudiendo, en consecuencia, modificarla.

Por contra, en el Derecho del Trabajo existe un respecto máximo por los derechos adquiridos que se combina con el principio "pro operario", aplicación de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa (103).

c) Una de las consecuencias prácticas de esa diferenciación es la posible discriminación que se produce con la doctrina sentada por diversas resoluciones del TC sobre materia de jubilación. Así, en las sentencias de 29 de Julio de 1986 y 99/87 de 11 de Junio, se consideró conforme al Texto Constitucional la rebaja unilateral de la edad de jubilación para Magistrados, jueces y funcionarios pues no se trata de un derecho adquirido sino de una simple expectativa de carrera (104). En cambio, la STC de 2 de Julio de 1981 declaró inconstitucional la disposición adicional 5 del Estatuto de los Trabajadores que establecía la edad máxima en los 69 años y que permitía al Gobierno rebajarla en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. Al respecto el TC afirmó que la jubilación era un derecho y no un deber (105).

d) En cuanto a los deberes y obligaciones, de ambos colectivos la regulación positiva es ciertamente dispar. En lo referente a los funcionarios, la LFCE (artículos 76 - 82),

-----

(103) PARADA VAZQUEZ, Derecho... op. cit., II pág. 354 a 357.

(104) PARADA VAZQUEZ, Derecho... op. cit., II pág. 354 - 355.

(105) PARADA VAZQUEZ, Derecho... op. cit., II pág. 357. Al respecto ver además SARRIDO FALLA, La responsabilidad del Estado legislador, RAP n.º. 118, 1987, págs. 35 y ss. | GONZALEZ SALINAS, La responsabilidad del Estado por anticipar la edad de jubilación, RAP n.º. 114, 1987, pág. 245 y ss.

los respectivos reglamentos disciplinarios y las reglas de cada servicio público que tienen a su cargo establecen una enumeración que podría sintetizarse en el deber de obediencia jerárquica, (106) la discreción y el secreto profesional (107) el deber de tratar con esmerada corrección al público, (108) la imparcialidad y el desinterés (109) la obligación de actuar con dignidad y honorabilidad (110).

El personal laboral, por su parte, debe respetar lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores que se reduce a "cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo; observar las medidas de seguridad e higiene; cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas; no concurrir con la actividad de la empresa; contribuir a la mejora de la productividad y, por último, cuantas se deriven de los respectivos contratos de trabajo" (art. 5).

---

(106) Que comprende el respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos acatar sus órdenes (art. 79 LFCE).

(107) Art. 80 LFCE, art. 7.1 de RIFCE.

(108) Art. 79 LFCE.

(109) Artículo 21 LPA.

(110) Según PARADA VAZQUEZ, *Derecho ... op.cit.*, pág. 186. "Ese deber que ha significado toda una característica de la función pública, sobre todo de la militar ... se fundaba en la consideración de que el funcionario representa al Estado, lo que le exige comportarse con el mayor decoro en el ejercicio de su función e, incluso, en su vida social. Este último aspecto se controlaba con técnicas corporativas, hoy derogadas, como los Tribunales de Honor, formados por compañeros, que enjuiciaban la conducta socialmente reprochable, y que concluían de estroñarse así, con la separación del servicio. Se trata, no obstante, de un deber en clara regresión afirmandose, cada vez más, la separación entre la vida privada y la vida profesional del funcionario".

e) Consecuencia del fenómeno anterior es que ciertas limitaciones recogidas por nuestra Constitución a los derechos fundamentales del funcionario están perdiendo su razón de ser. Así, por ejemplo, una vez admitido el derecho a la negociación colectiva en la función pública (111). ¿Porque se consagra una notable desigualdad posicional que privilegia a la Administración en todo momento? (112). ¿Porque no es posible reconocer los acuerdos y pactos suscritos en los meses de negociación, cosa aceptada e impuesta por el Derecho del Trabajo? (113) ¿Cómo podrá justificarse, por ejemplo que el personal civil funcionario perteneciente a la Administración militar no tenga el derecho de huelga o sindicación y si lo posea el personal laboral? (114).

A partir de estos datos resultará difícil concretar y, en ocasiones incluso justificar, las restricciones en el ejercicio de algunos derechos fundamentales del funcionario basado en la particular posición que ocupa o la especial función que desempeña. También será costoso argumentar porque en caso de incumplimiento de sus diferentes obligaciones, unos podrían ser separados del servicio a perpetuidad y otros únicamente serán despedidos, con el agravante que para éstos últimos la protección jurisdiccional será más tuitiva y rápida.

---

(111) Al respecto ver artículo 28, 1 CF, 5<sup>ta</sup> 57/82, de 17 de Julio y 9 de Julio 1985, LMGFP (art. 3. 2b.) LBRL (art. 95) Ley Orgánica de la Libertad Sindical (art. 22 d.) y Ley 9/87, el 12 de Junio.

(112) PARADA VAZQUEZ, Derecho... op.cit. pág. 424 quien añade: La desigualdad se manifiesta, en primer lugar, en que los acuerdos que suscriban los representantes de la Administración, vinculados en todo caso por las correspondientes instrucciones superiores, no son válidos sin la ratificación posterior del Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, o Pleno de la correspondiente Entidad local. Falta también la obligación de buscar un acuerdo, característica de la negociación laboral, pues ante el desacuerdo, no se establece el recurso a la conciliación o al arbitraje, sino que, directamente, la Administración puede dar la forma que estime conveniente "establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos" (arts. 35 y 37).

(113) PARADA VAZQUEZ, Derecho... op.cit. pág. 425.

(114) Lo mismo ocurrirá con ciertos funcionarios adscritos a la Administración de justicia y que desarrolla su trabajo con otras personas sometidas al régimen laboral.

Respecto al segundo fenómeno apuntado (la incidencia del instituto de las especiales relaciones de sujeción en el ámbito funcional) la jurisprudencia más reciente está admitiendo la limitación reglamentaria y sin previa habilitación legal del ejercicio de los derechos fundamentales del funcionario (115) esgrimiendo como único argumento que a ellos se "les exige una muy peculiar fidelidad, obediencia y fidelidad ... debiendo resaltar ... el especial deber de colaboración y abnegación exigible a sus componentes (116) basado en la especial relación administrativa".

Seguidamente abordaremos las distintas restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en cuanto afecten directamente a su régimen disciplinario y encuentren su fundamento no en la Constitución ni en la Ley sino muy al contrario, en la profundización hasta extremos difícilmente justificables de la doctrina de las especiales relaciones de poder. Seguramente por ello, el Tribunal Constitucional federal Alemán (117) abandonó hace ya tiempo dicho instituto en todo lo que afecta a la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos (118). En adelante, la causa de estas restricciones en el ejercicio de los derechos deberá ir referida

---

(115) Circunstancia que se está produciendo de forma progresiva no sólo en el contenido de las limitaciones sino también en el número de derechos afectados. ANTONIO JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Notas ... op. cit., pág. 1 y ss.

(116) Tal como afirma la STS Sala Quinta de 20 de Julio de 1984 que examina la legalidad del Decreto 1346/84 de 11 de Junio por el que se aprueba el Régimen Disciplinario del Cuerpo Superior de Policía.

(117) STC Federal (B V erf GE, 33, 1, 10) en la que se afirma, desarrollando la teoría de la reserva de ley que los que están sometidos a las relaciones especiales de poder no tienen por qué ver limitados sus derechos fundamentales sino es mediante una ley. Al respecto, ver, GARCÍA MACHO R. En torno a las garantías ...op. cit. págs. 524 a 527.

(118) Bersorgeren Ewaltverhältnissen. De ese modo, cualquier limitación del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los funcionarios públicos alemanes debe derivarse directamente del orden constitucional. En este sentido se proocencia WIESE, Beamtenecht, Heinemann-Köln, 1978, pág. 26 y ss, citado para No. Jesús MONTORO CHINER, La función pública en el federalismo alemán. Instituto Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, Madrid 1987, pág. 32.

y sólo podrá ser impuesta por una Ley o por causa de una Ley (119), vedando total y absolutamente la intromisión del reglamento a esos menesteres.

A. Los límites a la libertad de residencia. Sus relaciones con el derecho al trabajo.

A pesar que el artículo 19 de la C.E. reconoce y consagra el derecho que tienen todos los españoles "a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional" el mismo puede ser limitado para los funcionarios públicos mediante normas de rango inferior a la Ley. El que razone de otro modo - dice el TS en Sentencia 22 de febrero de 1985 - "prescinde de su situación especial derivada de su cualidad de funcionario, que le impone ... la obligación de residir, no donde libremente quiera, sino en el lugar del territorio nacional al que fuera destinado, precisamente para desempeñar su función ...". Además, sigue diciendo el Tribunal Supremo "en el funcionario este derecho de libre elección resulta también limitado en aquellos casos en los que, en virtud de un expediente, se le impone el traslado (permitiendo la doble sanción penal y administrativa por comisión de un mismo hecho), precisamente ya que ello se deriva de su doble status, por una parte, de administrado a quien una condena penal le limitaría ese derecho, y por otra, de la de funcionario, unido a la Administración y por una relación de servicio, de la cual deriva la posibilidad de imponer la limitación de ese derecho cuando así se establezca reglamentariamente ..." (120).

---

(119) Dn. Jesús MONTORO CHINER, *La función pública* ... op. cit., págs. 40 y ss.; SANCIA NACHO, R. En torno a las garantías ... op. cit., pág. 524 a 527 especialmente pág. 526.

(120) STS Sala Tercera de 22 de Febrero de 1985 (Aranzadi 826) en la que se analiza la sanción impuesta a un policía nacional que el 17 de Julio de 1983 se enzarzó en una disputa, no sólo verbal, llegando a desmenujar un arma. Fue sancionado en base al art. 502 del EPG de 15 de Noviembre de 1963, disponiendo el guardia inspector el traslado de guarantido de su subordinado. dicha resolución ha sido comentada por A. JIMENEZ BLANCO, *Las resoluciones* ... op. cit., págs. 1 y ss.

Esta última afirmación podría chocar, a nuestro juicio, con el sistema de protección que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto para el ejercicio y regulación de los derechos fundamentales (121).

### B. Las restricciones del derecho a la libertad sindical.

La posibilidad de reconocer a los funcionarios como titulares de tal derecho, e incluso la misma existencia de este, ha sido hasta no hace mucho objeto de cuestión (122). Hoy, sin embargo, el problema no radica en su reconocimiento, que no se pone en duda, sino en determinar en que consiste y hasta donde llegan determinadas particularidades en su ejercicio (123) sobre todo lo que se deriva de las especiales relaciones de sujeción.

Si bien es cierto que la Constitución (arts. 103.2 y 28.1) dispone que "la Ley regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos". ¿Es lícito considerar sobre una base reglamentaria la limitación de ese derecho a los representantes sindicales de los funcionarios públicos? ¿Resulta jurídicamente defendible la limitación del derecho a la libertad de expresión de esos mismos representantes en base a la relación especial de sujeción que les une con la Administración Pública?

---

(121) Entre ellos arts. 53.1, 19, 33, 86.1, 81.1, 25.1, 66, 9.1, 9.3, 106.1, 103.1, y otros de la CE.

(122) Un estudio histórico genérico puede verse en el siempre vigente trabajo de NIETO GARCIA, A. De la República a la Democracia: La Administración española REDA, II, 1976, págs. 567 y ss. Más concretamente ver L. ORTEGA, Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Ed. Tecnos, Madrid 1983, pág. 86 y ss.

(123) Por ejemplo sobre las relaciones entre el derecho de sindicación y el de la negociación colectiva Avelino BLASCO ESTEVEZ, La negociación colectiva de los funcionarios públicos, En REDA núm. 52 Octubre-Diciembre 1956, pág. 511 y ss. Del mismo modo ver el reconocimiento expreso que realiza el convenio núm. 1451 y 154 de 19-VI-81, sobre el fomento de la negociación colectiva. Asimismo ver del REY GUANTER, "Libertad sindical en funcionarios públicos", en Comentarios a la ley de libertad sindical, obra colectiva dirigida por RODRIGUEZ PIZERO, Madrid 1986, pág. 109 y ss.

.../...



Planteado así el problema, nuestro Tribunal Constitucional no dudó en aceptar dichas restricciones afirmando en distintas sentencias la posibilidad de que los reglamentos disciplinarios efectúen esa labor.

Así, ante la supuesta inconstitucionalidad del artículo 208.3 del RDCSP que sanciona como falta grave "la realización de declaraciones por parte de funcionarios que ostentando representación sindical supongan extralimitación del eje. ... de tal condición y vulnera sus deberes como funcionario", el T.C. dice: "es cierto que el precepto no constituye un dechado de perfección en su redacción y que abre algún margen a la ambigüedad. Sin embargo, ello no es razón suficiente par que el precepto tenga que anularse por violar derechos constitucionales de los ciudadanos, porque no supone la traba o el obstáculo del ejercicio del derecho antes aludido. En estos términos hay que recordar lo que dijo el auto de la Sala Primera de 11 de Julio de 1984 (recurso de amparo 165/84) "la libertad de expresión y sindical tiene sus límites derivados de la condición de funcionario, y concretamente del funcionario del cuerpo superior de policía, de quien ejercita dichas libertades, de suerte que el funcionario que rebasa tales límites puede ser legitimamente sancionado via disciplinaria, sin que ello constituya violación de las libertades referidas" (124).

---

(123) .../...

La STC 57/82 de 17 de Julio afirma que "del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes... haciendo perder la supremacía a la Administración ...". Esta sentencia fue duramente criticada entre otros por L. ORTEGA, Los derechos sindicales ... op. cit., pág. 317. Particularmente en contra se pronuncia José Antonio SANTANÚRIA PASTOR, En comentarios a la C. obra colectiva dirigida por GARRIBO FALLA, Ed. Civitas. Madrid 1983, pág. 570 y 571.

Sobre la limitación del derecho de reunión sindical a los funcionarios públicos v. STC 91/83 de 7 de Noviembre.

Un análisis de conjunto en PARAMBA VAZQUEZ Derecho Administrativo, (organización ...) op. cit., pág. 407 y ss.)

(124) STC 141/85 de 22 de Octubre. En parecidos términos, aceptando la limitación de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 28.1 y 29.1a. via reglamentaria, se pronuncia la STC 81/83 de 10 de Octubre.

C. El derecho a la libertad de expresión.

Además de los límites genéricos previstos para todos los ciudadanos en el ejercicio de cualquier derecho fundamental (125) respecto a la libertad de expresión de los servicios públicos debemos añadir un cúmulo de restricciones, cortapisas y barreras importantes.

La jurisprudencia se ha encargado de señalar que "los principios de jerarquía y subordinación ocasionan limitaciones a la libertad de opinión de los funcionarios públicos" (126) "siempre que dichas manifestaciones se refieran al estricto ámbito del status funcional y de la relación de servicio" (127).

Si bien ese planteamiento parece lógico y jurídicamente correcto (128) no lo es desde el momento que tales límites,

---

(125) El art. 20.4 de la C. limita el derecho a la libertad de expresión "sobre todo en relación con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen". Un análisis de la situación antes de la CE puede verse en SARRIDO FALLA, Los funcionarios públicos y el derecho a la libre expresión, RAP n.º. 63, 1987.

(126) Tal como afirma la STC 81/83 de 19 de Octubre. Del mismo modo sentencia Tribunal Supremo Sala Primera de 20 de Diciembre de 1974.

(127) STS Sala Quinta de 3 de Julio de 1982. En ese sentido, el Real Decreto 2088/69 de 10 de Agosto por el que se regulaba el RDFCE contemplaba como falta de carácter grave en su art. 7 b "la manifestación pública de crítica o disconformidad respecto a la decisión de los superiores y a las medidas de gobierno".

(128) Con las matizaciones efectuadas al principio de este epígrafe, SOSA WAGNER, Francisco, Libertades públicas y funcionarios, REJ n.º. 17, pág. 174 señala el reconocimiento de este principio en el derecho constitucional alemán no ha impedido que bien recientemente se hayan adoptado medidas discriminatorias en el acceso a la función pública de todas aquellas personas cuyas ideas fueron consideradas como "hostiles a la Constitución".

Un planteamiento sobre el ejercicio de estas libertades para los funcionarios públicos puede verse en MUGOZ MACHADO, Notas sobre la libertad de opinión y la actividad de los funcionarios públicos, en REJ n.º. 11, págs. 627 a 634. Del mismo modo ver "Comentarios a la Constitución" obra colectiva dirigida por SARRIDO FALLA; Comentarios al art. 20 escrito por JAVIER GALDE, Ed. Civitas Madrid 1985 págs. 401 y 402.

En el derecho alemán la libertad de opinión de los funcionarios (art. 5 6 g) se ve limitado bajo el prisma del principio del "deber de lealtad" que predica el art. 33.5 del lg. En este sentido ver la STC alemana B VERB GE, 39, 334, 366 y ss. comentada por DR. JESUS MONTORO CHINER. La función pública op. cit., págs. 43 y 44.

tomando como base teórica la especial relación de sujeción, son impuestos reglamentariamente y sin la debida concreción que exige el principio de tipicidad (129).

Una vez más debemos poner de manifiesto lo erróneo y peligroso de esa doctrina, que puede llevarnos a suprimir pura y llanamente el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios públicos.

D. El derecho al cargo y sus limitaciones: la sanción de separación del servicio.

Como ya denunciábamos en otro lugar de este trabajo (130), el funcionario público que es sancionado con la separación del servicio no puede volver a desempeñar el trabajo para el que estaba preparado. Ello significa un claro agravio comparativo en relación con los demás trabajadores por cuanto a estos sí se les sanciona con despido disciplinario, (la sanción más grave que permite la legislación laboral y, por tanto, equivalente a la separación de servicio) (131) al día siguiente podrán incorporarse a la empresa rival o incluso a la pertenecían con anterioridad. Legalmente nada se lo impide.

Así y en relación con el derecho que tienen todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que se señalen en las leyes, no es de recibo que vía reglamentaria se establezcan

---

(129) Por ejemplo el art. 207 c del ROPG de 1975 señala como falta muy grave "las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores", falta declarada conforme a la Constitución en la sentencia ya comentada del Tribunal Constitucional 81/83 de 10 de Octubre. Ver Título III, Capítulo III.

(130) Ver el Título V, Capítulo II.

(131) De la misma opinión es OCTAVIO DE TOLEDO, *La privatización ... op. cit.,* pág. 261.

limitaciones a ese acceso, por cuanto al actuar de ese modo se está obviando la reserva de ley impuesta tanto por el artículo 23.2 como por el 53.1 de la CE.

En efecto, si todos los ciudadanos "tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes", deberán ser éstas (y no otras normas de rango inferior) las que en su caso establezcan limitaciones, cortapisas o prohibiciones.

Dicho problema ya fue planteado en Italia hace algún tiempo. El artículo 51 de su Constitución (cuyos términos reproduce la nuestra) (132) ha sido interpretado en el sentido de que "sólo il legislatore può derogare questa norma, disponendo un altro sistema d'asunzioni... di conseguenza, è la legge che deve stabilire quali comportamenti importano la destituzione dal l'impiego" (133).

En consecuencia, la Corte Costituzionale ha declarado reiteradamente que únicamente el legislador puede introducir obstáculos a este acceso y que los mismos deben estar debidamente justificados en función del oficio a desempeñar (134).

---

(132) El art. 51 de la C. de 22 de Diciembre de 1947 señala: "Todos los ciudadanos de sexo, tienen acceso a los cargos públicos y a los cargos electivos en condiciones de igualdad, según las normas que establezca la ley.

(133) GIACFRANCO MOR, La sanzione disciplinari ed il principio nullum Crimen sine lege, Milano 1974, pág. 119 y 120.

(134) Corte Costituzionale, 28 de Marzo 1960, n.º. 15, in Giur. Const., 1960, pág. 147; 29 Marzo 1961, n.º. 13, Giur. Const. 1961, pág. 83. Del mismo modo se pronuncia el Statuto degli impiegati civili dello stato (art. 2.5.).

En Alemania ocurre algo parecido. Basta la nueva formulación del principio de reserva legal, sólo la ley puede imponer limitaciones al acceso a los cargos públicos (art. 33.2 GG) excluyéndose la aplicación del reglamento en esos menesteres al haberse orillado las especiales relaciones de poder como justificación de esas restricciones. En este sentido ver WIESE, Beamtenschaft, Heymann-Köln 1978, pág. 39 y 22., citado por MONTORO CHINER, M.J., La función pública ... op. cit., pág. 40 y ss.

En España la solución debería ser la misma, es decir, la interdicción total y absoluta de que la Administración, mediante normas reglamentarias, imponga nuevas trabas o requisitos para el acceso de los ciudadanos a los cargos públicos. Por desgracia, ese principio no se está cumpliendo y por ejemplo, el art. 26 f del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de justicia (RD 2003/86 de 19 de Septiembre) ya mencionado impide, sin previa habilitación legal, el acceso a esos cargos de quienes hayan sido condenados por la comisión de un delito doloso relacionado con el servicio o que cause daños a la Administración Pública (135).

E. Las limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga y su relación con los ilícitos establecidos en la L.M.R.F.P.

El ejercicio del derecho de huelga por parte de los funcionarios públicos ha sido un tema especialmente controvertido, motivando una extensa y amplia bibliografía (136).

---

(135) Que dice desarrollar el art. 379 de la LOPJ 6/85 de 1 de Julio donde no aparece por ningún lado esa causa perdida de la condición de funcionario a perpetuidad.

(136) L. ORTEGA, Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid 1983, pág. 119 y ss.; J. L. FUERTES SUAREZ, Función Pública, Reforma Administrativa y Estado Autonómico, Madrid 1990, pág. 60 y ss.; ANTONIO EMILIO TROJO, La problemática actual de la huelga de los funcionarios, en REDA n.º. 19 (1978), págs. 571-606; CAMO MATA, La huelga de funcionarios en RMP n.º. 93 (1980) págs. 129-149; E. BORRAJO BA CRUZ, El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la SIC de 8 de Abril de 1981, en RENC n.º. 2 (1981), págs. 131-157; J.R. PARADA VAZQUEZ, Sindicalismo y huelga de los servicios públicos, en jornadas del INAP, Madrid 1978; VIDA SORIA, Comentarios a las leyes políticas. Comentarios al art. 28, tomo III, Colección dirigida por OSCAR ALZAGA, Madrid 1983, pág. 233 y ss.; JOSE ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, Comentarios a la C., Obra colectiva dirigida por GARIBAY FALLA, Comentarios al art. 28, Ed. Civitas, Madrid 1983, pág. 377 y ss. PARADA VAZQUEZ Derecho ... op. cit. II págs. 427 y ss.

Sin pretender abordar toda la problemática desatada a partir de la aprobación del Texto Constitucional (que al menos implícitamente reconoce ese derecho para algunos funcionarios) (137) debemos constatar en cualquier caso que la LMRFP ha recogido formalmente dicha posibilidad (138) siendo el Real Decreto-Ley 17/77 previsto para los trabajadores la norma que, de forma momentánea, rige para los funcionarios tal como ha sido interpretada por el TC en sentencia de 8 de Abril de 1981 (139).

---

(137) En ese sentido resulta claro "el propósito del constituyente de no privar a los funcionarios públicos de la titularidad de ese derecho, con la sola excepción de aquellas categorías cuya libertad de sindicación se halla excluida o potencialmente limitada".

J.A. SANTAMARÍA PASTOR, en GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios...* op. cit., pág. 577, quien añade: En términos generales, pues, la titularidad de la huelga por parte del personal funcionario al servicio de las Administraciones públicas no parece discutible ni suscita cuestiones dignas de mención; como tampoco debe plantear problemas su exclusión respecto de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía. Más difusa resulta la situación de determinados colectivos funcionariales que, sin pertenecer por entero a los anteriormente mencionados, se encuentran en una especial posición de proximidad respecto a los mismos o son titulares de funciones en cierto modo semejantes a las de aquéllos en un plano material: tal es el caso del personal civil al servicio de la Administración militar; el personal de la Dirección de la Seguridad del Estado - salvo Cuerpo Superior de Policía y Policía Nacional, claro está -; el personal al servicio del Poder Judicial; y, por último, el personal de las Instituciones Penitenciarias.

Las peculiaridades de estas categorías de servidores públicos impiden al intérprete formular un juicio concluyente y radical acerca de la admisibilidad o no respecto de los mismos del derecho de huelga; deberá ser el legislador quien aporte soluciones, que muy posiblemente habrán de ser matizadas y diversificadas según los supuestos. Plantear el tema en términos de blanco o negro, huelga sí o huelga no, es sin duda una forma incorrecta de abordarlo.

En términos generales, sin embargo, puede señalarse que la mera posición de proximidad a los colectivos militares o policiales no es por sí misma una causa suficiente para excluir el derecho de huelga; como tampoco lo es la importancia pública de la función o servicio que se desempeña (caso del personal judicial). En uno y otro caso, el ejercicio del derecho de huelga parece que debe quedar remitido al establecimiento de un sistema de garantías en orden al funcionamiento mínimo de los servicios esenciales. En el supuesto de los funcionarios de Instituciones penitenciarias, en cambio, la exclusión total del derecho de huelga hallaría un claro apoyo en la circunstancia de ser este personal titular de potestades de coacción directa sobre los ciudadanos, como lo demuestra su intercambiabilidad, en ocasiones, por personal policial; pero ni siquiera puede aquí generalizarse, pues no es la misma situación del psicólogo, del asistente social o del profesor de formación profesional en las prisiones que la del celador puro y simple".

(138) Al disponer que "los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán, ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria, ni afecte al régimen respectivo de las prestaciones sociales" (disposición adicional decimosegunda).

(139) PARADA VAZQUEZ, *Derecho...* op. cit., pág. 431.

Ahora bien, nuestro análisis se centra en determinar los límites al ejercicio de ese derecho (140) dado que la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas urgentes para la reforma de la función pública tipifica como faltas muy graves la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga (art. 31 j); la participación en huelgas a los que la tengan expresamente prohibida por la Ley (art. 31k) y el incumplimiento de las obligaciones de atender a los servicios esenciales en caso de huelga (art. 31 j).

La lectura de esos preceptos nos indica que constituyen "leyes en blanco" es decir, normas que llaman a otras (generalmente de rango inferior) con el fin de concretar y delimitar las conductas prohibidas.

Aplicando la doctrina jurisprudencial analizada se pone nuevamente de manifiesto su peligrosidad que puede llevar a suprimir pura y llanamente el ejercicio de un derecho fundamental, en base a las consabidas relaciones especiales de sujeción (141).

-----

(140) En este sentido BORRAJO DE CRUZ, Op. cit. pág. 144 señala como límites a este ejercicio:

a) el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad.

b) El respeto a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes, al libre desarrollo de la personalidad y ... al derecho a las demás libertades públicas y derechos fundamentales del resto de ciudadanos.

(141) Por ejemplo respecto a la infracción de los servicios esenciales en caso de huelga, falta muy grave recogida en el art. 31 f de la ley 30/84, nos debemos preguntar ¿Quién será competente para establecerlos? ¿Quiénes estarán obligados a desempeñarlos? ¿Puede una orden o un decreto concretar cuáles son?

### III. LA "VIS EXPANSIVA" DE LA DOCTRINA DE LAS ESPECIALES RELACIONES DE SUJECION.

A los problemas apuntados, que de por sí deben dar lugar a un análisis profundo de la situación en la que nos encontramos y a la necesidad de observar una mayor cautela cuando están en juego los principios básicos y fundamentales del Estado Social de Derecho, es necesario añadir una segunda cuestión: la cada vez mayor expansión del concepto "relaciones especiales de sujeción".

En efecto, dada la poca elaboración teórico-doctrinal que de esa institución (142) se ha hecho en España (143), las múltiples y variadas características que dicha figura encierra y la consecuente imposibilidad de establecer un concepto unitario que la defina (144), se está produciendo una ampliación de ese

---

(142) El origen histórico se conecta con SCHMITTHENER que a mitad del siglo pasado formuló el concepto de nosinándolas "organisation Subjektionsverhältnisses" en su libro *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, 1943, págs. 278 y ss. Para un estudio histórico ver WENNINGER, *Geschichte der Lehre von besonderen Gewaltverhältnissen*, 1982, pág. 222; EVERS, *Das besondere Gewaltverhältnis*, 1972, quienes citan al anterior. No obstante GALLEGO AMADITARTE, op. cit. pág. 14, afirma que si bien fue LABAND quien utilizó ese concepto por primera vez, OTTO MAYER lo consagró. Para RICARDO GARCIA MACHO, En torno ... op.cit. págs. 522-523 ese término fue acuñado por OTTO MAYER en la época de la Monarquía constitucional alemana.

(143) Únicamente conocemos los artículos de GALLEGO AMADITARTE, Relaciones especiales de sujeción y principio de legalidad en la Administración, *RAP*, núm. 34, 1961, págs. 11 y ss. y de RICARDO GARCIA MACHO, En torno ... op.cit. págs. 521-531.

(144) En este sentido BAGO DE LEON, Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Revisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978), Ed. Civitas, Madrid 1991, pág.207. Por ejemplo, el elemento de la voluntariedad está siendo cada vez más destacado. Así "la solicitud de autorización lleva implícito el consentimiento del interesado en esta sujeción especial que es en definitiva el precio que paga por conseguirla", MANIAMEDO MATEOS, El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español, Madrid 1968, I, pág. 4. Ese elemento es destacado por la jurisprudencia en el sector bancario (STS 18-XI-1985) como justificación jurídica de disolución de garantías. Ahora bien, como dice NICHAVILLA, J.H., "Relación especial de sujeción" ... op. cit.: "Este sistema de autorización y consiguiente inscripción obligatoria es el actualmente vigente. No deja de ser cierto que la inscripción sea voluntaria", págs. 254-255. .../...



cuadro complejo de situaciones (145) hasta límites insostenibles e impensables hace unos años (146).

¿Qué tipo de relaciones son las que en España "el Estado puede hacer prácticamente todo?" (147) ¿Qué criterios se siguen para calificar una relación de especial sujeción?

La cuestión ha sido planteada durante largos años en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Si bien al principio incluso hubo algún autor que intentó justificar la relación de supremacía especial con la Administración en la que se encontraban todos los ciudadanos, (148) el transcurso del tiempo ha proporcionado (al menos en su país de origen, Alemania) una configuración estricta, delimitada y firme de la institución (149) cuyo contenido es aceptado y reconocido de manera casi unánime (150).

---

(144) ...

Por ello, si en un determinado sector existen divergencias sobre los elementos que integran la relación y en otros sectores no existen (por ejemplo, ¿qué voluntariedad hay en la incorporación al servicio militar?) se nos hace difícil acotar el campo del concepto.

En el mismo sentido, MONTORO PUERTO, La infracción administrativa, Ed. ... op. cit., págs. 125, 126, quién afirma que en las relaciones especiales de sujeción "todo es discutido, desde su razón de ser y fundamento, pasando por sus características especiales, hasta la enunceración de los supuestos casos que pueden ser considerados dentro de ellos".

(145) Denominación utilizada por la STC 56/84.

(146) Inadmisibles por la rebaja de garantías que esa situación produce. Impensable porque, como veremos, hoy en día casi todo puede calificarse como relación especial de sujeción.

(147) Expresión utilizada por OTTO PAYER, Zur Lehre von öffentlich-recht-lichen Verträge, AStR 3 (1888) 3, 39, citado por WOLFGANG LOSCHELDER, "Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem", en la monografía Das besondere Gewaltverhältnis D. u. M., Berlín 1985, pág. 19. Asimismo ver RICARDO GARCIA MACHO, En torno ...op. cit. pág. 522.

(148) OTTO PAYER, Zur... op. cit., pág. 54. Al respecto ver RICARDO GARCIA MACHO, En torno ...op. cit. pág. 523.

(149) LOSCHELDER, Von besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982 págs. 1 y ss.; MERTEN, Detlef, Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis en la monografía Das besondere op. cit., pág. 59.

(150) Nos estamos refiriendo a los tipos de relaciones que integran el concepto. Por el contrario, la política sigue respecto a las garantías que en su seno deben respetarse.

De ese modo, en Alemania, se incluyen dentro del ámbito de las especiales relaciones de sujeción a los funcionarios y jueces, a los militares y soldados cuando realizan el servicio militar, a los alumnos o estudiantes y a los presos (151). Por contra, nuestro derecho está viviendo una grave efervescencia del concepto que no sabemos en estos momentos dónde va a encontrar su límite. Los contornos parecen tan difuminados que nadie puede predecir, en la práctica, si la situación en la que se encuentra con la Administración es general o especial, lo que resulta especialmente grave por la disminución de garantías jurídicas que presenta esta última.

Así, inmediatamente después de la entrada en vigor de la Constitución se incluyeron tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, distintos grupos de sanciones que podían ser fruto de una relación especial con la Administración (152) y que han sido progresivamente ampliadas (153). Entre ellas se incardinan como tipo más característico las sanciones disciplinarias (a funcionarios (154), usuarios de servicios

---

(151) HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14 ed., págs. 323 y ss., además de todas las obras ya citadas.

(152) Seguiremos básicamente a GARCIA DE ENTERRIA-TOMAS R. FERNANDEZ, op. cit., II, págs. 147 y ss. dado que el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias parece adoptar, al menos, su terminología. (STC 30 de Enero de 1981, STC 66/84 de 8 de Junio (fundamento n.º 1) y STC 18/81 de 8 de Junio, STC 77/83 de 3 de Octubre y STC 81/83 de 10 de Octubre entre otras).

(153) A esirconcreción influyó sin duda la STC de 30 de Enero de 1981 que incluye entre ese tipo de situaciones "la relación de funcionarios, servicio público, concesionario, etc."

(154) STC de 30 de Enero de 1981, STC 81/83 de 10 de Octubre, STC 77/83 de 3 de Octubre. La calificación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos dentro de esas relaciones de especial supremacía resulta casi unánime. Como dato significativo la proposición de Ley de 22 de Mayo de 1985 por la que se pretendía regular toda la materia sancionadora excluye tácitamente de su aplicación las sanciones disciplinarias que en los ámbitos de la Administración Civil y Militar puedan imponerse a aquellas personas que se encuentran en una relación de sujeción especial (art. 2 párrafo 2) con lo que "se supera la tradicional separación entre las sanciones de autoprotección y las sanciones administrativas de orden general, reconociendo así la sustancial identidad de ambas figuras, todo lo cual es de celebrar y máxime teniendo en cuenta que la idea que subyace en el fondo de esa igualación es la de

.../...

públicos (155), profesionales integrados en colegios profesionales, (156) miembros de corporaciones públicas no territoriales y a los contratistas y concesionarios (157). En segundo lugar se incluyen dentro de una relación especial, las sanciones de policial demanial que pueden ser impuestas no sólo a los usuarios del demanio sino simplemente a quienes perturben y amenacen el buen orden de las cosas administrativas (158).

En tercer lugar, podemos mencionar las ya anunciadas sanciones rescisorias de actos administrativos favorables en donde los castigos a imponer serian fruto del "incumplimiento de una obligación contractual" (159).

Se incluyen asimismo las sanciones tributarias dada la manifiesta finalidad autoprotectora que las mismas encierran

-----  
(154) .../...

aplicar a las primeras las garantías ordinarias de las segundas", SUAY RINCÓN, J., El derecho administrativo sancionador perspectivas de reforma, RAJ 109, enero-abril 1986, págs. 185 y ss.

(155) En este sentido, SANZ GAMBOSI, La potestad sancionadora op. cit., pág. 83 limita la extensión " sólo cuando medie una relación especial normada jurídicamente y no una pura relación fáctica".

(156) STS de 23 de Diciembre de 1976. Igualmente STS de 24 de Enero de 1989 (ar 9559), Auto del TC de 23 de febrero de 1989 que aborda la problemática de los odicos y sus colegios aceptando la tipificación de infracciones y sanciones en una norma de rango infralegal. Citados por CARMEN CHINCHILLA MARIN, El nuevo régimen ... op. cit. pág. 555 nota 15. No obstante y como afirma GALLEGO AMBITARTE, Relaciones ... op. cit. pág. 26 en Alemania, ese tipo de relaciones han sido excluidos de la categoría analizada.

(157) STC de 8 de Junio de 1981. Antes STS de 9 de Febrero de 1972. De forma más reciente STS de 21 y 28 de Diciembre de 1987 (Aranzadi 9138 y 9152).

(158) GARCIA DE ENTERRIA - I.R. FERNANDEZ, op. cit., pág. 150. Contra esa opinión SANZ GAMBOSI, op. cit., pág. 83 nota 7 quien afirma: "No creo que, por ejemplo, una sanción impuesta por el I.C.O.N.A. por encender una hoguera en un lugar prohibido pueda incluirse en este campo. Su ubicación adecuada parece ser entre las sanciones de protección del orden general".

(159) "No jugando en consecuencia, el principio de legalidad ni la presunción de inocencia". STS de 30 de Enero de 1988, Sala 3a. que sienta la doctrina general sobre las sanciones administrativas a los concesionarios de servicios públicos. Asimismo STS de 27 de Enero de 1981. GARCIA DE ENTERRIA - I.R. FERNANDEZ, Curso ... op. cit. pág. 151.

(160) cuestión que a nuestro juicio no parece de recibo dado que todos los ciudadanos estamos sometidos a parecidas obligaciones. Otro tipo de relaciones especiales de sujeción serían las que deben sufrir los presos en un establecimiento penitenciario (161), los soldados y estudiantes (162), situaciones más características del concepto analizado.

Ahora bien, poco a poco, de forma excesivamente ligera se va extendiendo la lista de esas relaciones especiales hasta el punto que es imposible determinar dónde llega la frontera, hasta dónde un ciudadano ostenta una situación especial o análoga al resto de los mortales. De este modo, por ejemplo, el sistema crediticio se incluye en ese marco especial dada la presunta voluntariedad con que se accede a un denominado Registro de bancos y banqueros lo que "implica la aceptación de una normativa específica de su actividad en el ramo", (163) desconociendo la normativa vigente que obliga a su inscripción (164).

---

(160) Contra esa opinión se pronuncia MARIA RUBIO, Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado. Comentario a la sentencia del T.E.D.H. de 21 - II - 84. El caso Ostark, RAE, mayo-agosto de 1984, págs. 384-385 quien afirma: "Parece difícil, realmente, considerar que se hallan en ese supuesto de relación directa también los contribuyentes, los beneficiarios de actos administrativos favorables y los usuarios del dominio. Ello equivaldría a considerar que la totalidad de la sociedad se halla incluida, por uno u otro concepto, en el "circulo interior de la Administración", lo cual, entre otras consecuencias desastrosas, tendría la de privar a este concepto de toda su virtualidad. Como resulta claro, este problema está estrechamente vinculado al concepto de organización, que para muchos autores constituye el concepto nuclear de la teoría del Estado contemporáneo".

(161) STC 2/87 de 21 de Enero; STS de 26 de Marzo de 1977.

(162) Tal como afirma GARRIDO FALLA, F. Tratado... op. cit. págs. 122 y ss.

(163) STS 18-II-1985. En análogo sentido STS de 14 de mayo de 1986; SAN 15-VI-84. Un análisis antes de la Constitución se encuentra en GARCÍA DE ENTERRÍA, Sobre los límites... op. cit., pág. 203 y ss.

(164) El art. 38 de la Ley de Ordenación Bancaria de 30-III-46 dice: "Nadie podrá ejercer el comercio de Banca ni usar la denominación de Banco o banquero sin figurar en el Registro de Bancos y banqueros".

Así mismo, hace ya algunos años se planteó la duda sobre si ciertas actividades de interés público, reglamentadas de forma específica y sometidas a previa autorización caían bajo el concepto relación especial de sujeción. Si bien la polémica disminuyó al entenderse que el acto de autorización jugaba aquí como acto - condición que colocaba al autorizado bajo el imperio del estatuto general que se ha dictado en virtud de los poderes de policía de que la Administración dispone, (165) en la actualidad parece que esa concepción empieza nuevamente a ser puesta en duda. Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado por primera vez que la orden de clausura de un bar se puede incluir, "haciendo una "extensión prudente analógica", dentro del concepto de sujeción especial dado que nos hallamos frente a medidas previstas en dichos textos legales (166) para el supuesto de que el administrado abuse de los términos de una normativa administrativa que le permite normalmente obtener los beneficios de una industria, ... y asumida voluntariamente" (167). Del mismo modo, el TC en Sentencia 61/90, de 26 de Marzo, ha considerado que la actividad de detective privado, al requerir de una licencia para su ejercicio, constituye una relación especial de sujeción, cuestión más que discutible pues "un detective privado no se integra en modo alguno en la organización administrativa" (168).

---

(163) STS 12-II-1985. En análogo sentido STS de 14 de mayo de 1986; SAN 15-VI-84. Un análisis antes de la Constitución se encuentra en GARCIA DE ENTERRIA, Sobre los límites ... op. cit., pág. 203 y ss.

(164) El art. 38 de la Ley de Ordenación Bancaria de 30-III-46 dice: "Nadie podrá ejercer el comercio de Banca ni usar la denominación de Banco o banquero sin figurar en el Registro de Bancos y banqueros".

(165) ENTRENA CUESTA, R., El servicio del taxi, *RMP* 1958, núm. 27, págs. 52 y 53.

(166) Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos y Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

(167) Autos del T.C., Sala 1a., 907/87 y 1110/98 de 13 de Octubre. Rec. núm. 545/87 (fiscalía núm. 861/87).

(168) tal como afirma GARCIA de ENTERRIA, La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación *REMA*, núm. 66, Abril - Junio 1990, pág. 285. En concreto, la sentencia dice: "Las relaciones de sujeción especial que, en principio, hay que admitir existentes entre Administración y demandante, debido a la licencia que éste había obtenido de aquélla para ejercer su actividad profesional de detective privado". Un análisis de este resolución puede verse en Título III, Capítulo II, 2.

En consecuencia, según esa doctrina, cualquier actividad sujeta a previa licencia puede ser considerada como una situación de especial sujeción.

Por otro lado, dentro de este concepto debemos añadir a las personas que de cualquier modo están relacionadas con el mundo de los toros (169) (dueños de las ganaderías, empresarios que organizan el espectáculo (170) o simples espectadores) (171), al conjunto de ciudadanos reunidos en una comunidad de denominación de origen (172) lo que está provocando en la jurisprudencia un cambio terminológico y dando lugar "al nacimiento de un nuevo concepto, el de potestad correctiva, que pretende sustituir al de relaciones especiales de sujeción y evitar sus múltiples inconvenientes" (173).

---

(169) STS de 6 de Octubre de 1975, 25 de Junio de 1966, 20 de Mayo de 1973, 23 de Abril y 10 de Octubre de 1974

(170) STS de 15 de Abril de 1976 en donde se afirma que las reglamentaciones de las fiestas sitúan "a quienes intervienen en su organización en unas especiales relaciones de potestad" lo que legitima la imposición de sanciones de pleno y la ausencia de cobertura legal. En el mismo sentido STS de 31 de Mayo y 7 de Octubre de 1976, S.A. Nacional de 25 de Junio de 1983.

(171) Criticando esa circunstancia, TOMAS RAMON FERNANDEZ, Replanteamiento de las corridas de toros, Espasa-Calpe, Madrid 1987, págs. 130 y ss. en especial págs. 138 y 139 dice: "El ciudadano que asiste a un espectáculo cualquiera no traba relación jurídica alguna con la Administración por el hecho de adquirir en la taquilla de la empresa organizadora el correspondiente billete" para añadir que "en caso de perturbación del orden, se pondrán en marcha los poderes de policía general ... en su acepción más típica".

"Lo mismo ocurre - sigue diciendo- con el empresario que organiza el espectáculo ya que el hecho de solicitar una autorización al efecto no puede significar el establecimiento de una especial relación de sujeción. Si ese concepto ... se " extendiera a todos los casos en que el ejercicio de una cierta actividad se sujete por el ordenamiento a una técnica cualquiera de control punitivo ... toda la vida individual y colectiva estaría llena de tales relaciones a las que desde ese mismo momento habría que dejar de llamar especiales por faltar las generales, que son su contrapunto necesario".

(172) STS de 13 de Diciembre de 1985.

(173) Tal como afirma SUAY RINCON, en J.A. SANTAMARIA PASTOR - L. PAREJO Secreto Administrativo. La jurisprudencia ... op. cit. pág. 203. Asimismo ver SUAY RINCON, Sanciones ... op. cit. pág. 58 y nota 7 quien cita la STS de 29 de Abril 1988 ( ar 3156) que dice: .../..

#### IV. LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Es, seguramente, el problema que más ríos de tinta ha hecho correr a lo largo de la historia. La aplicación o inaplicación de los principios penales al derecho disciplinario depende, obviamente, de su naturaleza jurídica. Una vez reconocida, en nuestro ordenamiento, la identidad sustancial entre delito, falta e infracción administrativa, así como de sus respectivos castigos (pena y sanción) debemos preguntarnos ¿Existe la misma homogeneidad entre el ilícito penal y el ilícito disciplinario? ¿Son distintos los fines y las funciones de las penas y de las sanciones disciplinarias o por el contrario es el criterio de la gravedad el que diferencia unas de las otras?. Si existen diferencias ¿Son tan importantes como para inaplicar el conjunto de principios que rigen el resto del orden punitivo del Estado?.

Las soluciones a esos interrogantes han sido muchas y de lo más dispares. Por ello, como nuestro objetivo es conocer la respuesta actual que el derecho positivo ofrece, analizaremos

(173) .../...

"la potestad correctiva nacida de la concesión, con un notable contenido convencional, es muy distinta de la potestad sancionadora genérica a la cual alude el artículo 25 de la Constitución, equiparándola en su esencia al "ius puniendi" como fundamento de la Ley Penal, según ha reconocido tanto ese Tribunal Supremo, desde nuestra Sentencia de 9 de febrero de 1972 (R. 876), como el Constitucional, a partir de la que lleva fecha 8 de junio de 1981 (R.T. Const. 18). Los elementos subjetivos, objetivos y causales de cada una de ellas son muy distintos. En aquella se trata de particulares encargados de gestionar un servicio público, como consecuencia de vulnerar las condiciones y reglas, las obligaciones de la concesión, en una posición de sujeción especial. La potestad sancionadora, en cambio, se dirige a los ciudadanos como tales a consecuencia de un acto ilícito, tipificado por la Ley, en la posición de sujeción general que a todos nos corresponde. Se trata, pues, con todas las cautelas que exige una tal calificación, de dos tipos de responsabilidad, una de origen contractual y la otra de origen extracontractual, autónoma. En definitiva, no son transportables entre sí los principios rectores y el régimen jurídico propio de cada una de tales modalidades".

En parecidos términos STS de 21 de Diciembre 1987 (ar 9138).

las dos corrientes doctrinales todavía vigentes (174) que han intentado justificar la aminoración de las garantías cimentadas por el derecho penal en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos: La teoría de la distinción cualitativa y la doctrina de la diferenciación cuantitativa (175).

1.- La teoría de la diferenciación cualitativa entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Su conexión con el instituto de las relaciones especiales de sujeción.

A) Planteamiento general.

La relación funcional, desde siempre, ha sido considerada como el ejemplo más claro y palpable del concepto

---

(174) Es evidente que los argumentos de mayor peso aceptados más o menos pacíficamente por la doctrina administrativista deben ser revisados a la luz del derecho positivo vigente. Entre ellos destacaríamos los siguientes:

1) Al derecho disciplinario no le es aplicable el principio de tipicidad pues entre otras cuestiones, no es necesario que las infracciones estén previstas en norma alguna. (ROMANO, La potest. ... op. cit., pág. 85-86; MONTORO PUERTO, La infracción ... op. cit., pág. 316; LAUBAGERE, Traité élémentaire de droit administratif ... LGDJ, Paris 1957 pág. 689.

2) El derecho disciplinario no está sujeto a la reserva de ley MONTORO PUERTO, La infracción ... op. cit., pág. 316.

3) Las penas disciplinarias se aplican con total independencia de las penales con lo que puede concurrir. Aunque la pendencia de un proceso penal puede suponer la suspensión de un procedimiento disciplinario, si aquel terminarse con una resolución condenatoria, ello no impediría a la Administración adoptar la solución más conveniente. SANTI ROMANO, La potest. ... op. cit., pág. 85; MONTORO PUERTO, La infracción ... op. cit., pág. 317-318 quien cita en defensa de su tesis las STS de 21 de Noviembre de 1950, 30 de Octubre de 1945, 15 de Febrero de 1946, 2 de Julio de 1947 y 5 de Marzo de 1955.

4) Mientras la acción penal se extingue con el paso del tiempo, el poder disciplinario es imprescriptible, S. ROMANO, La potest. ... op. cit., pág. 86.

En consecuencia, para determinar la actual naturaleza jurídica del derecho disciplinario deberíamos partir del derecho positivo vigente y no conformarnos con aceptar sin más, dogmas apriorísticos que posiblemente hoy no se corresponden con la realidad. En parecidos términos SUAY RINCÓN, Potestad ... op. cit., pág. 1325.

(175) No analizaremos las tesis civilistas de los que hemos hallado en el título I, Capítulo II, 6 por cuanto si ya habían sido abandonadas hace algunos años, la Constitución de 1978 parece haberlas enterrado definitivamente.



"relaciones especiales de sujeción" (176). Aunque a nuestro juicio, como ya apuntamos, resulta imposible dar una definición unitaria al mismo por el hecho de que no es una, sino varias, las conductas que se cobijan bajo idéntico paraguas, la doctrina dijo que era aquella "relación jurídico-pública de sometimiento, en el ámbito del derecho administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo" (177). Así, esas relaciones se contraponen a las "situaciones de sujeción general" en las que se encontrarían todos los ciudadanos y en donde la técnica sancionatoria es de imposible distinción con respecto a la punitiva penal (178).

De ese modo, las primeras se caracterizarían por un conjunto de notas que son las siguientes:

1) acentuada situación de dependencia , de la cual emanan determinadas obligaciones.

2) estado general de libertad limitada.

---

(176) MAYER en la edición española de su Verrecht ... op. cit., señala que las órdenes de policía caben en el término Instruktion si tienen "como base una relación de sujeción especial existente entre el Estado y quien recibe la orden" (tomo I, edición española, Buenos Aires 1954, pág. 37). Incluyendo a los funcionarios públicos en ese concepto están entre otros, FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1928, pág. 114; THOMA, R. Platzhalterpflicht im badiischen Recht, I, Tubinga, 1906, página 90 y 91. Citados por GALLEGO AMADORTE, Relaciones ... op. cit., pág. 14 y ss.

(177) OBERMAYER, K. Verwaltungsakt und innerdienstlichen Rechtsakt, 1936 pág. 85. Asimismo citado por GALLEGO AMADORTE, Relaciones ... op. cit., pág. 45.

(178) Aunque no han faltado intentos de hacerlo, todos han fracasado. Por ejemplo OTTO MAYER, Verrecht ... op. cit., el poder de policía, pág. 11 dice: "Existe hoy todavía un deber general que incube a los súbditos frente a la sociedad y frente a la Administración que defiende sus intereses ... es el deber de no perturbar el buen orden de la cosa pública ...".  
Sobre el tema ver además SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pág. 73 y ss.

3) existencia de una relación personal.

4) imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados.

5) el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la Ley.

6) el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo.

7) la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento.

8) el admitir expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa (179).

Así, en el campo de lo sancionatorio-administrativo se argumenta que la globalidad de esas situaciones interesan únicamente a la esfera interna de la Administración (180) y, por tanto, todo el aparato represivo que para ellas rige es de carácter doméstico, es decir, tiende a lograr el buen funcionamiento de la organización. Las infracciones cometidas en

---

(179) GALLEGO AMABILANTE, Alfredo, Las relaciones especiales de sujeción ... op. cit., pág. 25. Sobre la voluntariedad, elemento que la jurisprudencia está considerando básico para calificar una situación como "relación especial de sujeción", ver FLAVIO FRANCHINI; La autorizzazione amministrativa costitutiva di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati, Milán 1957, pág. 20 y ss.; RICHAVILA MUÑOZ, J.H. "Relación especial ... op. cit., pág. 253 y 254.

(180) Por ejemplo, GARRIDO FALLA, Curso .. op. cit., págs. 137 y ss., en especial 138 y 140; ENTRENA CUESTA, R., Curso ... op. cit., pág. 384; GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, I.R., Curso ... op. cit., II, págs. 149 y ss.; SANTAMARIA PASTOR, S., Apuntes de derecho administrativo. El personal al servicio de la administración pública. Univ. Complutense, Madrid 1952, pág. 137; GARCIA-TREVIJA NO FOS, J.A., Tratado de derecho administrativo, Tomo III, Vol. II, 1970, págs. 964 y 970.

esa esfera, han sido hechas únicamente contra "la disciplina interna por la que se rige dicha relación" (181) y la sanción impuesta no persigue la protección del orden general o social sino el correcto quehacer diario de la Administración. Con ello se resalta la diferenciación cualitativa con el derecho penal y se justifica la inaplicación de un arsenal de principios desarrollados en su seno.

El objetivo de las páginas siguientes tenderá a comprobar si a la luz del derecho positivo vigente pueden mantenerse todavía los principales argumentos que, hasta hace poco, han sostenido esa teoría y si por tanto resulta lícito matizar en base a esos datos la vigencia de los principios que rigen en el resto del ordenamiento punitivo del Estado.

B) La tesis de la diversidad cualitativa entre los ilícitos disciplinarios y penales.

El gran argumento esgrimido por los partidarios de la diferenciación cualitativa, formulado de una u otra forma, es que el derecho penal y el derecho disciplinario buscan fines distintos. Así, "el primero se ordena la defensa de orden jurídico general" mientras que "el segundo mira a la mejor organización del servicio público" (182). Configurado de ese modo, "los deberes que pesan sobre el funcionario vienen impuestos por las normas reguladoras del servicio ... tales normas forman parte del ordenamiento interno de la Administración, (por lo que), la falta disciplinaria quedará

---

(181) E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T.R. FERNÁNDEZ, Curso ... op. cit., pág. 149.

(182) ANTON OMECA, J., Derecho penal. Parte general, I, Madrid 1949, pág. 10.

En el campo de las sanciones administrativas JAMES GOLDSMIDT partiendo de la distinta situación en que es considerado el hombre (como individuo y como miembro de la sociedad) propugna una diferenciación cualitativa desarrollando las ideas de STAMM, V. HUNDOLDT G. MAYER. (MATTES H., Problemas de Derecho Penal Administrativo. I. Historia y derecho comparado. Traducción J.R. RODRÍGUEZ DE VESA págs. 178 y ss.).

.../...

constituida por la infracción de este ordenamiento jurídico" (183). "El ilícito disciplinario es pues de naturaleza "interna"; se da aún cuando no se deba tener una externa perturbación de la autoridad del Estado o de la marcha de la Administración. El ilícito disciplinario no importa una forma atenuada (cuantitativamente menor) sino algo por completo distinto del injusto criminal" (184).

Esa concepción, aceptada hasta hace bien poco como fundamento de la potestad disciplinaria de la Administración hacia sus funcionarios, (185) debe ser revisada a la luz del

(182) .../...

Así, en el derecho penal, el hombre aparece como individuo dotado de una voluntad autónoma y en el derecho administrativo como integrante de la sociedad al servicio del bienestar público, del progreso social. De ese punto de partida distingue entre anti-juridicidad y anti-administratividad, diferenciación que no es un mero capricho sino, muy al contrario, es la justificación última de la distinción derecho penal - derecho administrativo sancionador.

"La anti-juridicidad es materialmente (...) un daño de bienes jurídicos, de portadores individuales de voluntad, un *damnum emergens* y con ello una rebelión contra el orden jurídico. El perjuicio del bienestar público (...) no significa en cambio una rebelión contra el orden jurídico (...) sino siempre sólo la no postulación de una meta (el bien público) o de una actividad para la consecución de esa meta (de la Administración), por consiguiente, un *lucrum cessans* (...). La "... anti-administratividad, que se opone a la anti-juridicidad, es ... la peculiar omisión del apoyo a la Administración del Estado".

Ahora bien, esa distinción dependerá de cada momento histórico. Al respecto ver MATTES, H. Problemas ... op. cit., págs. 88 y 89; SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., págs. 92 y 93; GARDERÍ LLODRIGAT, La aplicación ... op. cit., pág. 63; CERETO MIX, J., Limites entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, en III jornadas de profesores de derecho penal, Universidad de Santiago de Compostela, 1976, págs. 69 - 93, en especial pág. 74.

(183) MONTORO PUERTO, Régimen disciplinario en la ley de funcionarios civiles del Estado, Madrid 1965, pág. 21. Del mismo autor, La infracción administrativa, ... op. cit., pág. 313. En el mismo sentido se pronuncian GARCÍA OVIEDO Y MARTÍNEZ USEROS, Derecho administrativo, Vol. I-III, EISA, 1968, pág. 450.

(184) MAURACH, R., Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción y notas del Derecho español por J. CORDOBA RODA, I, Ed. Ariel, Barcelona 1962, pág. 11. En el mismo sentido MURGEON, La represión administrativa, Paris 1968, pág. 42 quien afirma que el derecho disciplinario expresa "la necesidad de preservar el orden jurídico institucional". Para ello se exige "el respeto de una disciplina que la institución administrativa debe garantizar para el uso de un poder de represión que es inherente, como a toda institución".

(185) Así, la Dirección General de lo Contencioso del Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones afirmando que "la potestad disciplinaria de la administración es una lógica derivación del orden jurídico sectorial que disciplina las relaciones de aquella con sus funcionarios. El ordenamiento disciplinario genera situaciones de deber cuyo cumplimiento se garantiza mediante la instrumentación de

.../...

nuevo orden instaurado a partir de la Constitución de 1978 y, sobre todo, en virtud de la profunda concepción Social del Estado que el propio texto fundamental proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento. Desde ese prisma, no es de recibo considerar el derecho disciplinario de los funcionarios públicos como un "derecho privado", que únicamente interesa a las relaciones internas de la institución administrativa para oponerlo a un derecho público (el penal) que protege los intereses generales de la sociedad. Nadie puede mantener, actualmente, que la comisión de una conducta ilícita por parte de un funcionario no afecte, en modo alguno, a los ciudadanos, a la sociedad.

En efecto, si un individuo de color desea matricularse en la Universidad y cumpliendo los requisitos legales establecidos le es denegado su derecho, siendo objeto de una discriminación por razón de raza de la que es sujeto activo un funcionario ¿está afectando esa situación a la esfera externa de la Administración pública?. Y si un funcionario adopta "acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicios graves ... a los ciudadanos" (186) ¿infringe o no esa actitud el orden jurídico general?. ¿Perturba o no la autoridad del Estado o la buena marcha de la Administración?. Lo mismo podemos preguntarnos si el funcionario público comete una "incorrección con el público

-----

(185) .../...

un sistema de sanciones que trata de salvaguardar la eficacia del mismo ...". (Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1966-73, Diccionario editado por don Víctor MEMOZIA OLIVAN, pág. 223).

Por su parte, GONZALEZ NIETO, Responsabilidad de los miembros y funcionarios de las entidades locales, Revista Española de la Vida Local, núm. 79, págs. 13 y ss. considera al derecho disciplinario como una transgresión del orden jerárquico. Del mismo modo ver ROYO VILLANOVIA, Elementos de derecho administrativo, II Edición, A.I.S., Valladolid 1966, pág. 77.

(186) Artículo 6º del RDFCE (falta muy grave); asimismo, Artículo 7.1 H del RDFCE.

..." (187), una "grave falta de desconsideración con los administrados" (188), una "grave perturbación del servicio público" (189), o una "notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el incumplimiento de las tareas encomendadas" (190).

Ese conjunto de ilícitos disciplinarios, como muchos otros, ponen de relieve la profunda dimensión social que el derecho positivo otorga al régimen disciplinario, situando en un difícil brete a lados aquellos autores que, partiendo de una concepción doméstica de las normas disciplinarias, justifican hoy en día la inaplicación de los grandes principios que rigen el orden penal. La constante referencia a los ciudadanos, administrados o público, ratifican y constatan la verdad del aserto que mantenemos.

Al hilo de lo afirmado anteriormente, los partidarios de la diferenciación cualitativa "califican las infracciones disciplinarias de legales, frente a los delitos que son infracciones jurídicas". Esa distinción, que tiene su origen en Feuerbach (191) considera que las infracciones jurídicas " infringen

---

(187) Falta leve contemplada en el art. 8 C del RDFCE.

(188) Artículo 7.1 del RDFCE.

(189) Artículo 7.1 N del RDFCE.

(190) Falta muy grave del art. 6 F del RDFCE.

(191) Citado por MATTES H., Problemas... op. cit., págs. 145 y ss. quien afirma "Feuerbach ya trató de oponer al injusto criminal un injusto administrativo de diferente naturaleza: para él la existencia del delito consiste en la adhesión de un derecho (subjetivo), mientras que los llamados delitos de policía "se prohíben bajo la amenaza de un pena a causa del peligro para la seguridad y el orden jurídico ...". La consecuencia obvia de dicha tesis es que "la imposición de la pena administrativa pertenece a la actividad administrativa, como reacción al apoyo exigido, pero otorgado, al ciudadano del Estado como órgano auxiliar de la Administración del Estado, por consiguiente no es administración de justicia, sino acto administrativo (...). No infliere daño, como la pena jurídica (...) sino que representa solamente la represión (castigo) de un órgano auxiliar. De ese modo "la pena administrativa surge así de un poder penal peculiar, incluso originario, de la Administración. La organización jurídica no reacciona en absoluto a la antiadministratividad; la justicia no tiene por ello ningún derecho a intervenir (a actuar) en materias penales administrativas". Sobre el tema ver, además, MATTES, H. Problemas... op. cit., págs. 119 y ss; SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit., pág. 93; RODRIGUEZ BOURLLIS, Derecho Penal. Parte General, Madrid 1978 pág. 33.

o violan 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" (192). Así, unas sería "mala quia mala" y las otras "mala quia prohibita" (193).

Esa distinción, hoy en día carece de sentido. Basta analizar los textos positivos de cada ordenamiento (penal y disciplinario) para comprobar que multitud de ilícitos que pueden cometer los funcionarios están incluidos en ambas normativas (184). Así, la realización de ciertos hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico en general,

-----

(192) LUDEN, Handbuch des Strafrechts, I, pág. 223, APUD LABES, P, Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, en "Annalen des Deutschen Reiches", München und Leipzig, 1907, citado por NIETO, A., Problemas ... op. cit., pág. 71.

Asimismo, MATTES, H., Problemas ... op. cit., págs. 146 y ss. Por tanto, esas infracciones de policía pueden llegar a ser incluso loables. "Ni la religión ni la razón y la conciencia hablan por ello una sola palabra sobre tales contravenciones; no están escritas en ninguna parte más que en el papel de las ordenanzas de Policía (MATTES, H., Problemas ... op. cit., pág. 167).

(193) Tal como señala NIETO, A., Problemas ... op. cit., págs. 71-72.

Esa doctrina expuesta en la obras de FEUERBACH P.J.A., von, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, I, Auflage, 1801, y Das Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtvergleichender Grundlage, Berlin, 1902, fue respaldada por BINDING y BITTERMAYER (MATTES, H., Problemas ... op. cit., págs. 166 y ss.) y criticada por H.E. MAYER, (Rechtsnormen und Kulturnormen, "Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50, Breslau, 1902, págs. 115 y ss.). Citado por MATTES, H., Problemas ... op. cit., págs. 167 y ss. Dicho autor parte del concepto de las normas de cultura afirmando: "Sin todo orden jurídico estatal precede un concepto prejurídico de normas de cultura, que sólo por el reconocimiento estatal que se realiza en la legislación penal se convierten en normas jurídicas.

El Estado selecciona de las normas de cultura preexistentes aquellas que quiere reconocer y proteger jurídicamente (...) tales normas de cultura (...) existen antes del Estado, como un absoluto antes de toda sociedad organizada y, con ello, antes que todo ordenamiento jurídico".

Junto a estas normas, habrá después otras que son, en cambio, por naturaleza, normas jurídicas, es decir, normas que se crean única y exclusivamente por el ordenamiento jurídico y que no preexisten a él.

Pues bien, a partir de estas premisas construirá las diferencias entre unas infracciones y otras mientras el delito administrativo se caracteriza porque falta en él toda referencia a una norma de cultura, el delito criminal estará siempre en contradicción, tanto con una norma de cultura, como con una norma jurídica". SUMY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pág. 91.

(194) De ese modo, los arts. 181 y 165 del Código penal recogen un delito casi idéntico al contemplado por el art. 6 B del RDFCE como falta de carácter muy grave. Asimismo, el art. 367 del Código penal en relación con los anteriores artículos 88 de la LFCE y el 4 L del RDFCE, reproducidos, entre otros por el art.

.../...

lo son por sus consecuencias perjudiciales, dañinas y desagradables a la sociedad por cuanto si la Administración Pública funciona mal, los perjudicados son los ciudadanos, los administrados.

A modo de ejemplo, el anterior RDFCE recogía como falta de carácter muy grave "cualquier conducta constitutiva de delito doloso" (195). ¿Qué diferencia existía entre ese ilícito y el contemplado por el Código penal? ¿Dónde está la distinción?

De lo que antecede, que por otra parte no constituye novedad alguna en nuestro <sup>del</sup> positivo, (196) podríamos concluir diciendo que precisamente no existe diferencia entre las infracciones penales y las administrativas. La realización de un hecho y su correspondiente calificación jurídica vincula a la Administración pública sin que quepa un mínimo margen de discrecionalidad en su actuación al menos tal como es entendido en el Derecho Administrativo (197).

Ahora bien, es cierto que podría argumentarse, en base a esos datos, todo lo contrario: la presencia de dos esferas distintas (externa e interna) hace que se pueda sancionar dos veces un mismo hecho, por cuanto cada ordenamiento protege unos

---

(194) .../...

7.1 del RDFCE vigente. Otro ejemplo sería el recogido en los arts. 358 del Código penal que reproduce los términos del art. 6 B del Reglamento disciplinario Estatal.

(195) Asimismo, la citada falta es recogida con carácter muy grave por el art. 27.3 B de la L.O. 2/86 de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y anteriormente por el hoy derogado artículo 80 de la LFCNE.

(196) En efecto, el art. 106.3 B del RFAL recogía como falta disciplinaria "los actos u omisiones coetidos con malicia, constitutivos de delito".

(197) Sobre el tema de la discrecionalidad en la calificación jurídica de la conducta y la determinación de su castigo ver, Título V, Capítulo I. Asimismo ver Título III, Capítulo 2.



intereses diferentes (198). Pero ocurre que aquí estamos intentando demostrar que la distinción entre infracción jurídica e infracción legal, carece de sentido. Otra cosa será, como veremos, que en algunas ocasiones concurre una diferenciación cualitativa en los concretos bienes jurídicos protegidos por uno u otro orden represivo.

En consecuencia, la concepción de la potestad disciplinaria como un derecho de carácter interno, doméstico y que no interesa socialmente es más que discutible. Además de los datos ya apuntados (constantando, en muchas ocasiones, que los mismos hechos antijurídicos son sancionados por una y otra normativa lo que implica la existencia de un interés social por parte del régimen disciplinario) es evidente que las relaciones Administración - funcionarios afectan al resto de la sociedad. Como dijo en un memorable aserto la doctrina "los funcionarios no existen sólo porque trabajan para la Administración sino que existen porque trabajan para los ciudadanos a través de una organización (Administración); la Administración no es fin en sí misma, sino medio hacia otro fin (servicio a los ciudadanos), la protección jurídica de este medio (organización) está efectivamente justificada, más no aisladamente ("domésticamente"), sino en relación al objeto (también protegido jurídicamente) a que está dirigido" (199).

De ahí que la solución al problema dependa de la concepción que cada uno tiene del Estado, de la Administración Pública e

---

(198) Así, de los datos anteriores, Octavio DE TOLEDO, La prevaricación... op. cit., pág. 284, concluye que no existe diferencia cuantitativa y sí cualitativa. "La explicación de la doble imposición de castigo (pena y sanción) por un mismo hecho, parece que debe basarse... en la apreciación cualitativamente distinta que de ese mismo hecho efectúan jurisdicción penal y Administración". Aunque consideramos correcta esa apreciación desde el prisma en que el citado autor está analizando los datos anteriormente señalados, nosotros intentamos demostrar la inexistente diferenciación entre uno y otro ilícito tal, que impliquen una amineación de garantías jurídicas en el derecho disciplinario.

(199) Octavio DE TOLEDO, La prevaricación... op. cit., pág. 284. Expresando una idea similar NIETO, El mito de la Administración prusiana, Sevilla 1962, págs. 259 y ss.; Burocracia y sociedad democrática. jornadas Administrativas del INAP, Madrid 1978, págs. 51 - 89.

incluso del propio derecho. "Si se acentúa la naturaleza pública de las sanciones disciplinarias y se destaca que la disciplina de la Administración es un bien que interesa a toda la sociedad, no se podrá mantener, en absoluto, una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el disciplinario ... . Por el contrario si se destaca la relación específica existente entre el Estado y los funcionarios públicos, podrá decirse que son sustancialmente distintos los ilícitos penal y disciplinario" (200).

Mostrando así las cosas, resulta obvio que los partidarios de la teoría cualitativa encuentran una "diferencia de raíz" entre el derecho disciplinario y el derecho penal: los distintos intereses protegidos (201) y, precisamente, ese es el camino que nos permite conectar ambos ordenamientos jurídicos.

En efecto, si por intereses protegidos, entendemos "bienes jurídicos tutelados" estamos trazando un "puente de unión" (202) entre ambos derechos que puede ser total (haciendo desaparecer las diferencias cualitativas y sus derivaciones) o parcial, en el caso de que los bienes concretos protegidos por uno u otro orden sean distintos (siendo las garantías otorgadas muy parecidas), superando las tesis desarrolladas principalmente en Alemania que consideraban los ilícitos administrativos como infracciones meramente formales (203).

---

(200) CASADO RUIZ, J.R., Comentarios al Código penal, II, por Juan Córchica Rada y otros, Ed. Ariel, Barcelona 1972, pág. 92. En parecidos términos SUAY RINCÓN, Potestad ... op. cit., pág. 1335.

(201) Tal como afirma GONZÁLEZ MARRIGAS, P., Reflexiones sobre el derecho disciplinario: delimitación de la llamada "falta de probidad", en R.A. núm. 150, Noviembre-Diciembre de 1972, págs. 61-90, especialmente págs. 61-62. Por ello, el citado autor es partidario de considerar al derecho disciplinario "como rama jurídica dotada de unos perfiles y una individualidad propia".

(202) Expresión utilizada por OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., págs. 276-277.

(203) Para este sector doctrinal todo ilícito penal, ... está al servicio de un valor sustantivo con el que ha de confrontarse en cada caso, de modo que la conducta que se encuentra configurada como infracción sólo podría ser inculpada si dicho bien jurídico o valor sustantivo ha sufrido, en verdad, algún tipo de lesión. En cambio, los ilícitos administrativos carecen de ese bien jurídico (SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., págs. 85 - 86).

No obstante, en la actualidad, resulta fácilmente constatable que gran parte de la doctrina mantiene la concepción de la infracción disciplinaria como una acción que no atenta contra bienes jurídicos sino, cosa muy distinta, contra los deberes del servicio funcional (204). De ese modo, se define la falta administrativa como "cualquier incumplimiento por parte de los funcionarios de los deberes que les afectan" (205). Haciendo un análisis de los mismos comprobaremos que la falta disciplinaria "va a suponer algo más que el mero incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario "debiendo atacar algún bien jurídico protegido" (205).

---

(204) .../...

Entre los autores que han defendido esa postura destacaríamos además de los ya citados:

En Italia a CANNARA - BARTOLI, E. Ilícito administrativo, *Enciclopedia del diritto* II Varese 1970 págs. 118 y ss. En Alemania GOLDSMIDT, FEUERBACH, EB SCHMIDT. Este último "va a localizar el contenido material del injusto de los delitos judiciales en el daño concreto y mensurable inferido a un bien jurídico. En cambio, el delito administrativo no rebasa el ámbito de los intereses administrativos y no produce daño concreto alguno. La "pena de orden" no es en absoluto una pena: le falta referencia a la idea de expiación. Es una mera reacción de la autoridad a una desobediencia administrativa de un órgano auxiliar que carece de toda plátos moral. Hasta tan lejos lleva sus ideas que rechaza, incluso, el nombre de "pena de orden" para evitar toda resonancia a la idea de pena". (SCHMIDT, E.B. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, "Iuristenzeitung", 1951, págs. 101 y ss). Citado por SUAY RINCON ... op. cit., pág. 95 quien a su vez lo ha extralado de M. MATTES, *Problemas ... op. cit.*, pág. 220 y ss.

En nuestro país siguen esos postulados GARCIA OVIERO, C., *Las contravenciones de policía RGLJ*, 149 (1976) págs. 631 y ss. Citado por SUAY RINCON, *Sanciones ... op. cit.*, págs. 64 - 65.

(205) GLASER, *Handbuch des Strafprozessrechts*, 7 ed. pág. 279; VON LIST, *Ordnungs und Disziplinarstrafen*, Holzendorff's Rechtslexikon, II, págs. 966 y ss.; JOHN, en *Kommentar zur Strafprozessordnung für das Deutsche Reich*, págs. 79 y ss.; OPPEINHEIM, *Die Rechtsbeugungsverbrechen*, págs. 18 y ss. En Apud LADES, P. *Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten*, en *Annalen des Deutschen Reiches*, München und Leipzig 1899, págs. 241-242. Citado por NIETO, *Problemas ... op. cit.*, pág. 72.

Esa concepción, que ha sido defendida en el ámbito de las sanciones administrativas sobre todo por la doctrina alemana, hoy en día es insostenible. Toda infracción administrativa "se establece para proteger un bien jurídico de un peligro futuro o de una eventual amenaza" SUAY RINCON, *Sanciones ... op. cit.*, págs. 64, 85 y ss.

Del mismo modo, el TC en Sentencia en 8 de Junio de 1901 ya afirmó que "un mismo bien jurídico pueda ser protegido por técnicas administrativas o penales" con lo que se le estaba otorgando una identidad cualitativa a ambas órdenes.

(206) Tal como afirma Agustín PEREZ BARRIO, *La nueva configuración ... op. cit.*, pág. 214.

Así, la mejor doctrina administrativista nos señala entre los deberes a respetar y cumplir por los funcionarios, "el deber de decoro" (207) "de actuar con honestidad y desinteresadamente, con dignidad y honorabilidad" (208) cuya inobservancia no acarrea responsabilidad disciplinaria alguna (209). En consecuencia, el mero incumplimiento de un deber no conlleva la puesta en marcha del mecanismo disciplinario sino que hará falta, además, el ataque a un bien jurídico protegido, circunstancia que nos indica la estrecha relación existente entre el derecho penal y el derecho disciplinario que reduce e incluso, en ocasiones, hace desaparecer las pretendidas diferencias cualitativas y deja sin cobertura teórica ni justificación doctrinal el abandono del arsenal de garantías aplicables por la jurisdicción penal (210).

Si la referencia a valores morales o éticos sucede cada vez menor en nuestra legislación disciplinaria (211) y siguen constituyendo deberes que el funcionario ha de respetar y cumplir ¿cómo podemos afirmar que cualquier infracción de esos deberes constituye falta disciplinaria?. Evidentemente la referencia al bien jurídico protegido se hace imprescindible.

---

(207) Rafael EXTREMA CUESTA, Curso ... op. cit., pág. 372. Su transgresión estaba calificada como falta grave por el art. 7 h del RDFCE 2008/69 de 16 de Agosto.

(208) PABLO VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo ... op. cit., pág. 335. Al respecto ver Título II, Capítulo 2 de este trabajo.

(209) Es evidente que la nueva regulación positiva contiene como una de las características más importantes la supresión de este tipo de faltas (por ejemplo la falta de probidad moral o material).

(210) Y por el derecho administrativo sancionador en las relaciones de sujeción general. Ahora bien puede suceder que exista una diferenciación cualitativa en los concretos bienes jurídicos protegidos por uno y otro orden jurídico.

(211) Por ejemplo la referencia a "actos deshonrosos" (art. 94 de la LFCEI, "ética y dignidad profesional" (art. 5 I de la LCP de 1974), etc.

Por tanto, y al igual que ocurre en el derecho penal, solo los intereses que por su importancia merezcan la protección del derecho podrán constituir infracción administrativa (212). El resto quedarán sin castigo jurídico y únicamente merecerán, en su caso un reproche moral, pero nada más.

Dicha concepción, además de constituir un límite al "ius puniendi" del Estado, (213) impide sancionar al funcionario público que infringiendo la letra de la ley no ataque a un bien jurídico (214), imposibilita la protección (y consiguiente sanción) de intereses meramente morales (215) y difumina las tradicionales diferencias entre derecho disciplinario y derecho penal, obligando a aplicar con las oportunas adaptaciones que permitan la eficacia de la actuación administrativa, el conjunto de principios desarrollados en el seno de este último. (216).

---

(212) Ese es el concepto de bien jurídico que, en el ámbito penal, sostiene SANTIAGO MIR PUIG, Derecho penal. Parte general. PPU, Barcelona 1985, pág. 75. En el mismo sentido, TERRABILLAS, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, En revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, n.º. 63, págs. 123 y ss.; BUSTOS, Essays críticas de un nuevo derecho penal, 1982, págs. 65 y ss.; GOMEZ BENITEZ Sobre la teoría del bien jurídico, Revista de la Universidad Complutense de Madrid, n.º. 69, págs. 85 y ss.

(213) La necesidad de que "la protección penal sólo pueda extenderse a los bienes jurídicos" constituye uno de los límites del poder punitivo. (Santiago Mir Puig, Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y estado. Ed. Bosch, Barcelona 1974, pág. 140); ahora bien, "que el derecho penal sólo deba proteger "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal" (Santiago MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, Ed. PPU, Barcelona 1985, pág. 75).

(214) Tal como afirma Octavio DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 293. El citado autor sigue diciendo que "si el deber del cargo fuera bien jurídico protegido, la acción del funcionario público que resuelve objetivamente de una forma justa pero subjetivamente quiere y cree haber resuelto injustamente sería antijurídica (con la misma antijuridicidad que si hubiera dictado una resolución objetivamente injusta), puesto que en dicha acción hay, evidentemente, una lesión del deber del cargo". Asimismo, se evitaría por ejemplo que se castigase el mero "incumplimiento de la norma sobre incompatibilidades" por el simple hecho de no haber rellenado el impreso sobre solicitud de incompatibilidad.

(215) Santiago MIR PUIG, Derecho penal... Op. cit., pág. 75.

(216) Debiendo abandonar la concepción del derecho disciplinario como un derecho represivo de contenido ético y carácter moral, idea esta última defendida, entre otros, por MEYER, Les principes généraux du droit disciplinaire, Paris 1903, pág. 12.

En definitiva, resulta claro que si delito es "la acción penada por la ley" y falta disciplinaria es "la acción sancionada por la ley y por los reglamentos disciplinarios" podemos concluir que la comisión de esos supuestos son los que el legislador ha querido castigar porque precisamente ponen en peligro intereses jurídicos (217).

Este dato, que también ha sido discutido por la doctrina penalista respecto de algunos "delitos de funcionarios" (218) constituye un punto de encuentro básico entre las dos órdenes represivas. A partir de esas afirmaciones el problema se centrará en concretar los bienes jurídicos o intereses sociales protegidos por una y otra normativa. Al respecto, es evidente que pueden existir diferencias que sin embargo, no servirán para justificar la inaplicación de los principios fundamentales desarrollados en el seno del derecho penal.

Así, tal y como ha estudiado con profundidad OCTAVIO DE TOLEDO el bien jurídico protegido por la falta disciplinaria es la "organización administrativa" cuyo mantenimiento y eficaz funcionamiento interesa a la Administración como institución y a los ciudadanos, a la sociedad. Por contra, la determinación del bien jurídico protegido por "los delitos de funcionarios" viene dado únicamente por la relación funcionarios - ciudadanos y queda por tanto englobado en el anterior, forrando parte de él (219).

---

(217) Contra esa concepción, en el ámbito penal, RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal ... op. cit., págs. 271-272.

(218) Pues ciertos autores considerarían que no todos ellos están en conexión con un bien jurídico protegido. Al respecto ver, OCTAVIO de TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 294 quien cita a RODRIGUEZ DEVESA y CASABO.

(219) OCTAVIO de TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 295.

En nuestra opinión, esa circunstancia serviría para explicar porque, por ejemplo, en el derecho penal se permite incluso la acción popular para la persecución de los delitos y en el derecho disciplinario ni siquiera el ciudadano ofendido puede ser parte en el procedimiento administrativo y posterior proceso judicial.

Ahora bien, otras diferencias que se observan entre ambos órdenes son más bien fruto de circunstancias meramente formales que de profundas divergencias ontológicas.

Así, la mayor intervención del reglamento en el ámbito disciplinario vendría dada por la atribución de esa potestad a la Administración (220); la distinta estructura de las normas serían fruto de la técnica utilizada históricamente por cada orden (221) el cumplimiento más rápido de las sanciones disciplinarias vendría dado por el diferente sistema de recursos y por la inevitable incidencia del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos (222), el conjunto de trámites y actuaciones que conducirían a la imposición del castigo, también vendría dado por el órgano que ejerce la competencia, etc. (223).

Todas esas divergencias únicamente responden, (y deben responder) a necesidades de funcionamiento impuestas o por el derecho administrativo si es la Administración la que actúa, o

---

(220) Ver título III, Capítulo II.

(221) Nos referimos a la división tripartita de las faltas disciplinarias en muy graves, graves y leves y su cohesión con el abanico de sanciones. Circunstancia planteada de distinta forma en el CP. Ver Título III, Capítulo III, I.

(222) Ver, título II.

(223) Del mismo modo, nos podemos preguntar por qué existen delitos disciplinarios que no han sido acogidos por el derecho penal. La respuesta no debemos encontrarla en la naturaleza doméstica del derecho disciplinario sino al contrario en el carácter subsidiario del derecho penal. En este sentido se manifiesta Octavio DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 295.

por el derecho penal si son los jueces. En modo alguno justifican una distinta naturaleza jurídica aunque como decimos puede existir una cierta distancia cualitativa según los distintos intereses jurídicos protegidos.

C) La diferenciación cualitativa entre pena y sanción (224).

Tradicionalmente y siguiendo la línea ya apuntada, se ha argumentado y sostenido que las sanciones disciplinarias y las penas buscaban finalidades distintas, objetivos diferentes (225). Unas, las primeras, persiguen obligar a los funcionarios al cumplimiento de sus deberes oficiales (226). En este sentido, "tratan de obtener el mejoramiento del servicio por medio del mismo castigado pero si ello es imposible sólo 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, ferrunt sanat (227)".

Por contra, las segundas, no pretenden en absoluto mejorar el servicio público sino que tienen como objeto "esencialmente el castigo personal del funcionario delincuente, en nombre de la idea de justicia, siendo secundaria la idea de ejemplaridad" (228).

---

(224) Para la redacción de este apartado evitaremos reproducir las doctrinas anteriormente espuestas que sin duda alguna deben ser incluidas también aquí.

(225) PARADA VAZQUEZ, J.R., El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal, en RAP n.º 67, Enero-Abril de 1972, págs. 41-93, sostiene, al hilo de lo anterior, que "el carácter de las sanciones disciplinarias es abstractamente distinto del de las penas".

(226) LABES, Op. cit., pág. 455. Citado por NIETO en Problemas capitales ... Op. cit., pág. 76.

(227) OTTO MAYER, Tratado ... op. cit., pág. 76.

Anteriormente el citado autor afirma que el origen de ese poder disciplinario tiene su fuente en la necesaria "fidelidad y devoción especiales" que implica la relación de servicio del derecho público.

(228) SALLAZES, Tratado de derecho administrativo, I, Montevideo 1953, pág. 325. Como señala NIETO, Op. cit., .../...



En definitiva, y como resumen de estas supuestas diferencias cualitativas entre penas y sanciones disciplinarias, el Tribunal Constitucional Alemán consagró la siguiente doctrina: "Considerando los fines respectivos, el derecho penal es, aparte de la prevención general y especial, la retribución; la pena corresponde al valor jurídico lesionado por el delincuente y a la culpabilidad mientras que la sanción disciplinaria es, según su carácter fundamental, medida de corrección y educación que pretende mantener un orden interno de la Administración; la pena criminal afecta al ciudadano en su esfera ordinaria (libertad y patrimonio), la sanción disciplinaria en su ámbito de derechos y deberes especiales" (229).

Los argumentos apuntados, no parecen convincentes ni desde el plano teórico ni desde la comprobación y contraste con la realidad del orden jurídico vigente, que no establece diferencia alguna entre pena y sanción.

En efecto, las sanciones disciplinarias, como las penas, poseen una función retributiva en el sentido de que el mal producido no puede quedar impune y el culpable debe encontrar en él su merecido (230).

-----

(228) .../...

pág. 77, esa postura "ha sido criticada en base a que el derecho disciplinario, al contener un sistema de graduación de las sanciones, posee cierto carácter espialtorio".

Por otro lado, CEREZO MIR, J., Curso de derecho penal español, Parte General, I, Ed. Tecnos, Madrid 1976, págs. 46 y ss., sostiene igualmente una diferencia cualitativa entre penas y sanciones teniendo en cuenta los fines distintos que persigue.

(229) STS Aleán de 2 de Mayo de 1967 citada por OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 265, nota 984.

(230) Así, el descuento de haberes por falta de puntualidad (art. 8 A y 7.1 L del RD 33/86) cumple esa función.

La función retributiva ha sido desarrollada en el ámbito penal por HEGEL y por MAURACH, Tratado de derecho penal, I, págs. 63 y ss. Del mismo modo ver Santiago MIR PUIG, Derecho penal, parte general, ... op. cit., págs. 37 y ss.

Así mismo, las sanciones disciplinarias poseen una finalidad preventiva, tanto general (confirmar la seriedad de la amenaza legal frente a todos los funcionarios) (231) como especial (evitar que el funcionario que ha infringido las normas disciplinarias lo vuelva a realizar) (232).

Consecuencia de todo lo apuntado es que "debe considerarse superada la tesis de aquellos penalistas para quienes la pena supone retribución y la sanción disciplinaria corrección" (233). Nosotros creemos que tanto la pena como la sanción cumplen fines similares, objetivos parecidos que son múltiples y variados. En este sentido, "la pena - frente a lo que aseguran la mayor parte de las escuelas- no cumplen 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 esos objetivos" (234)

---

(231) Sería la aplicación, en el ámbito disciplinario, de la doctrina de la "coacción psíquica" desarrollada por FEUERBACH. Por esta teoría, la pena (y la sanción) tienen sentido para afirmar la seriedad de la amenaza legal.

(232) Esta función la llevaría a cabo por medio de la intimidación (para el funcionario que transgreda ocasionalmente las normas disciplinarias), la corrección (frente al funcionario que infrinja las normas con cierta reiteración pero de todo corregible) y la inculcación (que se ejercería por la imposición de la separación del servicio al funcionario considerado incorregible). Esta teoría ha sido desarrollada en el ámbito penal por VON LIST, La idea de fin en el derecho penal, 1883, págs. 1 y ss. Citado por SANTIAGO AÍR, Op. cit., pág. 43.

(233) CASADO RUIZ, J.R., Comentarios al código penal, II, por J. CORDOBA ROSA y otros, Barcelona, Ed. Ariel, 1972, pág.93. Sin embargo, este autor encuentra diferencias entre los fines de los respectivos ilícitos.

(234) Tal como afirma NIETO, Poblernas..., Op. cit., pág. 80, el citado autor señala además que "frente a lo que pudiera creerse, el afinamiento de las técnicas jurídico-disciplinarias no son una medida de agresión al funcionario incumplidor, sino más todavía y fundamentalmente, una medida de protección al funcionario cumplidor" (pág. 42).

En el mismo sentido, se pronuncia OCTAVIO DE TOLEDO, op. cit., pág.279, nota 1045.

Por lo demás, el Código penal no distingue entre penas y sanciones administrativas. Ambas consistirían en la privación de bienes jurídicos que son valoradas como un mal desde el punto de vista del que las sufre (235). De ese modo, el art. 26 núm. 3 del Código Penal, señala que "no se reputarán penas las multas y demás correcciones que en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados", con lo que si se partiera de una diferencia de naturaleza entre penas criminales y sanciones administrativas se hubiera dicho claramente "no son penas" (236). Así, para apreciar esa identidad "basta comparar ... las suspensiones en el ejercicio de actividades profesionales previstas por las leyes administrativas (... Reglamento disciplinario) y la suspensión de profesión u oficio que contempla el art. 27 del Código penal ... (237) .

Por último, y para los que sostengan que el derecho disciplinario es únicamente un derecho represivo deberíamos proponer la siguiente cuestión ¿cómo se justifica entonces la extinción de la responsabilidad disciplinaria por obra de la prescripción del ilícito o de la pena? (238).

---

(235) Tal como señala José Antonio SAINZ CANTERO, Lecciones de derecho penal, I, Ed. Bosch, Barcelona 1982, pág. 54.

(236) En este sentido, ver G. RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho penal. Parte general, Op. cit., pág. 28 y J. R. CASADO, Coentarios al ... op. cit., II, pág. 70.

(237) Tal como afirma José Antonio SAINZ CANTERO, Op. cit., pág. 54. Para un análisis del tema ver Alfonso ARROYO DE LAS HERAS - Javier MUÑOZ CUESTA, Manual de derecho penal. Introducción, Ley penal la pena, Ed. Aranzadi 1986, págs. 215-229.

(238) En derecho penal la misma cuestión se la plantea Santiago RIR PUIG, Op. cit, pág. 56.

## 2.- La tesis de la diferenciación cuantitativa.

Esta construcción doctrinal pone el acento en la gravedad de las acciones punibles y sus correspondientes castigos. Al respecto, el delito y la falta disciplinaria poseen una naturaleza jurídica idéntica (son cualitativamente iguales) pero expresan diferentes grados de importancia pues mientras la jurisdicción penal conoce las infracciones más graves, el derecho disciplinario administrativo examina los hechos cuantitativamente menores (239).

Paralelamente y de acuerdo con los principios de subsidiariedad del Derecho penal y proporcional de la sanción,

---

(239) Partidarios de esa tesis son, entre otros, CEREZO NIRA, J., Curso de Derecho Penal Español, 3 ed. Madrid 1968, pág. 30 que en apoyo de sus argumentos afirma: El Derecho disciplinario tiende, como todas las ramas del Derecho en el aspecto sancionador, a imitar al Derecho penal. Así, en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado se adoptaron los siguientes acuerdos: a) El Derecho penal y el Derecho disciplinario son de naturaleza idéntica. Son dos variedades del Derecho social de castigar que se ejercen en medios diferentes. Esta dualidad de funciones explica y justifica su existencia paralela. b) Su común naturaleza se traduce más y más, bajo reserva de las adaptaciones necesarias, en una concepción concordante del delito y de la pena. El procedimiento disciplinario tiende a modelar sus principios sobre los de la instrucción común. Tal aproximación del Derecho disciplinario y del Derecho penal debe proseguirse. Importa particularmente que se instituyan serias garantías en beneficio de las personas sujetas al Derecho disciplinario, especialmente en el campo procesal. c) Toda vez que una asimilación integral de todos los detalles de organización técnica entre estas dos ramas del Derecho respectivo no parece ni posible ni deseable, debe continuar confiado el conocimiento de los asuntos disciplinarios a una autoridad distinta de las jurisdicciones penales y hay que observar, en tesis general, que esta autoridad corresponde al Cuerpo interesado. d) Una codificación disciplinaria no parece imponerse, etc. etc.

CASADO RUIZ, J.R. Comentarios al Código Penal, por J. CORDOBA ROSA y otros, II, Ed. Ariel, Barcelona 1972, pág. 90, quien sostiene, por su parte, que "el derecho disciplinario es una clase especial del penal caracterizado única y exclusivamente por su menor gravedad". Para justificar su postura cuenta con el apoyo de la evolución histórica de la legislación positiva, pues incluso los autores partidarios de la diferencia entre el derecho penal y el derecho disciplinario "reconocen que este último tuvo su origen en el primero del que posteriormente se desligó" (pág. 91).

Rechazando igualmente la teoría cualitativa y próximos al cuantitativismo están BARBERO SANTOS, HEINI MATTES -In memoriam- en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVIII, fascículo I, Enero-Abril de 1974, págs. 5-23, especialmente 5 y siguientes quienes señalan la ausencia de diferencias ontológicas entre derecho penal criminal y derecho penal administrativo. En este sentido no creen que exista ninguna diferencia "estructural", "natural" o material entre ambas especies de ilícitos.

si la finalidad perseguida por el castigo penal puede ser conseguida gracias a la sanción disciplinaria, se impone la utilización de esta última (240).

El origen de esa pretendida distinción anida sus raíces en la necesidad de "evitar la hipertrofia del sistema y de los tribunales penales" (241) evitando que los mismos "se ocupen de bagatelas" (242).

Actualmente, la finalidad perseguida por esta parte de la doctrina es evitar las consecuencias del "bis in idem" (243) pues si uno y otro derecho participan de una identidad sustancial carece de sentido la duplicidad de sanciones aunque sí podría justificarse una cierta disminución de garantías en el régimen disciplinario en razón de su menor trascendencia.

Dicha tesis encuentra un punto de apoyo en el artículo 603.1 del CP que impide a las autoridades administrativas dictar "penas mayores que las señaladas en este Libro ..." previsión que sin embargo ha sido sistemáticamente incumplida al amparo de su último inciso ("... a no ser que se determinase

---

(240) CEREZO MIR, J., Curso ... op. cit., pág. 46; GARDERÍ LLOREGAT, La aplicación ... op. cit., pág. 67.

(241) Tal como señala QUINTERO OLIVARES, G., Represión penal y Estado de Derecho, Ed. Dírosa, Barcelona 1976, pág. 70, quien sigue diciendo: "para actuar así, es preciso contar con una serie de garantías que impidan que la solución se transforme en modo de burlar las exigencias del Estado de Derecho y se reduzca a un instrumento de casado uso por el poder.

Esas garantías ya las he mencionado antes y se solicitan por la generalidad de la doctrina penal: control judicial de los actos de la Administración, insubsistencia en materia de sanciones administrativas de los principios que condicionan la aplicación de las penas (proceso previo, retroactividad en los mismos casos en que ésta existe para los delitos y culpabilidad). Naturalmente todo ello bajo la condición de que la más grave de las sanciones administrativas sea menor que la más leve de las imponibles a los delitos".

Sobre el sistema en general, ver GARRIDO FALLA, Tratado ... op. cit., pág. 137 y ss; J. TORRÓS MAS, Régimen jurídico ... op. cit., págs. 379 y ss.

(242) RODRIGUEZ DE VESA, Derecho ... op. cit., pág. 33.

(243) OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 286.

otra cosa por leyes especiales") (244).

En el concreto ámbito del derecho disciplinario ocurre algo parecido. El examen de las provisiones normativas no arroja que las conductas más graves se encuentran tipificadas en el código penal ni que las posibles penas a imponer sean más perjudiciales que las sanciones disciplinarias. Antes al contrario, en muchas ocasiones ocurre a la inversa.

Así, la actuación de un funcionario público "que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, o cualquier otra

-----

(244) Esa circunstancia ha sido puesta de relieve por casi toda la doctrina, incluso aquella partidaria de la diferenciación cuantitativa. Al respecto ver, CEREZO MIR, J., Limites entre Derecho Penal y Derecho Administrativo ... op. cit., pág. 85; GARCIA DE ENTERRIA - I.R. FERNANDEZ, Curso ... op. cit., pág. 177 - 178; J. TORRES MAS, Regimen jurídico ... op. cit., pág. 382; BARBERI LLOMBARDI, La aplicación ... op. cit., pág. 68.

Al respecto, SUAY RINCÓN, Sanciones ... op. cit., pág. 27 y 28 afirma:

La gravedad del mal que a un particular se le puede ocasionar como consecuencia de una sanción administrativa puede, incluso, llegar a superar al que se produce a causa de una sanción típicamente penal como es la multa pecuniaria (artículo 27 CP).

Como específica, a continuación, el artículo 28 del mismo Código, "la multa, cuando se imponiere como pena principal única, y la privación del permiso de conducir se reputarán 1. Graves, cuando la multa fuere de 30.000 o más, y la privación del permiso fuera por tiempo superior a tres meses. 2. Leves, cuando la multa no llegara a la suma señalada en el párrafo anterior, y la privación del permiso de conducción no se superior a tres meses". A ello añade el artículo 74, también del Código Penal, que "la multa en la cuantía de 30.000 a 300.000 ptas. se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores", escalas que son las únicas existentes.

El importe a que pueden ascender las multas administrativas puede llegar a ser mucho mayor. Los ejemplos son innumerables. El artículo 36 de la Ley vigente (Ley 14/1984, de 25 de Abril) en materia de sanidad permite sancionar las infracciones muy graves hasta con 100 millones, y, a continuación, se añade: "pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción". Una cláusula exactamente igual se contiene en la legislación vigente en materia de consumo (artículo 36 de la Ley 26/1984, de 19 de Julio)".

Por otro lado, el TEDH en el ass OZTURS ya comentado (ver título II, capítulo I), rechaza implícitamente la diferenciación cuantitativa pues "no hay ningún motivo (a priori) para suponer que la infracción penal, a tenor de la CEDH, implique necesariamente determinada gravedad".

condición o circunstancia personal o social", en el ámbito disciplinario constituye una falta muy grave (245) que puede ser sancionada con la separación del servicio a perpetuidad (246).

Por contra, en el ámbito penal, la misma conducta discriminatoria (247) (y no una más grave) puede ser penada, como máximo, con una multa de 300.000 Ptas, arresto mayor y suspensión por el tiempo de la condena (248).

Del mismo modo, "la publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por ley o clasificados como tales" es recogida por la legislación disciplinaria como una falta de carácter muy grave (249) que puede acarrear igualmente la separación del servicio a perpetuidad.

En el derecho penal esa misma actuación, si no resultare grave daño para la causa pública o para terceros, es merecedora de una pena de suspensión de un mes y un día a seis años y multa que oscila entre las 30.000 y las 60.000 pts. (250).

---

(245) Art. 31.1 de la Ley 30/84, de 2 de Agosto y art. 6 B del RDFCE 33/86.

(246) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91.2 de la LFCE de 1964 y art. 15 del Reglamento 33/86.

(247) Artículos 165 y 181 del Código penal.

(248) Artículo 185 del Código penal. La duración del arresto mayor es de acuerdo con el art. 30 del Código penal de un mes y un día a seis meses.

(249) Artículo 31.1 E de la Ley 30/84, de 2 de Agosto y Artículo 6 C del RDFCE.

(250) Artículo 367 del Código penal, en relación con el art. 30 del mismo texto.

Por último, y para no ser reiterativos, la conducta de abandono del servicio, considerada como falta muy grave en la normativa disciplinaria, puede ser sancionada con la separación del servicio (251). En el ámbito penal, si esa misma actitud no provoca daño a la causa pública es únicamente motivo de suspensión en el ejercicio de la función pública (252).

Parecidas conclusiones podemos extraer de los ilícitos contemplados por uno y otro ordenamiento. A título de ejemplo, el art. 6 D del RDFCE señala como falta de carácter muy grave "la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos". En parecidos términos se pronuncia el art. 358 del Código penal que formula el delito de prevaricación del siguiente modo: "el funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo incurrirá. ...Con la misma pena será castigado el funcionario que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusables, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo".

Tal como señala OCTAVIO DE TOLEDO, "partiendo de la total identidad substancial de uno y otro ilícito, sólo se puede afirmar una diferencia cuantitativa pero no en el sentido de reservarse el ilícito penal para las más graves conductas y el administrativo para las de menor gravedad, sino al revés lo que contradice a la doctrina dominante" (253).

-----

(251) Artículo 31.1 C de la Ley 30/84, de 2 de Agosto y 6 C del RDFCE.

(252) Artículo 376 del Código penal.

(253) Para un razonamiento de esas afirmaciones ver OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación* ... op. cit., págs. 292 y 293 quien añade: "la única posibilidad de mantener esta (es decir la mayor gravedad del ilícito penal) es sostener "que mientras el artículo 358 del Código penal se refiere a los más graves acuerdos, el 88 B segundo inciso de la LFCAE lo hace a los de menor gravedad; más, la articulación real de una tal opinión resulta difícil dado el gran número de variables que habría que introducir (mayor gravedad: ¿por los sujetos activos?, ¿por la materia?, ¿por los destinatarios (calidad y .../...



En segundo lugar, otro argumento que sirve de base para rechazar las diferencias cuantitativas entre uno y otro ordenamiento jurídico es la afirmación que nos proporciona el art. 40 del RDFCE. En efecto, la citada disposición sostiene que "el régimen disciplinario establecido en este reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determine la ley" (254).

La posible acumulación de delitos, faltas, penas y sanciones nos pone de manifiesto precisamente que "para el legislador y la ley existen dos órdenes cualitativamente distintos de ilicitudes", lo que implica que puedan acumularse (255).

Porque, al hilo de lo anterior y en tercer lugar podemos preguntarnos ¿qué cuantitativa diferencia existe entre la comisión de un delito doloso realizado por un funcionario y la falta disciplinaria de comisión de conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la administración o a los administrados (art. 7.1 B del RDFCE)?.

Evidentemente, esa nueva circunstancia nos ratifica que para el legislador no existen diferencias cuantitativas entre ambos ordenamientos.

-----

(253) .../...

número?, ¿por el acento?, ¿por el lugar?, ¿por todo ello?, y, si este último, ¿en qué orden?, pues de este puede depender la obtención de una u otra conclusión; por otra parte ¿quién decide la mayor o menor gravedad?, ¿el juez?, ¿la Administración?, ¿los sujetos afectados? etc...".

(254) Del mismo modo se pronuncia el art. 88 A de la LFCAE de 1964.

(255) Tal como afirma OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 290.

Un cuarto dato que nos demuestra de forma clara, palpable y contundente la inexistencia de diferencias cuantitativas entre penas y sanciones surge de la comparación en abstracto entre unas y otras. Así, los reglamentos disciplinarios, como es sabido, recogen la sanción de separación del servicio, castigo de carácter perpetuo e irreparable. La misma es de uso frecuente en los casos que la calificación de las conductas ilícitas merece la determinación de falta muy grave.

Por contra, en el ámbito penal, resulta al menos discutible que pueda ser impuesta una pena de duración ilimitada, perpetua, por cuanto el propósito del código era la supresión de las mismas.

De este modo, tanto la inhabilitación especial (256) como la inhabilitación absoluta (257) (posibles penas a imponer al funcionario público que transgreda el ordenamiento jurídico penal) son de carácter temporal limitado a la duración de la condena (258) aunque en honor a la realidad, una parte de la

---

(256) Artículo 36.1 del Código penal señala "la inhabilitación especial para cargo público producirá los efectos siguientes:

1- la privación del cargo o empleo sobre que recayere y de los honores anejos a él".

(257) Artículo 35.1 del Código penal "la pena de inhabilitación absoluta producirá los efectos siguientes:

1- la privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren electivos.

(258) Favorable a la temporalidad de las mencionadas penas se pronuncia MARIANARES SAMANIEGO, José Luis, Las inhabilitaciones y suspensión en el derecho positivo español, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo XVIII, fascículo 2, Mayo-Agosto de 1975, págs. 175-228, especialmente págs. 177-178. El argumento para justificar su postura es el de la aplicación del artículo 30 del Código penal que limita la pena entre seis años y un día y doce años. Además -dice- el mencionado art. 35 utiliza el vocablo "privación" y no el de "anulación". Por último, el art. 35 del actual Código penal proviene del art. 33 del Código de 1870 que no establecía la perpetuidad por cuanto la palabra "igualante" (para limitar la pena) utilizada en el párrafo tercero se refiere no sólo al segundo sino también al primero. Del mismo modo, OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación... op. cit., págs. 445 y ss., se decanta por la temporalidad debido a razones históricas, ya que el actual código proviene de 1932 cuyo texto fue sólo "ligeramente modificado" según mandato expreso de la ley 19 del 7 del 44, en base al art. 30. Además recuerda la necesidad de rehabilitación del penado.

doctrina se pronuncia igualmente por su perpetuidad (259).

#### V. LA NECESARIA VINCULACION RESERVA DE LEY - LIMITACION DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL FUNCIONARIO.

Si hasta ahora hemos constatado la inexistencia de sustanciales diferencias cualitativas y cuantitativas entre derecho penal y derecho disciplinario que justifiquen la inaplicación de los principios del ordenamiento punitivo del Estado, seguidamente intentaremos demostrar cómo la única norma jurídica que la Constitución de 1978 ha previsto para regular - y por ende, limitar - el ejercicio de los derechos fundamentales es la Ley (260), quedando vedada para esos menesteres la intromisión del reglamento o de simples prácticas administrativas amparadas en la especial relación de sujeción que une al funcionario con la Administración pública. En efecto, si partimos de la base de que nuestro Estado de Derecho está construido sobre el dato de que el segundo poder se encuentra rigurosamente atrapado entre el primero (arts. 53.1 y 103.1 CE) y el tercero (arts. 24 y 106.1 CE) (261)

---

(259) En favor de la perpetuidad de las mencionadas penas se pronuncia FERRER SAMA, A., Comentarios al Código penal, Tomo II, Murcia 1947, págs. 210 y 212 que justifica su postura en base a que los mencionados párrafos no hablan, como hacen los siguientes del "tiempo de condena". Del mismo modo, CORDOBA ROSA, J., Comentarios al Código penal, Tomo II, Barcelona 1972, págs. 168 y 169 se inclina por la perpetuidad ya que el significado que corresponde a los términos legales del artículo del art. 35 y una interpretación sistemática de los arts. 37 B ("las penas de inhabilitación principal accesoria y de inhabilitación especial para cargo público son causa de la pérdida de condición del funcionario"), 50.4 (estas dos penas si fueran de carácter perpetuo determinarían la baja del funcionario público en el servicio) ambos de la LFCE así lo indican y además, los mencionados datos ratificados por los arts. 66 y 71 del RFM, apuntan hacia la perpetuidad de las penas señaladas. Para un análisis de todo el problema ver la obra de OCTAVIO DE TOLEDO, La sancionación, op. cit., págs. 445 a 454.

(260) Ley formal, aprobada por el Parlamento (art. 53.1 CE). Ahora bien, si mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria se limita alguno de los derechos recogidos en los arts. 14-29 y 30.2 de instrumento adecuado para llevar a cabo esa tarea es en principio la ley orgánica (arts. 81.1, 86.1, 87, 53.2 CE).

(261) Antonio JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Notas en torno a las Relaciones de sujeción especial: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal supremo. En la Ley, núm. 1968, de 13 de Mayo de 1988, pág. 1.

presidiendo todo el sistema la preeminencia omnimoda de los derechos fundamentales, comprobaremos que, en esa materia, el instituto de las relaciones especiales de poder no proporciona argumentos válidos para saltarse a la torera los principios de reserva de Ley (262), respecto del contenido esencial del derecho y necesario control judicial, pilares del sistema constitucional vigente.

En esa línea, resulta evidente que nuestra Ley Suprema aporta algunos datos que permiten afirmar - como ya dijimos - el mantenimiento del dogma de las especiales relaciones de sujeción, limitando, por ejemplo, el derecho de sindicación de los funcionarios públicos o estableciendo trabas ocasionales para el acceso al cargo (263) lo que, a sensu contrario, impide la aplicación de ese instituto en otras ocasiones y además excluye que la mera invocación de dicha doctrina permita obviar el sistema de garantías previsto para la regulación de los derechos fundamentales.

---

(262) En contra de esa opinión D. MERTEN, Grundrechte un besondere Gewaltverhältnis, en Das besondere Gewaltverhältnis, D.v.M., Berlin 1985, pág. 61 que afirma "las relaciones de autoridad especial ... no han sido configuradas tradicionalmente mediante leyes formales sino mediante disposiciones administrativas pues éstas forman parte del ordenamiento jurídico por lo que nunca podrán ser consideradas como un "no derecho". En parecidos términos se pronuncia ULE, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDSTRL (Unión de Profesores de Derecho del Estado), 15, 1957, págs. 133 y ss.; en la literatura española una versión del tema se encuentra en MONTORO CHINER, R.J., La función pública ... op. cit., págs. 50 y 51.

(263) Así, "el preso está privado de libertad (art. 52.2); la Administración militar puede imponer penas que tengan esa consecuencia (art. 25.3) y en ella pueden subsistir los Tribunales de Honor (art. 26); el derecho de sindicación se niega o limita en los servidores públicos (art. 28.1); también existen cautelas para el de huelga (art. 28.2); las Fuerzas Armadas y los cuerpos con disciplina militar carecen de derecho de petición colectiva (art. 29.2); los conflictos colectivos laborales no pueden afectar a los servicios esenciales (art. 37.2); no todos los ciudadanos pueden ejercitar el derecho a ser elegidos conforme al art. 23 (art. 70.1); los jueces y magistrados no gozan del art. 22 y del art. 28 CE con el mismo alcance que el resto de los sociales (art. 127), como tampoco los miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.4). En otras ocasiones (por ej., restricciones de la libertad de circulación o de expresión de los soldados o de los funcionarios), aún sin base expresa en CE, el resultado se puede obtener mediante una interpretación lógica de otros bienes constitucionales (disciplina militar, imparcialidad de la Administración, etc.). Antonio JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Notas ...op. cit., pág. 1.

Esta solución no es nueva, revolucionaria o imposible. Desde el 14 de abril de 1972 el Tribunal Constitucional Alemán viene aplicándola sistemáticamente sin que con ello pueda afirmarse la muerte definitiva de la institución (264).

En efecto, el más alto tribunal alemán se enfrentó con el problema de considerar la ilicitud o legalidad de la negativa a comunicar una carta que había sido enviada a un sujeto que se hallaba cumpliendo condena. Dicha actitud podía haber sido justificada invocando la especial relación que une al preso con la Administración Pública lo que permitiría, sin más, limitar el ejercicio de sus derechos fundamentales (265). No obstante, el Tribunal Federal afirma rotundamente en su sentencia que aún quienes están sometidos a tales relaciones de poder no tienen por qué sufrir esa clase de restricciones a los derechos fundamentales si no es mediante Ley (266).

---

(264) La doctrina alemana conservadora se pronuncia en contra de esta nueva orientación jurisprudencial. En este sentido, WOLFGANG LOSCHELDER, "Staatseingliederung als Institutionalisierungsproblem", pág. 9 en Das besondere Gewaltverhältnis, D.v.W., Berlin 1965 quien afirma que las dudas puntuales sobre la muerte o subsistencia de la institución tiene cada vez más seguidores, "se ha dado la vuelta de nuevo a la tortilla".

Por otra parte, la legislación funcional alemana desde siempre ha limitado el ejercicio de los derechos fundamentales. En este sentido J. HATTEN HAUER, Geschichte des Beamtentums, 1980, págs. 236 y ss.

(265) Especialmente las condiciones del funcionario, del aluano, del soldado o del preso. Al respecto ver WEININGER, Geschichte der Lehre von besonderem Gewaltverhältnis, 1902, especialmente págs. 222 y ss.; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, 9, 1966, pág. 121; EVERS, Das besondere Gewaltverhältnis, 1972, págs. 9 y ss.; WOLFBACHOF, Verwaltungsrecht, I, 9, 1974, 32 IV c 3.

(266) B Verf S E 33. 303. Contra esa opinión además de los ya citados se expresa ROMELLENFITSCH, Das besondere Gewaltverhältnis- ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, BvV 1981, págs. 933 y ss.; LOSCHELDER, Von besonderem Gewaltverhältnis zur öffentlich rechtlichen Sonderbindung, 1982, págs. 1 y ss. Al respecto, D. REINEN, Grundrechte op. cit., especialmente págs. 55 y 71 afirma que tras esa concepción lo único que se produce es un cambio terminológico "como ocurre cuando se convierte lo ilegítimo en no legítimo, los negros en africanos, la autoridad paterna en autoridad de padre". Todo ello -dice- forma parte de la "imagen humanizada" que pretende dar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal Alemán.

Esta moderna formulación del principio de reserva de Ley (267) es perfectamente transpolable a nuestro ordenamiento, especialmente cuando la Administración Pública pone en marcha el mecanismo de la responsabilidad disciplinaria.

Así, cuando la Constitución ha previsto la limitación de los derechos fundamentales del funcionario público en virtud de su status especial, esa restricción debe llevarse a cabo respetando el mecanismo de protección instaurado por el artículo 53.1 CE para la regulación de todo el Título I, es decir, la reserva de ley. Pero además, si bien en esas situaciones tasadas y específicas la Ley - y sólo ella - puede concretar y determinar las previsiones Constitucionales no resulta lícito que donde la Norma Fundamental no ha previsto ningún tipo de peculiaridades, sea la misma Ley quien la instaure.

La solución aquí propuesta parece haber sido adoptada por la STC 61/1990, de 26 de Mayo (268). En ella como veremos con mayor profundidad posteriormente (269) se analiza la legalidad de una sanción impuesta a un detective privado en base al artículo 12 de la Orden de 20 de Enero de 1981, norma que carecía totalmente de cobertura legal. El Tribunal tras afirmar que la retirada de la licencia para ejercer esa profesión es una sanción impuesta en el marco de una especial situación con la Administración, declara que "la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, (no puede) desvirtuar aquella naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más

---

(267) En palabras de MONTORO CHINER, R.J., La función pública ... op. cit., pág. 40.

(268) Comentada, en términos elogiosos, por GARCÍA de ENTERRÍA, La eliminación ... op. cit., págs. 264 - 290.

(269) Ver Título III, Capítulo II, 2.

importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho actos incida en los derechos del administrado (en concreto con los arts. 35.1 y 38 CE) con el riesgo de lesionar derechos fundamentales (270).

En segundo término y en lo referente al respeto del principio de legalidad en este tipo de situaciones dice: "Una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también ser restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación - nunca supresión - a los casos e hipótesis de relaciones Administración - administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción. A un supuesto de máxima intensidad se refería, por ejemplo, la STC 2/1987 (situación de preso), que permitió la normación reglamentaria en castigos, bien que en relación con la Ley (General Penitenciaria) que establecía las previsiones generales)" (271).

Finalmente acaba declarando que el art. 12 de la orden mencionada resulta nulo por contravenir el principio de reserva de ley reconocido en el artículo 25.1 CE (272).

---

(270) Fj. n.º 6

(271) Fj. n.º 8

(272) Fj. n.º 5

Por tanto, si bien es cierto que los términos de esa resolución suponen un giro con respecto a la situación anterior, también lo es que persisten las dudas sobre algunos aspectos puntuales, pues la propia resolución se encarga de matizar que, en ciertos supuestos, de especial intensidad, podría flexibilizarse dicha doctrina por lo que habremos de esperar a posteriores pronunciamientos.

En definitiva de todo lo afirmado podemos extraer varias conclusiones:

- 1) La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán acerca del necesario respecto del principio de Reserva de Ley cuando se afectan Derechos fundamentales en las especiales relaciones de sujeción, es perfectamente transportable a nuestro ordenamiento.
- 2) Únicamente puede ser restringido el ejercicio de los derechos fundamentales cuando así está previsto expresamente en el Texto Constitucional, previsión que obviamente trae causa del mantenimiento, en nuestro derecho, de las especiales relaciones de sujeción.  
Otro tipo de soluciones contravendrían, además, los principios generales del derecho "inclusionis unius, exclusionis alterius" y "ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus".
- 3) Esa labor de concreción de lo constitucionalmente previsto sólo puede ser realizada mediante Ley, pues de otro modo estamos infringiendo el mandato establecido, en el artículo 53.1 de la Norma Fundamental.



En consecuencia, la limitación del ejercicio de los derechos fundamentales del funcionario realizada mediante reglamentos o meras prácticas administrativas invocando para ello la especial relación de sujeción que une a estos con la Administración debe ser considerada inconstitucional (273).

- 4) La STC 61/1990, de 26 de Marzo, ha dado un paso importante hacia las tesis expuestas, si bien resulta necesario que su doctrina sea confirmada por posteriores resoluciones pues, en algunas situaciones, parece permitir cierta flexibilización en las exigencias allí declaradas.

---

(273) Ya que la situación actual en nuestro país "conduce a la existencia de lagunas en el Estado de Derecho y, por tanto, a la inseguridad jurídica" RICARDO GARCIA MACHO, En torno ... op. cit., pág. 527.

### TITULO III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

#### I. EVOLUCION HISTORICA Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRAS LA PROMULGACION DEL ARTICULO 25.1 CE.

El principio de legalidad penal (*Nullum crime nulla poena sine previa lege*) previsto en el artículo 25 de la Constitución es de aplicación, a la potestad sancionadora de la Administración (1). Es, por otro lado, una manifestación concreta de lo dispuesto genéricamente en los artículos 9 y 103 de la Constitución (2). La Administración Pública, como es sabido, debe actuar con sometimiento pleno a la Ley, al derecho y al ordenamiento jurídico vigente. Sólo de esa forma puede respetar los cánones impuestos por el principio de legalidad (3).

Ahora bien, en el ámbito del derecho disciplinario, el principio de legalidad trae causa de la formulación jurisprudencial

---

(1) "Sin distinción de ningún tipo" SUAY RINCON, *Sanciones ...op.cit.* pág. 171. Proclamando el principio de legalidad en materia sancionatoria, entre otras muchas, SSTC 42/87, de 7 de Abril, 3/88, de 21 de Enero y 29/87, de 6 de febrero. La STC 66/83 de 26 de Julio declara que el artículo 25.1 "no cabe extenderlo)... fuera del Derecho sancionatorio" ni "es directamente aplicable a los ilícitos de naturaleza civil en los que la tipicidad y legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta" / (STC 72/1982, de 2 de diciembre, FJ 3o. (RA 5/1982) /, ni "puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento privado puedan ser adoptadas por quien esté legitimado para ello, supuesto en que la corrección del exceso o del cumplimiento está amparada por la norma ordinaria pero no por la constitucional" /STC 69/1983, de 26 de julio (RA 524/1982)/. Citadas por GARDENI LLIBRECAT, *La aplicación ... op. cit.*, pág. 71.

(2) Además de los artículos, 106 y 24.1 CE entre otros.

(3) Un análisis del tema puede verse en SARRIDO FALLA, *Tratado ...op.cit.* 1, 1987 pág 175. En la doctrina francesa ver BUEZ Y DEBEYRE, *Traité de droit Administratif*, 1952, págs. 204 y ss.

dencial y doctrinalmente elaborada en el derecho penal. La literatura penalista (4) cree encontrar su origen en FEUERBACH (5) "quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa" (6).

No obstante, el punto del que hay que partir para establecer una evolución del principio de legalidad en materia penal es muy discutido por la doctrina (7). Se viene aceptando que su primera formulación explícita se halla en la Magna Carta Libertatum, otorgada el año 1215 por el rey inglés Juan Sin Tierra. En el art. 39 de este documento se establecía que "nullus libert homo" podría ser castigado "nisi per legale iudicium varium su orum pel per legen terraren". Con ello, se pretendían suprimir las arbitrariedades que el poder real pudiera llevar a cabo (8).

---

(4) Los precedentes históricos del principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 CE pueden verse en SERRANO ALBERCA J.K, Artículo 25.1, en GARRISO FALLA y otros Comentarios a la Constitución... op.cit. pág. 499 y ss.

(5) Tal como señala, entre otros, M. COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho Penal, parte general segunda edición, Ed. Tirant lo blanch Valencia 1987, pág. 47 quienes lo enuncian en los siguientes términos "toda pena jurídica pronunciada por el Estado es consecuencia de una ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión del derecho". Y no puede ser sino "consecuencia de una ley" puesto que el fin de la amenaza penal es evitar la lesión del derecho por medio de la intimidación de todos aquellos que podían cometer tales lesiones". "Y así podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no se hallase, clara y públicamente, establecida por la Ley". Así mismo ver J.ANTONIO SAEZ CANTERO, Lecciones... op. cit. pág. 75.

(6) SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal... op. cit. pág. 61 quien añade "pero debe advertirse que literalmente FEUERBACH no se refirió a la componente "nullus crime sine lege" por mucho que se incluía en su pensamiento".

(7) Se encuentra para algunos en el mismo Derecho Romano, donde se le quiere ver en un texto de ULPIANO (Digesto 50, 16, 131), opinión discutida por otros para quienes el derecho romano no conoció la vigencia del principio de legalidad, porque admitió la analogía como fuente, tanto en la época de la República como en la del Imperio. En este sentido ver, JOSE MARIA STAMPA BRAUN, Introducción a la ciencia del derecho penal, 1953, pág. 175 y ss.

(8) Contra esa opinión se pronuncia, entre otros, SANTIAGO MIR PUIG, Op. cit. pág. 61 quien añade además que la "constitutio criminalis Carolingia" de 1532 no posee tampoco "el sentido moderno del principio de legalidad". De la misma opinión M. COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho penal, op. cit., pág. 47. Sobre el problema ver, RODRIGUEZ MOURILLO, Principio de legalidad, N.E.J., XIV, 1971, pág. 883 y ss. donde señala que la carta inglesa no excluía la costumbre y la carolingia no prohibía la analogía contra el reo.

La doctrina española cree que es la Carta Magna de Oñesa otorgada por Don Alfonso, Rey de León y Castilla en las Cortes de León del año 1188, la que recoge por primera vez el principio de legalidad, si bien "no se encuentra, como en el art. 39 de la Carta Magna inglesa, la terminante declaración que dio origen al principio ..., se deduce del texto" (9).

En realidad, es en la época de MONTESQUIEU y ROUSSEAU donde podemos ver las auténticas raíces de este principio. El mismo se incardina en los esfuerzos políticos y jurídicos que se hacen para luchar contra los abusos del poder, la arbitrariedad, la inseguridad jurídica de los sistemas vigentes hasta el momento. Constituye el corolario de la teoría de la separación de poderes (10). A partir de entonces, la ley emanada del Parlamento, como expresión de la voluntad popular, será la única norma que pueda determinar los delitos y sus correspondientes penas (11). El principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica que permita la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo (12).

---

(9) L. JIMENEZ DE ASUA, Tratado de derecho penal, Vol. II, Buenos Aires 1964, pág. 365.

(10) Así, el principio de legalidad se recoge en las petitions of rights de América del Norte. Lo consagran las constituciones de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776). En Europa, lo recoge la Constitución Austriaca de 1787 y lo formula con precisión admirable en su art. 8 la francesa declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement ou d'une loi légalement appliquée".

(11) De ese modo BECCARIA escribe: "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado ... puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". De los delitos y de las penas, traducción J.A. DE LAS CASAS 1968, pág. 27 y ss.

(12) Tal como señala SANTIAGO MIR PUIG op. cit., pág. 62.

Así, con el triunfo de la ideología liberal, el principio de legalidad "bien pronto se instaura en la vida jurídica de los pueblos como suprema protección de las libertades del individuo (13) consagrándose en las constituciones y, conforme a lo consagrado en ellas como no podía ser menos, en los códigos penales de casi todos los países que precisamente se están forjando a comienzos del siglo XIX (14). La Constitución de 1978 no sólo lo acogió sino que amplió las exigencias de ese principio.

Así, y de forma global en el campo punitivo podemos distinguir varios contenidos del principio de legalidad (15).

- a) Una garantía criminal por la que se exige que el delito falta o infracción administrativa, se hallen determinados por la Ley (nullum crime sine lege). La garantía penal o sancionadora que requiere que la Ley señale la pena o sanción que corresponda al hecho (nulla poena sine lege).

---

(13) L. JIMENEZ DE ASUA, Tratado de derecho penal, op. cit. Tomo II, I pág. 330 y ss.

(14) Así se recogen en los códigos penales españoles (por ejemplo de 1848) y las Constituciones desde 1822.

(15) A efectos puramente metodológicos excluirémos la vertiente procesal del principio de legalidad que exige, para la existencia de falta disciplinaria y la imposición de la correspondiente sanción, el respeto a un procedimiento legalmente establecido.

Asimismo y a efectos sistemáticos no trataremos la garantía de ejecución que impone la previa regulación legal de la ejecutividad de la sanción.

Estos dos aspectos serán tratados respectivamente en los Títulos VIII y IX del presente trabajo.

- b) Por otra parte ha de existir una Ley escrita y estricta (Lex stricta) que distinga de forma clara el ilícito a sancionar, excluyendo la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía in malam partem).
- c) Debe respetarse la exigencia de una Ley previa, (lex praevia) cuya expresión máxima será la prohibición de la retroactividad de las leyes que castiguen nuevos ilícitos o agraven su punición.
- d) Por último, el principio de legalidad incluye la imposibilidad de una doble sanción por la comisión de un mismo hecho, subordinándose actividad administrativa sancionadora a la jurisdicción penal (principio non bis in idem) (16).

Todos esos subprincipios, una vez reconocida constitucionalmente su vigencia en el Derecho Administrativo sancionador ¿Son respetados en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos? Dicho de otro modo ¿Está la potestad disciplinaria vinculada de forma plena o absoluta al principio de legalidad? (17).

---

(16) La inclusión de todos los subprincipios reseñados no es aceptada por la globalidad de la doctrina. Así, algunos incluyen exclusivamente en el derecho sancionador la Reserva de Ley y la tipicidad. (SERGIANO ALBERCA, J.N. Comentario al artículo 23.1, (en GARRIDO FALLA y otros, Comentarios... op. cit. pág. 503); Otros lo amplían en el sentido apuntado en el texto, (SUAY RINCON, Sanciones... op. cit. pág. 172 y ssi; SANZ GARCASEGUI, La potestad... op. cit. pág. 93; CAMO NAYA, Inizaciones... op. cit. pág. 77) Por último, algunos incluyen además, la antijuricidad la imputabilidad y el principio de proporcionalidad. SARDENI LLODRÉSAT, La aplicación... op. cit. pág. 73, quien por cierto coloca entre los partidarios de la primera postura a SUAY RINCON, afirmación que no compartimos.

(17) Expresión utilizada por SUAY RINCON, Potestad... op. cit. pág. 1130.

## II. RESERVA DE LEY Y REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

### 1. La reserva de ley en el derecho administrativo sancionador.

#### A. Planteamiento.

El artículo 25.1 de la Constitución establece: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento", precepto que, como hemos dicho, viene a proclamar el principio de legalidad en el ámbito del derecho punitivo del Estado, siendo una de sus manifestaciones la reserva de Ley que preside la atribución y ejercicio de la potestad sancionadora a la Administración (18).

---

(18) Entre la extensa bibliografía sobre el tema han sido aquí consultadas, además de las citadas posteriormente, las siguientes obras básicas:  
RODRIGUEZ RAMOS, Reserva de Ley Orgánica para las normas penales, en Comentarios a la legislación penal, dirigida por COBO DEL ROSAL, I, 1.982, pág. 299 y ss.; SERRANO ALBERCA, Comentarios al art. 25 de la Constitución, en Comentarios a la Constitución, obra colectiva dirigida por SARRIDO FALLA, 1.985, pág. 499 y ss.; J. JUSTOS, Las fuentes del Derecho y principio de legalidad sancionatoria, en el libro colección Las fuentes del derecho (Univ. Barcelona) 1.983, pág. 99 y ss.; AROCHO ZAPATEÑO, El principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal, R.E.D.A., 1.983, pág. 9 y ss.; BOIX REIG, El principio de legalidad en la Constitución, en el libro colección Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal (Univ. Ceuta) 1.982, pág. 52 y ss.; L. LAVILLA ALSINA, Límites de la potestad reglamentaria para el establecimiento de sanciones administrativas (en el libro Homaje a Sebastián Royo Vilanova, Madrid 1.977, pág. 481 y ss.); TORRES J., La relación entre la Ley y el Reglamento (reserva legal y realidad normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional, en RAP 100-102, Vol. 1, pág. 477 y ss.; Las sanciones en materia... op. cit. II, pág. 299 y ss.; JOSE ESTEVE PARDO, Sanciones administrativas y potestad reglamentaria (ISIS de 28 de Enero de 1.986) en REDA núm. 49, 1.986, pág. 99 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso... op. cit. II, pág. 163 y ss.; MUGOZI NACHAGO, S. En los confines del Estado de Derecho: la ordenación de los juegos de azar, REDA núm. 49, 1.986 págs. 99 y ss.; MICHAVILA KUGEL, J.N. El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración: nuevas aportaciones del Tribunal Constitucional, El número 6, 1.987 págs. 93 y ss.; MESTRE DELGADO JF. Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora REDA número 59, 1.988, págs. 79 y ss.; SAMI

.../...

Dicho enunciado, que ha servido ya para desterrar un buen número de prácticas prebeccarianas enquistadas en el seno de lo sancionatorio-administrativo (19) encierra, por

---

(18) .../...

SANJOSÉ GUIL La potestad... op. cit. págs. 68 y ss. y 103 y ss.; SUAY RINCÓN, Sanciones... op. cit. pág. 172 y ss.; BARRERÍ LLOPREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 77 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Sobre el concepto de Reserva Penal, Madrid 1.931, págs. 316 y ss.; CASABO RUIZ La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente, en Estudios Penales y Criminológicos, Santiago de Compostela, 1.982, pág. 249; SANTACOLALLA LOPEZ, En torno a las leyes orgánicas comentario a la STC 25/84, de 23 de Febrero, RMP número 1.784 pág. 333 y ss.; MESTRE DELGADO, J.F. Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora (Comentario a la STC Casimiro de Mallorca 42/87 de 7 de Abril), RFM número 57, 1.929 págs. 86 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., Delitos monetarios y reserva de Ley orgánica, en La Ley, número 1.653, de 23 de Febrero de 1.987; PARADA VAZQUEZ J.R., Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas, en EL número 4/1.982 págs. 26 y ss.; BAZO DE LEÓN, Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Posición creativa y reglamento independiente en la Constitución de 1.978), Ed. Civitas, Madrid 1.991, págs. 108 y ss. y 210 y ss.; E. MALARET, Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales, RMP 116, 1.938 págs. 227 y ss.

(19) En concreto, nuestros más altos Tribunales han dictado ya diversas resoluciones importantes:

La STS de 5 de Febrero de 1.965 (ar. 471) ha anulado el Real Decreto de 14 de Septiembre de 1.977 en materia de exportación, por infringir el principio de reserva de Ley recogido en el artículo 25.1 CE. En idéntico sentido, STS de 11 de Marzo 1.965 (ar. 1.203).

Asimismo, la STS de 10 de Noviembre de 1.986 (ar. 6.647) anuló el Real Decreto de 4 de Diciembre de 1.995 en materia de infracciones laborales a los empresarios, por el mismo motivo, a pesar de encontrar su apoyo en el art. 57 ET.

En Sentencias de 8 de Julio y 8 de Octubre de 1.987 (ar. 5.629 y 7.126) priva de virtualidad una Ley de 1.963 en materia de turismo, por su carácter meramente habilitante.

La STS de 10 de Diciembre de 1966 (ar. 7692) anula 17 sanciones de 500.000 pts. impuestas por la Dirección General de Comercio de la Generalidad de Valencia a la empresa autora en aplicación del Decreto del Consell de la Generalidad de Valencia 45/1985, de 11 de Abril, sobre horarios de apertura y cierre de establecimientos comerciales. La Administración autora del Decreto consideraba que este traía causa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, por tanto, cumplía el principio de reserva de ley. El TS rechaza de plano esa alegación y concluye "resulta evidente que el Decreto 45/1985 del Consell carece, "per se", de virtualidad para producir los efectos jurídicos que pretende la apelante, y tampoco la recibe de ninguna norma con rango formal de Ley en cualquiera de los Ordenamientos jurídicos, por lo que ha de estimarse que las sanciones administrativas origen de este recurso fueron impuestas con infracción del principio de legalidad que consagra el art. 25.1 de la Constitución, de donde debe darse lugar a la protección de la persona que fue demandante".

En parecidos términos y sobre el mismo tema, SSTS de 20 de Diciembre 1936 y 20 de Enero de 1987, Sala Tercera (ar. 203). Esta última recuerda en términos contundentes que "la atribución a las Administraciones públicas de la potestad para sancionar ha de realizarse a través de Ley formal y con este significado estricto ha de ser entendida la palabra "legislación" utilizada en el tantas veces invocado art. 25 del texto constitucional. Ahora bien, no sólo la invalidez o inhabilitación está sujeta al principio de legalidad, sino también la tipificación de las infracciones, así como la determinación de la sanción correspondiente - Sentencia de 10 de

.../...



porque aquí respecta, una doble garantía: la primera, de carácter material y alcance absoluto, supone la indudable necesidad de predeterminar en una Ley, con suficiente grado de certeza, las conductas ilícitas y sus correspondientes sanciones; la segunda, de carácter formal (y alcance limitado o relativo en el ámbito de las sanciones administrativas) exige que la atribución a la Administración de potestad para sancionar se realice de forma expresa y precisamente a través de Ley formal (20).

Por tanto, en una primera aproximación, queda claro que la Administración para poder castigar debe estar habilitada previamente por una norma que recoja con claridad las infracciones y sanciones posibles, (cuyos requisitos y

---

(19) .../...

Noviembre de 1986 (R. 6647) -. Es suficiente, en tal aspecto, una Ley ordinaria, mientras que el "ius puniendi" exige para su regulación y, sobre todo, para la imposición de penas privativas de libertad una norma con rango de orgánica, conforme ha explicado recientemente el Tribunal Constitucional respecto del régimen jurídico del control de cambios y los llamados "delitos monetarios" - Sentencia 140/196 de 11 de Noviembre de 1986.

Sin embargo, causa extrañeza que estas resoluciones se limitan a anular los actos de aplicación del Reglamento y no declaren la inconstitucionalidad "erga omnes" de las disposiciones de carácter general, circunstancia que debe estar activada por el silencio que, al respecto, guardan los recurrentes.

Por otra parte, y entre las sentencias más trascendentales en la materia destacamos además la STS de 22 de Diciembre 1.987 (ar. 9.606) que reitera la anulación de la Orden de 9 de Enero de 1.979 en materia de Casinos de Juego, declaración efectuada con anterioridad por el TC en sentencia 42/87, de 7 de Abril. Este último Tribunal ha declarado también la nulidad del artículo 12 de la Orden del Ministerio del Interior de 20 de Enero de 1.981 en materia de licencias de detective privado (STC 61/90, de 29 de marzo).

Por último, el diario "La Vanguardia", de 17 de Noviembre de 1990, publicaba la noticia de la declaración de nulidad del Decreto 154/85, de 6 de Junio, por el que se regulan los horarios comerciales en Cataluña, declaración efectuada por el TS en base a la falta de cobertura legal de la mencionada norma y su contradicción con el artículo 5 del Decreto - Ley de 30 de Abril de 1985 que establece la libertad de horarios comerciales para todo el territorio nacional.

(20) SSTC 69/89 de 20 de Abril, (la Feria de la Manzana de Cádiz); 77/83 de 3 de Octubre (bona en al Gobierno Civil de Cádiz); 42/87 de 7 de Abril (Casino de Mallorca); 101/88 de 8 de Junio (venta de cupones pro-ciegos); 27/89 de 6 de Febrero (Chocolates Elgorriaga); 3/86 de 21 de Enero (Decreto - Ley de seguridad ciudadana); 61/1990, de 29 de marzo (licencia de detective privado). Asimismo SSTS de 4 de Junio de 1.982, 8 de Noviembre de 1.982, 22 de Noviembre de 1.982, 8 de Febrero de 1.983, 4 de Marzo de 1.983, 8 de Marzo de 1.983, 27 de Abril de 1.983, 20 de Septiembre de 1.983, 8, 3 y 27 de Junio de 1.984, 24 de Septiembre de 1.984, 16 de Febrero 1.985:

exigencias técnicas pertenecen al campo del principio de tipicidad y allí serán estudiadas), norma que, en principio ha de ser una Ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento.

Dejando a un lado esas afirmaciones, el resto del enunciado recogido en el artículo 25.1 CE se ha mostrado "incómodo" a la hora de concretar sus postulados (21) (la inconstitucionalidad deriva, principalmente, del tratamiento conjunto derecho penal derecho administrativo sancionador (difícilmente mantenible en la práctica (22)) y de la utilización del término legislación (que no Ley) para la tipificación de delitos, faltas e infracciones administra-

---

(21) "Sobre todo para los Tribunales". ESTEVE PASCOS, Sanciones... op. cit., págs. 100-101, quien señala como prueba de su afirmación múltiples sentencias del TS que eluden cualquier tipo de consideración sobre su alcance. Entre ellas, SSTS de 14 de Junio 1.784 (ar. 4.626), 31 de Diciembre 1.783 (ar. 479), 8 de Abril 1.934 (ar. 3.453), 13 de Diciembre 1.934 (ar. 1.052), 10 de Junio 1.983 (ar. 3.500), 30 de Mayo 1.983 (ar.3.456).

Otras resoluciones se apoyan en el artículo 27 LRJAE (STS 24 Abril 1.765). La STS 19 Abril 1.783 (ar. 2.817), tras referirse al artículo 9.3 de la Constitución -principio de legalidad- rechaza que esos decretos "puedan ser invocados como creadores de tipos sancionables ya que ello implicaría transgresión del artículo 27 LRJAE". En este precepto se afirma que "los reglamentos, circulares, y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras cargas "similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una ley votada en Cortes".

Entre las resoluciones más desafortunadas destacamos la STS de 9 de Marzo de 1985 (ar 1500) que examina la legalidad del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (RD 2816/82, de 27 de Agosto. BOE de 3 de Noviembre 1982). Los recurrentes (Asociación Nacional de Empresarios de Salas de Baile y Discotecas de España, el Sindicato Profesional de Músicos Españoles y la Federación de Asociación de Empresarios de Sala de Fiestas y Discotecas de España) alegaban la falta de cobertura legal de la citada disposición, que tipificaba infracciones y sanciones por el incumplimiento de diversa normativa de tipo técnico (escaleras de incendio, medidas de seguridad, etc.). El TS, además de afirmar "que el artículo 25.1 de la CE no veta el establecimiento de sanciones administrativas a través de penas reglamentarias habilitadas para ello" cree encontrar la cobertura legal del citado Reglamento en la Ley de Orden Público de 1959 (art. 2 b), la Ley de Régimen Local de 1955, añadida, como cierre de su argumentación, "que la materia regulada en ese reglamento, lo está en otro que data de 1935, y al que viene a reemplazarse".

En parecidos términos, STS 23 de Enero de 1985 (ar 50) en materia de cooperativas de crédito.

Por otra parte, la STS de 29 de Enero de 1977 (ar 223) llega incluso a admitir el caso de que un reglamento se realice, en blanco, a otro.

(22) ESTEVE PASCOS, Sanciones... op. cit., pág. 100.

tivas, dificultades que han debido ser progresivamente solucionadas mediante las categorizaciones empleadas, sobre todo, por la jurisprudencia constitucional. En base a las mismas se han distinguido tres niveles de exigencia en la reserva de Ley: Un primero, más rigurosos con referencia al ámbito penal; Un segundo, más flexible y matizado en relación a las sanciones administrativas de protección del orden general; Un tercero, al que pertenecen las sanciones disciplinarias como a prueba de las especiales relaciones de sujeción, donde la reserva de Ley, aun existiendo, es relativa toda vez que el no ser fruto del "ius puniendi" del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autocondenación correspondiente (23).

Por tanto, dividiremos nuestro estudio en esos tres apartados, concretando finalmente como debe ser entendida la reserva de Ley en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos.

#### B. Reserva de ley y derecho penal.

En materia penal, la exigencia de una Ley para la tipificación de delitos y sus correspondientes penas no ha sido por nadie discutida (24). Sin embargo, la polémica se ha centrado con referencia al artículo 81 de la CE que establece una reserva de Ley Orgánica para "el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas" previstos en la Sección 1 del Capítulo II del Título I de la CE, derechos y libertades sobre los que, frecuentemente, las normas penales determinan de forma directa su alcance y

---

(23) SSTC, 2/87, de 21 de Enero, (presos de Basauri); 57/89, de 20 de Abril, (Feria de la Manzanilla de Cádiz).

(24) SMLCARI LLIBRECAT, La aplicación... op. cit., pág. 76.

límites (25). ¿Es obligada la Ley Orgánica cuando la norma penal desarrolla o restringe algún derecho fundamental?

El Tribunal Constitucional ha declarado al respecto en las sentencias 140/86, de 11 de Noviembre, (26) y 160/86, de 10 de Diciembre, (27) la necesidad de recoger en una norma con carácter de Ley Orgánica aquellas penas o medidas de seguridad que consistan en la privación de libertad: "pues así lo impone una interpretación sistemática de los artículos 31.1 (son Leyes Orgánicas "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas") y 17.1 que establece el derecho de todos los ciudadanos a no ser privados de libertad, salvo "en los casos y en las formas previstos en la ley".

En esa línea, el Tribunal analiza el alcance del término "desarrollo" empleado por la Constitución pues, en puridad, únicamente cuando se efectúe esa tarea deberá utilizarse el instrumento de las Leyes Orgánicas. Según el

---

(25) Ello es evidente, como veremos, cuando se trata de penas o medidas de seguridad privativas de libertad (que afectan al derecho a la libertad: art. 17 de la Const.). También debe admitirse respecto a las penas de multa, pues aunque la propiedad no cuenta entre los bienes, el pago de la multa lleva acarreado un arresto sustitutorio privativo de libertad (MIR PUIG, Derecho... Parte General, pág. 66. En contra CERETO MIR, Cuando... cit., pág. 181).

Asimismo, pueden limitar el derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional (art. 19, I Const.) las penas de confinamiento y destierro, y el derecho fundamental a entrar libremente en España (art. 19, II Const.) la pena de extrañamiento. La pena de caución también afectaría a la libertad de residencia y circulación porque puede ser sustituida por la pena de destierro (art. 46, CP). Las penas de inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo, así como la de inhabilitación absoluta, que implica a aquella, y la de suspensión (art. 23.1 CE) del derecho de sufragio, afectan al derecho al cargo. Igualmente puede entenderse que limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23, II Const.) las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos.

Al respecto ver, por todos, MIR PUIG, Derecho... Parte General, op. cit., págs. 66 y 67.

(26) Pleno (RA 338/85).

(27) Cf. núm. 1.232/86 promovida por el Pleno del TC. Ambas resoluciones versan sobre el examen Constitucional de la Ley 40/79, de 10 de Diciembre, sobre el Régimen Jurídico del Control de Cambios.

Alto órgano judicial, dicha operación consiste en la determinación del alcance y límites (de un derecho) en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas... Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos que no son ahora relevantes) por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad (28). De ahí que deban tener carácter de Orgánicas" (29).

En definitiva, esos considerandos parecen reconocer que cualquier norma penal, en tanto "implique la privación o restricción de algún derecho fundamental (circunstancia que para una parte de la doctrina es intrínseca a este tipo de leyes (30)) se falla sujeta a la reserva sustancial y

---

(28) El supuesto fáctico que se planteaba la STC 140/86, de 11 de Noviembre, era la condena impuesta por la Audiencia Nacional al recurrente, FCP, "a la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 24.000.000 de pesetas, accesorias y costas como autor de un delito accesorio tipificado en el artículo 6.A.10. y penado en el 7.1.º de la Ley 40/1.979, de 19 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, adquiriendo firmeza dicha Sentencia al declarar la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la suya de 21 de marzo de 1.985, no haber lugar al recurso de casación por infracción de la ley interpuesto por el condenado".

El TC, a la luz de los artículos 17.1 y 81.1, resuelve declarar "la nulidad de la sanción de arresto mayor que se ha impuesto como causa directa de la vulneración del derecho de que se trata y, como consecuencia forzosa, al tratarse de penas accesorias que se contraen al tiempo de cumplimiento de la pena de arresto mayor, a las de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho del sufragio, aún cuando tales penas no afecten directamente al derecho lesionado. Por el contrario, deben quedar subsistentes las sanciones contenidas en la condena que no representen una privación de libertad en aplicación de la Ley 40/1.979, por lo que la declaración de nulidad no se extiende a la multa impuesta ni a sus efectos subsidiarios, ni a la imposición al recurrente de las costas del proceso".

(29) Fj. 4.º. 5 STC 140/86, de 11 de Noviembre.

(30) Pues "en cualquier caso afectaría en general al honor del condenado". En esta línea COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES,  Derecho... op. cit. Parte general, 1.ª ed. pág. 64 y ss.; RODRIGUEZ RAMOS Reserva de Ley Orgánica... op. cit. I pág. 305; ARROYO ZAPATERO, L. Jurisprudencia Constitucional en materia penal, I,  CPL núm. 17, 1.981, pág. 392. También exigen Ley Orgánica con carácter general SAINZ CANTERO,  Lecciones... op. cit. II, pág. 192; OCTAVIO DE TOLEDO  concepto... op. cit., pág. 318 nota 917. En contra, CASABO RUIZ J.R.  La capacidad... op. cit. pág. 249; RODRIGUEZ

.../...

absoluta de Ley Orgánica" (31).

Ahora bien, en estos supuestos, la exigencia de un rango reforzado es totalmente ajena al artículo 25.1 CE, precepto del que deriva únicamente la reserva de Ley para todo el ordenamiento punitivo del Estado (32), afirmación que además de reforzar las tesis de una identidad sustancial entre los ilícitos penal y administrativo (33), nos servirá de pauta para el examen de la reserva legal en el derecho administrativo sancionador.

C. Reserva de ley y derecho administrativo sancionador:  
El alcance del termino legislación.

1. Introducción.

Fruto de un "tortuoso debate parlamentario" (34) fue la

(30) .../...

BEVESA, Derecho... Parte General... op. cit., pág. 171.

Al respecto MIR PUIG, Derecho... Parte General... op. cit., pág. 67 dice:

"es discutible que toda pena deba concebirse como un ataque al honor del penado. Estimo preferible probar para cada clase de pena si afecta a algún derecho fundamental específico. Es dudoso que ello pueda afirmarse de las penas de privación de la nacionalidad española -permitida sólo para quienes no la poseen de origen (art. 11, const.), de inhabilitación especial para profesión u oficio privación del permiso de conducir, coiso de los instrumentos y efectos del delito y - salvo que en éstas se vea un ataque al honor - de represión pública y privada. Más evidente es que las medidas de seguridad no implican ningún ataque al honor, por lo que habrá que comprobar para cada una de ellas si afectan directamente algún derecho fundamental cuya regulación requiera ley orgánica.

Las penas o medidas de seguridad que no limiten derechos fundamentales de aquella clase deberán ser establecidas por una ley en sentido estricto, aunque ordinaria, si afecta a algún otro derecho del Capítulo II del Título I de la Constitución. Así lo impone el artículo 53, 1 Const."

(31) COPO DEL ROSAL-TS VIVES ANTON, Derecho... op.cit., pág. 64.

(32) SSTC 25/84 de 23 de Febrero, 140/86 de 11 de Noviembre.

(33) SUAY RINCON, Sanciones págs. 177 y ss.

(34) BOIX REIG El principio... op.cit.pág. 58.

En el texto del Anteproyecto de Constitución se decía que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento". Esta redacción se

.../...

inclusión del término "legislación vigente" en el artículo 25.1 circunstancia que ha levantado una enorme polvareda en su interpretación sobre todo por lo que respecta al ámbito del derecho administrativo sancionador.

Así, inicialmente, algún autor se pronunció en favor de una reserva de Ley Orgánica (35), postura no admitida por el TC como una exigencia del artículo 25.1 (36) y que "además

---

(34) .../...

mantiene hasta que en la Comisión Constitucional del Senado se sustituya la expresión "ordenamiento jurídico" por el término "Ley". "Es bien sabido -afirmó el senador MARTÍN RETORTILLO apoyando este cambio terminológico - que el ordenamiento jurídico no son sólo leyes, no es sólo la Constitución, sino que el ordenamiento jurídico lo constituyen también los reglamentos, los decretos, las órdenes administrativas, etc. Si se establece la regla de que los delitos o las penas o las figuras jurídicas quedan al arbitrio del ordenamiento jurídico, estamos abriendo 'a puerta a que no sólo sanciones administrativas, sino delitos puedan ser configurados por un decreto, por un reglamento o por una orden ministerial" (Diario de Sesiones del Senado, n.º. 44, 25-VIII-1.978, pág. 1726).

Con posterioridad, la Coalición Mixta, en la última fase de la elaboración del Texto Constitucional, sustituyó el término "Ley" por el de "legislación" que aparece en la redacción definitiva.

Sobre el tema ver MARTÍN RETORTILLO, L., Materiales para una Constitución: AXIAL, Madrid 1.982, pág. 115 y ss.

(35) FERNÁNDEZ FARRÉS, G. Principio de legalidad... op. cit. pág. 2.600-2.601.

(36) STC 25/84, de 23 de Febrero.

En ella se examinó la constitucionalidad de la Ley 10/79, de 10 de Diciembre, de Régimen Jurídico del Control de Cambios. La parte demandante argumentaba que esta ley tipificaba delitos y determinaba sus correspondientes penas. Al no tener rango de Ley Orgánica y estando reservada a tal tipo normativo según el art. 81.1, era inconstitucional. El Abogado del Estado señalaba que salvo el Decreto - Ley, cualquiera de los tipos con fuerza formal de ley vale para tipificar delitos, faltas e infracciones y para combinar penas y sanciones administrativas.

Al respecto el Tribunal Constitucional afirmó, que:

"El art. 25.1 como señala el Abogado del Estado, contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas, y como hemos visto, se refiere a exigencia de que nadie pueda ser condenado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produzca. La "legislación" en materia penal o punitiva se traduce en la "reserva absoluta" de ley. Ahora bien, que esta reserva de ley en materia penal implique reserva de Ley Orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del art. 81.1 con el sancionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica, tendrá lugar cuando sea objeto de las correspondientes normas sancionadoras los "derechos fundamentales", un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar".

Creó una fuerte crítica por SANTIAGO LALLA, F., en torno a las leyes orgánicas. Comentario a la STC 25/84 de 23 de Febrero, PAP 104, 1.984, pág. 335-336 quien observa "el criterio restringido" que de las leyes orgánicas contiene esa jurisprudencia. Al respecto ver, además, FERNÁN GALVÍN, Sobre las leyes orgánicas en el Derecho Español. Algunas observaciones a propósito de la jurisprudencia Constitucional. R.V.A.P. n.º. 7, 1974 especialmente pág. 73 y ss.

condenaría a las Comunidades Autónomas a ostentar un poder legislativo inocuo, sin fuerza de obligar, pues ni podrían remitir la incriminación de los incumplimientos de sus leyes administrativas al sistema judicial penal, por impedírsele el artículo 149 de la Constitución, ni definir infracciones administrativas conectadas a sanciones de esta índole, ya que no pueden dictar leyes orgánicas" (37).

Sentada la anterior afirmación, resulta unánimemente admitido en la actualidad que el artículo 25.1 de la CE no sólo impide la existencia de infracciones y sanciones sin una norma previa que las determine sino, además, obliga a atribuir esa potestad a la Administración mediante Ley formal (38).

---

(37) PAPAÑA VAZQUEZ, J.R. Evolución... op. cit. pág. 26.

(38) Ver Capítulo II, 1, A y sentencias allí citadas.

En alguna ocasión, sin embargo, se ha admitido el Decreto-Ley como norma capaz de tipificar ilícitos y establecer las correspondientes sanciones (por ejemplo STS, Sala 4, de 5 de Julio de 1.951).

Asimismo admitió ese tipo de normas la STC 3/89, de 21 de Enero, que recayó contra la imposición de sanciones por incumplimiento de medidas de seguridad en Establecimientos comerciales (C.I. núm. 926/84 y 237/86 formuladas contra el art. 9 del R. Decreto-Ley 3/79 de 26 de Enero sobre protección de la seguridad ciudadana que dice: "Art. 9. Se considerarán actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establezca o con el cierre del establecimiento").

Dicha resolución, aunque como decimos, no declaró contrario al Texto Constitucional la posible regulación de infracciones y sanciones mediante Decreto-Ley, "no puede considerarse que haya zanjado el tema pues en el caso concurría una normativa preconstitucional con valor de ley formal, a la que en último término el Decreto-Ley se remitía: la Ley de Orden Público de 1.959", SÚMAY RINCÓN. Sanciones... op. cit. pág. 174.

El único precedente en la jurisprudencia del TC sobre el tema se encuentra en la STC de 23 de Febrero de 1.994 donde el Abogado del Estado afirma textualmente:

"De la interpretación de los preceptos constitucionales y de la doctrina del Tribunal se aduce que cualquiera de los tipos de normas con fuerza formal de ley a excepción, acaso, del Decreto-Ley valdría para tipificar delitos, faltas e infracciones y para combinar penas y sanciones administrativas, y que el artículo 25.1 de la C.E. tiene también una dimensión de derecho subjetivo fundamental, consistente en no ser condenado por delito no tipificado legalmente a pena no legalmente conminada".



condenaría a las Comunidades Autónomas a ostentar un poder legislativo inocuo, sin fuerza de obligar, pues ni podrían remitir la incriminación de los incumplimientos de sus leyes administrativas al sistema judicial penal, por impedírselo el artículo 149 de la Constitución, ni definir infracciones administrativas conectadas a sanciones de esta índole, ya que no pueden dictar leyes orgánicas" (37).

Sentada la anterior afirmación, resulta unánimemente admitido en la actualidad que el artículo 25.1 de la CE no sólo impide la existencia de infracciones y sanciones sin una norma previa que las determine sino, además, obliga a atribuir esa potestad a la Administración mediante Ley formal (38).

---

(37) PARRA VAZQUEZ, J.R. Evolución... op. cit. pág. 26.

(38) Ver Capítulo II, I, A y sentencias allí citadas.

En alguna ocasión, sin embargo, se ha admitido el Decreto-Ley como norma capaz de tipificar ilícitos y establecer las correspondientes sanciones (por ejemplo STS, Sala 4, de 5 de Julio de 1.995).

Así mismo admitió ese tipo de normas la STC 3/88, de 21 de Enero, que recayó contra la imposición de sanciones por incumplimiento de medidas de seguridad en Establecimientos comerciales (C.I. núm. 926/84 y 237/86 formuladas contra el art. 9 del R. Decreto-Ley 3/79 de 26 de Enero sobre protección de la seguridad ciudadana que dice: "Art. 9. Se considerarán actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establezca o con el cierre del establecimiento").

Dicha resolución, aunque como decimos, no declaró contrario al texto Constitucional la posible regulación de infracciones y sanciones mediante Decreto-Ley, "no puede considerarse que haya rozado el tema pues en el caso concurría una normativa preconstitucional con valor de ley formal, a la que en último término el Decreto-Ley se sometió (La Ley de Orden Público de 1.959", SUAY RINCON. Sanciones... op. cit. pág. 174.

El único precedente en la jurisprudencia del TC sobre el tema se encuentra en la STC de 23 de Febrero de 1.984 donde el Abogado del Estado afirma textualmente:

"De la interpretación de los preceptos constitucionales y de la doctrina del Tribunal se aduce que cualquiera de los tipos de normas con fuerza formal de ley a excepción, acaso, del Decreto-Ley valdría para tipificar delitos, faltas e infracciones y para conminar penas y sanciones administrativas, y que el artículo 25.1 de la C.E. tiene también una dimensión de derecho subjetivo fundamental, consistente en no ser condenado por delito no tipificado legalmente a pena no legalmente conminada".

Esta declaración de principio, cuyo alcance iremos progresivamente concretando, fue recogida por vez primera de forma clara (39) en la STC 77/83, de 3 de Octubre, en donde quedó establecido como uno de los límites de la potestad sancionadora:

"la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma legal, como consecuencia del carácter excepcional de los poderes administrativos".

Esa exigencia, sin duda graduable, (40) deriva a la conexión del artículo 25.1 CE con el 53.2 CE (41), de la excepcionalidad de dicha potestad en manos de la Administración (42), de la equiparación de su naturaleza con

---

(39) Hasta entonces, el Tribunal Constitucional no pasaba de hacer tímidas alusiones a la existencia de un principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sin la menor resonancia práctica (SUJAY RINCÓN, Sancionars... op. cit. pág. 175)

Como punto de partida de esa evolución podemos señalar la STC de 3 de Junio de 1.981 que declara: "los principios inspiradores del orden penal de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro TS, hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25 en su n.º 3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad".

No obstante, ya con anterioridad, las SSTC de 30 de Marzo de 1.981 y 23 de Febrero 1.981 habían declarado que "el artículo 25.1 CE recoge el principio de legalidad penal, prohibiendo la posibilidad de una acción u omisión basada en norma distinta o de rango inferior a la legislativa, creando además, un auténtico derecho subjetivo a la legalidad desde el punto de vista del ciudadano". En parecidos términos SSTC de 16 de Junio y 2 de Diciembre de 1.982.

Del mismo modo, el TS tardó en extraer del art. 25.1 CE el principio de legalidad (ver nota 2 y 4 del presente capítulo).

(40) SERRANO ALBERCA, Comentarios... op. cit. pág. 322; QUERALT, J. Coacción directa y justificación en PJC número 3, 1.983 págs. 650 y ss.

Un examen de conjunto puede verse en SANZ GANDASESUI, La potestad... op. cit. pág. 107 y ss. En general, ver, TORRONS MAS, La relación entre la ley... op. cit. págs. 468 y ss.

(41) LINDE PANTAGUA, Las leyes orgánicas... op. cit. pág. 339; GARCIA DE ENTERRIA - TR. FERNANDEZ, Curso... op. cit. II pág. 164-165; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON, Derecho... op. cit. pág. 63.

(42) SSTC 42/87, de 7 de Abril; 77/83, de 3 de Octubre.

la punitiva, (43) del poco sentido que tendría el precepto una vez que el artículo 9.3 garantiza la seguridad jurídica (44) y en definitiva de los propios requerimientos del Estado de Derecho uno de cuyos pilares es el sometimiento de la Administración a la Ley (45).

## 2. La intervención del reglamento: justificación, alcance y límites.

### a) Su justificación.

Una vez constatadas las anteriores afirmaciones es necesario también señalar, como dijo el TC, "que el alcance de la reserva de ley establecido en el artículo 25.1 no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto" (46).

Parece por tanto evidente, al igual que ocurre en el derecho penal, la necesidad de permitir un cierto margen de actuación al reglamento en la descripción de la materia prohibida (47), cuyo núcleo, sin embargo, deberá estar

---

(43) ESTEVE PARDO, J., Sanciones... op. cit. pág. 110; GARCIA DE ENTERRIA - TR. FERNANDEZ. Curso... op. cit. II, pág. 164 y ss.; SUAY RINCON, Sanciones... op. cit. pág. 173 y ss.

(44) CEREZO MIR, Curso de derecho penal... op. cit. I, pág. 18.

(45) BARTERI LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 79.

(46) STC 42/87, 7 de Abril. Comentada por MESTRE DELGADO, Potestad reglamentaria... op. cit., pág. 77 y ss.. En parecidos términos, SSTs 9 de Marzo 1.985, 28 de Enero 1.986. Asimismo, la STC 3/88, de 21 de Enero permite la colaboración reglamentaria en materia sancionadora administrativa.

(47) Dato que ya habían avanzado SERRANO ALBERCA, Comentarios... op. cit. pág. 322; CEREZO MIR, Curso... op. cit. pág. 57; ESTEVE PARDO, J. Sanciones... op. cit. pág. 110; TORRES MAS. Las relaciones... op. cit. pág. 492 nota 31 que añade:

"la referencia que en el art. 25 de la Constitución se hace a la "legislación" no obliga a pensar en una reserva de ley formal de la tipificación de la infracción y de la sanción, aunque parece obvio que por la interpretación general del principio de reserva legal tampoco es posible el reglamento independiente".

previsto en la norma de remisión: Es el fenómeno de las Leyes en blanco (48). Su existencia en el derecho administrativo sancionador, ha sido justificada en base a distintos argumentos más o menos afortunados.

En primer lugar, se han invocado "razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas" (49), pues la propia Norma fundamental atribuye a la Administración un poder originario y autónomo de dictar normas reglamentarias (por ejemplo art. 97 CE) (50).

La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la atribución de una fuente de Derecho tan relevante en la vida actual, de un poder normativo complementario y secundario del legislativo es una determinación constitucional que por fuerza ha de tener una incidencia en el derecho sancionador aunque respetando unos límites máximos que en cualquier otra parcela del ordenamiento jurídico-administrativo (51).

---

(48) A cerca del concepto en el ámbito penal y su concreta utilización por la normativa disciplinarios ver Título III, Capítulo III, 1, A.

(49) STC 42/97, 7 de Abril.

(50) Sobre el tema ver, ENTRENA CUESTA, CURSO... CO. cit. Vol. I/I, pág. 126 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos... CO. cit., pág. 718.

(51) Conviene destacar, como lo hizo TORRÓS MAS en "La relación entre la ley... op. cit., págs. 471 y ss. al abordar los fundamentos de la reserva legal, la mutación que ha sufrido la institución (de la reserva de ley) desde sus orígenes. Si en un principio respondía a la necesidad de sustraer poderes de decisión al monarca para otorgarlos al Parlamento, y por tanto suponía una distribución de materias entre dos poderes opuestos y con fuentes de legitimación absolutamente dispares, hoy la situación ha cambiado. Parlamento y Gobierno responden a la misma razón democrática y la composición de ambos se determina en virtud de unas elecciones (...). Reforzando el Parlamento se potencia una mayor representatividad en las decisiones frente a un ejecutivo en el que no estará, en principio, la minoría (...)".

La sustracción a través de la reserva de ley de determinadas materias estaba encaminada a proteger las libertades individuales. Hoy, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la funcionalidad de la reserva de ley es diferente, incrementándose los casos en que se propone una intervención pública".

En segundo lugar, el TC ha esgrimido "el carácter en cierto modo insuprizable de la potestad reglamentaria en ciertas materias" (STC 2/87, de 21 Enero) para justificar la flexibilidad del principio reserva legal.

Es evidente que el Tribunal esta haciendo referencia al ámbito de las especiales relaciones de sujeción en donde, como veremos posteriormente, la reserva de Ley sufre un cierto proceso de debilitamiento o relativización.

En tercer lugar, "exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/85, de 16 de Julio) o materiales", permitirían la intervención del reglamento en el derecho sancionador (52).

Así y por lo que respecta a la distribución territorial del poder, el TC considera permisible otorgar cierto grado de maniobra a las Comunidades Autónomas en la tarea de completar las determinaciones de la Ley sancionadora estatal, siempre que tengan competencia en la materia, no introduzcan tipos ni prevean sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de la formulación válida para todo el territorio (art. 149.1.1) y respeten los mandatos del artículo 25.1 CE. "Pero dentro de estos límites y condiciones, las normas autonómicas podrán desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones..." (53), pues además y

---

(52) STC 42/87 de 7 de Abril.

(53) STC 97/85, de 16 de Julio, que analiza la constitucionalidad de la Ley 15/83, de 14 de Julio, del Parlamento de Catalunya, sobre Higiene y control alimentario. El problema se planteaba porque su art. 23.1 preveía la posibilidad de castigar "como sanción complementaria" con la clausura temporal o definitiva de la empresa o industria que haya incurrido en infracción muy grave. La normativa estatal, sin embargo, sólo recogía la posibilidad de acordar el cierre temporal por  
.../...

entre otras cuestiones, la propia Constitución reconoce a las CCAA la potestad reglamentaria (54).

Por tanto, la necesidad de dar cumplida respuesta a las peculiaridades y exigencias de cada territorio justificarian que la Ley estatal se remita a la normativa autonómica en la determinación de cuestiones puntuales y de detalle. Esta fue, por lo demás, la circunstancia dio lugar al nacimiento del concepto de "Ley penal en blanco" (55).

Por otro lado, decíamos que también cuestiones de oportunidad o prudencia al regular ciertas materias podrían justificar la intervención del reglamento en el derecho administrativo sancionador.

-----  
(53) .../..

en último de 5 años (art. 10.5 RD 1.945/83). El TC declaró inconstitucional la expresión "o definitiva" contenida en la ley. Al respecto ver, CANO MATA, Potestad normativa sancionadora de la CCAA PAP, 119, Mayo-Agosto 1.987, págs. 199 y ss.

En contra de la posibilidad apuntada en el texto se pronuncia PARADA VAQUEZ, Derecho... op. cit. I, pag. 256.

(54) Al respecto ver SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos... op. cit. pág. 718 y ss; AJA y OTROS El sistema... op. cit., pág. 108 (capítulo redactado por J. TORRES)

(55) Tal como nos indica STAMPA BRAUN, Introducción a la ciencia del Derecho Penal, 1975, pág. 30 y ss. La noción de ley penal en blanco sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código penal del Reich) dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados federales (Länder) o de los Municipios. La ley penal en blanco se concibe, por ello, en un principio, como "autorización" o "delegación" por parte de un órgano legislativo superior respecto de órgano de inferior jerarquía; la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco.

Al respecto, la modulación de la reserva legal estaría justificada en razones de tipo técnico que impiden al poder legislativo prever todas las contingencias que hayan de surgir en ejecución de la Ley, incluso las diversas situaciones en que la Administración puede encontrarse al actuar sobre ciertas materias (56).

Desde este punto de vista parece aconsejable que la Administración desarrolle la norma legal en aspectos concretos, de detalle, no olvidando nunca el carácter subalterno y residual del reglamento cuyo sometimiento a la Ley debe ser total y absoluto.

Al hilo de estas consideraciones, el empleo de Leyes sancionadoras en blanco puede venir impuesta por necesidades de adaptación a los continuos cambios que experimenta la realidad social (57). Este dato, si bien resulta relevante en todas las ramas del ordenamiento, adquiere especial trascendencia cuando afecta al derecho administrativo, pues no debemos olvidar el carácter motorizado de su legislación. Si al regular ciertas materias, la Ley agotara la descripción de los comportamientos ilícitos y determinara exhaustivamente la cuantía de las sanciones, podría producirse una petrificación no recomendable (58) pues resulta obvia la lentitud del Parlamento en crear normas y

---

(56) Sería el denominado "fundamento lógico" de la potestad reglamentaria que junto al fundamento histórico y jurídico explican las razones por las que la Administración puede dictar actos normativos. Por todos ver, EXTREMA CUESTA, Derecho... op. cit. Vol. I/I, págs. 125 y ss.

(57) Al respecto ver RODRIGUEZ MOURULLO, Derecho... Parte General I, pág. 84.

(58) La STS, Sala 4, de 16 de Mayo de 1.988 dice: "El Derecho administrativo sancionador conoce, como el Derecho Penal, las llamadas infracciones en blanco, ya que en ocasiones la norma sancionadora no describe exhaustivamente la conducta que integra la infracción, sino que se remite a otros preceptos a los que corresponde la función de rellenar el vacío complementando así el tipo, y  
.../...

y la habitualidad y rapidez que posee la Administración en esta tarea (59).

En definitiva, cualquiera de las causas analizadas pueden dar lugar a la intervención del reglamento y justifican, que la norma legal no agote la descripción de los comportamientos ilícitos y sus correspondientes sanciones. Ahora bien, el grado de remisión a normas infralegales debe ser puesta en relación a la gravedad o levedad de las conductas y sanciones previstas, aumentando o disminuyendo el contenido de la Ley (60).

Obviamente, la escasa trascendencia de la conducta incriminada abrirá la puerta a la regulación reglamentaria, puerta que deberá ser progresivamente entornada o incluso cerrada atendiendo a la importancia de los comportamientos considerados ilícitos y a la relevancia de los castigos.

b) Alcance y límites de la remisión legislativa al reglamento.

Constatado que el principio de reserva de Ley que impera en la globalidad del orden "sancionatorio administrativo" no excluye la posibilidad de que las leyes

---

(58) .../...

esto resulta explicable en aquellas materias cuya propia variabilidad exige una mayor rapidez normativa, en razón del frecuente cambio de circunstancias". Citada por GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 86, nota 89.

(59) GARCIA DE ENTERRIA - TR. FERNANDEZ, Curso... op. cit. I, pág. 199.

(60) El criterio de la gravedad como justificación de una mayor o menor remisión al reglamento es compartido por SUAY RINCON, Sanciones... op. cit., pág. 176; SANZ GANDASCARUI, La potestad... op. cit., pág. 110 y 206. Por el contrario lo rechaza expresamente GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit., pág. 81, nota 69.



contengan remisiones a normas reglamentarias" (61) resulta necesario determinar cual es el alcance y límites a que está sometida dicha operación y que circunstancias pueden darse para exigir un rigor diferente en ese aspecto.

En este sentido, la clave de bóveda del sistema la constituye la afirmación constante y pacífica efectuada por el TC, al considerar que el artículo 25.1 CE prohíbe, en todo caso, la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (62). Así, en este campo, las disposiciones reglamentarias deben ser normas de carácter secundario, subalterno, inferior y complementarias de la Ley. Como productos administrativos que son, han de estar justificados caso por caso, y deben ser puestas en tela de juicio por los destinatarios, por el juez e incluso por el funcionario encargado de aplicarlas. Su sumisión a la Ley debe ser total y absoluta como elemental expresión del principio de jerarquía normativa impuesto, entre otros, por el artículo 9.3 del Texto Constitucional.

Las consecuencias prácticas de esa declaración, que por lo demás van intrínsecamente ligadas a la esencia y significado de la norma reglamentaria, han sido concretadas en su mayor parte por el propio Tribunal Constitucional sobre todo en lo que respecta a las sanciones de protección de orden general a la que estamos sometidos todos los ciudadanos.

---

(61) STC 42/87 de 7 de Abril.

(62) SSTC 83/84, de 24 de Julio (CI 90/85), 42/87, de 7 de Abril, 101/88, de 8 de Junio. En parecidos términos STS de 23 de Mayo 1.988.

Lo contrario supondría, en palabras del Tribunal, "degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes" (STC 42/1987, de 7 de abril).

Así y en primer término, queda vedado a la norma reglamentaria la ampliación del ámbito de una Ley sancionadora (63). Ella es la única que posee plena disponibilidad sobre el ámbito de acción del reglamento, al menos en sentido negativo: puede restringirlo hasta los límites que estime oportunos o incluso excluirlo, prohibiéndole toda intervención en una materia concreta (64).

En segundo lugar, resulta claramente inconstitucional, "la simple habilitación a la Administración por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio para la tipificación de los ilícitos y las correspondientes consecuencias sancionadoras (65)".

Esa operación dejaría de ser, en puridad, una remisión

---

(63) Así la STC 25/84, de 23 de Febrero dice:

"CDO: Que esta Sala, acorde con los principios de legalidad y jerarquía normativa garantizados por el art. 9 de la Constitución, en cuyo art. 25.1 se establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento, viene declarando con reiteración que la Administración carece de competencia para ampliar por vía reglamentaria el ámbito creativo de una ley sancionadora".

En parecidos términos SSTs de 29 de Octubre 1.980, 19 de Noviembre 1.982, 22 de Noviembre 1.982 y 10 de Noviembre 1.986.

(64) SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos... pp. cit., pág. 740.

(65) STC 42/87, 7 Abril ff. n.º. 2, que circunscribe esa afirmación "al ámbito de las relaciones de sujeción general". La STS de 10 de Noviembre de 1.986 afirma, en idéntico sentido, que "cuando, puede completarse, vía reglamentaria, el régimen sancionador de una determinada materia previamente establecido en una Ley, lo que no caben en ningún caso, son remisiones amplias, vagas y abstractas, ni tampoco descripciones carentes de toda precisión".

En contra, SSTs de 9 de Marzo de 1.985 (ar. 1.550) y 23 de Enero 1.986 (ar. 50). Según esta última línea jurisprudencial, que está siendo progresivamente abandonada, basta para cumplir con lo dispuesto en el art. 25.1 "un simple enganche con la Ley" (J.A. SANTAMARIA - LUCIANO PAREJO, Recurso... pp. cit., pág. 210 - 211). Sobre esta línea jurisprudencial ver el n.º. 1 del presente capítulo, nota 4.

al reglamento pasando a constituir una deslegalización (66) que por afectar a una materia reservada a la Ley superaría los límites constitucionales tal y como ya ha afirmado el TC también en otros ámbitos (67).

En efecto, la diferencia entre una y otra técnica radica en que la Ley sancionadora de remisión (en principio permitida por el TC dentro de ciertos límites) resulta directamente aplicable a sus destinatarios pues, a pesar de ser incompleta, posee un contenido material propio que, sin embargo, deberá completarse mediante la norma reglamentaria. Por contra, la Ley sancionadora de deslegalización, no es siquiera una norma directamente aplicable pues no posee sustancia propia, carece de significado.

Su único contenido -dice GARCIA DE ENTERRIA- es la manipulación del rango para abrir la posibilidad al reglamento de entrar en una materia hasta entonces regulada

---

(66) SANZ GARDSEUIL, La potestad... op. cit., pág. 111.

(67) Así, la STC de 16 de Noviembre de 1982, declara inconstitucionales determinados preceptos de la Ley vasca sobre el Centro de Contratación de Cargas que creaban un cánón de servicio, habilitando al Gobierno Vasco para determinar todos los elementos del tributo. En concreto afirma: "esa habilitación constituye una deslegalización, una simple transferencia, al Gobierno de la atribución del Parlamento Vasco para crear tributos", atribución ésta que "debe ser ejercida, sin embargo, conforme a las Leyes y la Constitución (arts. 31.2 y 133.2) y exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, siquiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere. La ley impugnada - concluye la Sentencia -, que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional", por lo que incurre en inconstitucionalidad. En esa misma línea, la Sentencia de 9 de diciembre de 1.985 afirma que "se ha de estimar contraria a la reserva de Ley en materia tributaria la remisión en blanco que la Ley impugnada (de medidas urgentes de saneamiento y regulación de la Haciendas Locales de 21 de diciembre de 1.983, arts. 8 y 9) hace a los acuerdos de los Ayuntamientos en lo referente a la fijación del tipo de gravamen" (vid. también la Sentencia de 17 de febrero de 1.987, sobre el sisno trea).

Citadas por GARCIA DE ENTERRIA - TR. FERNANDEZ, Curso... op. cit., I, pág. 294 y ss.

por Ley (68). En consecuencia, esta última operación como hemos dicho, resulta inconstitucional, dato que sin embargo no ha compartido el TC en la Sentencia 2/87, de 21 de Enero, referida a las relaciones presos-Administración tal y como posteriormente veremos (69).

En tercer término, y al hilo de la anterior manifestación, resulta necesario averiguar cuales son los límites de la remisión al reglamento, es decir, que contenido debe integrar la Ley sancionadora y que determinaciones pueden venir dadas via reglamentaria. Al respecto, fue un dictamen del Consejo de Estado, de 1 de Julio de 1.982, quien marco la pauta seguida, tardiamente eso si, por la actual jurisprudencia cuando sostuvo: "Después de entrar en vigor la Constitución no es posible crear ex novo, mediante un Reglamento infracciones administrativas, sanciones de tal naturaleza o ambas cosas a la vez; al contrario debe ser una Ley la que introduzca los elementos definitorios de unas y otras, ya que aquí opera el principio de legalidad en su superior nivel" (70).

En esa línea, nuestros mas Altos Tribunales declaran, no sin sobresaltos, la necesidad de que las leyes definan los elementos esenciales de la conducta antijurídica -de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley- y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (71) por lo que concluyen

---

(68) GARCIA DE ENTERRIA - TR. FERNANDEZ, Curso... op. cit., I, pág. 293.

(69) Capítulo II, 2.

(70) Dictamen emitido a propósito del Real Decreto de 4 de Septiembre de 1.981 sobre infracciones y sanciones en el Transporte Terrestre (pág. 97).

(71) STC 101/86, de 8 de Junio.

afirmando: "no es lícito, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal (72).

Por tanto, la Ley de remisión ha de contener siempre los criterios básicos o "elementos esenciales" de la materia regulada, esto es: el núcleo de la totalidad de comportamientos considerados ilícitos y el contenido (naturaleza y límites) de los castigos (73).

Esta fecunda y positiva línea jurisprudencial que parece irse abriendo camino progresivamente, debe profundizar en ciertos aspectos a nuestro juicio interesantes. De ese modo, parece excesivamente simplista, para comprobar si se han cumplido las exigencias del artículo 25.1 CE, limitarse a observar si en la norma de rango legal están suficientemente fijados los elementos esenciales del ilícito y de las sanciones correspondientes, admitiendo la remisión en todo lo demás (74).

---

(72) STC 42/87, 7 de Abril f.j. n.º 4; STC 101/90, de 8 de Junio, STC 3/88, de 21 de Enero y SSTs, 25 de Abril 1.993 y 20 de Mayo 1.987.

En parecidos términos SSTs, 10 Enero 1.987 (ar. 203), 29 de Julio y 22 de Diciembre 1.987 (ar. 7.596 y 9.606). Al respecto, la STS de 21 de Octubre de 1.987 (Sala Quinta) declara que no es lícito a partir de la Constitución tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria (RD 1.794/81 de 24 de Julio, de Maquinas Recreativas y de Azar, art. 21, 22, 23 y 24) cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o limitado por otras de rango legal.

En parecidos términos STS, Sala 5, de 23 de Mayo 1.988.

(73) Un modélico ejemplo de respeto a esa doctrina lo constituye la Ley 16/87, de 30 de Julio, de Ordenación de los transportes terrestres. Su artículo 139 dice que las infracciones se clasificaran en muy graves, graves y leves relatando exhaustivamente cada una de ellas (arts. 140, 141 y 142). En el art. 143 concreta las sanciones que son de aplicación conectándolas a cada grupo de infracciones y determinando su contenido.

(74) SUAY RINCON, Sanciones..., op. cit., pág. 178.

Al respecto, si la estrella polar que guía el principio de legalidad viene dada por la necesidad de certeza para el posible infractor (75), el dato anterior puede, y en ocasiones debe, ser completado por el análisis de otros criterios tales como los órganos encargados de sancionar, duración y contenido de los castigos, conexión de estos con los respectivos ilícitos y, sobre todo, las pautas técnicas a seguir para la actualización de la norma remitida. En la línea apuntada se situaría el Tribunal Constitucional Federal Alemán (76) que, tras admitir la intervención de normas infralegales también en el ámbito penal, exige que el contenido del reglamento a cuyo favor se hace la remisión sea reconocible o previsible (calculable: "berachtenbar") a partir de la Ley.

Ahora bien, sobre ese marco pueden incidir otra serie de elementos que modulen o acrecenten el contenido de la regulación legal y su consiguiente margen de remisión reglamentaria.

Al respecto tal y como hemos indicado, el grado de intervención del reglamento puede variar en base a motivos técnicos de detalle y puesta al día, teniendo en cuenta la complejidad o peculiaridad de la materia abordada (77).

---

(75) Tal como afirma, entre otros, MARGOY ZAPATERO, *Principio... op. cit.*, págs. 33 y ss.

(76) SUAY RINCÓN, *Sanciones... op. cit.*, pág. 143.

(77) Por ejemplo, una peculiar tipificación por razón de la materia abordada, se recoge en el Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de Marzo, por el que se aprueba el texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. El artículo 65.1 hace una declaración genérica de lo que se consideran infracciones estableciendo en sus apartados siguientes los criterios exhaustivos para determinar los ilícitos muy graves, graves y leves, concretando posteriormente las sanciones correspondientes y su cuantía máxima. Así, se consideran ilícitos muy graves "las infracciones a que hace referencia el número anterior (graves), cuando concurren circunstancias de peligro por razón de la intensidad de la circulación, as  
.../...

En estos supuestos, la Administración debería poder tipificar incluso ciertas infracciones residuales (de carácter leve) siempre y cuando los criterios a seguir fueran localizables en la norma legal, el cuadro de sanciones a imponer para cada tipo de infracción estuviera perfectamente determinado y, en definitiva, los destinatarios de las normas tuvieran unas bases sólidas para evaluar la licitud o ilicitud de sus conductas (78).

Otro parámetro a tener en cuenta deriva del grado de afectación de los derechos fundamentales que provoque la regulación positiva, aumentando y extendiendo en estos casos el contenido de la Ley (79) tal y como ha sido entendido por

---

(77) .../...

características y condiciones de la vía, las condiciones atmosféricas o de visibilidad, la concurrencia simultánea de vehículos y otros usuarios, especialmente en zonas urbanas y en poblado, o cualquier otra circunstancia análoga que pueda constituir un riesgo añadido y concreto al previsto para las graves en el caso de cometerse la infracción" (art. 65.5).

(78) Un ejemplo que podría caer en el ámbito señalado, aunque con una regulación excesivamente concreta, lo constituye la Ley 10/88, de 3 de Mayo, de la Televisión privada. Su artículo 24 establece que las infracciones se clasificaran en muy graves, graves y leves citando a continuación de manera taxativa que comportamientos incluyen la primera y la segunda.

Sobre las faltas leves únicamente dice: Serán infracciones leves las acciones u omisiones contrarias a las condiciones de la concesión y no comprendidas en los apartados anteriores, con resultados dañosos que sean fácilmente subsanables y no tengan consecuencias graves en la prestación del servicio público televisivo, ni impliquen perturbaciones importantes en la utilización del espectro de frecuencia (art. 24.4).

Además, en el artículo 25.1, concreta las sanciones a imponer y su contenido, conectándolas a cada grupo de infracción. Por último, en su art. 25.3 señala los órganos competentes para imponer las sanciones por cada tipo de ilícito.

(79) Genéricamente TORRÓS MAS, La relación... op. cit. pág. 50 afirma que en la relación Ley-Reglamento "parece posible apuntar la inconstitucionalidad de las reservas en blanco (salvo en la esfera del reglamento independiente) y una modulación del alcance de la reserva legal según la materia a regular por la Administración ('escala de la reserva legal'). Si se trata de incidir en un derecho fundamental o en una posición de libertad, la Ley debe extenderse en su contenido. Si se trata de un derecho colectivo, de un principio rector de la política social, de una intervención ordenadora de la economía, aunque se mantenga la reserva legal, la reserva puede ser más amplia, si bien en todo caso la Ley debe fijar el fin a alcanzar, el procedimiento, la organización y los criterios básicos que deben guiar el contenido material de la actuación administrativa, dejando al Reglamento su concreta articulación".

Asimismo ver, SANZ GARCASEGUI, La potestad... op. cit. págs. 110 y 260.

el TC en el Arbito penal (80).

Asimismo, la gravedad o levedad de las conductas consideradas ilícitas y sus correspondientes castigos, ha de servir de brújula para exigir un rigor diferente respecto a los límites de la remisión a normas reglamentarias. Al respecto, es evidente que una infracción calificada como muy grave y de la que pueden derivarse consecuencias a veces irreparables, debe estar perfectamente dibujada en la norma legal. Por el contrario, un ilícito leve no exigirá igual descripción, pudiendo ser completado reglamentariamente de acuerdo con las pautas y coordenadas recogidas en la Ley (81).

Por último, razones que atañan a la propia distribución territorial del poder, como dijimos, pueden influir en ese grado de exigencia de la reserva legal. Al respecto, deberá tenerse en cuenta el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, que influirá decisivamente según la materia objeto de regulación (82).

---

(80) Ver Capítulo II, I B y sentencias allí citadas.

(81) Así por ejemplo la Ley 22/80, de 28 de Julio, de Costas enuena en su artículo 90 la totalidad de infracciones que pueden ser cometidas contra la Ley. El artículo 91 divide las anteriores en graves y leves, concretando únicamente las primeras y remitiendo al reglamento la determinación de los ilícitos leves que serán por exclusión, "las acciones u omisiones no comprendidas en la enumeración anterior". Por último, concreta todas las sanciones posibles conectándolas a cada tipo de infracción (arts. 97, 98, 99).

(82) Sería el caso que recoge la Ley 4/89, de 27 de Marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. Teniendo en cuenta que su regulación afecta a títulos competenciales diversos (medio ambiente, aguas, montes, urbanismo, etc.) que pertenecen también a entes distintos, el legislador Estatal a la hora de concretar el sistema sancionatorio ha hecho una remisión expresa a la CCCAA. De ese modo, su artículo 38 dice: Sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica que desarrolla estas normas de protección y las leyes reguladoras de determinados recursos naturales, se consideraran infracciones administrativas..."

El artículo 39, por su parte, remite al reglamento en la clasificación de infracciones (leves, o poco graves, graves y muy graves) según los criterios por ella utilizados. Asimismo concreta las sanciones y sus cuantías, conectándolas a cada tipo de infracción.



Una cuestión distinta a la hasta ahora examinada, versaría sobre las matizaciones que la jurisprudencia de nuestros Tribunales han querido ver al principio de reserva de Ley en dos singulares ocasiones:

Una primera, considerada como excepción por el TC, va referida a las normas nacidas con anterioridad a la vigencia del Texto Constitucional. Según dicha doctrina, "no es posible exigir la reserva de Ley de manera reactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución" (83). Esos considerandos parecen correctos siempre que no afecten a derechos fundamentales que se ejerciten actualmente, con la Constitución en pleno vigor. Cuando ello ocurra, debería tomarse como punto de referencia el momento en que el acto o la situación se produce y no la fecha de la norma aplicada. Por consiguiente, como "el principio de legalidad del artículo 25 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental (84) ese derecho debe hacerse efectivo en el momento en que la sanción trata de imponerse obviando en consecuencia el carácter pre o post-constitucional de la disposición en que se ampara" (85).

Sin embargo, no es esta la opinión del TC que, partiendo del esquema anterior, declara caducadas por derogación las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por leyes

---

(83) En general, SSTC 11/81 de 8 de Abril y 15/81 de 7 de Mayo (Fj. n.º. 7). En el derecho sancionador SSTC 42/87 de 7 de Abril, 101/88 de 8 de Junio, 29/89 de 6 de Febrero (Fj. n.º. 2), 61/1990 de 29 de Marzo, 219/89 de 21 de Diciembre (Fj. n.º. 2).

(84) Entre otras, STC 29/89 de 6 de Febrero y 61/1990 de 29 de Marzo.

(85) En parecidos términos se pronuncia GARCIA DE ENTERRIA, La limitación general ... op. cit. pág. Entre otras SSTC 8 de Julio y 8 de Octubre 1.987.

preconstitucionales. De ello se deduce la nulidad de las normas reglamentaria post-constitucionales que se aprueban en virtud de tales habilitaciones derogadas (86) pero siempre que aquellas normas innoven el sistema de infracciones y sanciones preestablecido, pues en caso contrario no puede entenderse propiamente que se hayan servido de una remisión normativa ya caducada sin que entonces más bien se trataría de una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales (87).

Otra flexibilización, "debilitamiento" o "relativización" del principio de legalidad se produce, según doctrina del TC, en las llamadas relaciones de sujeción especial "donde el alcance de la reserva de Ley pierda parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria expresiva de la

---

(86) STC 42/87, de 7 de Abril (RA 520/85) (casino de Mallorca) que anula la Orden de 9 de Enero de 1.979 por infringir el art. 25.1 CE. La misma trae causa de los siguientes hechos: El Gobernador Civil de Baleares impuso a la Sociedad Recurrente (Casino Mallorca S.A.) la multa de 250.000 ptas. al amparo del Reglamento de Casinos de Juego (aprobado por Orden del Ministerio del Interior de 9 de Enero de 1.979) al existir irregularidades en la expedición de tarjetas de entrada, datos que debían figurar en ellas y su archivo. Dicho reglamento, del que se pedía su anulación por infringir el artículo 25.1 CE, se remitía, para la imposición de multas, al artículo 10.2.1) del Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo, el cual, a su vez, complementa lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1.977. Este último reguló por primera vez el juego en España, dando una nueva redacción, en su artículo 2, a los artículos 349 y 350 del Código Penal y autorizó al Gobierno, en su artículo 4, "para dictar, a propuesta del Ministerio de la Gobernación, las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por el Real Decreto-Ley, determinando las sanciones administrativas que puedan imponerse para corregir las infracciones de aquéllas". Dicha habilitación fue usada por el Real Decreto 444/1977, cuyo artículo 10 tipificó una serie de infracciones y sanciones "con independencia de los dispuestos en los artículos 349 y 350 del Código Penal y de las infracciones que tipifiquen los Reglamentos particulares de los juegos". El TS, en sentencia de 10 de febrero 1.985, había considerado adecuada a la Constitución la citada orden.

(87) STC 83/84, de 24 de Julio, 42/87, de 7 de Abril, 29/89, de 6 de Febrero.

capacidad propia de autoordenación (88) aunque en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal también devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución (89)".

Sobre esos considerandos, que sin embargo han sido matizados de forma importante por la sentencia 61/90, de 29 de Marzo, al declarar la total vinculación de la especial relación de sujeción con el principio de legalidad, vamos a profundizar en las páginas siguientes.

---

(88) SSTC 2/87, de 21 de Enero, 69/89, de 20 de Abril, 219/89, de 21 de Diciembre y SSTS 18 de Febrero 1.985 (ar. 81B que admite la circular del Banco de España como norma válida para tipificar infracciones administrativas) 29 de Diciembre 1.987 (ar. 9.355) que declaró no aplicable la reserva de Ley formal en estas situaciones (se trataba del reglamento de régimen interior de los Servicios de los Mercados Centrales de Sevilla).

(89) SSTS 2/87, de 21 de Enero, 69/89, de 20 de Abril, 219/89, de 21 de Diciembre.  
En este sentido, "la base normativa legal también existe cuando la Ley se refiere en la especificación y graduación de las infracciones, al reglamento" (SSTC 21 de Enero 1.987).

## 2. Sustantividad de la reserva de ley en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

### A. Vinculación de la potestad disciplinaria a la reserva de Ley. El régimen disciplinario como integrante del estatuto de los funcionarios públicos.

Hemos visto como juega el principio de reserva de Ley tanto en el derecho penal como en el campo de las sanciones administrativas. Asimismo, hemos esbozado una cierta atenuación que, según nuestros más Altos Tribunales, sufren sus exigencias en las denominadas "relaciones de sujeción especial", de entre las cuales destaca, con luz propia, el derecho disciplinario de los funcionarios públicos. El problema se centra en averiguar que peculiaridades inciden en dicho ámbito (90) y cual es el grado de exigencia del principio de reserva legal una vez que el artículo 25.1, al menos en la literalidad de sus términos, no hace distinciones entre uno u otro tipo de reacción punitiva cuando dice que "Nadie puede ser sancionado... "

---

(90) Al respecto han sido consultados, además de los trabajos citados posteriormente, las obras de MONTORO PUERTO, Implicaciones del principio de tipicidad de infracciones administrativas en la legislación de las Comunidades Autónomas, AA, 1.985-2, págs. 2.205 y ss.; SUMY RINCÓN, El caso del Banco de Navarra y el Banco de España. Una nueva etapa en las relaciones entre la Administración y las entidades de crédito, P.J. No. 1, 1.976; El derecho administrativo sancionador. Perspectivas de reforma RAP No. 109. 185-217 en esp. págs. 205-207; GARCIA DE ENTERRIA, La incidencia... op. cit. págs. 359 y ss.; J. TORRES MAS La Relación... op. cit. pág. 477; PARADA VAZQUEZ, Derecho... op. cit. II págs. 334 y ss.; NIETO, Problemas... op. cit. págs. 39 y ss.; GALLEGO AMABITARTE, Las relaciones... op. cit. pág. 25; GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 82; OCTAVIO DE TOLEDO, La NORMATIVACIÓN... op. cit. pág. 243 y ss.; CAMO MATA, Las infracciones... op. cit. pág. 203 y ss.; PRIETO SANMIS, La jurisprudencia... op. cit. pág. 118 y ss.; LAMARCA PEREZ, Legalidad penal y Reserva de Ley en la Constitución Española, REDC, No. 20. Mayo-Agosto 1.987 págs. 99 y ss.; GARCINO FALLA, Tratado... op. cit. pág. 123 y ss.; MICHVILLA MUÑEZ, Relación... op. cit. págs. 243 y ss.; El principio de legalidad en la potestad sancionadora de la Administración. Nuevas aportaciones del Tribunal Constitucional, P.J. No. 6, 1.987 págs. 83-93; T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Reglamentación... op. cit. págs. 139 y ss.; Comentarios a la ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (estudio introductorio) FIES MADRID 1.989. GARCIA DE ENTERRIA, La eliminación general... op. cit. págs. 283 y ss.; BAGO DE LEON, Los límites... op. cit. págs. 125 y ss. y 210 y ss..

circunstancia que indica su aplicación a las infracciones y sanciones disciplinarias (91).

Sentada la anterior afirmación, resulta necesario destacar ciertos matices y peculiaridades que se producen en el derecho disciplinario, motivadas por dos circunstancias:

a) La incidencia de la doctrina de las especiales relaciones de sujeción.

b) La consideración del Régimen disciplinario como integrante del Estatuto de los funcionarios públicos.

Acercas de la primera, nuestros tribunales habían seguido de forma constante y progresiva, una línea jurisprudencial que extraía del concepto "relación especial de sujeción" una aminoración, "debilitamiento" o "relativización" del principio de reserva legal. Esa doctrina parece haber dado un cierto giro en virtud de la STC 51/1990, de 26 de Marzo, que, al vincular de forma expresa el principio de legalidad a las especiales relaciones con la Administración, ha anulado una Orden del Ministerio del Interior de 20 de Enero 1.981 en materia de detectives privados, precisamente por carecer de cobertura legal. Así pues, dividiremos nuestro estudio en el análisis de estos dos principales <sup>aspectos</sup> pasando a continuación a examinar las consecuencias que se derivan de la inclusión del régimen disciplinario en el Estatuto de los funcionarios públicos.

La primera línea jurisprudencial, seguida de forma casi unánime hasta fechas recientes sostiene, como punto de partida, que en el seno de este tipo de situaciones "la

---

(91) Reforzando la tesis de una identidad sustancial entre este tipo de castigos y el resto de sanciones administrativas. Al respecto ver Título I, Capítulo I y Título II capítulo IV.

Reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de auto-ordenación correspondiente que la distingue del "ius puniendi" genérico del Estado" (92).

Según esta tesis, como ya hemos señalado anteriormente, en dichas situaciones de supremacía especial (93) el administrado asume un grado mayor de dependencia respecto de la Administración al insertarse en el núcleo de su organización, cuyas exigencias funcionales producen lo que OTTO MAYER denominó un "Estado de libertad restringida". La necesidad de un funcionamiento dinámico hace que en esta esfera "interna", la Administración puede actuar de forma más expeditiva, no respetando numerosas formalidades que sin embargo contempla en su actuación exterior. En este sentido, la potestad disciplinaria, según estas sentencias, no es fruto del ius puniendi genérico del Estado sino consecuencia del lugar que ocupa el funcionario en la organización administrativa y donde exigencias de un correcto y eficaz funcionamiento hacen necesaria la mayor intervención vía reglamentaria.

En consecuencia -dicen nuestros Tribunales- el fundamento de la reserva de Ley en estos casos es distinta "pues cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica de modo que (su destinatario) pueda disponer de información suficiente sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso, y pueda prever razonablemente las consecuencias que pueden derivar de una

---

(92) SSTC 2/87, de 21 de Enero (Presos de Basauri), 42/87, de 7 de Abril, 69/89, 20 de Abril (fj. No.1), 219/89, de 21 de Diciembre.

(93) Ver Título II, Capítulo III.

determinada conducta" (94).

En tercer término resulta necesario concretar cuando se dará debido cumplimiento al principio de reserva de Ley en este tipo de relaciones, una vez constatada que "no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos respecto a las sanciones penales" (95). En este sentido, el TC declara que "incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 CE" (96).

Así, una vez constatado que la aplicación del artículo 25.1 CE exige una Ley que de cobertura a la Administración para imponer infracciones y sanciones, debe concretarse el contenido mínimo de la misma y la materia que puede ser objeto de regulación parlamentaria. Al respecto, para el TC, se cumple con las exigencias del artículo 25.1 aún cuando la norma legal "contenga una simple remisión a la autoridad (administrativa), vacía de todo contenido sancionador

---

(94) STC 2/87, de 21 de Enero ff. n.ºs. 2.

(95) SSTC 2/87, de 21 de Enero. En parecidos términos STC 42/87, de 7 de Abril.

(96) SSTC 2/87, de 21 de Enero, 67/89, de 20 de Abril, 219/89, de 21 de Diciembre, y 61/90, de 26 de Marzo. Ya anteriormente el Tribunal Constitucional había apuntado esa afirmación. Así en la Sentencia 50/83, de 14 de Julio, se plantea la interpretación del término legislación utilizada por el art. 25.1 al conecer de una sanción impuesta por la comisión de una "falta de probidad moral o material" a un funcionario de policía, recogida en el art. 204 de Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa.

El reclamante solicita el amparo por presuntas violaciones del principio de legalidad penal y disciplinaria. El Tribunal afirma, en el fundamento jurídico 2o.º de la Sentencia, que "tampoco aparece mínimamente fundamentada la violación del principio de legalidad del art. 25 de la Norma Fundamental, pues, aparte de otras consideraciones, la tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad, concepto indeterminado para cuya concreción es procedente acudir, como al expediente disciplinario y en la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se hace, al contenido semántico del término, que aparece una norma de rango legal, la ley articulada de Funcionarios Civiles de Estado".

material propio" (97) o incluso "si la Ley se remite, en la especificación y graduación de las infracciones al reglamento" (en el caso concreto se trataba de la Ley Orgánica General penitenciaria que únicamente afirmaba: "las infracciones se clasificaran en muy graves, graves y leves") (98). Ello permite -sentencia el Tribunal- reconocer la

---

197) STC 219/89, de 21 de Diciembre (PA 1440/87) (Colegio de Arquitectos de Valencia) que confirma la STS 3.7.87. En ella el Tribunal aborda la legalidad de una sanción disciplinaria impuesta a un arquitecto en virtud de una conducta consistente en alterar la verdad en la declaración de la extensión de parcelas que iban a edificarse, señalando que superaban el mínimo exigido, cuando no ocurría así; falsear los planos con superposición de parcelas, de manera que unos mismos metros se contabilizaban varias veces; construir viviendas unifamiliares en terrenos rústicos o no urbanizables, y sin que la obra ejecutada coincidiera con los proyectos presentados y aprobados..

La sanción disciplinaria se le impuso en aplicación de la dispuesto en el art. 39 de los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos, aprobado por Decreto de 13 de Junio de 1.931, que prevé la corrección de las conductas de los colegiados que se aparten "de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión y especialmente de los determinados en estos Estatutos, en los Reglamentos y los acuerdos de las juntas" cuyo acuerdo legal venia determinado por el artículo 51 de la Ley 2/74, de 3 de febrero, de Colegios Profesionales que faculta a los mismos para "ordenar en el ámbito de sus competencias la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y la dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial".

Esta norma legal contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio. Ahora bien, si tal tipo de remisión resulta manifiestamente contrario a las exigencias del art. 25.1 de la Constitución, cuando se trata de las relaciones de sujeción general (SSTC 42/1987 y 29/1989 mencionadas), no puede decirse lo mismo por referencia a las relaciones de sujeción especial (SSTC 2/1987, de 21 de enero, y 69/1989, de 20 de abril). Es así, en el presente caso nos hallamos ante una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la organización y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de la Constitución. De ahí que, precisamente en este ámbito la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria aparezca especialmente justificada".

(98) STC 2/87, de 21 de Enero (Presos de Basauri). En la misma, el Tribunal Constitucional examina los acuerdos de la Junta de Régimen y Administración de la prisión de Basauri por los que se imponía tres sanciones disciplinarias con una suma total de 33 días de aislamiento en celdas a los responsables de 3 faltas muy graves tipificadas en el artículo 108 del Reglamento Penitenciario (RD 120/81 de 8 de Marzo).

Los recurrentes decían en su escrito de demanda de amparo que el art. 108 del Reglamento Penitenciario traía causa, sin mayor concreción, del art. 42.1 de LOGP/79 de 26 de Septiembre. Esta disposición únicamente señalaba: "los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley.

Las infracciones disciplinarias se clasifican en faltas muy graves, graves y leves".

Han comentado esta sentencia de forma crítica, entre otros, RICARDO GARCIA MACHO. En torno... cp. cit., pág. 528 y ss.; CARMEN CHINCHILLA MARIN. El nuevo... cp. cit. pág. 556; SUAY RINCON. Potestad... cp. cit. pág. 1.331 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA, La eliminación... cp. cit. págs. 283 y ss.



existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango legal (99).

Un último dato que se desprende de esta línea jurisprudencial va referido a la posible afectación o restricción de los derechos fundamentales mediante la tipificación de ilícitos y sus correspondientes sanciones en normas de carácter reglamentario. Dicha doctrina, que fue iniciada en la STC 81/83, de 10 de Octubre, y ha sido reproducida con posterioridad, (STC 69/89, de 20 de Abril) aborda el celebre problema que se produce cuando mediante normas disciplinarias de rango reglamentario y sin previa cobertura legal, se consideran ilícitas ciertas conductas que, por una parte, cualquier ciudadano normal podría realizar con total libertad y, por otra, además, limitan el ejercicio de algunos derechos fundamentales sin respetar la necesaria reserva de ley. Tales serían los supuestos que examina las anteriores sentencias, referidos a sendos policías, representantes sindicales, que de manera pública profirieron críticas a sus superiores (100).

En estos casos, el Tribunal Constitucional, apartándose de la doctrina elaborada en el ámbito penal donde exige, como vimos, incluso Ley Orgánica cuando se desarrolla, restringe o limita el ejercicio de un derecho fundamental, permite la regulación reglamentaria, sin base legal alguna, arguyendo la especial situación en que se encuentra el

---

(99) STC 2/87, de 21 de Enero. Cuentando esta sentencia BAGO DE LEON, Liotes... -it. pág. 127 afirma que para el TC, "pese a lo que sus palabras puedan aparentar, no concede a la "relación especial de sujeción" una menor vinculación a la reserva que en otros casos". Al respecto opinamos que en otro ámbito, el grado de realización al reglamento contemplado por esa Ley sería declarado inconstitucional.

(100) La primera sentencia aborda el supuesto de una sanción impuesta a un funcionario de policía al intentar difundir por Radio Zaragoza la noticia de su traslado forzoso. El recurrente alegó la violación de los derechos recogidos en los arts. 23.2, 28.1 y 20.1 a de la CE.

.../...

funcionario (101) y la necesaria protección de los derechos y deberes de los ciudadanos (102).

Dichas afirmaciones indicaron ya en su momento -como dijo SANZ GANDESEGUI- (103) que "la concurrencia de una

---

(101) En la STC 69/89, de 20 de Abril, (Feria de la Manzana de Cádiz) el TC analiza la sanción de 10 días de suspensión de funciones por la comisión de falta grave (art. 207 a RDPG) a causa de la publicación en el "Diario de Cádiz", el 6 de junio de 1.984, de un comunicado de la Plataforma Unitaria de Policías, suscrito por el sancionado como vocal del Comité Ejecutivo Nacional de aquella asociación sindical. En dicho comunicado, remitido también a otros medios de difusión, titulado "El Gobernador Civil de Cádiz trata los temas serios con friolidad y las frivolidades se las toma con seriedad", se analizaba el comportamiento de dicho Gobernador Civil con motivo de su asistencia a la Feria de la Manzana, incluyéndose frases como la siguiente: "Se permite llamar cosacos a los Policías Nacionales..., porque se habían tomado una copa de vino... ¿No será que se empezaron a fijar e incitar en lo que ven hacer a su jefe?". La resolución sancionadora considera que no quedaba demostrado que el señor Gobernador Civil pronunciara frases semejantes, así como que "la crítica a los superiores, aunque se haga uso de la calidad de representante a los superiores, aunque se haga uso de la calidad de representante sindical y en defensa de los intereses de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en la falta disciplinaria.

En las declaraciones de los Policías Nacionales aludidos, obrantes en el expediente sancionador, figura que les fue llamada la atención por sus superiores jerárquicos, porque el Gobernador Civil había dicho que estaban bebiendo como cosacos, mientras que el Jefe de despacho del Gobernador Civil declaró a "Diario de Cádiz" que aquél había manifestado que tales Policías se estaban portando como cosacos".

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el mencionado acuerdo sancionador, fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 21 de septiembre de 1.985, confirmada después en apelación por otra de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1.986.

Entiende el recurrente que el acto sancionador viola los artículos 25.1, 20.1 a y 28.1 CE.

(102) En síntesis la STC 50/83, de 10 de Octubre considera:

a) La situación de los funcionarios es en la actualidad cualitativamente mejor que en momentos anteriores.

b) A pesar de ello, la posición en la que se encuentra el funcionario hace que se vea limitado en el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos.

c) La cuestión sobre si las sanciones impuestas constituyen un límite inaceptable o injustificable a los derechos reconocidos en nuestra Constitución, debe ser observada en cada caso.

(103) "Todos los derechos, al ser ejercitados, están en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige a sus miembros que estén "sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación"... para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los ciudadanos... y esos bien jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar como los que merecieron la sanción del SR.V."

relación especial de sujeción hace, pues, que garantías como el principio de legalidad, que a priori, y máxime en relación al ejercicio de un derecho fundamental, no podrían ser soslayadas -siguiendo el criterio de otros pronunciamientos anteriores del Tribunal-, lo sean por exigencias de protección de los derechos y deberes de los ciudadanos" (104).

Al respecto, si bien participamos de la opinión que sostiene la peculiar relación en que se encuentra el funcionario y que puede justificar algunas obligaciones adicionales por razón de su condición, resulta por el contrario más difícil aceptar que desconociendo los mandatos que emanan del art. 53.1, 86.1, 81.1, 25.1 y otros del Texto Constitucional, puedan llevarse a la práctica restricciones de los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos (funcionarios o no) mediante normas de carácter reglamentario y sin previa cobertura legal, gracias a la invocación de la especial relación que une al servidor público con la Administración.

Dada la gravedad de la doctrina sentada en esas sentencias que, como hemos visto, elude pura y llanamente la aplicación de la reserva de Ley invocando para ello el "peligrosísimo" (105) concepto de las relaciones especiales de sujeción, ha sido dictada recientemente una resolución que, corrigiendo esa tendencia unánime, (106) declara por

---

(104) SANZ SANDASEGUI, La potestad..., op. cit. pág. 90.

(105) Tal y como lo califica GARCIA DE ENTERRIA, La eliminación general de las normas reglamentarias suelas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación, REDA n.º. 66 Abril/Junio 1.990, pág. 284.

(106) Los términos de esa resolución han sido reproducidos en la SSTC 69/89, de 20 de Abril y 219/89, de 21 de Diciembre. Al respecto ver nota 20 del presente capítulo.

vez primera la total inculcación de ese tipo de situaciones a la reserva de Ley.

Se trata de la STC 61/1990, de 29 de Marzo, (107) que examina la legalidad de la revocación de la licencia de detective privado en base a una norma con rango reglamentario (orden de 20 de Enero de 1.981) que tipificaba, sin previa cobertura legal, una serie de sanciones atendiendo a la gravedad o trascendencia de las conductas realizadas (108).

El recurrente invocaba la violación del artículo 25.1 CE tanto en su vertiente formal (la reserva de ley) como material (predeterminación de las conductas y castigos).

En ella el Tribunal recuerda su anterior doctrina en la que ha hablado de "debilitamiento" o "relativización" del principio de legalidad en los supuestos de las llamadas relaciones de sujeción especial (109). Tras hacer ese ejercicio memorístico y afirmar, frente a los sostenido por el Abogado del Estado, que la revocación de la licencia tiene naturaleza sancionatoria, añade: "Hay que admitir, pues, en este caso la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella

---

(107) RA 370/88.

(108) En concreto su artículo 12, cuyo tenor es el siguiente: "El incumplimiento de lo dispuesto en la presente Orden podrá ser sancionado por la Dirección General de la Policía atendida su gravedad o trascendencia con apercibimiento, suspensión de la licencia o de la autorización y revocación de las mismas. Dichas sanciones serán aplicables a los Detectives Privados y, en su caso, a los auxiliares, mediante la instrucción de expediente acreditativo de los hechos con audiencia del interesado y posibilidad de aportación de las pruebas que el mismo proponga en su defensa. La imposición de las sanciones de suspensión o revocación determinará la correspondiente retención o retirada de la tarjeta de identidad profesional y anotación en el Registro a que se refiere el artículo anterior".

(109) Fj. n.º. 5.

naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado (en el supuesto del recurso, el ejercicio de una actividad profesional conectada con los arts. 35.1 y 38 de la Constitución), con el riesgo de lesionar derechos fundamentales"(110).

Por tanto, se declara la imposibilidad de limitar o restringir los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos por la mera invocación de la doctrina de las relaciones de sujeción especial tal y como gran parte de la doctrina había sostenido con anterioridad (111).

En segundo lugar y matizando anteriores afirmaciones el Tribunal sostiene: "Una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción. A un supuesto de máxima intensidad se refería, por ejemplo, la STC 2/1987 (situación de preso), que permitió la formulación

---

(110) Fj. 4a. 6.

(111) Ver título II, Capítulo II, III y V.

reglamentaria de los castigos, bien que en relación con la Ley (General Penitenciaria) que establecía las previsiones generales".

En consecuencia, se están reconociendo varias cosas:

1. Que la etiqueta de las especiales relaciones de sujeción no puede servir de excusa para aminorar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente si no es que dicha operación va vinculada al escrupuloso respeto de la reserva de Ley.
2. Que, como ya indicamos anteriormente, (112) dentro de las denominadas relaciones especiales de sujeción caben diferentes situaciones cada una con sus peculiaridades y características propias. En consecuencia, no puede predicarse de todas ellas un régimen jurídico común, circunstancia que permite circunscribir, por ejemplo, la doctrina de la Sentencia de "los presos de basauri" a las relaciones reclusos-Administración, excluyendo, por tanto, el resto de situaciones (113).

En tercer lugar y tras reconocer que las situaciones sometidas a licencia implican una especial relación de sujeción (afirmación a la que ya nos opusimos) (114) el TC se enfrenta con el problema de la falta de cobertura legal de la orden de 20 de Enero de 1.981 en base a la cual se había impuesto la sanción impugnada.

---

(112) Ver Título II, Capítulo II, III y V.

(113) De hecho la sentencia hacía referencia de forma constante a este tipo especialísimo de situaciones. De ese modo cuando constata la rebaja del principio de legalidad lo hace así "en este caso..." Tiene alcance diferente en el seno de una relación... de los internos en establecimientos penitenciarios" El interno se integra en una institución pre-existente y que proyecta su autoridad..." la reserva de Ley cumple una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de información suficiente". etc.

(114) Ver Título II, Capítulo III. En igual sentido GARCIA DE ENTERRIA, La eliminación... op. cit., pág. 285.

Al respecto y con contundencia sostiene que la equivalencia entre sanciones administrativas y derecho penal implica "la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango, y que este Tribunal ha identificado como Ley en sentido formal, interpretando así los términos "legislación vigente" del artículo 25.1 CE, sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al reglamento siempre que no haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Este es justamente, el supuesto del recurso" (115).

---

(115) Por lo que concluye declarando la nulidad del art. 12 de la Orden en cuestión "lo cual crea un vacío normativo que deberá ser cubierto por una norma con rango de Ley promulgada con la celeridad que los poderes públicos aprecien".

En consecuencia, parece que a partir de esa resolución, la falta de cobertura legal de una sanción, cualquiera que sea, no puede suplirse invocando para ello la especial relación de sujeción en la que se encuentra el castigado, si bien todavía puede servir de justificación para admitir ciertas rebajas en las exigencias del artículo 25 CE. Al respecto, creemos que la invocación de ese concepto en el ámbito disciplinario, sólo sirve para explicarnos su origen, pero nada más (116). Por tanto, en ningún caso puede justificarse, mediante esa etiqueta, una aminoración de las garantías formales previstas para el resto de sanciones administrativas pues no olvidemos que además de estar en juego un derecho subjetivo de carácter fundamental, la trascendencia de los castigos a imponer muchas veces superan a los previstos en el ámbito penal (117). En este sentido, puede ocurrir (y de hecho ocurre) que el grado de exigencia de la reserva de Ley cuando se tratan ciertas materias (por ejemplo el derecho disciplinario) sufra una aminoración o matización a la baja. Esa circunstancia debe encontrar su explicación en la peculiaridad de materia regulada bien sea por su dificultad técnica o por la necesaria rapidez con que debe ser regulada. En definitiva se trataría de abandonar la utilización ese "peligrosísimo" concepto (118) como justificación de una aminoración en las garantías jurídicas y sustituirlo por criterios más genéricos y objetivos que, a lo mejor basándose en parecidos argumentos, no produzcan

---

(116) En parecidos términos SUAY RINCON, *Potestad...* op. cit. pág. 1.333-1.334.

(117) SUAY RINCON, *Sanciones...* op. cit. pág. 176.

(118) Tal como lo ha calificado GARCIA DE ENTERRIA, *La eliminación...* op. cit. pág. 291.



situaciones tan maximalistas como las denunciadas anteriormente y que corren el riesgo de ampliarse por contagio de un virus que en estos momentos parece incontrolable.

No obstante, la declaración efectuada en esta sentencia a supuesto un trastoque en la concepción hasta ahora existente y ha producido el sano efecto de poder recuperar, prácticamente, las garantías que presiden el mundo de las sanciones administrativas.

Una segunda peculiaridad que encuentra el principio de Reserva de Ley en el ámbito disciplinario consiste en su inclusión en el Estatuto del funcionario público, Estatuto que debe ser regulado mediante Ley de acuerdo con los artículos 103.3 y 149.1.18 CE (11B bis).

En efecto, la STC 99/87 de 11 de Julio (119) consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra LMRFP, especialmente en su fj núm. 3, hace las siguientes trascendentales manifestaciones:

1.- Ubica en el régimen estatutario de los funcionarios, es decir en las normas básicas que determinan la situación personal de los servidores públicos y su relación de servicio, al régimen disciplinario (120).

---

(119) Sobre el tema en general ver GARRIDO FALLA, *Reformas... op. cit.* págs. 66 y ss.; FRANCESC LLISET-J. TORROS. *La Función Pública de los Comunitats Autònomes*, FAP Col. Estudis n.º 6, Barcelona 1.986 págs. 91-115; PALOMAR OLMEDA, A. *Derecho... op. cit.* págs. 11 E y ss.; NIETO, A. *Concepciones burocráticas y reformas funcionariales, en Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo INAP*, Alcalá de Henares 1.986 págs. 293 y ss.

(119) RI n.º 763/84 (BOE de 26 de Junio de 1987) Declara inconstitucional diversos preceptos de la LMRFP 30/84 de 2 de Agosto por producir una deslegalización contraria al Texto Constitucional.

(120) Así, el Estatuto del funcionario comprende:

"la concesión relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las

.../...

- 2.- En consecuencia y de acuerdo con el artículo 103.3 CE se establece una Reserva para la regulación por Ley de ese ámbito.
- 3.- Dicha materia queda así sustraída a la regulación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa (121).

En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello

---

(120) .../...

condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública\*.

(121) Comentando este sistema BARRO DE LEÓN, Los límites... op. cit. pág. 128 y 129 se congratula que el TC no haya hecho "ni una sola referencia a las relaciones especiales de sujeción".

entrañaría un desamparamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre -como dijo el fundamento jurídico 4o. de la STC 83/1984, de 24 de Julio- que estas remisiones "sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley", de tal modo que no se llegue a "una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

En consecuencia, la reserva de ley a que se encuentra sujeta el régimen disciplinario de los funcionarios públicos no sólo queda impuesta por el artículo 25.1 CE, sino además por el 103 CE, circunstancia ratificada con posterioridad por la STC 178/89, de 2 de Noviembre, (122) y que evidentemente da una nueva perspectiva a las matizaciones efectuadas en virtud del concepto de las especiales relaciones de sujeción, al menos en su versión inicial.

B. Nullum crime sine lege, nulla poena sine lege: su plasmación en la legislación positiva.

---

(122) R I No. 272/85 contra determinados preceptos de la Ley 53/84, de 26 de Diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. En especial Fj. No. 7.

En las páginas precedentes hemos examinado el alcance del término "legislación" que aparece en el art. 25.1 de la Ley Suprema y las peculiaridades que sufre al trasladar esa doctrina al mundo de las sanciones disciplinarias en virtud de la doctrina de las especiales relaciones de sujeción y de inclusión del régimen disciplinario en el Estatuto funcional, estatuto que debe ser regulado por Ley (artículo 103.3 CE).

Seguidamente comprobaremos de qué modo nuestra legislación positiva plasma esas exigencias.

A fin de conseguir el objetivo mencionado, dividiremos nuestro estudio en dos partes diferentes: aquella que hace referencia a las faltas y otra a las sanciones. Para ello, haremos un breve repaso sobre cómo entienden este principio los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

#### 1. *Nullo in re sine lege.*

Al respecto diversas cuestiones merecen ser destacadas.

En primer lugar, y dando cabal cumplimiento a los mandatos constitucionales, nuestro sistema ha optado por la necesaria existencia de una norma previa que además de atribuir expresamente a la Administración la potestad disciplinaria, tipifique los comportamientos constitutivos de infracción administrativa. La consecuencia inmediata de este planteamiento es doble: por una parte, la ilegalidad total y absoluta de calificar como ilícita una conducta que no este así configurada en la norma de aplicación; por otra, la imposibilidad de imponer una sanción disciplinaria sin ley previa que otorgue al órgano administrativo esa capacidad.

Además, la legislación positiva ha optado por agrupar la faltas mediante un sistema tripartito distinguiendo entre muy graves, graves y leves, (123) conectando cada grupo con un elenco de sanciones igualmente determinadas, circunstancia que reduce la discrecionalidad administrativa en la imposición de los castigos (124).

Sin embargo, este marco jurídico no parece compartido por el derecho comparado, (125) donde la regla general viene dada por la ausencia de tipificación de las faltas, y la excepción consiste precisamente en encontrar alguna norma que recoja previamente las acciones u omisiones consideradas como infracción disciplinaria.

Así, en Francia, no existe una determinación de las faltas disciplinarias ni en el Statut Général des fonctionnaires (aprobado por ley de 11 de Enero de 1984) ni en ningún otro texto de carácter reglamentario (126),

---

(123) Por ejemplo, el art. 87.1 de la LFCE señala "las faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos podrán ser leves, graves y muy graves".

(124) La preocupación por reducir el margen de discrecionalidad, tanto de la Administración como del juez en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ha sido común en la doctrina. Al respecto, ver J. TORRES MAS, Las sanciones..., op. cit., págs. 223 a 236.

(125) En contra, GIAMFRANCO NOR Le Sanzioni... op. cit., pág. 127, quien afirma:  
"L'indicazioni per ogni illecito del tipo di sanzione da applicare è comunque una caratteristica che differenzia nettamente la legislazione italiana rispetto a quelle degli altri Stati della CEE, nelle quali al più è stabilita una distinzione delle infrazioni in lievi e gravi".

(126) Tal como afirman YVES GAUDENENT - JEAN BERNARD AUBY, Agents Publics Jurisdictions administratifs Fascicule 193, 1988, pág. 2. "ainsi procède l'arrêté du 22 décembre 1958 portant le statut de la magistrature à propos du "sanctionnement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité", à propos de la délibération politique aussi en matière de fonction publique militaire, la qualification de faute disciplinaire sera appliquée au comportement d'un fonctionnaire par la décision de l'autorité disciplinaire, ceci sous un contrôle étendu du juge, dont l'exercice d'ailleurs a maintenant suscité une jurisprudence volumineuse, d'où l'on peut extraire une définition assez précise de la faute".  
En el mismo sentido ver F. DELPEREE. L'élaboration du droit disciplinaire. LGDJ 1.969, PÁG. 32 Y SS.

circunstancia que lleva a la doctrina a afirmar sin rugor alguno que "le droit disciplinaire ignore cette fraction du principe penal de legalité des delits ... que exprime traditionnellement l'adage nullum crime sine lege" (127).

Sin llegar al grado de inconcreción de nuestro país vecino, en Italia ocurre una cosa semejante (128). Existen múltiples conductas que no se encuentran tipificadas en norma alguna, aunque se observa una progresiva positivización de lo que se consideran faltas disciplinarias. No obstante, aún se está muy lejos de establecer taxativamente todos los comportamientos considerados como ilícitos.

Idéntico fenómeno se contempla en la legislación federal Alemana, (BBG) donde únicamente están fijadas de forma escueta ciertas obligaciones individuales que derivan de la llamada cláusula de buena conducta (art. 54.3 BBG) (129).

---

(127) IVES SAUJEMENT - JEAN BERNARD MUBY, *Agents publics J.C.A.* Fascicule 183, 1985, pág. 1.

(128) "Legislatore, così, si è preoccupato maggiormente di definire in che modo vengano inflitte le sanzioni, non di indicare quali comportamenti siano punibili.

La stessa situazione si verifica anche nel campo delle libere professioni stato organizzato un complesso sistema processuale, con diversi gradi di ricorsi giurisdizionali, ma le disposizioni dirette ad indicare i comportamenti punibili si riducono generalmente ad un articolo di legge... noti però come anche ove siano definiti in certa misura i fatti punibili, manca pur sempre una normativa esplicita sull'illecito disciplinare in generale, una normativa, cioè, del tipo di quella contenuta per i reati nel primo libro del codice penale; pur nella varietà degli indirizzi seguiti nei diversi stati giuridici". GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni...* op. cit. pág. 51 y ss. En el mismo sentido ver MACHELET, *Disciplina militaire e ordinamento giuridico statale*. Bilán, 1.962, pág. 202 y ss.

(129) La doctrina justifica esa inconcreción diciendo: "Die Vielseitigkeit des dienstlichen Aufgabenbereichs, die Vielfalt der verschie denen Erscheinungsformen, in denen sich die Verwaltungstätigkeit abspielt und die vielschichtigen Beziehungen eines Beamten zum Dienstherrn und zur Öffentlichkeit lassen eine erschöpfende, tatbestandsmäßige Aufzählung aller Pflichten nicht zu. CLAUSEN, H., *Jahre W Bundesdisziplinarordnung*, Hand Komm erta, 5. Aufl. 1985, DR 115, pág. 100.

La ventaja que la doctrina otorga a este sistema es la mayor facilidad técnica en la calificación jurídica de las conductas ilícitas que pueden cometer cada tipo de funcionario (130). Por ello, los textos se han abstenido de hacer una larga clasificación de ilícitos que, sin embargo, "deberá essere precisa al massimo quando la materia sea attinente a un diritto costituzionalmente garantito" (131).

En España, esa solución sería jurídicamente impensable aunque a nadie escapa que, en ocasiones, la calificación de hechos antijurídicos poco tiene que ver con la tipificación efectuada en la distinta normativa (132).

Un segundo problema que es necesario abordar, viene dado por el rango de la norma que tipifica los ilícitos disciplinarios, pudiendo hacer una distinción en dos grupos diferentes: aquellos textos que recogen únicamente en la Ley las faltas de carácter muy grave (y normalmente las sanciones) dejando al Reglamento la concreción de faltas

---

(130) Tal como afirma LEAU, "l'évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat", Thèse, Paris 1933, pp. 37: "Chaque fonctionnaire est en effet tenu à des obligations que varient non seulement avec la catégorie à laquelle il appartient, mais encore, à l'intérieur de celle-ci avec sa classe. Il est évident, par exemple, qu'un haut fonctionnaire ne saurait être tenu à l'exactitude sençe dans les bureaux. En revanche, il est obligé d'observer dans la vie privée une dignité qu'on ne saurait demander à ceux qui occupent des emplois subalternes... Nous estimons que la plus grande liberté doit lui être laissée et quant à l'énoncé des fautes et quant à la détermination des peines. S'il paraît utile de confier la répression à une juridiction, la détermination des fautes est inopportune, et c'est avec raison que les règlements se sont abstenus d'entrer dans cette voie". Citado por GIANFRANCO MOR, Le sanzioni... pág. 108.

(131) GIANFRANCO MOR, Le sanzioni... op. cit., pág. 112. Asimismo ver PREBIERI, Planificazione et costituzioni. Milán 1963, pág. 44 y ss.

(132) Sería el caso de calificar como falta muy grave de fidelidad a la constitución o al Estatuto de Autonomía, la presunta apropiación indebida de 15.000 ptas., o de dos faltas graves de abuso de autoridad en el ejercicio del cargo y grave desconsideración con los compañeros el apropiarse de la única estufa que existía en el consistorio.

.../...

graves y leves, (133) y aquellas disposiciones que incluyen íntegramente en una norma con rango de Ley, tanto las faltas

---

(133) En este grupo se encuentra el RDFCE, por cuanto la LMRFP 30/84, de 2 de Agosto, en su art. 31, recoge las faltas muy graves siendo el art. 6 del RDFCE 33/86, de 10 de Enero, quien concreta, en sus artículos 7 y 8, lo que se consideran faltas graves y leves.

Asimismo pertenecen a este grupo la Ley Orgánica 27/86, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (B.O.E. n.º. 63 de 14 de Abril del 86). Su artículo 27.3 recoge las faltas de carácter muy grave y el apartado 4o. del mismo artículo se remite al Reglamento para concretar las graves y leves.

Asimismo pertenecen a este grupo la Ley Orgánica 2/86 de 13 de Marzo de Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado (B.O.E. n.º. 63 de 14 de Abril del 86). Su artículo 27.3 recoge las faltas de carácter muy grave y el apartado 4o. del mismo artículo se remite al Reglamento para concretar las graves y leves.

Del mismo modo, para la Administración Local, el Real Decreto legislativo 781/86, de 10 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materias de Régimen Local (BOE n.º. 96 y 97 de 22 y 23 de Abril del 86. Corrección de errores BOE 165 de 11 de Julio del 86 y BOE de 25 de Noviembre del 86), en su art. 147.1 establece una remisión para la tipificación de las faltas muy graves al art. 31 de la LMRFP, siendo las faltas graves y leves remitidas o bien a la legislación de la Función Pública de cada comunidad o de forma supletoria a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Entre las CCAM que han adoptado este sistema destacan las siguientes:

**Andalucía.** Ley de 28 de Noviembre de 1985 de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía. No existe referencia alguna, al menos de forma directa, al régimen disciplinario por lo que de acuerdo con el artículo 1 "se aplicará supletoriamente la legislación estatal vigente", es decir la LMRFP 30/84, de 2 de Agosto, y su Reglamento disciplinario.

**Aragón.** Ley 1/86, de 29 de Febrero, de medidas para la ordenación de la Función Pública en la Comunidad Autónoma de Aragón. No menciona tampoco el régimen disciplinario pero el artículo 1.1 se remite a las bases establecidas en la Ley 30/84, de 2 de Agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública" y a su reglamento de 10 de Enero de 1.984.

**Murcia.** Ley 3/84, de 19 de Marzo, de la función pública de la Región de Murcia. Clasifica las faltas en muy graves, graves y leves (artículo 84) concretando las primeras de forma detallada.

Su artículo 80 señala las sanciones a imponer por "la comisión de faltas muy graves". Sorprendentemente no se determinan las sanciones aplicables a las restantes faltas (graves y leves) por lo que se deberá estar a lo dispuesto en el régimen estatal (B.O. Comunidad de Murcia n.º. 75, pág. 1257). en idéntico sentido MONTORO PUERTO, Implicaciones... op. cit. pág. 2216 quien señala "salvo cualquier rectificación posterior de erratas".

**Valencia.** Ley de 31 de Julio de 1985 que aprueba las Normas reguladoras de la Función Pública Valenciana.-

En un único artículo y bajo la única rúbrica "faltas" establece: "Se hace extensivo a los funcionarios de la Generalidad Valenciana el régimen disciplinario establecido por la normativa del Estado. Un reglamento disciplinario regulará el procedimiento sancionador, en el cual se tendrán básicamente en cuenta los principios de eficacia y garantía".

.../...



consideradas muy graves como las graves y las leves (134).

¿Cumple dicha regulación el principio de reserva de Ley proclamada por el artículo 25.1 CE tal y como ha sido interpretado, sobre todo, por nuestros Tribunales? ¿Respete la necesaria cobertura legal impuesta por el art. 103.1 CE para la determinación del Estatuto de los funcionarios públicos, uno de cuyos elementos es precisamente el régimen disciplinario? El problema, pues, se centra en contrastar el conjunto de textos positivos que tipifican faltas disciplinarias con la doctrina expuesta en páginas anteriores.

En primer término, y respecto a las faltas muy graves podemos afirmar, al menos globalmente, su perfecta adecuación al marco constitucional pues el conjunto de textos positivos la recogen en una Ley dando, de ese modo, debida respuesta a la necesaria cobertura legal de la potestad sancionadora administrativa. En ningún caso se

---

(133) .../...

Madrid.

La Ley 1/86, de 10 de Abril de la Función Pública de la Comunidad de Madrid.

El Título IV Capítulo II se dedica al régimen disciplinario. Tras clasificar las faltas en muy graves, graves y leves detalla las primeras (art. 83) remitiéndose al reglamento para la tipificación del resto (art. 84.1). Por fin, el artículo 85 concreta las sanciones y dice que para las faltas muy graves corresponderá la separación del servicio o suspensión de funciones por plazo superior a dos años e inferior a 6.

(134) Pertenecen a este grupo, entre otras, la Legislación Funcionarial de la Comunidad Autónoma catalana recogida en la Ley 17/83, de 23 de Julio, que, en su art. 93 establece las faltas muy graves, en su art. 94 las faltas graves y en su art. 95 las faltas leves.

Del mismo modo, la ley 23/87 de 30 de Marzo de la Función Pública Canaria (B.O. de Canarias, n.º. 49 de 3 de Abril) establece en su art. 59 las faltas graves y en el art. 60 las que se consideran de carácter leve.

La Ley Foral de Navarra, de 30 de Marzo de 1983, reguladora del Estatuto del personal al servicio de la Administración Pública de Navarra (BOE 22 de Junio) establece en su art. 62 las faltas leves, en el 63, las faltas graves, y en el 64 las faltas de carácter muy grave.

Asimismo para Castilla - La Mancha la Ley de 26 de Junio de 1983 que regula la Función Pública de su Administración establece en el Título V, Capítulo V, artículos 104 y ss. el régimen disciplinario. El apartado 1 del artículo 104 establece las faltas muy graves, su apartado 2 las graves y en su número 3 las leves.

.../...

permitiría que una norma infralegal tipificase "ex novo" ilícitos con ese carácter ni tampoco sería de recibo ampliar su número vía reglamentaria una vez determinados los mismos en una Ley previa, pues constituyen un elemento esencial del sistema punitivo, y por lo tanto, no susceptible de remisión (entre otras STC 42/87, de 7 de Abril) ni de regulación independiente o no claramente subordinada a la Ley (STC 83/84, de 24 de Julio).

En este sentido, las faltas muy graves contempladas en la Ley constituyen un "numerus clausus" cuya variación (aumento o disminución) queda vedada al reglamento. Cualquier actuación al respecto, esté o no prevista en la norma legal, sería inconstitucional pues en un caso sobrepasaría los límites de la ley de remisión (al constituir un elemento esencial como hemos dicho) y en el otro, infringiría la obligada sumisión que todo reglamento debe a su superior jerárquico: La Ley (135).

En segundo término y ya refiriéndonos a las faltas graves, constatamos que el grado de cumplimiento de la reserva de Ley, en algunas ocasiones, resulta insuficiente pudiendo llegar a infringir los mandatos que derivan de los arts. 25.1 y 103 CE.

---

(134) .../...

Por otra parte, las sanciones se encuentran tipificadas en el artículo 109 (separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia y aparcamiento).

(135) Por ello y como una verdadera excepción en nuestro ordenamiento, consideramos inconstitucional la regulación que hace el R.D. (Real Decreto 2003/86, de 19 de Septiembre, BOE de 30 de Septiembre, corrección de errores BOE de 13 de Octubre), cuando en su artículo 81 regula las faltas de carácter muy grave, introduciendo nuevos elementos que distorsionan la tipificación, correlación y relato de las faltas con ese carácter establecidas en la Ley Orgánica 6/85 de 1 de Julio del Poder Judicial a la que dice desarrollar. En efecto, el mencionado artículo introduce los apartados E (incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de su función), F (toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), G (la infracción del deber de guardar secreto sobre las actuaciones judiciales en los casos establecidos en las leyes) separándose del criterio seguido en la LOPJ).

permitiría que una norma infralegal tipificase "ex novo" ilícitos con ese carácter ni tampoco sería de recibo ampliar su número vía reglamentaria una vez determinados los mismos en una Ley previa, pues constituyen un elemento esencial del sistema punitivo, y por lo tanto, no susceptible de remisión (entre otras STC 42/87, de 7 de Abril) ni de regulación independiente o no claramente subordinada a la Ley (STC 83/84, de 24 de Julio).

En este sentido, las faltas muy graves contempladas en la Ley constituyen un "numerus clausus" cuya variación (aumento o disminución) queda vedada al reglamento. Cualquier actuación al respecto, esté o no prevista en la norma legal, sería inconstitucional pues en un caso sobrepasaría los límites de la ley de remisión (al constituir un elemento esencial como hemos dicho) y en el otro, infringiría la obligada sumisión que todo reglamento debe a su superior jerárquico: La Ley (135).

En segundo término y ya refiriéndonos a las faltas graves, constatamos que el grado de cumplimiento de la reserva de Ley, en algunas ocasiones, resulta insuficiente pudiendo llegar a infringir los mandatos que derivan de los arts. 25.1 y 103 CE.

---

(134) .../...

Por otra parte, las sanciones se encuentran tipificadas en el artículo 109 (separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia y aparcamiento).

(135) Por ello y como una verdadera excepción en nuestro ordenamiento, consideramos inconstitucional la regulación que hace el R.O. (Real Decreto 2003/86, de 19 de Septiembre, BOE de 30 de Septiembre, corrección de errores BOE de 13 de Octubre), cuando en su artículo 81 regula las faltas de carácter muy grave, introduciendo nuevos elementos que distorsionan la tipificación, correlación y relato de las faltas con ese carácter establecidas en la Ley Orgánica 6/85 de 1 de Julio del Poder Judicial a la que dice desarrollar. En efecto, el mencionado artículo introduce los apartados E (incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de su función), F (toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social), G (la infracción del deber de guardar secreto sobre las actuaciones judiciales en los casos establecidos en las leyes) separándose del criterio seguido en la LOPJ).

En efecto, el artículo 25.1 CE impone la necesaria cobertura legal para la tipificación de estos ilícitos, pues al formar parte del núcleo esencial de la materia sancionadora, (STC 42/87, de 7 de Abril) la Ley no pueda abdicar en su regulación, debiendo introducir los elementos básicos definitorios de cada infracción que podrán ser precisados ulteriormente vía reglamentaria (STC 2/87, de 21 de Enero). Lo que no cabe es que la Ley clasifique las infracciones según su importancia, determine cuales considera muy graves y se remita al reglamento en la concreción de las graves y leves, pues ese modo de actuar sería más bien una simple deslegalización que contraviene los postulados constitucionales en la materia.

A modo de ejemplo, este sistema es el empleado por las disposiciones que regulan el régimen disciplinario estatal, de aplicación supletoria al resto de Administraciones Públicas. Así, el artículo 87 LFCE clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves, siendo el art. 31 de la LMRFP, la norma que determina las faltas muy graves, por lo que el resto (graves y leves) han sido concretadas "in toto" vía reglamentaria (art. 7).

Ese modo de actuar, que supera los límites permitidos por el artículo 25 CE para las remisiones normativas, (STC 101/88, de 8 de Julio) podría carecer de justificación constitucional, al menos desde la doctrina elaborada hasta hoy por el TC. En su defensa no puede invocarse la poca trascendencia o importancia de los ilícitos así tipificados pues no olvidemos que la calificación jurídica de una conducta como falta grave puede acarrear la sanción de suspensión de funciones o el traslado con cambio de residencia, castigos que por afectar a los derechos fundamentales incluidos en los arts. 23.2 CE (derecho al

cargo) (136) y 19 CE (libertad de residencia) exigen, como vimos, una mayor determinación en el contenido de la Ley, reduciendo el margen de remisión a la norma reglamentaria.

Tampoco podría invocarse, en el ejemplo citado, el carácter pre-constitucional de la LFCE, (norma que en última instancia clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves) pues el RDFCE de 1986 desarrolla y ejecuta la Ley 30/84, de 2 de Agosto, tal y como afirma expresamente su artículo único (137) y aunque así no fuera, también ha dicho el Tribunal Constitucional que si bien no puede exigirse la reserva de Ley con carácter retroactivo (por ejemplo STC 29/89, de 6 de febrero), resulta igualmente claro que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia (STC 42/87, 7 de Abril f.j. núm. 3) (138).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, únicamente podría traerse a colación la teoría de las especiales relaciones de sujeción que, según una primera línea jurisprudencial, si justificaría una aminoración en la exigencia de reserva legal (STC 2/87, de 21 de Enero). Sin

---

(136) Como vimos, (Título II, Capítulo II) el derecho al cargo no sólo puede ser entendido como el derecho de acceso a las funciones públicas en plano de igualdad, sino que también extiende su eficacia posteriormente, otorgando el derecho a permanecer en él.

(137) Artículo único: "Se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, en desarrollo y ejecución de la Ley 30/84, de 2 de Agosto, cuyo texto se inserta a continuación".

(138) Por tanto no sería posible invocar el carácter preconstitucional de la LFCE, que por lo demás ha sido precisamente derogada en lo referente a la tipificación de las faltas muy graves y ha sido modificada en ese punto por una Ley post-constitucional: La Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas urgentes para la reforma de la función pública.

embargo, después de la doctrina sentada por la Sentencia 61/90 de 26 de Marzo (licencia de detective privado) parece que tampoco sería un argumento excesivamente válido a esos efectos.

No obstante, para nosotros existiría un segundo argumento más racional y de mayor peso que podría ser alegado para justificar, a la luz del Texto Constitucional, la creación "ex novo" del conjunto de faltas graves vía reglamentaria. El mismo pasaría por el análisis de un conjunto de datos, si recogidos en la Ley, que proporcionan un margen de certeza al posible infractor dando así debido cumplimiento al fin último justificativo de la reserva de Ley.

En efecto, si bien resulta incontestable que ni la LMRFP ni la LFCE determinan las faltas graves, tampoco podemos ignorar que esta última enumera los criterios para que reglamentariamente se fije la gravedad o levedad de los ilícitos de nueva creación (art. 89). Además, ambas leyes conectan las sanciones que pueden ser de aplicación (en concreto la suspensión de funciones o el traslado con cambio de residencia) aunque dejan al reglamento la fijación de su duración.

Asimismo, la ley determina el órgano (Ministro correspondiente) encargado de sancionar.

Este cúmulo de informaciones y criterios técnicos podrían matizar las afirmaciones vertidas en torno a la inconstitucionalidad denunciada. Sin embargo y por el momento, el Tribunal Constitucional, a diferencia de otros altos Tribunales nacionales (139), cuando contrasta la

---

(139) Ver Título III, Capítulo II, I B.

adecuación de una norma al artículo 25.1 se limita a examinar si en la Ley se encuentran tipificados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (STC 101/88, de 8 de Julio) prescindiendo del resto de considerandos.

Por lo demás, un supuesto diferente y que tradicionalmente se producía con cierta frecuencia, es la hoy inconstitucional práctica consistente en tipificar vía reglamentaria como faltas graves o leves ciertos ilícitos que restringen o limitan los derechos fundamentales reconocidos para todos los ciudadanos en el Título I de la CE (140). Esta forma de actuar no sólo infringe "el principio de reserva de Ley impuesto por el art. 25.1 sino, además, todo el sistema de garantías diseñado para la protección y desarrollo de los derechos fundamentales (entre ellos art. 53 CE) tal y como en el ámbito penal ha recordado de forma modélica el Tribunal Constitucional (STC 140/86, de 11 de Noviembre).

En tercer lugar y al hilo de lo anterior, siempre que las faltas denominadas leves, no afecten, siquiera tangencialmente, los derechos fundamentales que presiden nuestro ordenamiento, podrán ser determinados y concretados reglamentariamente, pues al contrario de lo que sucedía con las faltas graves, este modo de legislar no infringe principio ni precepto constitucional alguno.

Las razones para tan categórica afirmación son principalmente de tipo técnico. En ocasiones, resulta muy difícil para el Parlamento, la concreción de las globalidades de ilícitos que pueden cometer cada cuerpo de funcionarios,

---

(140) Ver Título III, Capítulo II, I A.

sencillamente porque desconoce las concretas circunstancias y problemas con que a diario se encuentran, atendiendo a las funciones específicas que desempeñan.

En este sentido, a nadie escapa que las obligaciones de un bombero pueden ser muy distintas a las de un profesor universitario y las de este a las de un policía. Por tanto, si todas las infracciones estuvieran previstas en la Ley, además de generarse una petrificación nada deseable, haría muy difícil adecuar algunos comportamientos a los ilícitos allí recogidos, con lo que únicamente conseguiríamos distorsionar el espíritu de ciertas faltas y convertir en papel mojado el principio de tipicidad que, como veremos, (141) predica la perfecta adecuación del hecho realizado con el tipo dibujado en la norma. No debemos ignorar la enorme dificultad que para el derecho disciplinario ofrece la concreción, a nivel normativo, de las acciones u omisiones que puedan resultar ilícitas. Es evidente la imposibilidad técnica de reglamentar todos los derechos y deberes de cada cuerpo, escala y nivel de funcionarios. Por ello, en el derecho comparado, o bien se renuncia a determinar las faltas disciplinarias, o se recoge únicamente la cláusula de "buena conducta" que engloba cualquier incumplimiento en el ejercicio de las funciones encomendadas. Si en nuestro derecho, además de exigirse la tipificación previa de todos los comportamientos ilícitos, impusiéramos una reserva de Ley exhaustiva y total, sólo conseguiríamos dificultar o imposibilitar la labor del órgano sancionador, relativizar el principio de tipicidad y, en suma, conducir a los mecanismos disciplinarios a un túnel sin salida, inviable y separado totalmente de la realidad.

---

(141) Título III, Capítulo III.



Es cierto que las anteriores manifestaciones pueden recordar los argumentos en que se basa la doctrina de las especiales relaciones de sujeción pues, en el fondo, el motivo que produce, al menos potencialmente, una disminución de garantías, es la inserción del funcionario en el aparato administrativo, necesitado de un funcionamiento ágil y eficaz.

Esas afirmaciones, sin embargo, no pueden ir más allá. Ni de ahí se deduce un tratamiento unitario de las situaciones del funcionario, del contratista, del dueño de un bar, del torero, del preso, de detective privado o del obligado a realizar el servicio militar, ni con la utilización de esa etiqueta pueden degradarse, hasta hacerlos desaparecer, el conjunto de principios que rigen el orden punitivo del Estado, ni en consecuencia, la mera invocación de la sujeción especial puede servir de argumento para convertir la reserva de Ley impuesta por el artículo 25.1 CE, en una mera declaración carente de contenido. Tal y como ha recordado recientemente el TC, "no se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo". Otra cosa es que esos requisitos (de legalidad formal y tipicidad) permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos e hipótesis de las relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción (STC 61/90, de 26 de Marzo). A ello añadiremos nosotros que las circunstancias de tipo técnico que permiten modular la reserva de Ley no son exclusivas de esta clase de situaciones especiales. Se dan no sólo en el resto de sanciones administrativas, sino también en el orden penal (142) yendo generalmente unidas, como ocurre con las faltas

---

(142) El código penal emplea con frecuencia esa técnica, consagrada también por el TC (Sentencia de 30 de 30 de Marzo 1981). Pueden citarse los artículos 165.1, 201, 264, 339, 342, 343 bis, 346, 347

leves, a la poca importancia de las conductas a reprimir o de los castigos a imponer (143).

## 2) Nulla poena sine lege.

En lo referente a este problema, nuestro derecho ha mostrado mayor sensibilidad trasponiendo y aplicando el viejo principio del derecho penal al derecho disciplinario (144).

En efecto, del análisis realizado, hemos podido comprobar que al menos el conjunto de sanciones contempladas por el derecho positivo se encuentran enumeradas en leyes formales. Los reglamentos disciplinarios que las desarrollan reproducen las mismas, concretando su duración y efectos (145).

Esta forma de actuar resulta alentadora si tenemos en cuenta que el art. 25.1 de la Constitución únicamente nos

---

(142) .../...

bis, 499 bis, lo. 2o. 3o. 6o. 7o. 8o., 581.1, 2o. Jo. 4o.

A modo de ejemplo, el art. 342 CP recoge como responsable de un delito contra la salud pública "El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud... los despachare o suministrarle sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos".

(143) Por ello, la doctrina entiende que en el derecho disciplinario, no se está cumpliendo o se está aplicando con aenos rigor el principio nulla críae sine lege. ENTRENA CUESTA, Curso... op. cit. Vol. 1/2, pág. 387.

(144) De la misma opinión es ENTRENA CUESTA, R., Curso de Derecho Administrativo Vol. 1/2, Ed. Tecnos 9a. edc. Madrid 1.988, pág. 386-387.

(145) Así, Ley 17/85, de 25 de Junio de la FPSC (art. 97) asumidos por el reglamento disciplinario; Ley 2/87, de 30 de Marzo, de CFSE (artículo 28); Ley Foral Navarra, de 30 de Marzo del 83, sobre el régimen disciplinario (art. 65); Ley Orgánica 12/85, de 27 de Noviembre, por el que se aprueba el RDAFA (art. 11). Por lo que respecta a la Administración Local es el art. 148.1 del RDL 781/86, de 18 de Abril, (TRRL) quien recoge las sanciones aplicables en ese ámbito.

Respecto a los funcionarios de la Administración de justicia, destaca las sanciones recogidas en el art. 420 de la LOPJ 6/85, de 1 de Julio.

habla de las infracciones administrativas olvidando, al menos en una interpretación literal, el principio de legalidad de las sanciones (146).

Por lo demás, es un hecho común a los países de nuestro entorno el recoger de una forma más correcta las sanciones a imponer. Así, en Francia, la doctrina afirma con cierto orgullo que la Autoridad Disciplinaria no puede infringir sanciones que no estén en los textos Estatutarios: "Le droit disciplinaire s'inspire ainsi du principe pénal "nulla poena sine lege"" (147).

De este modo, dicho principio se constituye en un instrumento valiosísimo para poder controlar las llamadas "sancions deguisees" es decir medidas que bajo otra apariencia constituyen auténticas sanciones que no respetan el procedimiento establecido ni la tipificación prevista legalmente (148).

---

(146) En el mismo sentido se pronunciaron J.M. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho penal. Parte General, pág. 175; M. COBO y I.S. VIVES, Derecho penal. Parte General, Valencia 1987, pág. 170 y ss.; S. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, Barcelona 1984, págs. 65 y ss.; J. BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal Español, Barcelona 1984, pág. 72 y ss..

(147) De este modo se pronuncia YVES GAUDENENT - JEAN BERNARD AUBY: Agents publics. Jurisclasseur administratif Fascicule 183. 1986, pág. 4. En el mismo sentido C. HELLER, La suspension dans le droit de la fonction publique, Revue de droit public, 1980, pág. 409.  
Por lo demás, así lo ha declarado el Consejo de Estado en múltiples sentencias (cons. d'Etat 9 nov. 1962, ain. éduc. nat. c. Canava; A.L.D.A. 1973, 599).  
L'autorité hiérarchique ne peut pas, par exemple, décider à titre disciplinaire une retenue sur le traitement (Cons. d'Etat 17 nov. 1954, Mosaat Lebon, p. 599).

(148) "Pour discerner l'existence d'une sanction disciplinaire déguisée, la jurisprudence s'interroge sur les effets de la mesure - existence d'une atteinte à la situation professionnelle de l'agent-, et sur les actifs - grief articulé contre l'agent- (cf. J.M. Auby, note sous Cons. d'Etat 4 janv. 1964, Paillou; D. 1964; J. SINGER, Les décisions constitutives de sanctions disciplinaires: Rev. 2<sup>e</sup> a. 1973, pág. 685).

En Italia ocurre algo semejante. Si bien habíamos visto que la tipificación de las faltas no estaban recogidas taxativamente en una norma con rango de ley, no podemos decir lo mismo respecto a las sanciones: la Administración nunca podrá imponer una sanción disciplinaria que no esté contemplada en la Ley (149).

Ahora bien, una vez constatado que en nuestro sistema el conjunto de sanciones está recogido en normas con rango de ley, resulta jurídicamente criticable la nula concreción que esas leyes hacen de cada tipo de sanción, dejando a los reglamentos disciplinarios la tarea de especificar la duración y consecuencias de las mismas. De poco sirve, a nuestro juicio, tipificar en una norma con rango de ley, por ejemplo, la sanción de suspensión de funciones si luego es el reglamento quien establece su contenido (de 3 a 6 años si es impuesta por la comisión de una falta muy grave, o hasta 3 si el hecho cometido es merecedor de la comisión de una falta grave) (150).

Al hilo de lo anterior merece un comentario aparte la nueva regulación prevista para los funcionarios Civiles del Estado. El RD 33/86, que de manera sorprendente dice "desarrollar y ejecutar" la Ley 30/84, de 2 de Agosto (151), recoge, al lado de las sanciones tipificadas en el art. 91 de

---

(149) "Secondo un orientamento ormai pacifico in dottrina e in giurisprudenza se una legge o un regolamento indicano le sanzioni irrogabili ad una categoria di impiegati, l'amministrazione non può infliggere altre sanzioni di diverso contenuto".

Se l'elenco delle sanzioni è stabilito in una legge, un regolamento non potrebbe integrarlo, aggiungendovi nuove sanzioni, Vitta, Il Potere disciplinare sugli impiegati pubblici, Milano 1913, pag. 231. consideraciones reproducidas por GIANFRANCO MOR La Sanzione, op. cit., pag. 113.

(150) Tal como indica el art. 16 del RDAFE.

(151) Art. único: "se aprueba el RDAFE, en desarrollo y ejecución de la Ley 30/84, cuyo texto se inserta a continuación.

la LFCE de 1.984, (152) la sanción de deducción proporcional de retribuciones creada por el art. 31.2 de la LMRFP. La defectuosa técnica jurídica utilizada, no implica sin embargo que esta última sanción "irrumpe en el abanico de las previstas... en la Ley... por la puerta reglamentaria... vulnerando el principio de legalidad" (153). En ese sentido, resulta claro que todas las sanciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran tipificadas en la Ley, aunque los efectos y determinación de las mismas se recojan en sus respectivos reglamentos.

Por último, resulta necesario señalar que la tectria expuesta en páginas precedentes sería infringida si entre las causas de pérdida de la condición de funcionario se introdujesen "via reglamentaria" otras nuevas no previstas anteriormente en la Ley. Al actuar de ese modo, la Administración Pública estaría rebasando el límite impuesto por el art. 25.1 que, como sabemos, prohíbe al Reglamento "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (154). En esta circunstancia incurre, sin duda alguna, el tantas veces citado Reglamento Orgánico de los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de justicia (155) que dice desarrolla la LOPJ (156).

---

(152) Salvo los ap. d) y e) que han quedado derogados expresamente por la Ley 30/84.

(153) Tal como afirma AGUSTIN PEREZ BARRIO, La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración: Sus límites, en RVAP núm. 13 Septiembre-Diciembre 1985, pág. 261-262.

(154) STC 93/84, de 24 de Julio.

(155) Aprobado por Decreto 2003/86, de 17 de Septiembre.

(156) El preámbulo de la citada disposición señala textualmente: "el art. 454.1 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, comprende a los oficiales, auxiliares y agentes judiciales entre el personal de servicio de la Administración de Justicia. Art. 456 y la disposición adicional 1a. de la misma ley prevé la existencia de unos Reglamentos Orgánicos de dichos cuerpos.

.../...

En efecto, el art. 26 del citado Reglamento recoge, entre las causas de pérdida de la condición del funcionario, en su apartado F, la "condena sobrevinida como consecuencia de delito doloso, relacionado con el servicio o que cause daño a la Administración de justicia o a sus destinatarios". Del simple cotejo del art. 379 de la LOPJ con el mencionado art. 26 del Reglamento, (157) observamos claramente que esa causa no está contemplada en la L.O.P.J., Ley que el citado decreto desarrolla. Por ello, se está infringiendo claramente el art. 25.1 de la Constitución, la doctrina del Tribunal constitucional, y la argumentación jurídico-doctrinal que hemos expuesto en las páginas precedentes (158).

---

(156) .../...

En su virtud, con informe del Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con el Consejo de Estado, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión el día 19 de Septiembre de 1986, dispongo artículo único. Se aprueba adjunto Reglamento Orgánico de los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración Pública".

(157) Art. 379 de la LOPJ.

- La condición de Juez o Magistrado se perderá por las siguientes causas:

- a) Por renuncia a la carrera judicial. Se entenderá en cursos en este supuesto los previstos en los art. 372. 377 - 3.
- b) Por pérdida de la nacionalidad española.
- c) En virtud de sanción disciplinaria de separación de la carrera judicial.
- d) Por imposición de la pena principal o accesoria de separación del cargo judicial, inhabilitación absoluta o especial para cargo público. Los Tribunales que dictaren esta Sentencia remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial una vez que hubieren ganado firmeza.
- e) Por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad, salvo que proceda su jubilación.
- f) Por jubilación.

Por su lado, el art. 26 del RDCDAAJ señala:

- La condición Oficial, auxiliar o agente se pierde por alguna de las causas siguientes:

- a) Condena sobrevinida como consecuencia de delito doloso relacionado con el servicio que cause daño a la Administración de Justicia o a sus destinatarios.

(158) Y, además, limita el derecho fundamental al cargo (art. 23 CE) sin respetar el principio de la reserva de ley. Sobre el tema ver título II Capítulo II del presente trabajo.

En definitiva, del estudio efectuado podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.- En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros, resulta necesario que una norma atribuya expresamente la potestad disciplinaria a la Administración, debiendo concretar además, el conjunto de ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Consecuencia de ello es la imposibilidad de calificar una determinada conducta de forma diferente a las infracciones recogidas en la normativa aplicable. Este sistema, si bien reduce el margen de discrecionalidad administrativa, en ocasiones hace difícil la calificación jurídica de los hechos cometidos.
- 2.- Según el TC, la aplicación del principio de reserva de ley en el derecho disciplinario de los funcionarios posee peculiaridades propias debido a la influencia de dos circunstancias:
  - a) La doctrina de las especiales relaciones de sujeción
  - b) La consideración del régimen disciplinario como integrante del Estatuto de los funcionarios públicos y su necesaria regulación por norma con rango legal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103.1 CE.
- 3.- No parece correcto invocar la teoría de las especiales relaciones de sujeción para rebajar las exigencias del principio de reserva de Ley. La gravedad de las sanciones previstas, la falta de unidad en el concepto y la ausencia de previsiones constitucionales que impongan un tratamiento diferente para uno u otro tipo de sanciones administrativas, así lo aconsejan. En esa línea se mueve la más reciente jurisprudencia

del TC cuando declara la total vinculación de las sanciones fruto de una especial relación de sujeción con los principios de legalidad formal y tipicidad.

- 4.- Del concreto análisis de los textos positivos podemos hacer una doble clasificación según el grado de cumplimiento de la reserva legal: 1) Aquellos que recogen en una Ley la totalidad de ilícitos y sus correspondientes sanciones, dejando al reglamento la concreción de cuestiones menores y detalles. 2) Otros que tipifican en la Ley únicamente las faltas muy graves y la totalidad de las sanciones, dejando al reglamento la concreción de todo lo demás.
- 5.- No resulta adecuado al artículo 25.1, ampliar reglamentariamente las faltas muy graves contempladas en una Ley previa. Ese modo de actuar, si estuviera previsto en la Ley de remisión, infringiría los límites que para las mismas ha previsto el TC. En caso contrario, iría contra la doctrina de la "subordinación a la Ley" sentada por nuestro más Alto Tribunal.
- 6.- En lo referente a las faltas graves, el sistema seguido por la legislación disciplinaria estatal y algunas leyes sectoriales de remitir su determinación y concreción al reglamento, podría vulnerar los límites que para las remisiones normativas ha previsto el art. 25.1 CE.
- 7.- Frente a la afirmación anterior no puede invocarse la poca importancia de las conductas a reprimir pues en ocasiones, la comisión de una falta con ese carácter puede afectar al derecho fundamental al cargo (art. 23.2 CE) a la libertad de residencia (art. 19 CE) al corresponderle la sanción de suspensión de funciones o



traslado con cambio de residencia (art. 16 RDFCE).

En lo referente al régimen disciplinario estatal tampoco podría argüirse el carácter pre-constitucional de la LFCE, ley a la que en última instancia se remitiría todo el sistema. Por el contrario, el RDFCE afirma, en su artículo único, que desarrolla la Ley 30/84, de 2 de Agosto, y además, si así no fuese, el TC ya se encarga de declarar caducadas por derogación las habilitaciones en blanco hechas con anterioridad a la Constitución.

- 8.- El único argumento que podría ser invocado para salvar la constitucionalidad de esas previsiones pasaría por tener presente otra serie de datos recogidos en la Ley, y que posibilitan un aceptable margen de certeza al posible infractor. Entre ellos destacaríamos la enumeración de criterios a tener en cuenta para graduar la gravedad o levedad de los ilícitos de nueva creación, la determinación de las sanciones que pueden ser aplicables y la concreción del órgano encargado de sancionar.

Sin embargo y por el momento, esta serie de parámetros no han sido utilizados por la jurisprudencia constitucional para medir el cumplimiento de los límites que debe respetar la Ley de remisión sino quiere infringir el art. 25.1 CE.

- 9.- Por el contrario, las faltas leves creadas "ex novo" vía reglamentaria, siempre que no afecten siquiera tangencialmente un derecho fundamental, se adecuan perfectamente al art. 25.1 CE. La afirmación anterior esta basada en una doble motivación. Por un lado, cuestiones técnicas hacen que no sea recomendable petrificar y generalizar en una Ley todos los ilícitos, pues ni el Parlamento conoce los problemas concretos y

cotidianos a los que el funcionario se encuentra sometido a diario, ni todos los cuerpos funcionariales tienen iguales obligaciones.

De otro, la poca importancia de los ilícitos a reprimir permite, al igual que ocurre en el derecho penal y en el resto de sanciones administrativas, flexibilizar las exigencias del principio "nullum crime sine lege".

- 10.- A diferencia de lo que ocurre con las faltas, las sanciones que por ellas podrán aplicarse se encuentran taxativamente enumeradas en la Ley, por lo que se cumple con mayor rigor el principio "nulla poena sine lege".
- 11.- Sería aconsejable que la Ley concretara el contenido y duración de las sanciones.
- 12.- Por ir en contra el principio de reserva legal, no sería conforme a nuestro ordenamiento jurídico el ampliar reglamentariamente las "causas de la pérdida de condición del funcionario público", por cuanto las mismas constituyen una sanción, limitan los derechos fundamentales del funcionario público y además entrañan una enorme gravedad.

### III. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD.

#### 1. Introducción.

El derecho fundamental recogido en el artículo 25.1 CE incorpora junto con la garantía formal referida al rango de las normas que establecen infracciones y castigos, una garantía de orden material y alcance absoluto, que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción y las ... sanciones aplicables" (159).

En consecuencia, la vigencia constitucional del principio de tipicidad, impone al legislador (Parlamento o Administración Pública en el ejercicio de la potestad reglamentaria) que la norma "describa con detalle y cuidado cada uno de los elementos de la conducta ilícita (y sus correspondientes sanciones) excluyendo fórmulas abiertas y cláusulas de extensión analógica" (160).

---

(159) STC 42/87, 7 de Abril (Casino de Mallorca), 3/1988, de 21 de Enero (Decreto - Ley de Seguridad Ciudadana), 101/88, de 8 de Junio (Venta de Cupones pro - ciegos), 29/1989, de 6 de Febrero (Chocolates Elgorriaga), 69/89, de 20 de Abril (Feria de la Manzanilla de Cádiz), 219/89, de 21 de Diciembre (Colegio de Arquitectos de Valencia), 61/1990, de 26 de Marzo (Licencia de Detective privado).

(160) PRIETO SANCHEZ, Luis, La Jurisprudencia Constitucional y el problema de las Sanciones Administrativas en el Estado de Derecho REEA, núm. 4 enero-abril de 1982, pág. 100. En parecidos términos STS 15 de Febrero 82 (ar. 966); STS 11/12/83 (ar. 4443); STS 3/2/84 (ar. 1027). El Tribunal Constitucional considera que la garantía material impuesta por el artículo 25.1 de la Constitución "tiene un alcance absoluto" por contraposición a la garantía formal (la reserva de ley) que solo tiene "una eficacia relativa o limitada" en el ámbito de lo sancionatorio-administrativo (STC 42/87 de 7 de Abril, STC 101/89 de 8 de Junio, STC 29/89 de 6 de Febrero).

Por otra parte, el principio de tipicidad exige la adecuada correspondencia entre el hecho real y el tipo disciplinario (161). Esta segunda vertiente va dirigida a la Administración Pública, prohibiendo el poder discrecional en la calificación jurídica de las conductas (162) y la analogía "in malam partem" (163).

A continuación y desde estos dos planos, analizaremos las consecuencias de la aplicación del injusto típico en el derecho disciplinario, sin perder de vista las diferentes doctrinas elaboradas en el ámbito penal que, con singularidades y diferencias, pueden ser aplicables en el campo de lo sancionatorio - administrativo.

Como cuestión previa conviene destacar la dificultad que encierra, en la esfera disciplinaria, la tipificación de todos los ilícitos que potencialmente pueden cometer los funcionarios públicos. Si un ilícito, como dijimos, significa la infracción de un deber (aunque en relación a un bien jurídico protegido) es difícil que, de forma exhaustiva, puedan establecerse la totalidad de deberes a cumplir por el funcionario. Constatada la verdad del aserto que decimos, una de dos: o la falta disciplinaria vendrá dada por la genérica infracción de la "cláusula de buena conducta" (que engloba todo), o se admite un

---

(161) Asimismo, el principio de tipicidad en el ámbito penal exige la correspondencia entre el hecho real y el tipo penal. "De la acción que se adecua a un tipo penal decimos que es una acción típica". J. DEL ROSAL, Tratado de Derecho Penal español (parte general) Vol. I 2a. Edición, Madrid 1976, pág. 573.

(162) Tal como proclama la STS de 2 de Noviembre de 1981. Del mismo modo RAFAEL ENTRENA CUESTA, Curso... CO. RII., Vol. I/2, pág. 384 in fine.

(163) Como afirma, entre otros, FRANCISCO SANZ GAMBOSI, La potestad sancionatoria... CO. RII., pág. 115. En el ámbito penal ver CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español. Parte general I, Ed. Tecnos, Madrid 1976, pág. 372 y ss.

cierto "atemperamiento" (164) del principio de tipicidad (y de legalidad en general). Esta segunda opción, escogida por el derecho español, otorga mayor seguridad jurídica y por tanto resulta preferible, siempre y cuando podamos concretar los límites a los que en todo caso debe atenerse esa adaptación (165).

Para nosotros, como ya dijimos al hablar de la reserva de Ley, ese acomodo o flexibilización debe estar justificado en razones de tipo técnico como ya las señaladas, (166) sin extenderse más allá de lo estrictamente indispensable para ofrecer un mejor funcionamiento del aparato administrativo a los ciudadanos, fin este que una vez más constituye la clave de bóveda del sistema.

A la búsqueda de esos límites dedicamos las páginas siguientes.

## 2. La tipicidad como mandato al legislador.

Hasta ahora una característica importante de la legislación administrativa sancionadora había sido la frecuente utilización de "tipificaciones imprecisas y ambiguas, las fórmulas abiertas, las cláusulas de extensión analógica (166 bis) y las llamadas infracciones deontológicas, que impedían conocer a ciencia cierta cuales eran las conductas legalmente reprochables. Desde este punto de vista, la introducción "solemne y explícita" (167) del principio de tipicidad, debería

---

(164) Expresión utilizada por SUAY RINCON, Potestad ... op. cit., pág. 1334.

(165) Sobre los sistemas de tipificación de los ilícitos y las sanciones disciplinarias adoptadas en el derecho comparado ver Título III, Capítulo II, 2, B.

(166) LUIS PRIETO SANCHIS, La Jurisprudencia Constitucional..., op.cit., pág. 104.

(166b) Ver Título III, Capítulo II.

(167) GARCÍA DE ENTERRÍA - TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Curso... op.cit., II, pág. 165.

haber conllevado la invalidez de dichas descripciones (168) impidiendo que en el futuro pudieran reproducirse.

Sin embargo, en este campo, la jurisprudencia no ha reaccionado de forma adecuada ni con la contundencia que era de esperar (169) siendo el legislador quien, en ocasiones, a debido efectuar esa labor de adecuación al Texto Constitucional.

En las páginas siguientes analizaremos, en primer lugar, la problemática de las leyes en blanco a la luz de los principios de tipicidad y seguridad jurídica, cuya combinación según el TC, obliga al legislador a hacer el máximo esfuerzo posible en la calificación de los tipos (170). Esa afirmación ¿Exige en el derecho disciplinario que las normas (Ley o reglamento, tanto da) establezcan detalladamente las faltas y determinen exhaustiva y totalmente los efectos de las sanciones? (171) ¿Es

---

(168) En esa línea GARCIA DE ENTERRIA - TOMAS RAMON FERNANDEZ, Cursus, op. cit., II, pág. 165 quienes añaden "esta técnica de calificación del ilícito volatiliza en rigor el principio de tipicidad, que exige determinaciones más acotadas y precisas y no una revisión en blanco que pueda llenar cualquier norma mínima, a la cual queda así confiada la delimitación del espacio de lo ilícito y de lo prohibido o sancionable, con violación del principio de legalidad formal".

(169) No conocemos ninguna sentencia de nuestros más Altos Tribunales (Supremo, Constitucional) que hayan declarado la nulidad de la norma tipificada de la infracción por ese motivo. Únicamente, y que sepamos, se ha reducido el amplísimo ámbito de la descripción de lo ilícito utilizado por el art. 2 L.O.P.

(170) En concreto, la STC 62/82, de 15 de Octubre (libro escolar "a ver") en su f. j. n.º 7 dice: "que el principio de tipicidad a que responde el precepto (art. 25.1 de la C.) está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad jurídica protectora que persigue el derecho penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la calificación de los tipos".

(171) En derecho penal, el problema de las leyes en blanco ha merecido una gran atención por parte de la doctrina. En especial ver MUROI COMBE, F., Introducción al Derecho Penal. Barcelona 1.975, pág. 18; M. CODO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho Penal, op. cit., II, pá. 348.

Entre la doctrina italiana ver ANTOLISEI F. Manuale di diritto penale, Parte general. Milán 7a. Edición 1.975, pág. 117. Asimismo ver BRICOLA F. Comentario della Costituzione acura de G. MANCA. Art. 25, Bolonia, pág. 230.

Ahora bien en puridad ni en el ámbito penal existe precepto alguno que determine en su totalidad la conducta ilícita y su consecuencia jurídica. Por ejemplo, MIR PUIG señala que incluso para interpretar el art. 467 CP (el que este a otro será castigado con la pena de reclusión menor) debemos acudir a otros preceptos para saber en que consiste la pena de reclusión menor" MIR PUIG, S. Derecho... op. cit., pág. 26; Introducción a las bases del derecho penal, 1976, pág. 40 y ss.

permisible la remisión a otras normas que completen el comportamiento considerado ilícito? Si la respuesta es afirmativa ¿Bajo que limitaciones?

Un segundo problema relacionado con el anterior pero distinto, se plantea con la utilización de "tipos o cláusulas abiertas" ilícitos que exigen, para su concreción, la intervención del juez y no de otras normas. La cuestión es todavía más delicada que la anterior pues, en estos casos, se exige a los Tribunales de Justicia una actuación totalmente ajena a lo que, a priori, son sus funciones.

Por otra parte, el principio de tipicidad como mandato al legislador plantea el problema de las llamadas infracciones deontológicas, que no legales, po cuanto no constituyen trasgresiones jurídicas sino más bien de carácter ético (172). ¿Son aceptables después de la entrada en vigor del art. 25.1 de la C. y de la supresión Constitucional de los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil?

A. Las normas en blanco.

1. Consideraciones previas. La estructura de las normas disciplinarias.

a) Consideraciones previas.

Al abordar el principio de reserva legal tuvimos la ocasión de comprobar como, en determinadas circunstancias, se permite que las Leyes sancionadoras efectuen una remisión al reglamento en la tarea de concretar el contenido de algunos ilícitos y ciertos aspectos puntuales referidos a los castigos: Son las llamadas Leyes en blanco vistas desde la perspectiva formal, es decir, en las relaciones Ley - reglamento a la luz del principio de reserva de Ley que impone el art. 25.1 de la CE.

A continuación y desde la óptica del principio de tipicidad que emana igualmente del citado precepto, examinaremos los problemas que en el seno de los reglamentos disciplinarios puede plantear la descripción incompleta de comportamientos calificados como infracción. Ciertamente es que ambas cuestiones están íntimamente relacionadas, siendo imposible establecer unos contornos claros y diáfanos. Esa circunstancia nos obliga a remitirnos a lo expuesto en páginas anteriores (173).

b) La estructura de las normas disciplinarias.

La legislación disciplinaria, como gran parte de las leyes administrativas que prevén sanciones, se halla constituida por dos principales elementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (174). Así, los comportamientos considerados ilícitos (supuesto de hecho) se encuentran graduados según su importancia de forma tripartita en faltas muy graves, graves y leves (175). En otros preceptos de la Ley, se recogen todas las sanciones posibles (consecuencia jurídica) (176) que por razón de las faltas pueden imponerse concretando para cada grado de ellas un abanico de castigos que son de aplicación (177) y sobre los que la Administración sancionadora deberá optar, atendiendo a una serie de circunstancias principios o criterios (178).

---

(172) Tal como señala OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación... op. cit., pág. 284.

(173) Sobre todo ver Título III, Capítulo II, 2.

(174) Sobre el tema, más extensamente Título III, Capítulo II, 2b.

(175) Por ejemplo, arts. 6 RRFLE (faltas muy graves), art. 7 RRFCE (faltas graves), art. 8 RRFCE (faltas leves).

(176) Por ejemplo, arts. 14 RRFCE recoge todas las sanciones que pueden imponerse.

(177) Así el art. 17 del RRFCE dice que las faltas leves podrían ser corregidas con la deducción proporcional de retribuciones o el apercibimiento.

(178) Por ejemplo el principio de proporcionalidad, la intencionalidad de la acción etc.



Esta peculiar estructura difiere de la prevista en el ámbito penal donde frecuentemente un mismo precepto (que allí la doctrina denomina norma) recoge el supuesto de hecho (delito) y la consecuencia jurídica (pena) (179), circunstancia que condicionara en gran medida la aplicación de algunas doctrinas elaboradas en ese ámbito muy especialmente y como veremos, las referidas a las leyes en blanco.

Pues bien, en las páginas siguientes nos referiremos principalmente al examen de las calificaciones jurídicas recogidas en las leyes o normas disciplinarias, abordando de forma tangencial la problemática de las sanciones.

2. Concepto de Ley en blanco en la doctrina penalista. Su aplicación al derecho disciplinario.

La categoría de "Ley en blanco" fue elaborada por BINDING que la denominó "blankettstrafsetzen" (180) y que eran aquellas en las que la descripción de la materia prohibida no aparecía en todos sus extremos en la Ley que castigaba el acto ilícito, sino en un reglamento u ordenanza, es decir, en una disposición de rango inferior.

Bien porque Binding no aclaró suficientemente el particular bien porque "la construcción jurídica de estas leyes penales en blanco no es en absoluto muy clara", (181) la doctrina posterior amplió el marco de las mismas, añadiendo otros dos supuestos:

---

(179) Así el art. 407 CP dice "el que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor."

(180) BINDING, K, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1.885, I, pág. 190. Citado por RODRIGUEZ DE VESA, Derecho... *op. cit.*, pág. 188.

(181) J.A. SA INZ CANTERO, Lecciones... *op. cit.*, II, pág. 100.

- 1- Cuando el complemento se halla en otro precepto de la misma norma.
- 2- El complemento se halla previsto en otra norma jurídica, pero del mismo rango. (182).

La mencionada interpretación ha dado lugar a una concepción amplia (183) y una concepción estricta de ley penal en blanco. Los partidarios de esta última, aunque con matices, (184) conciben únicamente la ley en blanco como una autorización a una instancia legislativa inferior.

Lo cierto es que la mejor y más moderna doctrina alemana incluye en este concepto "toda proposición jurídica que fije la determinación del contenido del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la Administración" (185). Es decir, según estos autores, para describir el concepto de ley en blanco hay que prescindir del rango de la norma, debiendo abarcar todos los casos en que el complemento se halle fuera de la Ley (o el Reglamento) con independencia de si es del mismo o inferior rango que la primera (186).

---

(182) Es decir, "emanando de la misma instancia legislativa". En este sentido ver MEIGER, E., Tratado de Derecho Penal I, 2a. Ed., Edersa, Madrid 1.946, pág. 381 y ss.

(183) Partidario de esta tesis sería J.M. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho Penal, op. cit., pág. 190-199.

(184) As, JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, II, 3a. Ed., Buenos Aires 1.960, pág. 353 niega el carácter de Ley penal en blanco al supuesto en que el complemento se ubica en el mismo cuerpo legal, y aún admitiendo el caso de remisión a ley distinta del mismo rango, lo llama "caso impropio", reservando "la estrictez o rigurosidad de las leyes en blanco" para cuando el complemento corresponde a otra instancia legislante o a la Administración. En el mismo sentido ver ANTON OMECA, Derecho Penal. Parte General, I, Madrid 1.949, pág. 89.

Por su parte, STAMPA BRAUN, Introducción... op. cit., pág. 32 restringe más el concepto considerando únicamente el caso de que el complemento sea buscado en una instancia inferior.

(185) Tal como señalan, SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal, op. cit., pág. 29; MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona 1.975, pág. 18 y ss.; SAINZ CANTERO, Lecciones... op. cit., pág. 107.

(186) SANTIAGO MIR PUIG, Derecho... op. cit., pág. 28.

La trasposición de estas doctrinas a la especial problemática planteada en la legislación disciplinaria hace que adoptemos una postura intermedia a la hora de concretar que entendemos por normas en blanco. Al respecto y dada la peculiar incidencia de la potestad reglamentaria en este ámbito y las especiales características que concurren en la descripción de las acciones u omisiones ilícitas, resulta preferible obviar el rango de la disposición y afirmar que norma disciplinaria en blanco es aquella cuyo complemento en la descripción del ilícito se halla en otro precepto de dicha norma o en normas distintas con independencia de su rango (187).

Otra definición, haría inservible el concepto de ley en blanco pues toda la legislación disciplinaria caería dentro de ese concepto y nunca podríamos establecer la frontera que separa lo permitido de lo prohibido por el principio de tipicidad (188).

A modo de ejemplo, el RDFCE recoge como faltas de carácter muy grave, en su art. 6, los apartados E (la publicación o autorización indebida de secretos oficiales así declarados por Ley o clasificados como tales), H (el incumplimiento de las

---

(187) Siendo importante que en algún lugar de la misma se fijado expresa y previamente la consecuencia jurídica de tal comportamiento. En este sentido la doctrina penalista distingue el caso de "disposiciones que precisan el supuesto de hecho y realiten a otro lugar la fijación de la consecuencia jurídica", es decir, la pena o sanción. Sería lo que la doctrina denomina "ley en blanco al revés". (JIMENEZ DE ASUA, Tratado II op. cit., pág. 352 y ss).

Este tipo de normas resultan para algunos autores de dudosa constitucionalidad sobre todo y respecto a los cánones impuestos por el principio de legalidad "confiar la determinación de la pena a una disposición administrativa, de rango inferior al requerido para las normas penales, no constituye un procedimiento atento a las garantías constitucionales. Debe entenderse que sólo el Parlamento puede decidir algo tan delicado como la precisa determinación de una pena". SANTIAGO MIR PUIG, op. cit., pág. 29.

(188) A modo de ejemplo, si pusiéramos el acento en el rango de la norma, todas las leyes disciplinarias serían leyes en blanco. Así y para los funcionarios civiles del Estado, la Ley de 1964 en su art. 87.1 indica que "las faltas cometidas por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos podrán ser leves, graves o muy graves" siendo el art. 31 de la Ley 30/84 quien determina estas últimas, reeditándose al reglamento en la concreción de los supuestos de hecho que serán considerados faltas graves o leves.

normas sobre incompatibilidades) y K (la participación en huelgas, a los que las tengan expresamente prohibidas por la Ley). Todos ellas constituyen normas en blanco debiendo completar el ilícito por los datos que proporcionan otras normas distintas e incluso los preceptos contenidos en otros lugares de la propia disposición.

Este modo de legislar, por lo demás de uso corriente en el ámbito penal, (189) no tiene que ir siempre contra lo dispuesto en el art. 25 de la Constitución (190) tal y como ha reconocido el TC (191). Ahora bien, resulta necesario establecer donde se encuentra el límite, es decir, cuando esta técnica puede constituir un abuso, una actuación arbitraria que vulnera el principio de tipicidad. No podemos olvidar que el Derecho Administrativo es un derecho 'motorizado', que varía y se

---

(189) En Derecho Penal existen distintos ejemplos de leyes penales en blanco sobre los que la doctrina tiene ciertas dudas acerca del respeto que prestan al principio de legalidad. Entre ellos podemos destacar "el art. 343 bis del Código Penal (suspender medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir con las formalidades legales o reglamentarias), art. 339 (practicar una inyección contraviniendo lo dispuesto por leyes o reglamentos), art. 342 (despachar sustancias nocivas a la salud, a lo cual se está autorizando, sin cumplir con las formalidades prescritas en los Reglamentos respectivos)". JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ed. Ariel, Barcelona 1985, pág. 85.

En el ámbito disciplinario FRANCISCO SANZ GANDESERU, La potestad... *op. cit.*, pág. 18 afirma "el juego del principio de tipicidad expuesto en materia penal puede ser trasladado al ámbito sancionatorio exigiendo que la descripción normativa de las infracciones sea exhaustiva, aunque la norma que las prevea no sea de rango legal ... todo ello no vulneraría el principio de tipicidad, por cuanto lo que sí sería necesario que el reglamento en cuestión delimitara estrictamente que conductas pueden ser subsunidas como infracción, permitiendo una flexibilidad sólo los que fueran conceptos jurídicos indeterminados".

(190) Contra lo afirmado en el texto GARDERÍ LLIBREGAT, La aplicación... *op. cit.*, pág. 86.

(191) Así, en sentencia 8/81, de 30 de Marzo, consagra en el ámbito penal la utilización de preceptos en blanco, al considerar conforme al artículo 25.1 CE el art. 535 del CP que tipifica el delito de apropiación indebida, reutilizándose para completar el tipo ilícito a otras normas (en el presente caso se acusaba al recurrente de repercutir en beneficio de su empresa la retención de cuotas de la SS hechas a los trabajadores, cuya cuantía y modalidades de pago podían haber sido modificadas posteriormente por el Decreto 2299/79, de 5 de Octubre, que permitía un pago aplazado) y para la determinación de los castigos al art. 238.1 del CP.

transforma rápidamente y que por múltiples razones (192) debe utilizar esas formas de descripción de lo prohibido.

La única manera de compatibilizar la debida eficacia que guía la actuación de la Administración Pública, con la seguridad jurídica, es que "la norma auxiliar" determine únicamente "las condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca entre definir lo prohibido mismo" (193).

Es decir, la norma disciplinaria (Ley o reglamento) debe mantener la autonomía de la materia prohibida que describe, procurando que no se convierta únicamente en algo aleatorio de lo que establezca al respecto otro precepto de la misma disposición u otra norma distinta (194). En otras palabras, el reglamento disciplinario debe establecer el núcleo del comportamiento que pretende incriminar, recogiendo un marco sistemático de remisión en donde, además, se prevea la consecuencia jurídica (sanción) de esa acción u omisión, y las directivas explícitas o implícitas a las que la disposición remitida debe acomodarse, so pena de invalidez.

En definitiva, se trataría de conseguir que en la legislación disciplinaria, cada ilícito contuviera la esencia

---

(192) Ver Título III, Capítulo II, 2. En síntesis, la remisión a otras normas distintas podría obedecer a) Cuestiones técnicas derivadas de la dificultad de la materia tratada a su constante evolución evitando de ese modo su petrificación b) Razones que atañan a la propia distribución territorial del poder. En el derecho disciplinario la utilización de normas en blanco vendría dada, en la generalidad de ocasiones, por la especial idiosincrasia de la materia abordada, la imposibilidad de tipificar la multitud de deberes y obligaciones del funcionario y las diferentes tareas que cada grupo, cuerpo y escala desempeñan.

(193) MUSTOS RAMÍREZ, Manual... op. cit. pág. 85.

(194) Así se manifiestan en el ámbito penal, JESCHECK, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlín 3ed 1.978, pág. 86, (citado por RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho... op. cit., pág. 189 quien asume su opinión).

de aplicación y demás elementos y criterios fundamentales que hayan de seguirse para la incriminación de las acciones u omisiones, relegando a la norma auxiliar aspectos de detalle y puesta al día pues no olvidemos que "la última ratio" sobre la que se sustenta el principio de legalidad es la necesaria certeza o seguridad jurídica que debe presidir todo sistema punitivo. En todo caso, el destinatario de la norma ha de poder conocer de forma clara que comportamientos están prohibidos y cuales no, así como los castigos que pueden serle de aplicación.

Aplicando este esquema a nuestra legislación positiva podrían aparecer ciertas dudas sobre el acomodo constitucional de algunos ilícitos. Así ocurre, por ejemplo, cuando el art. 3 E del RDFCE señala como falta leve "el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave". Al actuar de esta forma, el reglamento disciplinario se está remitiendo a dos lugares distintos:

- 1- A las normas que regulan los deberes u obligaciones del funcionario (195).
- 2- A los arts. 6 y 7 que determinan las faltas de carácter grave y muy grave.

Este modo de legislar, al constituir una clara indeterminación y no mantener la autonomía de la materia prohibida que describe podría infringir los límites establecidos por el art. 25 CE .

Asimismo, el art. 8 en su apartado A (el incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave), remite la concreción del comportamiento ilícito a dos lugares distintos:

- a).- El horario establecido para las oficinas públicas de la

---

(195) Que son múltiples y variadas (LFCE, LMRFP, legislación sobre incompatibilidades, reglamento sobre situaciones administrativas, etc.).

Administración del Estado que, como es sabido, se encuentra determinado con carácter general en la disposición 4a. de la Instrucción de 21 de Diciembre de 1983.

b).- Al art. 7 del mismo Reglamento Disciplinario (por el que se concretan determina las faltas de carácter grave) (196)

Una cuestión distinta a la abordada hasta ahora y que afecta especialmente a los funcionarios locales, nos lo proporciona el análisis de los artículos 147 y 148 del TRRL y la configuración del Estado Autonómico.

En efecto, dichos preceptos determinan que:

- 1) "Las faltas muy graves serán tipificadas por la legislación básica de la función pública (es decir el art. 31 de la LMRF)" (197).
- 2) "Las faltas graves y leves serán las establecidas en la legislación de la función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y supletoriamente en la legislación de funcionarios civiles del Estado".

Ese modo de legislar comporta una serie de problemas que brevemente vamos a exponer.

En lo referente a los ilícitos disciplinarios resulta claro que las faltas muy graves, al tener el carácter básico, son comunes para todos los funcionarios públicos cualquiera que sea

---

(196) El art. 7.1 I afirma que es falta grave "el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de 10 horas al mes".

(197) Declarado básico por el art. 1.3 de la LMRF (apartado redactado conforme a la ley 23/88, de 28 de Julio (BOE n.º. 181 de 29 de Julio)).

la Administración en la que desempeñen su puesto de trabajo (198).

Esa declaración, soluciona de forma correcta los problemas que acarrea la configuración del Estado Autonómico (199). La duda surge cuando contemplamos la diversidad de sanciones que prevén las leyes estatales y el TRRL (200).

---

(198) A pesar de ello, la Ley Foral, 13/83 de 30 Marzo, reguladora del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, recoge una tipificación distinta de las faltas muy graves (art. 63). Esta circunstancia da lugar a ciertas irregularidades como por ejemplo el caso de las "conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio ..." que en la legislación estatal es una falta de carácter grave (art. 7.1 c del Reglamento 33/86 de 10 de Enero) y que se aplicaría en el ámbito local de forma subsidiaria cuando no exista legislación autonómica al respecto. Sin embargo la Ley Foral mencionada califica ese hecho como falta muy grave (art. 63.1) resultado que un funcionario local, en esa comunidad, no podrá ser suspendido del servicio ni sancionado, infringiendo los principios fundamentales del Estado autonómico.

La mencionada ley fue modificada por la Ley Foral 2/88 de 24 de Marzo en lo que respecta a las situaciones administrativas de los funcionarios públicos debiendo modificarse igualmente a la luz del art. 31 de la LMRPF 30/84, de 2 de Agosto.

Sin embargo, la situación denunciada debe interpretarse a la luz de la doctrina recogida en la STC 140/90, de 20 de Septiembre, sobre los territorios históricos.

(199) El concepto de bases ha sido estudiado entre otros por ELISED AJA, JOAQUIN TORRES, TOMAS FONT, JUAN MANUEL PERALES, ENOCH ALBERTI. El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, ed. Tecnos. Madrid 1.989, págs. 143 y ss.; MUGOI MACHADO, Derecho Público de las Comunidades Autónomas. I. Civitas. Madrid 1.982, págs. 375 y ss.; TOMAS Y VALIENTE, F. El reparto competencial en la jurisprudencia del TC. Ed. Tecnos. Madrid 1.988, págs. 108 y ss.; M. BASSOLS, Comunidades Autónomas y ordenación del crédito, REPC n.º. 8, págs. 128 y ss.; Varios Autores, Normativa básica en el ordenamiento jurídico español. Ministerio para la Administración Pública. Madrid 1.990, págs. 17 y ss.; IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE. El sistema competencial en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, 1.989, págs. 64 y ss.; GARCIA DE ENTEPIÑA, La ejecución autonómica de la legislación del Estado, Madrid 1.983, págs. 66 y ss.

(200) Así, el TRRL en su artículo 148 señala: 1. "Por razón de las faltas a que se refiere el artículo anterior podrán imponerse las sanciones siguientes:

- a) Apercibimiento.
  - b) Deducción proporcional de las retribuciones.
  - c) Suspensión de funciones.
  - d) Destitución del cargo.
  - e) Separación del servicio.
2. Las faltas leves sólo podrán corregirse con las sanciones que se señalan en los apartados a) y b) del número 1 de este artículo.  
Las faltas de puntualidad y las de asistencia, cuando constituyan faltas leves, se sancionarán con la deducción proporcional de las retribuciones.
3. Las sanciones de los apartados b), c) y d) de dicho número se impondrán por la comisión de faltas graves.
4. Las faltas muy graves se corregirán con las sanciones de los apartados c), d) y e) del mismo número.



En efecto, el artículo 31.2 de la LMRFP crea un nuevo castigo (la deducción proporcional de retribuciones) de carácter básico (201) y que viene a sumarse a las previsiones recogidas en el artículo 91 de la LFCE pues dicho texto legal ha sido derogado sólo parcialmente por la nueva regulación ¿Tiene este precepto carácter básico dado su origen preconstitucional y la mayor importancia cualitativa de las sanciones que tipifica? (202). Si la respuesta fuese afirmativa, las sanciones previstas para los funcionarios de la Administración Local deberían coincidir con las tipificadas por la normativa estatal (cosa que no ocurre) no pudiendo "introducir tipos ni prever sanciones que

---

(200) .../...

Por su parte las sanciones previstas en la normativa estatal son las siguientes:

a) LFCE artículo 91.

1.- Por razón de las faltas a que se refieren los artículos anteriores podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Separación del servicio.

b) Suspensión de funciones.

c) Traslado con cambio de residencia.

d) Apercibimiento.

2.- La separación del servicio, que únicamente se impondrá como sanción de las faltas muy graves, se acordará por el Gobierno, a propuesta del Ministro correspondiente, quien previamente oirá a la Comisión Superior de Personal.

Asimismo, el artículo 31.2 prevé que "Las faltas graves de puntualidad y las de asistencia, cuando constituyan faltas leves, se sancionarán con la deducción proporcional de las retribuciones".

(201) Artículo 1.3 LMRFP.

(202) Como dicen AJA y otros. El sistema... op.cit., pág. 146, "Una de las primeras aportaciones del Tribunal Constitucional en torno al concepto de bases fue precisar que tal concepto no es formal si no material".

Con este mismo criterio en la STC 24/1984, de 21 de febrero, se establece "...de esta noción material de "bases" se infiere que lo esencial de su concepto es su contenido; por lo cual, aunque las Cortes deberán establecer que es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, cuando la materia está regulada por normas preconstitucionales, y hasta tanto se dicte la Ley correspondiente, el Gobierno puede inferir cuales son las bases de aquellas, siempre que ello sea posible sin que la deducción sea sólo aparente y se convierta en una verdadera labor de innovación, y sin perjuicio de que tal deducción siempre nacería afectada de una cierta provisionalidad y quedaría pendiente de que el legislador le confirmase o le revocase, y por último ocurre que en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional".

fundamento razonable, de los ya recogidos en la normativa válida para todo el territorio" (203).

Por el contrario, nosotros creemos que el carácter básico del artículo 91 LFCE no puede sin más inferirse de la Constitución pues si así lo hubiere querido el legislador lo habría dicho expresamente en la LMRFP. Por tanto, declarar básica únicamente la sanción más leve de las previstas para los funcionarios de la Administración Estatal significa que sólo ésta debe ser respetada por el resto de las Administraciones Públicas, en elemental aplicación de los principios "inclusio unius exclusio alterius" (204) o "cuando la ley quiso decir, dijo y cuando no calló".

Un segundo problema iría relacionado con los límites constitucionales de la ley en blanco pues el mecanismo instaurado por estos preceptos implica que un Decreto legislativo estatal autoriza o delega en los órganos de las Comunidades Autónomas (Parlamento o Gobierno) y subsidiariamente a la Administración central, la concreción de los hechos antijurídicos, sin determinar previamente "el núcleo de la conducta ilícita que debe perseguirse", técnica legislativa que sin duda sería difícilmente aceptada en el ámbito penal.

---

(203) STC 87/85, de 16 de Julio (Pleno) R. Inconstitucionalidad 707/83 (BOE de 14 de Agosto 1985). Comentada por A CANO MATA, Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas, *RAP* 119, Mayo - Agosto 1989, pág. 199 y ss. Al respecto ver Título II, Capítulo II.

(204) Pues el legislador podría haber declarado básico de igual modo el artículo 91 de la LFCE por medio de la reforma acaecida en la LMRFP.

**B. Los tipos abiertos o cláusulas abiertas:  
Sus límites constitucionales.**

El primero que estudió y acuñó la expresión fue Welzel (205) para quien la característica principal de estas cláusulas es que solo parte del tipo está legalmente descrito siendo juez quien concreta el resto. Es decir, la situación se plantea de forma semejante a la ley en blanco estudiada anteriormente pero con la diferencia de que esta, para su determinación, requiere de otra norma jurídica distinta u otro precepto de la misma norma, mientras que los llamados tipos o cláusulas abiertas se complementan a través de la jurisprudencia (206).

En nuestra legislación disciplinaria serían ejemplos de cláusulas abiertas las recogidas en los arts. 6 F del RDFCE ("notoria falta de rendimiento") art. 7.1 E ("grave desconsideración con los superiores"), el apartado N ("la grave perturbación del servicio") o la ya habitual cláusula de estilo que tipifica "en general, el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario" (207) no excesivamente respetuosa con el principio de determinación.

-----

(205) WELZEL, M. "Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung. Undécima edición, Berlin 1969. Traducción castellana por BUSTOS RAMIREZ J. y YAGUEZ S., 2a. edición, Ed. Jurídica Santiago de Chile 1976.

(206) En derecho penal, la doctrina destaca como tipos abiertos los delitos de omisión impropios y los delitos culposos por imprudencia o negligencia, en los que el legislador no puede referirse sino de forma general, sin especificar el contenido de la materia de la prohibición, esto es, en que consiste en cada caso la falta de cuidado, lo cual es cumplimentado por el juez. En este sentido ver JUAN BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal, op. cit., pág. 36 y 87.

(207) Art. 106.2 b Ley de 25 de Junio de 1985 de la Función Pública de Castilla - La Mancha, art. 62 i Ley Foral Navarra de 30 de Marzo de 1983.  
Por un análisis del tema ver MONTORO PUERTO, M., implicaciones del principio de tipicidad de las infracciones administrativas en la legislación de las Comunalidades Autónomas, en A.A. 1986 n.º. 2, pág. 2295 y ss.

A nadie escapa la importancia del tema. El dejar a la responsabilidad de la Administración que sanciona o al juez que revisa su actuación la concreción de lo que es una grave perturbación del servicio o lo que constituye una perturbación no tan grave, resulta complicado y delicado hacia el principio de seguridad jurídica que el art. 9.3 de la C. proclama como una de las máximas que deben regir nuestro ordenamiento jurídico.

Porque el problema de estas cláusulas es el siguiente: ¿Dónde se encuentra el límite de lo permitido o prohibido por nuestra Constitución?. Debemos señalar, como ya dijo la doctrina hace unos años, (208) que no corresponde a la jurisprudencia la tarea de ajustar nuestro derecho sancionador a las pautas constitucionales. En el proceso unitario de creación-aplicación del derecho, los jueces tienen una función individualizadora, de concreción del ordenamiento, pero, como afirma con acierto una sentencia de 4 de Marzo de 1981 (209) "no es dable exigir de la jurisdicción contencioso-administrativa que subsane ... imperfecciones de tipificación existentes en sus Reglamentos (se refiere a un Reglamento del Colegio de Farmacéuticos) u omisiones de actualización, supliendo así por vía hermenéutica tareas de "lege ferenda" que no es precisamente a los Tribunales a quien compete impulsar".

En este sentido, tipificar como falta disciplinaria "el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario" constituye, a nuestro juicio, una vulneración de los arts. 9.3 y

---

(208) Tal como señala LUIS PRIETO SANCHIS. La Jurisprudencia Constitucional... op. cit., pág. 103.

(209) STS, Sala 4, Ponente, Magistrado Don Aurelio Botella Taza. (Ar. 1303).

25.1 CE, pues no llega a determinar el juicio de desvalor ni la conducta prohibida por la norma, olvida la necesidad de conectar los ilícitos al bien jurídico protegido y traslada al juez la responsabilidad de realizar una tarea que, en puridad, corresponde al legislador.

Por otro lado es necesario resaltar aquí la confusión que en la doctrina se ha producido entre los tipos o cláusulas abiertas y las leyes en blanco. Como ya se dijo, si en las primeras corresponde su labor de complementación a la jurisprudencia, las segundas deben concretar su significado en otra norma jurídico-positiva (210).

Un ejemplo claro de la cláusula abierta, ajeno a la legislación disciplinaria pero que demuestra el esfuerzo jurisprudencial realizado en la materia, lo constituye el art. 2. 1 de la Ley de Orden Público ("Las conductas que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores alterasen la paz pública o la convivencia social") (211) que desde todos los

---

(210) GARCIA DE ENTERRIA - TOMAS RAMON FERNANDEZ, *Curso ... op. cit.*, pág. 165 recogen como ejemplo de cláusulas abiertas el art. 66.1 de la Ley de Prensa e Imprenta que sostiene "la infracción de los preceptos legales y reglamentarios en materia de prensa e imprenta será sancionable en vía administrativa" o también el art. 225 de la Ley del Suelo "la vulneración de la prescripción del contenido en esta Ley, o en planes, programas, normas y ordenanzas tendrán la consideración de infracciones urbanísticas y llevará consigo la imposición de sanciones a los responsables". Ambos ejemplos, de acuerdo con la clasificación expuesta, constituyen leyes en blanco por cuanto deben completar su significado en otra parte de la misma norma jurídica o en otra disposición legislativa o reglamentaria.

(211) En un intento de limitar el contenido de esa infracción, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1981, sala 4a, (aranzadi 2.507) afirma "Según ha sido reiteradamente declarado por esta sala - sentencias de 17 de Diciembre de 1980 y 15 de Abril de 1981-, si bien en el apartado 1 del art. 20. de la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1959 se recogen, como actos contrarios al Orden Público, "los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltasen a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social". no cabe interpretar el referido precepto en forma tan amplia que suponga una auténtica habilitación para que la Administración pueda encajar en él cualquier conducta, sin que, lógicamente pueda alcanzar a que en el mismo resultado se incluya la edición de revistas de contenido pornográfico".

prismas constituyen una total y absoluta indeterminación no llegando a describir en modo alguno la conducta a castigar.

La jurisprudencia constitucional ha analizado este tipo de cláusulas aunque lo ha hecho a propósito de otro tipo de problema que veremos en el siguiente capítulo: las infracciones deontológicas. Es necesario señalar que, ciertamente, resultan de difícil distinción, en ocasiones, las cláusulas abiertas (encomiendas de conceptos jurídicos indeterminados) y las tipificaciones de carácter deontológico o ético (por ejemplo la falta de probidad moral o material) puesto que también están integradas por conceptos jurídicos indeterminados.

El tribunal Constitucional tuvo ocasión de declarar en la Sentencia 62/82, de 15 de Octubre (libro escolar "A ver") (212) los límites que debían presidir el principio de tipicidad. Así,

---

(212) Sentencia de la Sala Primera, Recursos de Amparo núm. 185/1980 y 402/1981; ponente Don Rafael Sáez Ferrer Morán. Los hechos que centran esta sentencia resultan, en cierto modo, rocambolescos. El recurrente es aparo Sr. A.B.C. dueño de la empresa editorial "Logo Ediciones", ordenó en su día la publicación del libro titulado "A ver", destinado a la educación sexual de los niños. El mencionado libro fue traducido al alemán, idioma que el Sr. A.B.C. conocía perfectamente. Una vez realizado el trabajo pidió colaboración a Doña D.F.G., profesora de Educación General Básica y madre de familia, al solo objeto de concretar ciertas palabras del lenguaje infantil.

Se hicieron del libro 5.000 ejemplares acabando la edición en Abril de 1979. El Sr. A.B.C. consiguió su exhibición en la Feria del Libro de Madrid 1979, sección de literatura infantil, habiéndose vendido la mayor parte de la tirada; la STS considera así mismo hechos probados que la obra, de 176 páginas, contiene en su portada la indicación que espera "sirva a los niños y a los padres como puente aceptable de información y que se les facilite el cambio hacia una sexualidad feliz exarrecada por el amor, el cariño y el sentido de la responsabilidad", agregando en la página 5 que "las personas de cualquier edad reaccionan de modo sexual y que solo una parte reducida de las acciones sexuales van dirigidas a la procreación", para resaltar posteriormente delineando en citas históricas que el coito sirve para la procreación y para el placer, lo inútil de la virginidad y las corrupciones de los conventos, añadiendo otras citas como por ejemplo sobre el comportamiento sexual de una niña de 3 años con un hombre de 24 (pág. 8), el de una joven de 15 con chicos de su colegio (pág. 7), un informe sobre los órganos de una niña (pág. 10), las masturbaciones de los niños (pág. 11), añadiendo la STS que en lo que respecta a la parte gráfica de la obra son especialmente significativas las fotografías de las páginas ... y los textos que lo acompañan, a los cuales nos remitimos, donde salzan distorsionados, bajo el subterfugio de la educación, el mal gusto, la procreación y la chavacanería, el lapudor y el mal ejemplo que dañan la moral sexual y la moral socio-cultural imperante en los momentos actuales de la vida española, y que por funcionarios de la Policía Judicial han sido secuestrados 736 ejemplares del libro, uno de los cuales está unido en una cuerda floja a la causa".

el fundamento jurídico núm. 7 de la mencionada resolución afirma: "el actor alega la infracción del principio de legalidad en materia penal a que se refiere el art. 25.1 de la Constitución, ya que los conceptos de los arts. 431 y 566.5 del Código Penal (el pudor, las buenas costumbres, la moral y la decencia pública) aplicados por la sentencia, son abstractos, relativos e inconcretos, y no contienen para el ciudadano un mensaje taxativo que toda norma penal ha de comprender.

En relación con esta pretendida vulneración debemos reconocer -dice el Tribunal- que el art. 25.1 de la C. establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta (o infracción administrativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos" y añade posteriormente: "pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución ... y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate, ello sin perjuicio de la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, debe tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y la determinación de la pena por el Tribunal".

el fundamento jurídico núm. 7 de la mencionada resolución afirma: "el actor alega la infracción del principio de legalidad en materia penal a que se refiere el art. 25.1 de la Constitución, ya que los conceptos de los arts. 431 y 566.5 del Código Penal (el pudor, las buenas costumbres, la moral y la decencia pública) aplicados por la sentencia, son abstractos, relativos e inconcretos, y no contienen para el ciudadano un mensaje taxativo que toda norma penal ha de comprender.

En relación con esta pretendida vulneración debemos reconocer -dice el Tribunal- que el art. 25.1 de la C. establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta (o infracción administrativa) de acuerdo con la legislación vigente. Es cierto que el principio de tipicidad a que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos" y añade posteriormente: "pero dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución ... y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate, ello sin perjuicio de la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, debe tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y la determinación de la pena por el Tribunal".



La solución que da el Tribunal Constitucional parece lógica. En ocasiones resulta difícil, o incluso imposible, acotar determinados conceptos jurídicos. No obstante, en un afán de concretar lo que está prohibido por nuestra Constitución, la doctrina señala que el límite de lo admisible "solo quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa" (213).

De este modo, la discrecionalidad, tanto administrativa como jurisdiccional, queda reducida al máximo respetándose el principio de tipicidad impuesto por el art. 25.1 de la Constitución.

---

(213) En este sentido ver J. BUSTOS RAMIREZ, Manuel... op. cit., pág. 27. En la doctrina administrativa, y comentando la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada, ver, FRANCISCO SAMI GAYDSEGUI, La potestad... op. cit., pág. 116 y 117 donde señala "esta flexibilidad en la descripción del tipo normativo parece lógica y exigida por la misma naturaleza de las cosas. Hay algunos conceptos que son de por sí indeterminados, lo cual no implica que pueda determinarse en un momento dado, y que, por lo tanto, la discrecionalidad esté en todo punto cerrada, lo que ocurre es que son de difícil citación o descripción.

En parecidos términos se manifiesta ANTONIO CANO MATA, Las infracciones administrativas... op. cit., pág. 110 cuando señala "el principio de tipicidad obliga al legislador, ... a realizar el máximo esfuerzo para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos.

Sin embargo, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación, sí que en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en que se inserta nuestra Constitución".

## C. Las infracciones deontológicas. La prohibición constitucional de los tribunales de honor.

Como ya denunció hace años la doctrina, en nuestro derecho disciplinario ha sido demasiado frecuente la "tipificación de infracciones administrativas no tanto legales cuando puramente deontológicas, de apreciación abierta virtualmente" (214). Así, resulta proverbial las referencias a la "falta de probidad moral" (art. 88 de la LFCE y art. 204 del ROPG de 17 de Julio de 1975), la comisión de "actos deshonorosos" (art. 94 de la LFCE), la "falta de ética y dignidad profesional" (art. 5.1 de la LPC de 1974) y actualmente "el atentado grave a la dignidad de los funcionarios" (art. 7.1 ñ del RDFCE).

El mencionado problema se diferencia de los examinados anteriormente en que, además de constituir cláusulas indeterminadas, se utilizan términos aparentemente deontológicos o éticos en lugar de tipos jurídicos tecnicados. Ambos, pues, (las llamadas cláusulas o tipos abiertos y las infracciones deontológicas) coinciden en que están formulados mediante conceptos indeterminados que deben ser rellenados por obra jurisprudencial pero se diferencian en que los tipos abiertos, además, pueden estar formados por conceptos jurídicos con significación puramente legal, perfectamente tecnicados (215).

---

(214) GARCIA DE ENTERRIA - TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso ... op. cit., II, pág. 166.

(215) Los conceptos jurídicos indeterminados son expresiones legales de carácter variable que carecen de significado propio y, en consecuencia, el mismo depende de las circunstancias de tiempo, lugar, momento histórico etc. Ahora bien, tal como nos indica RAFAEL ENTERRIA CUESTA, Curso ... op. cit. Vol I/I, pág. 161 "la actividad administrativa no puede calificarse de discrecional basándose en que la Ley utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados ... Antes al contrario, en tales supuestos ... la actuación administrativa se hallará predeterminada por la concurrencia de los casos que podría ser examinada por los Tribunales ...".

Al respecto, GARCIA DE ENTERRIA, La lucha contra las inmundades del poder. Ed. Civitas. Madrid 1983. Págs. 35 y ss. dice: " Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser mas que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio; o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o .../...

En España, el empleo de esas fórmulas ha sido algo frecuentísimo. El ejemplo más representativo sería la llamada falta de probidad moral o material (216), que tanto Jungo dió a la hora de sancionar conductas de todo tipo (217) pero que nadie

---

(215) .../...

no lo es, etc. Tertium non datur". Y añade: "Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o de estimación, que ha de atenderse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto regula. Justamente por eso, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado - discrecional, porque no admite más que una solución justa". Y concluye diciendo: "La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende enseguida; allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación". Al respecto ver Sainz Moreno, F. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Ed. Civitas Madrid 1.976.

(216) Para un análisis de esa falta ver GONZALEZ MARIÑAS, P., Reflexiones sobre el derecho disciplinario: Delimitación de la llamada "falta de probidad", BA No. 150, Noviembre-Diciembre 1972, pág. 61 y ss.

(217) La lectura de las sentencias recaídas sobre el tema, constituyen un auténtico compendio de anécdotas, vicisitudes y situaciones rocobolescas que no podemos sustraernos a la atención de reproducir, al menos en parte.

En una resolución del Tribunal Supremo (10-6-61, ar. 2604) se califica como falta de probidad moral la conducta de un funcionario de la Administración local que "cometió repetidamente y a veces en la propia oficina de la secretaria aunque las ais fuera de ella, actos de aberración sexual en sus más graves manifestaciones prevaleciéndose de su ascendiente como secretario de Ayuntamiento, utilizando para ello el señuelo de procesas de impunidad en faltas de pastoreo u otras análogas y otros engaños o seducciones, llegando a trascender y produciendo la indignación popular".

Otra sentencia de 3-5-1960 (art. 2125), ponente exmo. señor Juan de los Rios Hernández) también califica con esa falta los hechos siguientes: Se trata de un caso de coacción por parte del jefe de la Guardia Municipal de B. " de actos gravemente inmorales, realizados en personas que concurrían al teatro C. de la localidad, al amparo de la oscuridad que ofrecía la proyección de películas cinematográficas". Otros informes demuestran también - continúa la sentencia - que dicho funcionario era persona "tarada de varias lacras bajo el punto de vista moral y profesional" y que "en el concepto general se considera que su permanencia en el cargo envuelve un evidente desprestigio de la autoridad, e incluso peligro de alteraciones del orden e indisciplina entre sus subordinados, al sentirse mandados por persona de tales antecedentes".

Es también representativa la sentencia del Tribunal Supremo que lleva fecha del 18 de Marzo de 1970 (A. 1277; ponente, exmo. señor Don Miguel Cruz Cuenca). Se trata de un difícil fallo de nuestro Tribunal Supremo - según dice GONZALEZ MARIÑAS - que hace referencia a un supuesto de exceso en el cumplimiento de sus obligaciones por un guardia municipal (utilizando medios desproporcionados para repeler un intento de agresión, con consecuencia de muerte del agresor). La conducta habitual del inculpaado fue calificada por el alcalde del municipio de "extraordinaria", en cuanto guardia municipal, "celosísimo en el cumplimiento de su deber y destacado del resto de la plantilla en el cumplimiento recto de sus deberes y obligaciones". El Tribunal Supremo no estima la existencia de falta de probidad en ese "exceso en el incumplimiento de sus deberes - confirmado los términos de la sentencia de la Audiencia Territorial apelada por el abogado del Estado.

consiguió concretar en qué consistía, hasta dónde extendía sus límites y cual era su significado llegándose a calificar como "falta de hombría de bien" (218), "quebranto de los principios de rectitud, integridad moral y honradez en el obrar" (219), etc.

La utilización corriente de esos injustos era propiciada por los Tribunales de Honor, auténticas "instituciones dentro de la institución administrativa" (220). En los debates constitucionales ya se pudo observar el deseo de la mayoría de grupos pidiendo su supresión (221) lo que se consiguió en el ámbito de la Administración Civil, por la redacción dada al art.

---

(217) .../...

La STS de 9 de Marzo de 1959 (ar. 990, plemente excoo. señor don José María Cordero de Torres), analiza la inculpación de la falta de probidad a un subinspector de Policía Municipal de "hacer objeto de trato desconsiderado al público en general y a sus subordinados, aceptar obsequios, anular denuncias, inclinación a la bebida, utilizar para su uso particular coches de un industrial y permanecer incapaz, sin adoptar medida alguna, ante el estado de corrupción e indisciplina del Cuerpo de Policía Urbana". Es decir, toda una joya de comportamiento.

Por último, la STS de 5 de Diciembre de 1956 considera como "falta de probidad profesional" la actitud de un funcionario que entre otras cuestiones llevaba una vida marital con quien no era su esposa.

Al respecto ver GONZÁLEZ RIVERO, P. Reflexiones... op. cit. págs. 80 y ss.

(218) Así la probidad, significa "moralidad en constante acción, integridad y honradez en el obrar, o hábito de rectitud y hombría de bien" (STS 5-III-59. AR. 3314).

"El concepto de probidad profesional abarca toda acción lo suficientemente grave, por su trascendencia, en cuanto entraña falta de la debida bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad, honradez en el obrar". (STS 26-I-70; AR. 241).

Es falta de probidad moral el "olvido de las normas de decoro personal e infracción de las reglas éticas impuestas social y consuetudinariamente a una determinada profesión". (STS 21-I-66; AR. 4477).

(219) STS 24 - II - 64 y 26 - II - 64.

(220) Diario de Sesiones del Congreso de 8 de Junio de 1978, pág. 3085. Denominación dada por el Profesor Fraga Iribarne a los Tribunales de Honor con motivo de la discusión del Título relativo al Poder judicial en la Comisión de Asuntos Constitucionales y libertades Públicas del Congreso de los Diputados.

(221) Fue una enmienda del Grupo Comunista la que pidió su supresión por considerarlos anacrónicos (Solé Barberá, Diario de Sesiones del Congreso, 8 de Junio 1978, pág. 3085). A ella se sumó el Grupo de Socialistas de Cataluña. Finalmente se optó por la no constitucionalidad del tema, prohibiéndose en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales. Para este último aspecto ver BAENA de ALCAZAR, R., Los colegios profesionales en el Derecho Administrativo español, Madrid 1968.

26 CE. Este precepto, por sí sólo significó, no únicamente la "racionalización de las conductas de los funcionarios públicos para que se ajusten al interés del servicio público obligatoriamente y bajo amenaza de sanción" (222) sino además, "la introducción del principio de tipicidad ... como garantía de los derechos de los funcionarios" (223). A partir de entonces y en lo referente a este último aspecto, sólo puede considerarse falta aquello que previamente ha sido prohibido y tipificado por ley anterior, "exigiendo que se sancionen hechos concretos, no conductas abstractas" (224). Sin duda la declaración constitucional prohibiendo los tribunales de honor en el ámbito de la Administración Civil ha contribuido muy favorablemente a la perfección del principio de tipicidad y con él al de seguridad jurídica (225).

Dejando a un lado la problemática de la supresión de esta clase de tribunales, cuestión que merecería un estudio más detallado, (226) lo cierto es que a nadie escapa el peligro que

---

(222) GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Comentario al artículo 26, pág. 537.

(223) GARRIDO FALLA y otros, *op. cit.*, pág. 537.

(224) GARRIDO FALLA y otros, *op. cit.*, pág. 537.

(225) En este sentido quedó derogado automáticamente el artículo 94 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (de 7 de Febrero de 1964) que establecía "con independencia de lo dispuesto en esta ley... podrá seguirse procedimiento ante Tribunal de Honor para conocer y sancionar los actos deshonorosos cometidos por los funcionarios que les hagan desmerecer en el concepto público o indignos de seguir desempeñando sus funciones", reeditándose a continuación a sus "disposiciones peculiares". Entre éstas hay que recordar la Ley de 17 de octubre de 1961 (modificada por la de 30 de diciembre de 1944) y la Disposición Adicional Segunda del Reglamento de 16 de agosto de 1969 sobre régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado.

Debemos recordar que, además, las resoluciones de estos órganos no eran recurribles ante los Tribunales de Justicia, circunstancia que hoy chocaría frontalmente con el artículo 24.1 CE.

(226) En este sentido ver VIPEBOF, *Tribunales de Honor*, RGLJ n.º. 100, 1902, págs. 347-355; M. GONZALEZ - DELEITO, *Tribunales de Honor B.I.C.A.H.* n.º. 3, 1974, págs. 347-350; J.A. GARCIA TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, III, 2, Madrid 1970, págs. 1000-1003; GUAITA, A., *La Administración Militar*, RDP n.º. 7, 1952, págs. 105-126. Del mismo autor, *Comentario al art. 26 CE en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Colección dirigida por Oscar Alzaga, tomo III, Edersa 1983, págs. 106-115.

aún en la actualidad encierra la utilización de estos injustos de carácter ético o deontológico. El enorme margen de interpretación que conllevan hace que deba ser, en cada momento, concretado perfectamente en que consiste la infracción que se imputa al funcionario, el contenido de la falta, los hechos realizados y la relación de estos con el tipo legal, so pena de infringir claramente el art. 25.1 de la Constitución.

Este problema ya fue denunciado hace tiempo por la doctrina considerando que utilizar "la fórmula de las infracciones disciplinarias de carácter deontológico - profesional ... no sería admisible en un sistema punitivo abstracto basado en una situación de supremacía general (sería llamado por la doctrina alemana "parágrafo del sinvergüenza", que no llega a tipificar una concreta conducta anti-jurídica punible), pero cabe, sin embargo, bajo una relación de supremacía especial, como expresión tanto de la disciplina interna de la organización como por la cercanía moral de los titulares del órgano sancionatorio, normalmente pares del inculpado, interpretando un sistema ético que les envuelve a ambos" (227).

Aunque esas denuncias serían transpolables a casi todos los ordenamientos de nuestro entorno (228) lo cierto es que tras la promulgación del artículo 25.1 CE, tanto el TC como el TS desaprovecharon la oportunidad de declarar con contundencia la ilegalidad de dichas tipificaciones.

---

(227) GARCIA DE ENTERRIA, El problema jurídico ... op. cit., págs. 339 - 430.

(228) En el régimen disciplinario francés, cualquier incumplimiento puede constituir una falta. A modo de ejemplo, el Consejo de Estado francés considera como perseguible:  
- Le comportement anormalement agressif (Cons. d'Etat 11 juill. 1967, Dame Mongrevill., req. n.º. 67466); l'attitude systématiquement hostile aux administrés (Cons. d'Etat 19 mai 1950, Dame Le Clainche; Lebon, pág. 296); les habitudes d'intempérance (Cons. d'Etat 22 déc. 1965, sieur V ...; A.J.P.A. 1066, 373); mauvais comportement général et mauvaise manière de servir (Cons. d'Etat, 26 sept. 1984, Centre hospitalier régional de Tours, n.º. 34639).

Así y cronológicamente destaca la STC 50/83, de 14 de Junio, (229) que examinó la legalidad de un acuerdo del Consejo de Ministros que impuso la sanción de separación del servicio a un policía por haber cometido una falta muy grave de probidad moral

---

(228) .../...

- Manquement à la dignité ou à la décence: habitudes d'intemperance d'un instituteur (Cons. d'Etat 4 nov. 1965, Vialle: A.J.D.A. 1966-373), proxénitisme (Cons. d'Etat 9 déc. 1970, Beauvillier: A.J.D.A., 1971-25), fréquentations douteuses d'un agent de police (Cons. d'Etat 20 oct. 1961, Dutot: A.J.D.A. 1961, 100), fait pour un instituteur de s'être rendu coupable "de gestes indécents .... sur de "fillettes de sa classe" (Cons. d'Etat, sect. 9 juin 1978, Lebon: AIDA 1978, 573, concl. Genevois).
- Mauvais comportement professionnel et moral (Cons. d'Etat 23 mai 1947, Biziri: Lebon, pág. 219. -26 juin 1964, Dlle Corcon: Dr. adm. 1964, n.º. 262 -25 mai 1976, sin. int. c. Jacquin: AIDA 1976 630, observ. S.S.).

En el derecho italiano es frecuente, "per definire la sanzione o per precisarne la gravità, utilizzando valutazioni etiche o giudizi compiuti in base a regole sociali". Si incontrano cosilargamente concetti come la correttezza, il decoro, l'onore, la morale, la dignità, l'irregolarità di condotta, la reputazione, la rettitudine". GIANFRANCO MOR, op. cit., pág. 90. En contra de la utilización de esos términos ver, GIANNINI, Corsò de diritto amministrativo, Vol. III, 2, Milano 1967, pág. 310.

Un análisis más profundo sobre el tema se encuentra en Cfr. BALOSSINI, La rilevanza giuridica delle regole sociali, Milano 1965, pp. 414-423; BAGSI, La norma interna, Milano 1963, p. 164.

Para la normativa disciplinaria en las profesiones liberales y la "norma deontologica" ver SANDULLI, Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazioni, in Giustizia civile, 1961, pág. 619; GASPARRI, Natura giuridica e attribuzioni degli Ordini dei medici, in Foro amministrativo, 1955, IV, 20; G. CATTANEO, La responsabilità del professionista, Milano 1958, pp. 11, 256 - 257. La doctrina destaca las diferentes normas deontológicas que deben respetar los distintos profesionales. Al respecto ver, MAGNONE, I doveri dell'avvocato, in Relazioni ufficiali del VI congresso forense, Milano 1963, pág. 28; KORNROBST, La responsabilità de médecin, Paris 1957, pp. 171-187. que analiza el "codice deontológico" médico francés.

En el derecho Alemán ocurre algo parecido: Die Vielseitigkeit des dienstlichen Aufgabengereichs, die Vielfalt der verschiedenen Erscheinungsformen, in denen sich die Verwaltungstätigkeit abspielt und die vielschichtigen Beziehungen eines Beamten zum Dienstherrn und zur Öffentlichkeit lassen eine erschöpfende, tatbestandsabhängige Aufzählung aller Pflichten nicht zu. Das ist auch der Grund dafür, daß sich das Bundesbeamtengesetz im wesentlichen auf die (fast leitsatzartige) Fixierung einzelner Grundpflichten beschränkt, wie z. B. in den § 52 abs. 1 Bundesbeamtengesetz -BBG- (Pflicht zur Unparteilichkeit) § 52 abs. 2 BBG (Pflicht zum Bekenntnis zur freiheitlichen Grundordnung) etc. Alle diese Pflichten betreffen nur Ausschnitte aus den für den Beamten bestehenden Gesamtpflichtenkreis.

Sie sind ableitbar aus einer umfassenden Norm, der sogenannten Wohlverhaltensklausel des § 4 Satz 3 BBG.

CLAUSSEN, H. Janzen V Bundesdisziplinarordnung, Handkommentar, 5, Aufl 1985 DM 115 (conclusiones extraídas del epígrafe TYPISITÄT (Tatbestandsabhängigkeit)).

(229) Sala segunda. RA 10/83. Ponente Francisco Rubio Llorente. (BOE 15 de Julio).

y material prevista en el art. 204 A del RCPG (230).

Respecto al problema que abordamos, el Tribunal, en el fundamento jurídico 2o. (in fine) afirma: "tampoco aparece mínimamente fundamentada la violación del principio de legalidad del art. 25 de la Norma Fundamental, pues, aparte de otras consideraciones, la tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad, concepto indeterminado para cuyas concreción es procedente acudir, como en el expediente disciplinario y en la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se hace, al contenido semántico del término, que aparece en una norma de rango legal la Ley articulada de funcionarios Civiles del Estado y añade: la "indefinición del tipo alegado por el recurrente obedece a que la infracción está descrita en los términos de un concepto jurídico indeterminado" (231), norma flexible perfectamente ajustada a la Constitución.

Por otra parte y en similares términos, el Pleno del TS en fecha 28 de Mayo de 1987 abordó la posible inconstitucionalidad de la previsión que contenía la anterior LOPJ al permitir sancionar a jueces y magistrados cuando "fueren negligentes en

---

(230) Los hechos probados son los siguientes: el funcionario sancionado: "puesto de acuerdo" con RAMON PASTOR MOLINA y DECISIMO VIZOSO FEIJOO, pretendían apropiarse de una cantidad determinada de dinero que el sébido alemán S.W. había de entregarles a cambio de 80 Kg. de droga, aún cuando no era otra cosa que excremento de animales y tierra prensada, simulando en el momento de la entrega la llegada de la policía, en cuyo momento el sancionado Decisimo Vizoso huiría con el dinero, en tanto que el inspector Diaz Barroso y sus acompañantes engañarían al alemán diciéndole que se marchara, pues al que buscaban era al que se había escapado con el dinero.

Se alega por el recurrente en apoyo la violación del art. 25.1 que es el que nos interesa y del art. 24.2 en diversos aspectos destacando la violación del derecho a utilizar todas las pruebas pertinentes para su defensa. En este último aspecto resulta jocosa la declaración del Tribunal Constitucional cuando afirma que no existe violación de tal derecho por cuanto "en el expediente disciplinario se realizan buen número de pruebas y si se rechazaron, tanto en el como en el subsiguiente recurso contencioso-administrativo, alguna de las pruebas propuestas por el recurrente fue por no estímarlas pertinentes o como la sentencia de la sala 5a. del Tribunal Supremo se dice, "por la absoluta irrelevancia que a los fines perseguidos en el expediente pueda tener el que el Sr. Diaz Barroso posea un perro y las expresiones externas de su ánimo que pudieran captar los miembros de la Guardia Civil que lo sorprendieron".

(231) Tal como señala FRANCISCO SANZ GARDASEGUI. La potestad sancionatoria... op. cit. pág. 119.



el cumplimiento de sus deberes" (232).

El Alto Tribunal considera que el concepto "negligencia" es "situable dentro del campo de la concreción y determinabilidad en un margen de apreciación mucho más estricto y satisfactorio que el amplio y más difícilmente delimitable que acepta como techo el Tribunal Constitucional en la sentencia invocada (la falta de probidad moral); esto en relación a la vieja Ley, que en la nueva, la tipificación viene determinada en la contravención por retraso injustificado, en los arts. 417, 418 y 419; por lo que conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal, definida la falta y marcada su penalidad ha de entenderse suficientemente producida la impugnada tipicidad".

En definitiva, y como conclusión, si en el derecho disciplinario es necesario e incluso imprescindible utilizar tipos más o menos imprecisos o abiertos e incluso Leyes en blanco, no pueden justificarse apreciaciones totalmente inespecíficas, "estimaciones en conciencia, tanto respecto a la amplitud del deber profesional cuya falta se reprocha como sobre la realidad de la conducta reprochada" (233). Al hilo de dicha afirmación nos parece positiva la supresión de la "falta de probidad moral o material" realizada por nuestro legislador (234), ya que si bien esa circunstancia comporta una mayor

---

(232) La sentencia examina los acuerdos de la Comisión Disciplinaria (el CGPJ) que impuso al Juez titular de primera instancia e instrucción de I la sanción de 6 meses de separación de empleo y sueldo dado el número exigido de resoluciones civiles y penales producidas en su juzgado entre los años 82 y 83. La citada sentencia ha sido comentada por CAMO MATA, A., Nuevo entorno de las infracciones y sanciones administrativas tras la entrada en vigor de la Constitución. REDA n.º. 56, Octubre-Diciembre 1987, págs. 573-579.

(233) GARCIA DE ENTERRIA - TOMAS R. FERNANDEZ, Curso..., cit., II, pág. 167.

(234) En ese sentido, alguna jurisprudencia aislada hecha en falta ese tipo de infracción disciplinaria (sentencia A.T. de Barcelona, Sala Tercera de 21 de Noviembre de 1988).

dificultad para calificar jurídicamente ciertas conductas, (234 bis) es evidente que con ella se ha dado un paso más hacia la progresiva jurisdiccionalización del derecho disciplinario que, de manera lenta pero inexorablemente, va acercándose a los grandes principios que rigen el derecho penal (235).

---

(234b) Ver por ejemplo la citada en nota 230.

(235) En parecidos términos SUAY RINCON, Sanciones... op. cit. pág. 68-69.

Sin embargo, todavía perviven en nuestra legislación positiva algunos ilícitos que sería deseable desterrar. Entre ellos destacamos el art. 25.1 a) del Decreto 402/82, de 21 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas de Escudra de la Generalitat que recoge como ilícito muy grave "la falta de probidad y honestidad reiterada tanto en el aspecto moral como en el material", también reproducida en el art. 79 e) del Reglamento del Cuerpo de Policía del Ayuntamiento de Madrid (BO Comunidad de Madrid de 25 de Enero de 1.985). La mencionada tipificación debería considerarse derogada a la luz del art. 31 LMRFP, de carácter básico para todas las Administraciones Públicas, aunque en este último caso la cuestión no es clara. Asimismo, el Reglamento de 15 de Junio de 1.982 (Departamento de Interior) de la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco recoge diversas infracciones deontológicas poco técnicas como sería "la mala presentación en su apariencia personal, durante las horas de servicio" (art. 153.1) "las razones descompuestas o replicas desalentadas..." (art. 153.5), "las manifestaciones de tibieza y disgusto en el servicio" (art. 153.8).

Por su parte, el Texto refundido de 21 de Diciembre de 1.988 regulador del Estatuto de Gobierno y Régimen Interior del Parlamento de Andalucía tipifica como falta grave (art. 75 b) "La realización de actos que atenten al decoro de la Cámara", ilícito también recogido en el art. 75.2 del Estatuto del Personal al servicio de la Diputación general de la Rioja (BO de la Rioja de 12 y 14 de Julio de 1.988).

En esa línea, el Real Decreto 884/89, de 14 de Julio, del Cuerpo Nacional de Policía recoge como falta disciplinaria (art. 8.6) "el descuido en el aseo personal".

3. El principio de tipicidad como mandato a la administración: la correcta adecuación del hecho realizado al tipo disciplinario.

Una segunda vertiente del principio de tipicidad impone la identidad entre los presupuestos fácticos de la conducta realizada y la descrita en la norma jurídica, es decir, la homogeneidad del hecho real con los elementos jurídicos que fundamentan el contenido material del injusto (236) reclamando a la Administración, en consecuencia, una perfecta adecuación entre el hecho cometido y el tipo disciplinario configurado en la ley.

Así, la jurisprudencia ha reconocido la vigencia del principio de tipicidad en el derecho disciplinario, principio que ordena a la Administración para poder sancionar una conducta, comprobar previamente si la misma "es o no subsumible en alguno de los supuestos típicos de infracción previstos en la ley (237) ... quedando "marginada toda interpretación extensiva, analógica o inductiva" (238).

De ese planteamiento surgen dos consecuencias que analizaremos seguidamente.

A. La calificación de unos hechos como infracción disciplinaria, no constituye una potestad discrecional de la administración.

---

(236) JESCHECK HM. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Traducción MIR PUIG Y MUGOZ CONDE, Vol. I. Barcelona 1981, págs. 335 - 336.

(237) STS de 8-10-84; STS de 4-2-89 (art. 1709); STS, Sala Cuarta, de 23-2-81; STS de 30 de Mayo de 1981.

(238) STS de 4 de Marzo de 1981. Así mismo PRIETO SANCHEZ, La jurisprudencia Constitucional ... op. cit. pág. 103.

En efecto, la calificación de una acción u omisión como falta disciplinaria es una actividad reglada de la Administración, pues todos los elementos del acto, de la actuación administrativa, vienen predeterminados por la Ley (239) sin que quepa margen alguno de interpretación subjetiva (240).

Por ello, el Tribunal Supremo ha declarado con unanimidad "que el enjuiciamiento en concreto de un acto administrativo resolutorio de un expediente sancionador ha de partir del análisis de hecho, de su naturaleza y de su alcance para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos típicos de infracción

---

(239) Así, véase concretados el como, el cuando y en que sentido ha de actuar la Administración. Si la calificación de una conducta como una falta disciplinaria fuese una potestad discrecional de la Administración, cabría una franja de interpretación subjetiva y por tanto, uno de esos elementos del acto administrativo podrían ser determinados libremente por la Administración sancionadora, cuestión que no permite el principio de legalidad en su vertiente típica.

(240) Sobre la distinción potestades regladas-potestades discrecionales y la progresiva reducción de estas últimas ver GARCIA DE ENTERRIA TR. FERNANDEZ, Curso... de... cit. I págs. 456 y ss.; TR. FERNANDEZ. La doctrina de los vicios de orden público. Orígenes y evolución. RAP No. 56; Discrecionalidad y jurisdicción revisora, REDA No. 2 págs. 285 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA, La lucha contra las inmunidades del Poder. Ed. Civitas. Madrid 1989, especialmente págs. 24 y ss.; NIETO A. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. RAP No. 44 págs. 84 y ss.; F. SAINZ MORENO, Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa, Ed. Civitas. Madrid 1976; J. DE LA CRUZ FERROER, Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria. RAP No. 116, págs. 65 y ss.; H. CLAYERO, La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo, RAP No. 7, 1952 pág. 48 y ss.; PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo... op. cit. I pág. 99 y ss.; NOZO SEDANE, La discrecionalidad de la Administración Pública en España, Madrid 1985; F. GARRIDO FALLA, El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa, RAP No. 13, 1954, págs. 56 y ss.; La Administración y la Ley, RAP No. 6, 1951, págs. 115 y ss.; Tratado... op. cit. I, págs. 100 y ss., PEREZ OLEA, "La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial" en el libro Homenaje a LOPEZ ROMO, Vol. II, 1972, págs. 41 y ss.; TORRÓS J., Infracción y sanción administrativa, el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contenciosa-administrativa, REDA No. 7, págs. 80 y ss.; ENTRENA CUESTA, R. Curso... de... cit. Vol. I/1 pag. 159 y ss. y Vol. I/2, pág. 384; MARTIN RETORTILLO BANDER, L. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial, RAP 100-102, Vol. II, Enero-Diciembre 1983, págs. 1083 y ss.; RIOS ALVAREZ, Los poderes discrecionales (España), RAP No. 99, 1982, págs. 339 y ss.; SANTAMARIA PASTOR, J.A., Fundamentos de Derecho Administrativo I, Ed. Ramon Areces 1988, págs. 804 y ss.; PEREZ OLEA, La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial, REV. 173, 1972 págs. 41 y ss.

previstos en la Ley, ... puesto que la calificación de unos hechos o de una conducta como infracción administrativa no es facultad discrecional de la Administración sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas que exige, como presupuesto objetivo, el encuadramiento o sumisión de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente; y es por ello por lo que la Jurisdicción contencioso Administrativa ha tenido siempre facultades para examinar y valorar la existencia, acreditamiento, alcance y significación de las faltas administrativas para, en su caso, confirmar o anular los actos de sanción, según que los mismos se ajusten a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico (241)".

Esas afirmaciones impiden que la Administración reprima conductas no previstas como ilícitos por la legislación aplicable, (242) correspondiendo a los Tribunales la obligación de "valorar la existencia, acreditamiento y significación de las faltas cometidas" no debiendo sentirse vinculada por la calificación que ha realizado la Administración actuante, volviendo a iniciar todo el razonamiento lógico-jurídico (243).

---

(241) STS, Sala 5, de 8-10-1984. En parecidos términos, STS, Sala 4, de 2-11-1981; STS, Sala 5, de 3-2-1969; 30 de Noviembre 1961, 21 de Junio 1972; 14 de Mayo y 11 de Diciembre 1979, STS, Sala 4, de 27 de Enero 1981, STS, Sala 4, 9 de Febrero de 1982; STS, Sala 4, 22 de Noviembre de 1983; STS, Sala 4, de 14 de Abril de 1984. La STS, Sala 5, de 21 de Mayo de 1987, declaró "el enjuiciamiento en concreto de una resolución administrativa que utilice un expediente correctivo o sancionador, ha de partir del análisis del hecho o acto imputado, de su naturaleza y alcance, para ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsuible en alguno de los tipos de infracción administrativa previstos en la norma que sirve de basamento para la estimación de la transgresión que se persigue y, en su caso, se sanciona, enjuiciamiento que deberá hacerse con criterio exclusivamente jurídico, puesto que la calificación de la infracción administrativa no es facultad discrecional de la Administración sino, propiamente, actividad jurídica, que exige como presupuesto objetivo el encuadre del hecho incriminado en el tipo predeterminado legalmente como falta".

(242) STS de 2 y 21 de Julio -72; STS de 8-3-76; STS de 4-6-77; STS de 14-5-79 y 11-12-79; STS de 30-11-81; STS de 21-6-72; STS 27-1-81.

(243) STS Sala Quinta de 24 de Octubre de 1984.

En definitiva, es posible que una determinada actuación sea reprochable moralmente pero no encuentre incardinación alguna en los tipos legales descritos. En este caso, la Administración no podrá sancionar de forma discrecional al funcionario expedientado ni le está permitido, como veremos seguidamente, la utilización de criterios analógicos.

#### B. La prohibición de analogía.

Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido declarando que "los principios de tipicidad de la infracción y de legalidad de la pena, básicos presupuestos para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, requieren no ya solo la necesidad de que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el Ordenamiento Jurídico, sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, con la añadidura, lógica consecuencia de lo anterior, de que, en esta materia, ha de rechazarse, cualquier tipo de interpretación extensiva analógica o inductiva e igualmente la posibilidad de sancionar un supuesto diferente del que la norma contempla...." (244).

Planteada así la cuestión, debemos analizar el concepto y clases de analogía que contempla nuestro ordenamiento jurídico, las diferencias existentes con la interpretación extensiva, la transposición de esos conceptos al ámbito punitivo del Estado, (en concreto al régimen disciplinario) y finalmente veremos si cabe la aplicación de la analogía "in bonam partem" o pro-funcionario.

---

(244) STS de 4 de Marzo de 1981. En parecidos términos STS, Sala 4 de 21 de Mayo de 1982.

1) Concepto y clases de analogía. Diferencias entre analogía e interpretación extensiva.

Aunque resulte difícil elaborar una definición o dar un concepto taxativo y claro de lo que se entiende por analogía (245), la doctrina ha considerado que es "la aplicación a un caso no previsto por la Ley de una norma extraída de la misma Ley (analogía legis) o del Ordenamiento Jurídico" (analogía iuris) (246).

La analogía por tanto, presupone la existencia de una laguna en la ley. Es un método que permite resolver las lagunas del derecho (247).

En consecuencia, tres serían las características generales del procedimiento analógico:

---

(245) Por cuanto no existe un concepto de analogía sino una pluralidad de conceptos o más exactamente una "familia de conceptos". E. MELANDRI, *E Corretto l'uso dell' analogia nel diritto?*. En *studi memoria di Angelo Gualandri*. Vol. 2 Urbino 1969, pág. 109.132. Asimismo Manuel Atienza Rodríguez, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis y razonamiento jurídico*. Civitas 1989, págs. 11 y ss.

(246) J. N. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte general*, undécima edición, Madrid 1998, pág. 254. Del mismo modo la doctrina civilista dice que la analogía consiste en aplicar a un caso dado que no aparece contemplado de manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza. LOIS DIEZ PICALO - ANTONIO GULLON, *Sistema de Derecho Civil*. Vol. 1, Ed. Tecnos, 4a. edición, Madrid 1981, pág. 210.

En general se distingue entre analogía de Ley y de Derecho. Hay analogía de Ley cuando lo que se aplica al caso no previsto es un precepto concreto de una ley, el cual prevé una situación semejante a la que plantea el caso no previsto. Hay analogía de Derecho cuando lo que se aplica es una norma que el propio intérprete crea, deduciendo del espíritu y del sistema del total Ordenamiento Punitivo. Sobre el tema ver RODRIGUEZ MOLINILLO, *Derecho Penal. parte general I*, Madrid 1977, págs. 112 y ss. Por contra, parte de la doctrina no tiene en cuenta esta diferenciación (M. ALBADEJO, *Derecho Civil. Parte general I*. Vol. 1, Ed. Bosch, Séptima edición, Barcelona 1980, pág. 19 y ss.), "al carecer, hoy en día de importancia". E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. parte general I*, Ed. BOSCH, 18a. edición, Barcelona 1980, pág. 220 y 221.

(247) L. JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal II*, Buenos Aires 1964, págs. 477 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA, J.N. *Derecho Penal...* op. cit. pág. 254.

- a) Ninguna norma contempla de manera directa el caso planteado.
- b) Hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso.
- c) Existe sin embargo semejanza o similitud (analogía) entre el supuesto de hecho de esa norma y el caso a decidir (248).

El más grave supuesto que podría plantear la analogía en el Derecho Disciplinario sería aquella conducta humana, lesiva de intereses fundamentales de la vida comunitaria, y no prevista por el legislador como infracción en las Leyes o Reglamentos. Se emplearía la analogía al incardinarla -aplicándole en definitiva la sanción correspondiente- en un tipo que describiera una conducta semejante, análoga (249).

(248) LUIS DIEZ PICAZO - A. SULLON, Sistema ... op. cit. pág. 214; RIBO SURAN, Diccionario de Derecho. Voz analogía. Ed. Bosch. Barcelona 1968.

(249) En Derecho penal SANTIAGO MIR PUIG Derecho ... op. cit. pág. 76 pone como ejemplo de analogía el art. 405 CP que castiga como parricida al que mata a su cónyuge. Sería una aplicación de este precepto por analogía - prohibida por ser contraria al reo - extendiendo al que mata a quien ha sostenido con él durante años una relación cuasiarital.

En el régimen disciplinario sería un supuesto de analogía considerar como "grave falta de consideración con los compañeros" (art. 94 Ley Catalana) faltar el respeto al inmediato superior jerárquico. Por el contrario, superaría los razonamientos de la interpretación analógica incardinar como falta de fidelidad el Estatuto de Autonomía (art. 93 a Ley 17/25, de 23 de Julio de la Función Pública de la Generalitat de Catalunya) la actuación de un subinspector de higiene y seguridad en el trabajo que con motivo de una inspección "a una empresa sita en Viladecans ... y tras detectar diversas anomalías en las instalaciones se ofreció al empresario Sr. B. para su corrección volviendo a visitar la empresa ... revisando las conexiones realizadas y recibiendo la cantidad de 20.000 ptas ... "pues "la conducta incriminada es susceptible de producir un perjuicio a l'Administració de la Generalitat, per tant ocasiona un efecte contrari als que tutela l'Estatut d'Autonomia (Resolució de la Conselleria de Treball de la Generalitat de Catalunya de 9-2-80)".

Dicha calificación jurídica fue recurrida ante la Audiencia Territorial de Barcelona, alegando precisamente la prohibición de utilizar interpretaciones analógicas en el ámbito disciplinario. La Sala Ja, lejos de aceptar esos razonamientos y tras lamentarse de la reciente supresión de la falta muy  
 .../...



También se haría uso de la analogía si se tratara de crear por el intérprete (instructor del expediente, órgano sancionador, juez administrativo, una tipicidad para ese caso concreto, extrayéndola de los principios informadores del Ordenamiento Punitivo (250).

Ahora bien, una cosa es la analogía (no permitida en el derecho disciplinario como seguidamente concretaremos) y otra la interpretación extensiva, conceptos que si teóricamente son de relativamente fácil diferenciación, en la práctica se confunden con frecuencia (251).

(249) .../...

grave de probidad afirma en una extensa y cuidada resolución que: "no cabe dudar de la capacidad de la falta prevista en el apartado a) del artículo 93 de la citada Ley 17/85 para albergar aquellas conductas que con especial intensidad lesionen los principios básicos de la Administración Pública previstos en la Constitución (art. 103), y en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, es decir el incumplimiento de los deberes fundamentales que la Constitución exige a los ciudadanos incorporados a la función pública", (SATD de 21 de Noviembre de 1986 (Ponente José Manuel Bandres Sanchez Cruzat)). Sobre la falta de fidelidad ver el Título IV del presente trabajo.

(250) Al aplicar la analogía se está creando derecho. Por ello la doctrina considera que la analogía no es interpretación sino integración de la Ley G. RODRIGUEZ MOLINILLO, Derecho... op. cit. pág. 12.

(251) .../...

Sobre el tema ver BOBBIO, L'analogia nella logica dell diritto, 1930, pág. 11 y ss.; BOSCAVELLI, L'analogia giuridica en R.L.P.E., 1954, página 623 y 22.; SOTO NIETO, La analogía como medio de interpretación del derecho, en derecho vivo. jurisprudencia comentada, 2, 1971 pág. y ss.; ROMERO, Las lagunas de la Ley y la analogía jurídica en R.L.P.E., 1970, pág. 194 y ss.; Z. ZIEMELSKI, "Analogia legis" et interpretatione extensive en "La logique juridique" (travaux de philosophie de droit comparé) Toulouse, septiembre de 1966, Ed. A. Pedone, Paris 1967, pág. 10 y ss; RODRIGUEZ DEVESA, Derecho... op. cit. pág. 257.

Entre la doctrina penalista existe gran discrepancia sobre la adición de este tipo de interpretaciones. As. RODRIGUEZ DEVESA, J.N., Derecho Penal... op. cit. pág. 257 afirma:

"Un posible conflicto entre interpretación y analogía surge cuando se admite la llamada interpretación "extensiva", que entiendo hay que proscribir, pues, cuando se admite la inclusión en un precepto legal de un caso no comprendido en su letra, ya no hay posibilidad ninguna de distinguir netamente interpretación y analogía. Esto no significa un culto a la letra de la ley, porque ya hemos dicho que la denominada interpretación teleológica puede restringir el alcance de esa letra, resultado al que pueden conducir también los demás métodos interpretativos. Abandonado el firme suelo de la letra de la ley como confin que no se debe traspasar, queda abierto el camino a todas las fantasías y subjetivismo, y con ello a la inseguridad jurídica, particularmente terrible en el campo del Derecho penal".

.../...

En la interpretación extensiva hay una Ley o norma que preve el caso concreto, el cual se contempla por el espíritu y finalidad de la misma, aunque la letra de ésta, por expresar menos de lo que debe exteriorizar en relación con su espíritu, parece no abarcarlo. El intérprete, entonces, tiene que extender o estirar la palabra de la Ley para ponerla de acuerdo con su espíritu, o lo que es lo mismo, con la voluntad de la Ley que es lo que en definitiva trata de esclarecer.

En la analogía, el caso concreto no está previsto ni en la letra ni en el espíritu de la Ley; en la voluntad de ésta no entra la incriminación de la conducta de que se trata, bien porque no se le ha representado al legislador, bien porque representándose la no quiso incriminarla.

Por último, otra distinción importante, como luego veremos, es la que diferencia la analogía "in bonam partem" y la analogía "in malam partem". La primera es utilizada para eximir de responsabilidad disciplinaria o con el fin de rebajar la pena por un comportamiento para el que la Ley no prevé ese trato favorable, amparándose en una norma que contempla conductas o situaciones semejantes (análogas) o en los principios informadores de total ordenamiento punitivo del Estado. El segundo tipo de analogía proporciona resultados desfavorables para el funcionario, lo que obliga a su exclusión, como

---

(251) .../...

En contra S. MIR PUIG Derecho... op. cit. pág. 71 que sostiene:

La interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas, o restrictiva de eximentes o atenuantes. Con ello no se sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de este límite (el "sentido literal posible").

Por contra y de forma sorprendente, en el derecho disciplinario y en el ámbito administrativo sancionador existe unanimidad, tanto jurisprudencial (entre otras STS 25 Abril 1983) como doctrinal en el sentido de no admitir género alguno de interpretación extensiva. Al respecto ver J.GARDERÍ LLIBREGAT. La aplicación ... op. cit. pág. 86 y ss.

seguidamente veremos (252).

## 2.La analogía y el ordenamiento punitivo del Estado. Su aplicación en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos.

Dado que en el orden penal ha sido considerado ilícito (253) y desterrado como método de represión de las conductas el criterio analógico, y teniendo en cuenta la obligada aplicación de sus principios al derecho administrativo sancionador (254), el TS no dudó en sostener, respecto al derecho disciplinario de los funcionarios públicos, la necesidad de rechazar ... cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva ... (255)

---

(252) La regulación legal de la analogía se encuentra en el art. 4 del Código Civil, de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, que se señala:

1o.- "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero que regulen otro semejante entre los que se aprecie de identidad de razón.

2o.- Las Leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

(253) Expresión utilizada por S.NIR PUIS, Derecho... 2o. cit., pág. 71. Sobre el problema de la analogía en el Derecho Penal ver además ANTON ONECA, - RODRIGUEZ MUÑOZ, Derecho Penal, I 1946 págs. 100 y ss.; CEREZO NIR J, Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción, 3ra. ed. Madrid 1985 pág. 171; CODO DEL ROSAL - TS VIVES ANTON, Derecho... 2o. cit., pág. 147; CORDOBA ROSA - RODRIGUEZ MOURILLO G., Comentarios al CP, 1972, I pág. 58; BUSTOS RAMIREZ J, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Ariel Barcelona 1984 pág. 88; POLAINO NAVARRETE, N. Derecho Penal, Parte General I, 1984 págs. 210 y ss.; A. QUINTANO RIPOLLES, Curso de Derecho Penal, Madrid 1963, I, págs. 196 y ss; RODRIGUEZ RAMOS, Luis, Compendio de Derecho Penal, Parte General, 1984 pág. 46 y ss. BACIGALUPO, La garantía del principio de la legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal en Anuario, Derechos Humanos (Univ. Complutense, Madrid), núm. 2, 1983. GREGO, Analogía jurídica en MEJ, II, 1950. POLAINO NAVARRETE, El principio "nullum crimen sine lege" y la cuestión de la analogía en ADP, 1936; L'analogie en Droit pénal en RSCCrip., 1949; RIVACOSA, División y fuentes del derecho positivo, 1968, 181 ss, pág. 1943.

(254) STC 2/81, de 30 de Enero; STC de 8 de Junio 1981.

(255) STS de 4 de Marzo de 1981. Un claro ejemplo de analogía es abordado en la STS, Sala 4, de 14 de Junio de 1983 que anula una sanción disciplinaria impuesta a Roberto R. gestor administrativo que "había colocado una mesa y un empleado de su gestoría al servicio de la casa de Automóviles SEAT para .../...

quedando igualmente prohibido sancionar un supuesto diferente del que la norma contempla" (256).

¿Qué razones o motivos han llevado a esa conclusión? (256 bis) ¿Cuál es el alcance de la misma?

---

(255) .../...

facilitar la matriculación de vehículos" (HECHO A) sin comunicarlo a la Junta de Gobierno del Colegio oficial de Gestores, conducta que fue tipificada como falta leve según lo dispuesto a los arts. 22 y 24.7 del Estatuto Orgánico de los Gestores de 24 de Marzo de 1977 que dice: "Antes de abrir al público... oficinas auxiliares de sus despachos los Gestores Administrativos deberán notificarlo a la Junta de Gobierno del Colegio" (NORMA B). Por tanto, al subsumir el hecho (A) en la norma (B) se está produciendo un razonamiento de tipo analógico pues el tener una mesa y un empleado al servicio de la casa X, para matricular los coches de sus clientes, se considera como poseer una oficina abierta al público. Existe aquí analogía, que desborda el marco de la interpretación, por que la mesa y el empleado instalados para una concreta labor, al servicio de una empresa, no tiene cabida en ninguno de los sentidos posibles del término "oficinas auxiliares abiertas al público".

(256) ST9, Sala 5, de 5 de Diciembre de 1.985.

La misma examina la legalidad de la separación del servicio impuesto a un policía municipal de la Garriga (Barcelona) como consecuencia de haberse calificado como falta de probidad moral (art. 52 b RB 3046/77, de 6 de Octubre) los siguientes cargos: encontrarse el expedientado en estado de embriaguez en locales públicos y proferir insultos muy graves a la persona de la señora Alcaldesa Presidente del Ayuntamiento.

En efecto, tal y como relata la sentencia, el sancionado-recurrente, agente de la Policía Municipal, se encontraba de baja para el servicio desde hacía varios meses, y que por tal baja tuvo algún tiempo de discrepancia con la Corporación, encontrándose el día en que ocurrieron los hechos enjuiciados muy excitado tras una entrevista con el Secretario del Ayuntamiento, no efectuando la comida del mediodía, sino que ingirió varios Cubas-Libres, sin que fuera dado a la bebida, y en uno de los establecimientos en que continuó en estado de excitación, y al parecer embriagado, hizo comentarios insultantes respecto a la Alcaldesa, si bien, consta igualmente en tales informes que, al ser invitado por el agente del establecimiento a presentarse, así lo hizo sin más comentarios y pidiéndole que le perdonase por su actuación, de todo lo cual se infiere que la embriaguez fue ocasional e imprudente, que el contenido de los comentarios insultantes no ha quedado plenamente acreditado, al no haber prestado declaración ninguna de las, al parecer, muy escasas personas presentes y que el recurrente ni vestía el uniforme, ni se hallaba en activo, sino de baja prolongada, motivos que obligan a la estimación parcial del recurso, por considerarse cometida, únicamente, una falta grave de acto atentatorio al decoro y dignidad del funcionario y de la Administración, prevista en el apartado h) del artículo 7o. del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 2088/1969, de 16 de Agosto, aplicable a los funcionarios locales, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta del Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por Real Decreto 3046/1.977, de 6 de Octubre, que debe ser corregida con la sanción disciplinaria de suspensión de funciones por tiempo de un año, conforme a los apartados 1 y 3 del artículo 54 del Texto Articulado citado, en relación con el artículo 18 del Reglamento de Régimen Disciplinario igualmente referido.

(256b) En el derecho administrativo sancionador comparado se ha producido idéntico fenómeno. Así el art. 3 de la "Gesetz über Ordnungswidrigkeiten" de 19 de febrero de 1967 prohíbe la análoga consecuencia lógica de la instrucción del principio de legalidad. En Italia, el artículo 1.2 de la Ley 689/1981, de 24 de Noviembre ha previsto una regulación parecida sobre el tema ver SUAY RINCÓN. Sanciones... op. cit., págs. 122 y ss., y 143 y ss.; GARDERÍ LLOBREGAT, J. La aplicación... op. cit., pág. 87.

El rechazo de la analogía en el ámbito del Derecho Punitivo del Estado, hunde su raíz en la "vigencia y omnipresencia del principio de legalidad" (257), hoy reconocido constitucionalmente (258). Por él, no sólo se exige que una Ley haya recogido como injusto las conductas sancionables o repudiadas por el ordenamiento jurídico, sino la interpretación estricta de la misma (259). Caso contrario quebrarían las finalidades que el principio de tipicidad está destinado a cumplir.

Entre ellas la doctrina destaca principalmente tres:

- a) Una función de garantía, delimitadora del área de lo punible (260). Solo las conductas que el derecho

---

(257) JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO, Lecciones... op. cit. II, pág. 128. Además ver la obra del mismo autor "La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en el Derecho Penal". Granada 1965, pág. 52.

(258) "El artículo 25, al equiparar el régimen penal y el administrativo sancionador, y el artículo 9, al consagrar el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, obligan a un ejercicio de la potestad sancionadora administrativa respetuoso con los tipos concretos y específicos que la ley define (SSTS Sala 4. 19 de mayo y 22 de octubre de 1982), sin dar cabida a correcciones de los mismos que puedan originar el que la propia Administración innove el ordenamiento jurídico creando nuevos tipos infractores con mena de la tutela jurídica del administrado (SSTS Sala 3. de 21 de junio de 1975 y Sala 4. de 14 de junio de 1983).

J. GARDERÍ LLIBREGAT. La aplicación... op. cit. págs 86-87 quien cita además la Decisión de la Comisión EDN 7721/76 contra Molada donde se reconoce la prohibición de la analogía como integrante del art. 7.1 CEDN.

(259) STC 75/84 de 27 de Junio J. GARDERÍ. La aplicación... op. cit. , pág. 87. Esta concepción exige la aplicación práctica de los principios generales del Derecho "incluso unius, exclusio alterius" y "lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit".

En el ámbito del Derecho Administrativo sería igualmente fruto de la aplicación de esos principios el art. 6 del Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales aprobado por decreto de 17 de Junio de 1955 (BOE n.º. 196, de 15 de Junio de 1955), que dice:

1. "El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifique".

2. "Si fueran varios los admisibles, se exigirá el menos restrictivo de la libertad individual".

En el mismo sentido se pronuncia el art. 8 de la LORE (Ley 7/85 de 2 de Abril. BOE n.º. 80, de 3 de Abril de 1985).

(260) J. DUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal... op. cit., pág. 105. Ver así mismo MIR PUIG, Santiago, Los términos "delito" "falta" en el Código Penal. En Anuario de Derecho Penal, 1973, pág. 20 y ss.

administrativo sancionador y en concreto el derecho funcional considerare antijurídicas, serán castigadas disciplinariamente. Para reprimirlas, el legislador delimita el catálogo de figuras jurídicamente incorrectas considerándolas, dentro de una escala gradual, como faltas muy graves, graves o leves. Solo ellas pueden ser castigadas con una sanción, igualmente recogida en los textos normativos. Así, los intereses que defiende el derecho disciplinario de los funcionarios públicos encuentra una frontera insalvable: sólo lo que dentro del ámbito del injusto típico pueda desencadenar consecuencias jurídico disciplinarias, podrá ser sancionado (261).

De ese modo, si se aceptase la analogía "in malam partem" como forma de interpretación de las normas disciplinarias, se estaría infringiendo el principio de tipicidad por cuanto le faltaría la determinación del precepto legal que, al ser tan amplio y vago implicaría el total desvalimiento del funcionario frente al Estado. (262)

---

(261) Así la STS de 4 de Marzo de 1981 declara "que la distinta norma tipificada en el reglamento de la Seguridad Social no es idéntica en su contenido a la también citada del Reglamento del Colegio, sin posibilidad de interpretar ésta, dada su diversidad de alcance y teología, al tenor de la concerniente a la Seguridad Social, por ello extrañaría hermenéutica extensiva en uso de un criterio de analogía contrario a los principios restrictivos en este aspecto informan y de modo cómo estructuran todo orden jurídico sancionador, como así resulta del art. 4, apartado 1 y 2 del Código Civil, de general aplicación supletoria conforme a lo establecido en el apartado 3 del mismo texto legal", anulando, en consecuencia, la sanción impuesta a un farmacéutico que le había sido aplicada analógicamente el Reglamento General de la S.S. por cuanto el Reglamento del Colegio Provincial de Farmacéuticos de Córdoba, aplicable al caso, no contemplo el hecho realizado como ilícito ("otorgar condiciones más favorables a los usuarios de la S.S. para conseguir mayor número de clientes").

(262) JUAN JUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, pág. 185.

Por esta circunstancia, el destinatario de la Ley (el funcionario) sabe con precisión que conductas debe abstenerse de realizar. Sabe también que solo por la realización de las mismas puede ser sancionado disciplinariamente. Se deduce de ello igualmente que las conductas que no se encuentren recogidas en los tipos disciplinarios pueden efectuarse sin que su autor se haga acreedor de una sanción administrativa, aunque puede generar otro tipo de reacción jurídica.

Ahora bien, no podemos decir lo mismo respecto a la analogía *in bonam partem* o "pro funcionario" pues, en principio, no contraviene el límite garantizador que posee el texto legal, que persigue, como hemos visto, garantizar al funcionario que no se le impondrá una sanción no prevista por la letra de la ley pero en modo alguno recoge que no puede ser castigado menos o incluso eximido de castigo si no lo preve literalmente la ley (263). "Siendo así parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio". (264)

b) El tipo cumple, además, una función indiciaria de la anti-juricidad (265) cuestión sobre la que no influye el rechazo o aceptación de la analogía.

---

(263) Dicha posición ha sido por lo demás refrendada jurisprudencialmente. (STS, Sala 5, de 5 de Julio de 1984).

Contra lo afirmado en el texto se pronuncia J. GARDERÍ LLOBREGAT, *La aplicación...* op.cit., pág. 87, nota 92, quien no admite la analogía "in bonam partem" "por carecer nuestro texto fundamental de una indicación concreta a tal respecto..."

Sin embargo, la doctrina penalista ha intentado encontrar justificación constitucional a la analogía "in bonam partem". De este modo CERREJO MIR, *Curso de Derecho penal. Parte general*. 2a. edición, Madrid 1981, pág. 168, afirma que solo la analogía perjudicial para el reo es contraria al principio de legalidad, estimando que la favorable está permitida -al estar prevista expresamente en el núm. 10 del art. 9 del Código Penal-, y que este precepto "exige únicamente una aplicación rigurosa de las figuras delictivas y de los marcos penales establecidos en el Código, pero no hace referencia a la aplicación de atenuantes o a la analogía. Por su parte J.M. ESCRIBA GREGORI. Algunas consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución, en *Papeles. Revista de sociología*, 1980, pág. 156, cree encontrar argumentos que permitan la analogía favorable en la propia Constitución, la cual si bien prohíbe la analogía *in malam partem* en el art. 9, apartado 3o, al garantizar a los ciudadanos el principio de legalidad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos, permitiría extraer argumentos favorables para la aplicación de la analogía "in bonam partem" de la fundamental declaración que hace el art. 1, apartado 1o.; del propio texto Constitucional que propugna como valores superiores del Ordenamiento jurídico, la justicia y la igualdad. Además el art. 9, ap. 1o de CP admite la analogía como instrumento para atenuar las sanciones.

(264) S. MIR PUIG. *Derecho...* op.cit., pág. 72. En parecidos términos, RODRIGUEZ DE VESA. *Derecho...* op.cit., pág. 25.

(265) Sobre la función indiciaria del tipo, ver LOPEZ REY, h., *El valor procesal de la llamada tipicidad*, *Rev.* Madrid 1934, pág. 12 y ss.

c) Por último, el principio de tipicidad realiza una función motivadora por cuanto el legislador amenaza con una sanción disciplinaria al funcionario que cometa o realice las conductas prohibidas por la norma. De esa forma se le motiva a configurar su comportamiento de una determinada manera (266). Si aceptásemos interpretaciones analógicas difícilmente existiría una certeza sobre las actitudes ilícitas a evitar, olvidando esta función tan importante para el buen funcionamiento del aparato administrativo.

---

(266) La doctrina penalista, discute en la actualidad la cuestión de si el tipo penal cumple esa función motivadora. A favor de la misma se encuentra E. GIMBERNAT, El sistema de Derecho Penal en la actualidad, en Estudios penales, Madrid 1974, pág. 94 y ss.

Otro sector doctrinal, partiendo de un concepto de tipo penal más restringido, asegura que el tipo del injusto cumple esa función porque se limita a describir las características que fundamentan la antijuricidad de la acción y no contiene la amenaza de la pena. Por todos ver G. RODRIGUEZ MOURUELO, Derecho Penal, parte general, op.cit. pág. 243.



#### IV. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS NO FAVORABLES. LA RETROACTIVIDAD DE LAS BENEFICIOSAS.

##### 1. Planteamiento general los artículos 9.3 Y 25.1. C.E.

En la materia que estamos estudiando rige con mayor contundencia que en otras el principio general del derecho "tempus regit actum" que se excepciona, como en el ámbito penal, cuando las normas disciplinarias favorecen al sancionado otorgándoles, en este supuesto, efectos retroactivos. (267)

Al respecto, distinguiremos la vigencia y alcance del principio de irretroactividad de las normas no favorables y la retroactividad de las beneficiosas.

El primero viene recogido explícitamente en los artículos 9.3 (268) y 25.1 de la CE al establecer que "nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse no constituyan ... infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento" (269).

---

(267) Tal como afirman en el orden jurídico - penal H. COBO del ROSAL - TS VIVES AMTOW, Derecho ... op. cit., pág. 133.

El artículo 2.3. CC establece que "las leyes no tendrán efecto retroactivo sino dispusieran lo contrario" fórmula general de tipo positivo que deja abierta la posibilidad de que la propia ley se asigne a sí misma efectos retroactivos" J.M. RODRIGUEZ DEYESA. Derecho ... op. cit., pág. 209.

(268) Art. 9.3. "La Constitución garantiza ... la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Sobre el tema ver GARRIDO FALLA y otros Comentarios ... op. cit., pág. 161 y ss. 169 y ss.; R. GAYA SICILIA. El principio de retroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, Ed. Montecorvo, Madrid 1987.

(269) El art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de Diciembre 1948 afirma: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

Consecuencia de lo afirmado es la imperiosa necesidad de enjuiciar las conductas según la norma vigente en el momento de su comisión. La aplicación retroactiva de una disposición desfavorable para los ciudadanos implicaría una vulneración del citado precepto y la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (270).

Así, resulta claro que una de las consecuencias que dimanán del principio de legalidad es la imposibilidad de sancionar a un funcionario público por una acción u omisión, que en el momento de producirse no se encuentre tipificada como infracción disciplinaria, (271) elemental derivación del principio más genérico de seguridad jurídica que preside la globalidad de nuestro ordenamiento (272).

(269) .../...

Asimismo, la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre 1950, art. 7, dice: "1. Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción.- 2. El presente artículo no invalidará la sentencia o la pena de una persona culpable de una acción o una omisión que en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas."

(270) FRANCISCO SANZ GARCASEGUI, La potestad... op. cit., pág. 122; SUAY RINCON, Sanciones... op. cit., pág. 181; GARRIDO FALLA y otros, Comentarios... op. cit., pág. 513; en contra y de forma sorprendente GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit., pág. 88.

Entre las sentencias del TS que han reconocido valor constitucional a ese principio ver STC 62/82 de 15 de Octubre (RA 195/80 y 402/S.); STC 30 de Marzo de 1981 (RA 220/80); STC 11 de Noviembre de 1.983 (RA 178/81); STC 73/83 de 3 de Octubre (FJ núm. 3); STC 29/89 de 6 de Febrero y STC 150/89 de 25 de Septiembre.

(271) Así lo reconocen, entre otras, las STS de 10 de Mayo de 1984 (Aranzadi 2759), STS de 19 de Octubre de 1976 (Aranzadi 4091), STS de 3 de Febrero de 1969, STS de 7 de Mayo de 1973, STS de 20 de Junio de 1986, STS de 7 de Octubre de 1986, STS de 8 de Octubre de 1986. Más genéricamente y en el ámbito del derecho administrativo sancionador ISTS de 2 de Noviembre de 1976 (Aranzadi 5686), 21/10/77 (Aranzadi 4376) 10/11/78 (Aranzadi 3466)).

(272) M COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho... op. cit., pág. 136; SANZ GARCASEGUI, La potestad... op. cit. pág. 119.

Por tanto, el reconocimiento expreso que efectúa el artículo 25.1 CE, además de reforzar los mandatos del artículo 9.3 CE, otorga un auténtico derecho subjetivo (273) a los funcionarios, dotado de una fuerza jurídica inmediata (274) y que impide, como hemos dicho, castigar a alguien por hechos acaecidos con anterioridad a la promulgación de las normas disciplinarias.

Una cuestión distinta a la apuntada es la posibilidad de otorgar efectos retroactivos a las leyes favorables, lo que impondría la aplicación al infractor de las normas disciplinarias más beneficiosas que surgen con posterioridad a la realización de la conducta enjuiciada.

Esa posibilidad, prevista genéricamente para el orden jurídico - administrativo por el artículo 45.3 LPA, (275) puede

---

(273) LOPEZ MERUJO F., El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Instituto García. Oviedo, 1985, pág. 149 y ss; SUAY RINCON, Sanciones... op.cit. pág. 181.

(274) Artículo 53.1. CE. En consecuencia es posible utilizar igualmente la Ley 62/78 de 26 de Diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

El artículo 45.3. de la LPA establece: Excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dictan en sustitución de actos anulados, y asimismo cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

En consecuencia podemos sostener:

1.- Los actos administrativos, como regla son irretroactivos, es decir, no pueden desplegar sus efectos con anterioridad a su fecha de adopción.

2.- Los actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias admiten la retroactividad si son favorables al interesado cumpliendo dos requisitos:

a) Que el supuesto de hecho necesario existiera en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto.

b) Que no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. (SSTS 3 de Febrero 1969, 7 de Mayo 1973, 20 de Junio 1986, 7 de Octubre 1986, 8 de Octubre 1986)

(275) Sobre el artículo 45.3, en general, ver GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios... op. cit., págs. 373 y ss. Acerca de la eficacia retroactiva de los reglamentos ver GARCIA TREVILJACO, Los actos administrativos... op.cit., págs. 104 y ss.

deducirse mediante una interpretación "a sensu contrario:" del artículo 9.3 CE (276) pero, sin embargo, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no se encuentra plasmado en el artículo 25.1. CE.

---

(276) STC 30 de Marzo 1981 y 7 de Mayo 1981 (RA 238/80). En contra se pronuncia LOPEZ MEMUDO, F. El principio ..., op. cit., págs. 146 y ss. argumentándolo del siguiente modo: "No se deduce la inclusión de la regla "retroactividad de la norma sancionadora más favorable". No obstante, la cuestión plantea alguna duda que conviene considerar:

El Texto del Anteproyecto proclamaba la irretroactividad de la ley penal de modo absoluto. Las enmiendas presentadas abogaron por la irretroactividad de esas leyes cuando fuesen favorables al reo. La Ponencia abandonó la fórmula del Anteproyecto dando una nueva redacción al artículo "conforme a las enmiendas presentadas", pero no logró - o no quiso - expresar tal idea de un modo inequívoco pues de la expresión "no favorables" no resulta que la Constitución garantice, con carácter general, la retroactividad de toda ley o disposición favorable al inculpaado; garantiza, eso sí, la irretroactividad de las más rigurosas. Por consiguiente, el texto no recogió debidamente el sentido de las enmiendas, que claramente demandaban se insertara en la Constitución el imperativo mandato de aplicar retroactivamente las normas sancionadoras más benignas.

Puede pensarse que la Ponencia asumió efectivamente esta idea y que con la redacción dada al precepto, es decir, con la frase "no favorables", estimara cumplido el propósito, sin lograrlo; pero esta concesión al error ofrece muchas dudas pues a nadie puede escapar - y menos a sus propios redactores - que el artículo 9.3 no garantiza la aplicación de la regla en cuestión, y si en verdad se quería garantizar hubiera bastado con adoptar - en este o en el art. 25, su lugar típico - la fórmula propuesta por el Grupo Vasco o la del Sr. de la Vallina (Alianza Popular), absolutamente inequívocas, como inequívoco es también en este sentido el Código Penal que establece separadamente, como dos ideas distintas, el principio "ley previa al delito" (art. 23) y la regla "retroactividad de la ley más benigna" (art. 24).

Lo cierto es que la discordancia entre lo que los constituyentes quisieron decir - concedamos estos - y lo que realmente plasmaron en el art. 9.3 es bien notoria. Y esta discordancia lleva a grandes resultados porque la nuda letra del precepto, una vez desgajada de la dialéctica y motivaciones que la alumbraron se nos presenta hoy enormemente inexpressiva; tan inexpressiva, que tras una lectura atenta y una interpretación objetiva del precepto se llega a la conclusión de que una disposición sancionadora del contenido más favorable puede prohibir su aprobación retroactiva sin por ello violentar el art. 9.3 de la Constitución.

La consecuencia final es que el legislador tiene libertad absoluta en esta materia, y las instancias aplicadoras del Derecho tendrán que estar a lo que al respecto digan las leyes y el Código Penal".

La mencionada diferencia encierra consecuencias trascendentales respecto a las vías procesales utilizables ante su posible vulneración. La no inclusión del principio de retroactividad de lo favorable y su adscripción al art. 9 "imposibilita que sobre este punto se reconozca un derecho subjetivo de carácter fundamental reconduciéndose el control de este aspecto a un juicio ordinario de legalidad (277)". La citada postura, si bien ha levantado ciertas críticas doctrinales, pues "carece de toda justificación" (278) no impide su plena aplicación y vigencia en el derecho disciplinario, tal y como de forma unánime ha reconocido tanto la doctrina como la jurisprudencia (279).

---

(277) F. SANZ GAMBASEGUI, La potestad... op. cit., pág. 121. Excluyendo el derecho a la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable del artículo 25.1 CE, STC, 30 de Marzo 1981, STC, 7 de Mayo 1981; STC, 11 de Noviembre de 1981.

(278) Siendo un argumento puramente formal F. SANZ GAMBASEGUI, La potestad... op. cit., pág. 123 nota. En parecidos términos se pronuncian SUAY RINCON, Sanciones... op. cit., pág. 181; SERRANO ALBERCA, J.R., ... op. cit. pág. 509; COBO DEL ROSA - VIVES ANTON, Derecho... op. cit., pág. 133; BARRERA LLOBREGAT, La aplicación... op. cit., pág. 83-87. En contra ALIAGA, O. La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático) Madrid 1978, pág. 243.

(279) J.M. MOLTO BARRER, Aplicación de la normativa punitiva más favorable en materia disciplinaria, en Revista Jurídica de Cataluña No. 4, 1987, págs. 253 a 255.

Entre la jurisprudencia, además de las resoluciones citadas en la nota No. 219, destacan las STS de 4 de Junio de 1987 dictada en apelación de la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 3a., de 21 de Noviembre de 1986. Asimismo STS, Sala 5, de 20 de Junio de 1986 en la que se afirma que "el régimen disciplinario es de carácter cuasi penal, en el que rigen los mismos principios infractores que en este... por lo que es de aplicación el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable reconocido con gran amplitud en el artículo 24 del Código Penal".

## 2. El alcance de la retroactividad.

Si bien el art. 24 del CP regula de forma detallada el alcance y posibilidades en que puede ser aplicada retroactivamente una norma más beneficiosa para el reo (280), no ocurre lo mismo en la normativa disciplinaria, donde la aplicación directa de los postulados constitucionales, junto con las genéricas previsiones de la LPA, (281) nos deben permitir adoptar la solución más adecuada a los distintos casos (282):

- a) La aparición de una norma disciplinaria más benigna cuando el hecho se encuentre pendiente de sanción disciplinaria.

Esta posibilidad se ha producido recientemente con bastante frecuencia, dada la abundante regulación positiva dictada en la materia.

---

(280) Art. 24 CP "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena".

(281) Art. 45.3 LPA ya comentado. Entre las leyes que recientemente recoge de forma expresa el principio se encuentra la Ley 7/82 de 13 de Julio sobre contrabando (disposición transitoria tercera). Para la vigencia de este principio en los planes de urbanismo ver GONZALEZ PEREZ, Los planes de urbanismo, Madrid 1974, págs. 220 y ss.

(282) La STS, Sala 3a., de 27 de Junio de 1989 transpone al ámbito disciplinario las normas más favorables al sancionado "por aplicación analógica insoslayable del principio que inspira el artículo 24 CP" añadiendo: "está en la línea jurisprudencial dominante y la que se acomoda a la naturaleza del derecho sancionador y a la voluntad del legislador plasmada en el nuevo sistema legal".

Así, la disposición transitoria primera del RDFCE ya declaraba que "los expedientes disciplinarios que se encuentran en tramitación en el momento de la publicación de este reglamento seguirán regulados por las disposiciones anteriores, salvo que las de éste les sea más favorables. En todo caso, de no haberse efectuado la propuesta de resolución, deberá darse el trámite previsto en el art. 41" (283).

En consecuencia, no cabe duda alguna sobre la plena aplicación de la ley nueva más benigna tal y como ha ratificado abundante jurisprudencia (284).

b) El segundo caso, de visos análogos al anterior, se produce con la aparición de una norma más benigna cuando el hecho enjuiciado se encuentra todavía pendiente de sentencia judicial aunque ya haya recaído sanción en vía administrativa. En realidad, este supuesto, como ha reconocido sin vacilación alguna la mejor jurisprudencia, (285) queda solucionado con la aplicación retroactiva de la norma más favorable.

En este sentido, es la supresión de la falta muy grave de probidad moral o material la que ha provocado mayores dificultades, obligando a los tribunales de justicia a buscar un

-----

(283) El artículo 41 del mencionado cuerpo legal preve un plazo de 10 días para que el inculcado alegue lo que estime pertinente en su defensa.

(284) STS, Sala Quinta, de 4 de Junio de 1987, y de 20 de Junio de 1986. S. de la Audiencia Territorial de Barcelona Sala Tercera, de 21 de Noviembre de 1986; STS de 5 de Abril de 1988.

(285) Entre otras, STS de 8 de Octubre de 1986, 7 de Octubre de 1986, 20 de Junio de 1986 y S. de la Sala Quinta, de 11 de Julio de 1988. Así mismo, S. de la Sala Quinta, de 24 de Febrero de 1987.

nuevo acomodo legal de las conductas antijurídicas así calificadas (286).

c) Por último, entre los múltiples supuestos que pueden producirse destacaríamos la aparición de una ley más favorable cuando los hechos hayan sido ya sentenciados o incluso cuando el sancionado estuviera cumpliendo castigo. En estos casos, resulta casi unánimemente aceptada la aplicación de la norma posterior más favorable al reo (287).

Una posibilidad distinta pero relacionada con la anterior podría ocurrir cuando la norma aplicada para imponer el castigo disciplinario (ley o reglamento) fuera declarada posteriormente ilegal. El problema jurídico que se plantearía no es de fácil solución, debiendo distinguirse dos supuestos. Por una parte, si el acto o sanción trae causa de un reglamento declarado nulo

---

(286) La mayoría de sentencias recoge la problemática de la supresión de la falta de probidad moral o material. Algunas deciden incardinar el hecho probado en otro tipo más beneficioso, aunque lo realizan con diversa fortuna. Especialmente criticable resulta la STS, de 1 de Julio de 1980, que imponía la separación definitiva del servicio a un miembro del Cuerpo Superior de Policía por la comisión de una falta muy grave de probidad moral o material. El cambio legislativo produjo suprimir esa falta y el Tribunal Supremo decidió incardinar la participación del sancionado en la constitución de una denominada "asociación regional de empresarios de hostelería", que tenía por objeto dar cobertura legal a ciertos establecimientos para que pudieran cerrar más allá del horario legalmente permitido, impidiendo posibles inspecciones de policía, y profiriendo amenazas y coacciones a empresarios para su adhesión a la misma, en una falta muy grave del "ejercicio de actividades públicas o privadas incompatibles con el desempeño de sus funciones", falta que anteriormente se encontraba tipificada como de carácter grave, infringiendo con esa actuación, de forma peculiar, el principio de la irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos.

(287) En este sentido ver CASADO RUIZ, J.R., op. cit., págs. 45 y ss., RODRIGUEZ MOURULLO, G., Derecho penal op. cit., págs. 132 y 134.  
Ahora bien, si la sanción ya ha sido cumplida totalmente no creemos que deba ser objeto de rectificación alguna. Así lo entendió en el ámbito penal la fiscalía del T.S. en circular de fecha 25 de Abril de 1967.



(288) en principio, la literalidad del art. 120.1 del LPA parece clara: "la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma (289).

Sin embargo, esas afirmaciones deben ser matizados a la luz de las previsiones efectuadas en el art. 40.1 de la LOTC en donde se afirma: Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permiten revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en la que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos o inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso - administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad". Sin ánimo de agotar los enormes problemas que puedan surgir de esa regulación, (290) en lo que nos concierne, una única solución se nos ocurre:

-----

(288) Si fuera declarado anulable los problemas serían distintos. Sobre la polémica nulidad /anulidad de las disposiciones de carácter general ver GARCIA DE ENTERRIA - TOMAS R. FERNANDEZ, Curso de derecho administrativo, I, 5a. ed. Ed. Civitas, Madrid 1989, pág. 234 y ss. GONZALEZ PEREZ, Comentarios... op. cit., pág. 1020; EXTREMA CUESTA, Curso... op. cit., I, pág. 140 y ss.; VEDEL, Droit administratif, Paris 1976, pág. 47 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición RAP núm. 29, pág. 167 y ss.; MARTIN RETORTILLO, L., Actos administrativos generales y reglamentos, RAP núm. 40 pág. 226; TOMAS R. FERNANDEZ, ¿Desaparece el recurso contra reglamentos? RAP núm. 65.

(289) Sobre el tema ver SANTAMARIA, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, Madrid 1972, págs. 297 y ss.

(290) Algunos de ellos puestos de relieve en la STC de 20 de Febrero de 1989 "impuesto sobre la renta". Sobre el tema ver GARCIA DE ENTERRIA. Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales, en REBA, 66, pág. 5 y ss.; MARIA JESUS MONTORO CHINER, Protección de la familia y fiscalidad (A propósito de la STC 45/89, de 20 de Febrero) RESS núm. 28, (Enero - Abril 1990) págs. 170 y ss.

Si la declaración de inconstitucionalidad (y consiguiente nulidad) de una ley que ha servido de fundamento para imponer una sanción disciplinaria obliga a que esta sea inexcusablemente revisada, igual circunstancia debe plantearse cuando es un reglamento disciplinario o una parte del mismo el que ha sido declarado nulo.

A nadie escapa, que esos postulados han de provocar un giro copernicano en la interpretación y aplicación práctica de la L.P.A.. ¿Qué sentido tendría mantener una sanción firme, que trajera causa de un reglamento ilegal, cuando a lo mejor el mismo únicamente reproduce los preceptos de una Ley?. ¿Qué rigor jurídico podría justificar esa disparidad de regulaciones?

En definitiva, cuando una sanción disciplinaria firme haya sido impuesta en virtud de una Ley o un reglamento declarados con posterioridad contrarios al ordenamiento jurídico, podrá ser revisada siempre y cuando la nueva regulación positiva sea favorable al sancionado. Otra interpretación pugnaría contra los principios de justicia e igualdad, y consolidaría auténticas situaciones de discriminación, impropias de un ordenamiento jurídico moderno.

## V. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

### 1. Consideraciones previas.

Por regla general, los problemas más importantes que tiene planteado cualquier ordenamiento jurídico se producen cuando sobre una determinada actuación confluyen distintas disciplinas pues, en ocasiones, cada una de ellas intenta aportar soluciones a los mismos de forma aislada, olvidando la posible regulación positiva o la jurisprudencia contraria que puede haberse desarrollado en el seno de la otra.

Desde este prisma, vamos a analizar las respuestas que tanto la doctrina, la jurisprudencia como los textos legislativos, han proporcionado cuando un funcionario comete una acción u omisión tipificada como ilícito por el Código penal y además por la normativa disciplinaria.

¿Puede dicho sujeto ser castigado dos veces (en vía penal y administrativa) por la comisión de ese único hecho? ¿Qué relación existe entre el procedimiento disciplinario y el proceso penal?. Es decir, ¿Vincula la declaración efectuada por el juez penal a las autoridades administrativas? Y por último, ¿pueden incoarse dos procedimientos administrativos por la comisión de un único hecho, dando lugar a una duplicidad de sanciones administrativas?

Antes de la vigencia del Texto Constitucional, la respuesta a esos interrogantes pasaba por la plena compatibilidad entre pena y sanción, basada en el "curioso" (291) principio de la

-----

(291) Tal y como califican GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid 1982, págs. 170 y ss.

independencia de la potestad sancionadora administrativa, (292) desde la cual además de permitirse la duplicidad de castigos por la comisión de un único hecho (293) podía darse por probado en la esfera administrativa lo que en la judicial penal no se estimase tal o probado en sentido contrario (294) fenómeno que fue bautizado por GARCIA DE ENTERRIA como la "doctrina de las dos verdades (295)" pues, como decimos, lo que era verdad para un Tribunal no tenía porque serlo para la Administración o viceversa.

De ese modo, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmaba con naturalidad que "no hay porqué esperar a la sentencia de la jurisdicción penal para incoar el expediente administrativo" (STS de 23 de Diciembre de 1.964) "pues ambas jurisdicciones, la penal y la administrativa son independientes, así como también lo son las sanciones sin que medie incompatibilidad entre uno y otro procedimiento..." (STS de 12 de Mayo 1.978 (ar 1662)). Esa postura jurisprudencial no era de extrañar pues, a pesar de las críticas doctrinales, (296) dicha solución se declaraba en casi todas las normas que configuraban poderes sancionatorios administrativos: art. 18 LOP, art. 66 LPI, art. 225 LS, art. 125 de la Orden de 9 de Marzo de 1.971, de Higiene y Seguridad en el trabajo, art. 408.2 del Decreto 485/1.962, de 22 de Febrero, aprobatorio del Reglamento de Montes, art. 1 de la Ley de 22 de Julio de 1.967 (sanciones en

---

(292) SSTS de 21 de Junio 1966 (ar. 3924), 28 de Noviembre de 1966 (ar de 1967, 272), 7 de Abril 1.967 (ar. 2156).

(293) SSTS 21 de Octubre 1.960, 20 de Febrero 1.978.

(294) SSTS 24 de Noviembre 1.960 y 26 de Noviembre 1.964.

(295) GARCIA DE ENTERRIA- T.R. FERNANDEZ, Cursos de Derecho, cit. II, pág. 172.

(296) Por ejemplo ver, MARTIN PETORTILLO BAQUER, L. Sanciones penales y sanciones gubernativas, en Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal, Salamanca 1.971 especialmente pág. 16.

materia de cine, teatro y espectáculos), art. 2 del Decreto de 17 de Noviembre de 1.966 (disciplina del mercado), etc.

En dicho sistema, el derecho disciplinario de los funcionarios públicos era una pieza más de la maquinaria. Tanto la legislación positiva (arts. 4 y 28 del reglamento de 1.969) (297) como la jurisprudencia (298) proclamaban a los cuatro vientos su total independencia.

Sin embargo, tres correctivos parciales vinieron a rectificar ese principio antes de que el Texto Constitucional produjera auténtica convulsión en el tema: por una parte, desde la doctrina de la cosa juzgada se negó por alguna jurisprudencia: a) que la Administración pudiera contradecir el "relato fáctico" de una sentencia penal firme" (STS de 11 de Mayo 1.965) b) que sobre un mismo hecho cayeran dos sanciones administrativas, fruto de dos procedimientos distintos (STS de 7 de Marzo 1.978 (ar 923)); Por otra parte, el artículo 2 del Real Decreto -Ley de 25 de Enero de 1.977 introdujo expresamente una de las vertientes del principio non bis in idem al afirmar "que no se impondrá conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos" permitiendo sin embargo iniciar el procedimiento administrativo sancionador cuando el proceso penal concluía sin consecuencias condenatorias.

---

(297) Art.4o. El régimen disciplinario establecido en este Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que puedan incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determina la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en el Capítulo II del Título IV.

Art. 28. En cualquier momento del procedimiento en que el instructor aprecie que la presunta falta reviste caracteres de delito viene obligado a ponerlo en conocimiento de la Autoridad o Jefe que hubiera ordenado la incoación del expediente, para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. Ello no será obstáculo para la tramitación del expediente disciplinario hasta su decisión e imposición de la sanción, si procediere.

(298) Así, SSTS, 13 de Octubre 1.958, 21 de Octubre 1.960, 27 de Junio 1.961 y 3 de Julio 1.965. Citadas por GONZALEZ PEREZ, J. Independencia de la potestad sancionadora de la Jurisdicción penal, RAP número 47-1.965 págs. 138 y ss.

Sobre esa situación vinieron a incidir los artículos 24 y 25 de la CE que equiparan delito, falta e infracción administrativa, negando la anterior independencia, origen precisamente de la posible acumulación pena -sanción administrativa. De esa forma, temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional declaró que "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado" (STC de 8 de Junio 1.981), afirmaciones que por lo demás ya venía prodigando en los últimos años el Tribunal Supremo (299) y que son reiteradas en la actualidad (300).

Esa identidad sustancial (matizada como veremos por lo que respecta a las sanciones fruto de una especial relación con la Administración, entre las que destacan las disciplinarias) va a servir para otorgar rango constitucional al principio "non bis in idem" en todas sus manifestaciones.

## 2. Concepto y origen del principio non bis in idem.

La expresión "non bis in idem" encierra un tradicional principio general del derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción (301) (vertiente

---

(299) SSTs 21 de Mayo 1.965 (ar. 2397), 12 de Diciembre 1.977 (ar 4740), 15 de Marzo de 1.978 (ar 1069), 20 de Mayo y 9 de Junio de 1.979 (ar 2847 y 2853).

(300) Tanto por el propio TS (SSTS 30 de Mayo 1.981 (ar 2182), 14 de Marzo y 24 de Noviembre de 1.984 (ar 27 59 y 5483), 10 de Febrero y 13 de Junio, 16 de Diciembre 1.986 (ar 504, 3407 y 7160), 20 de Enero de 1.987 (ar 203) como por el Tribunal constitucional (SSTC 42 /1.987, 3/1.988, 10/1.988, 29/1.989, 69/1.989, 150/1.989 y 219/1.989)).

(301) SANZ GARRASERRI, F. La potestad sancionatoria... op. cit. pág. 124; AGULLO AGUERO, A, "Non bis in idem", contrabando y tráfico de drogas", en Problemática jurídica y psicosocial de las drogas, Valencia 1.987, pág. 13 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso... op. cit. II pág. 170; SUAY RINCON, J.

material). Por otra, es un principio procesal en cuya virtud un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o si se quiere "no dos procesos con el mismo objeto" (302). Esta vertiente procesal, impide no sólo la dualidad de procedimientos -administrativo y penal- (303) sino además, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos al constituir, como veremos, el efecto negativo de la cosa juzgada material (304).

Al hilo de la anterior afirmación, el principio de referencia excluiría la posibilidad de que si una acción constituye al mismo tiempo una infracción disciplinaria y otra de protección del orden general puedan iniciarse dos tipos de procedimientos distintos y lleguen a imponerse dos sanciones diferentes.

---

(301) .../...

"Sanciones... op. cit. pág. 178 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L. Principio de legalidad... op. cit. pág. 9 y ss.; CODO DEL ROSAL N. - DCII REIG, J. Garantías constitucionales del Derecho sancionador AMV, Comentarios a legislación penal, I, EBERSA Madrid 1.982 pág. 212 y ss.; N. CODO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON Derecho penal. Parte general Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1.987 págs. 57; ANGEL DE SOLA BUEGAS, Principio "Non bis in ídem" y sanciones disciplinarias en el ordenamiento penitenciario, RJC No. 4 1.989 págs. 103 y ss.; GARRIDO FALLA F, Tratado... op. cit. II págs. 139 y ss.; JOSE GARDENI LLODRIGAT, La aplicación... op. cit. pág. 149 y ss.. Asimismo ver STC 2/81, de 30 de Enero (Joyería de Madrid).

(302) FENECH, Miguel, Derecho procesal penal II, ED. Labor Barcelona - Madrid 1.960 pág. 1.173. Refiriéndose al proceso penal el citado autor afirma que "el principio non bis in ídem comporta, la imposibilidad de que un Tribunal pueda emitir su fallo cuando el objeto (del proceso) ha sido ya resuelto con anterioridad".

(303) Tal como afirma la STC 77/83, de 3 de Octubre (Bocha en el gobierno Civil de Cádiz). Sobre el tema ver N. CODO DEL ROSAL - TS VIVES ANTON, Derecho penal... op. cit. pág. 57; SUMY RINCÓN, Sanciones... op. cit. pág. 100.

(304) FENECH, Miguel Derecho procesal... op. cit. II pág. 1172 - 1173 y 1174; Luis RIBO DURAN, Diccionario de derecho, Voz cosa juzgada, Ed. Bosch Barcelona 1.967; N. CODO DEL ROSAL - TS VIVES ANTON, Derecho penal... op. cit. pág. 58 quienes afirman "Los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada son concreciones del principio "non bis in ídem" en el proceso penal". De ese modo, la STC 66/86, de 23 de Mayo prohíbe expresamente la duplicidad de acciones penales y que "un mismo delito fuera objeto de dos sentencias condenatorias distintas". En el mismo sentido STC 159/85, de 27 de Noviembre. En el ámbito disciplinario impediría, por tanto, que una misma falta pudiera ser objeto de dos procedimientos distintos y dos sanciones diferentes.

Este tercer aspecto del "non bis in idem" resulta a priori inaplicable pues según es admitido comúnmente "los funcionarios se encuentran respecto de la Administración no sólo en un estado de sujeción general sino también en un estado de sujeción especial". (305)

Por tanto, el principio de mención, en el derecho disciplinario, ve debilitada su eficacia (306) pues, como analizaremos y matizaremos seguidamente, sólo juega para impedir que un mismo hecho de lugar a una clara duplicidad de procedimientos disciplinarios desembocando cada uno de ellos en la imposición de una sanción. Ahora bien, con el fin de comprender mejor el significado del "non bis in idem", haremos un breve análisis de su evolución histórica.

Su origen se encuentra en el derecho romano clásico (307) concretamente en la institución del "iudicium legitimum" (308)

---

(305) R. EXTREMA CUESTA, Cursos... op. cit. Vol. 1/2 pág. 348. En contra de esa tesis GARCIA TREVIZANO FOS, J.A. ... op. cit. pág. 52.

Abordado el tema de la doble sanción administrativa por la comisión de un mismo hecho en materia de disciplina de mercado (en la que podrían concurrir dos normativas distintas, la LOP y el Decreto 3632/74 de 20 de diciembre) ver, J. TORRES MAG. Revista jurídica... op. cit. pág. 420.

(306) COBO DEL ROSAL N - BOIX REIG J, Garantías... op. cit. pág. 213.

(307) FARRA, J.L., El derecho romano clásico, II, el proceso, Universidad de Zaragoza, 1.980, pág. 292 en donde afirma además que la primera formulación como "regula iuris" del principio "non bis in idem" implicaba "la imposibilidad del replanteamiento procesal que se producía tan pronto como el proceso había llegado a la litis contestatio" y era deducido por el juez con el "valor y evidencia de un primer principio".

(308) "El régimen procesal de la época clásica se caracteriza por la institución del iudicium, una función juzgadora ajena a un iudicium magistratural, esto es, basada en el officium de particulares o árbitros (...).

El arbitraje da base al "iudicium privatum" de la época clásica y se concreta en un contrato por virtud del cual la partes acuerdan someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular. Tal contrato recibe el refrendo de un magistrado que decide o no la apertura del iudicium, que por otra parte, podía ser de varios tipos". IGLESIAS, Juan, Derecho romano, Ed. Ariel, Barcelona 1.972, págs. 192-193.



que era el único régimen procesal en el que la sentencia otorgada tenía valor de cosa juzgada (309). En dicho iudicium, concretamente en los inicios del procedimiento formulario (310), encontramos plasmado positivamente el principio "non bis in idem" (311).

Según MURGA, "el principio axiomático del "non bis in idem" que sólo permite litigar una vez, tiene su más honda radicación en la propia evolución histórica del orden procesal. Como es sabido, en la más remota antigüedad todo derecho subjetivo lesionado se transforma, por así decirlo, como una especie de contrapartida, en el derecho a una venganza taliónica y proporcionada". Con el tiempo, ese derecho a la venganza individual, deja paso a una lucha ritual y ésta a su vez se irá convirtiendo en un sistema litigioso. "Si la venganza extingue para siempre el derecho lesionado, la expectativa de una sentencia favorable produce una extinción del derecho. Es por esa razón -dice- por la que es imposible litigar por segunda vez ya que en definitiva sería como litigar por un derecho inexistente" (312).

---

(309) El "iudicium legitimum" era celebrado en la Civitas o dentro del radio de una milla de roma, con litigantes romanos y un juez único también romano. Se distingue del "iudicium imperium continentis" porque en éste intervienen varios jueces, se hacía fuera de Roma, o las partes eran extranjeras.

(310) El procedimiento civil romano atraviesa por tres etapas: A) legislaciones o acciones de ley, etapa donde las formas son muy estrictas, donde un error en la demanda era prácticamente insubsanable y el averiguar la verdad era difícil.

B) Procedimiento formulario. Consistía en breves escritos que realizaban las partes.

C) Extra ordinem que se desarrolla a partir del siglo III donde el procesamiento sigue una única vía. Para un análisis del tema ver CARRELLI, La génesis del procedimiento formulario, Milán 1.946, págs. 9 y ss.

(311) Recogido en la Lex Aebutia (150 a.c.), génesis del procedimiento formulario. Para que la sentencia, según esta ley, tenga fuerza de cosa juzgada y posea la fuerza vinculante necesaria para declarar nulo cualquier intento de litigar por segunda vez (principio Non bis in idem) el derecho que se discutía debía ser un "ius civile" reconocido en las Doce Tabas.

(312) MURGA, J.L., Derecho romano..., op. cit., pág. 175.

De ese modo, el principio "non bis in idem", si bien encuentra su origen en el ámbito civil, tiene su pleno desarrollo en el derecho penal "donde se prohíbe el ulterior enjuiciamiento por un hecho decidido ya en sentencia" (313).

Pues bien, dado que el Tribunal Constitucional ha considerado oportuno estimar que este principio se encuentra recogido en el art. 25.1 de la Constitución (314), que rige plenamente por lo que respecta a las sanciones administrativas de protección del orden general y sin embargo no lo hace con el mismo alcance y efectos en las relaciones de autoprotección o sujeción especial (315), debemos examinar cuál es su contenido, vigencia y aplicación además de las consecuencias que produce su parcial inobservancia por lo que se refiere al concreto ámbito del régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

---

(313) Que sería una de las dos vertientes que en su significado procesal predica el non bis in idem. Una abundante recopilación de bibliografía y jurisprudencia, en el ámbito penal, se encuentra en la obra de AGULLO AGUIERO, *Non bis in idem*, op. cit., págs. 13 y ss.

(314) STC 2/81, de 30 de Enero (joyero de Madrid), STC 77/83, de 3 de Octubre (bona en el Gobierno Civil de Cádiz).

(315) STC 2/81 de 30 de enero f.j. n.º. 2.

### 3. Non bis in idem material y regimen disciplinario.

- A. La constitucionalización del principio non bis in idem : prohibición de duplicidad de sanciones (administrativa y penal) por la comisión de un mismo hecho.

La existencia y reconocimiento constitucional de este principio impone, como es sabido, "que no recaiga duplicidad de sanciones -penal y administrativa- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento" (316).

Aunque de forma expresa no se encuentra recogido en el Texto Constitucional es necesario apuntar que "como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del art. 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25.1 de la Constitución..." (317).

---

(316) STC 2/81, de 30 de Enero (Joyería de Madrid) fundamento jurídico n.º 4.

No obstante, la consideración de que "nadie puede ser castigado dos veces por la comisión de los mismos hechos" según la doctrina penalista "resalta literalmente entendida, profundamente incorrecta, puesto que un mismo hecho puede lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes, y ser por ello sancionado varias veces sin que tal pluralidad de sanciones vulnere ningún precepto constitucional: tal suceda en los casos de concurso ideal de delitos". N. COBO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derecho Penal, Parte general, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1.987, pág. 57.

Por su parte MUÑOZ GUIRODA, A. "El principio non bis in idem (STC de 3 de octubre de 1.983), en REDA, n.º 45/1.985, pág. 133, afirma que lo principio "consiste en el derecho público subjetivo del ciudadano a no ser castigado por el mismo hecho con una pena y una sanción administrativa (o dos sanciones administrativas), siendo indiferente que éstas operen en el tiempo de forma simultánea o sucesiva".

(317) STC 2/81, de 30 de Enero, fundamento jurídico n.º 4. En igual sentido SSTC 159/85, de 27 de Noviembre 66/86, de 23 de Mayo y MATC 526/87, de 6 de Mayo y 21 de Noviembre de 1.988 (RA 1439/1.988). Sin embargo y de forma sorprendente, alguna jurisprudencia reciente considera que entre los principios que rigen el derecho administrativo sancionador en general está la "independencia respecto a jurisdicción penal" STS 2.12.98. Asimismo ver, AGUIRREZ FERNANDEZ, A. Lev del Procedimiento Administrativo (Estudio de Doctrina y Jurisprudencia) COMARES Granada 1.976 pág. 560 y ss. que parece asumir esa doctrina (en 1.990!).

.../...

### 3. Non bis in idem material y regimen disciplinario.

- A. La constitucionalización del principio non bis in idem : prohibición de duplicidad de sanciones (administrativa y penal) por la comisión de un mismo hecho.

La existencia y reconocimiento constitucional de este principio impone, como es sabido, "que no recaiga duplicidad de sanciones -penal y administrativa- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento" (316).

Aunque de forma expresa no se encuentra recogido en el Texto Constitucional es necesario apuntar que "como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del art. 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25.1 de la Constitución..." (317).

---

(316) STC 2/81, de 30 de Enero (Joyero de Madrid) fundamento jurídico n.º. 4.

No obstante, la consideración de que "nadie puede ser castigado dos veces por la comisión de los mismos hechos" según la doctrina penalista "resulta literalmente entendida, profundamente inexacta, puesto que un mismo hecho puede lesionar intereses distintos, protegidos en normas diferentes, y ser por ello sancionado varias veces sin que tal pluralidad de sanciones vulnere ningún precepto constitucional: tal sucede en los casos de concurso ideal de delitos". M. CODO DEL ROSAL - T.S. VIVES ANTON, Derroche Penal. Parte general, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1.987, pág. 57.

Por su parte FUGOZ QUIROGA, A. "El principio non bis in idem (STC de 3 de octubre de 1.983), en "REM", n.º. 43/1.985, pág. 133, afirma que lo principio "consiste en el derecho público subjetivo del ciudadano a no ser castigado por el mismo hecho con una pena y una sanción administrativa (o dos sanciones administrativas), siendo indiferente que éstas operen en el tiempo de forma simultánea o sucesiva".

(317) STC 2/81, de 30 de Enero, fundamento jurídico n.º. 4. En igual sentido SSTC 159/85, de 27 de Noviembre 86/86, de 23 de Mayo y MATC 526/87, de 6 de Mayo y 21 de Noviembre de 1.988 (RA 1437/1.988). Sin embargo y de forma sorprendente, alguna jurisprudencia reciente considera que entre los principios que rigen el derecho administrativo sancionador en general está la "independencia respecto a jurisdicción penal" STS 2.12.88. Asimismo ver, AGUIÑEZ FERNÁNDEZ, A. Ley del Procedimiento Administrativo (Estudio de Doctrina y jurisprudencia) COMAPES Granada 1.990 pág. 560 y ss. que parece asumir esa doctrina en 1.990!.

.../...

Las consecuencias jurídicas de esa afirmación son importantes. En primer lugar, al incluir el principio non bis in idem en el artículo 25.1 CE se configura a este como un derecho público subjetivo y fundamental (318), lo que implica que su desconocimiento o transgresión por parte de los poderes públicos es susceptible de ser invocado no sólo por las vías procesales ordinarias sino, además, mediante la protección que otorgue la ley 62/78, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (según afirma la disposición 2 de la LOTC) y el recurso de amparo ante el TC, de acuerdo con los cánones previstos en el artículo 53.2 CE (319).

En segundo lugar, el principio de mención como el resto de los recogidos en el artículo 25.1 CE, es de aplicación directa e inmediata, no precisando desarrollo legislativo y, además, su reconocimiento y respeto ha de vincular a todos los poderes

(317) .../...

Así, el diario de sesiones del Congreso recoge, en la sesión de 16 de Mayo de 1.978, el debate sobre la constitucionalización del "Non bis in idem" y la propuesta del diputado PEREZ LLORCA de trasladarlo al actual artículo 25. La única polémica suscitada fue la ampliación de su ámbito a las relaciones de sujeción especial. Ver págs. 2387 y ss.

Al respecto JOSE MANUEL SERRANO ALBERCA, Comentarios a la Constitución, dirigido por SARRIDO FALLA, op. cit., pág. 509 dice:

"Durante el debate constitucional, el principio non bis in idem reconocido en el artículo 9, fue suprimido de él con la idea de trasladarlo al artículo 24 (hoy 25). La propuesta llegó a formularse de forma correcta, pero no llegó a incluirse en el artículo 25, aunque este hecho no ha de interpretarse como una derogación del mismo, sino muy al contrario, simplemente como su no constitucionalización".

(318) SSTs de 23 de Octubre 1.983, 28 de Septiembre 1.984 entre otras.

(319) Si bien nos parece positiva la incardinación del principio "non bis in idem" en este artículo por el plus de garantías que otorga, no por ello debemos ocultar las dificultades que esa operación conlleva. De ese modo, ARGOTO ZAPATERO, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, Revista española de Derecho constitucional n.º. 8, pág. 19, afirma que el "bis in idem" no contradice el principio de legalidad ni el de certeza ni el de seguridad jurídica. Únicamente por resultar desproporcionada la doble sanción podría vulnerar "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3 de la Constitución".

Contra esta opinión se pronuncian GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma y el TC..., pág. 246; CODO DEL ROSAL Y BOIX REIG, garantías constitucionales del derecho sancionador, con Comentarios a la legislación penal, I. Ed. Edersa, 1.982, pág. 203.

públicos (artículo 53.1) considerándose derogados todos los preceptos legislativos que de una u otra forma lo contraríen.

Al respecto, la tendencia legislativa más reciente es la de recoger de forma progresiva ese principio. Buena prueba de ello lo constituyen, entre otras, la Ley 28/88, de 28 de Julio de Costas (art. 94.3), Ley 4/89, de 27 de Marzo de Conservación de los espacios naturales de la flora y la fauna silvestre, ley Foral de 27 de Septiembre de 1.985 del Patrimonio de Navarra (art. 42), Real Decreto Ley de 25 de Enero de 1.977 por el que se modifican algunos artículos de la Ley de Orden Público (art. 2), Ley 24/88, de 8 Julio de Mercado de Valores (art. 96), etc.

Del mismo modo, reiterada jurisprudencia del TS afirma a partir de las consideraciones anteriores que si un mismo hecho está tipificado como delito o falta penal y además como infracción administrativa de protección del orden general, (es decir, aquellas que protegen el orden social y no el propio orden doméstico de la Administración) no puede ser sancionado dos veces al ser aplicable el principio non bis in idem, "pues aunque no está explicitado en los arts. 1 a 30 de la Constitución sin embargo es una concurrencia obligada de la aplicabilidad de los principios de legalidad y tipicidad en la materia de infracciones administrativas, en términos análogos a los exigidos en los delitos o faltas en general, tal como preceptúa el art. 25 de la propia Constitución " (320).

Si bien esa afirmación de principio constituye un claro avance respecto al conjunto de garantías otorgadas en el ordenamiento jurídico pre-constitucional es necesario analizar

---

(320) (SSTS de 8 de Junio 1.982, 28 de Junio de 1.982, 20 de Octubre 1.983 (ar. 5.907), 18 de Julio 1.984 (ar. 3.637), 2 de Febrero 1.985, 18 de Abril 1.986 (ar. 3.374), 6 de Junio 1.988 (ar. 4.371)). No obstante, alguna jurisprudencia minoritaria recoge todavía la total independencia entre ambas disciplinas (STS de 20 de Diciembre 1.988).

en que esferas de lo sancionatorio - administrativo extiende su vigencia el "non bis in idem" y los efectos que produce su parcial inaplicación en lo referente al régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

## B. Inaplicación del non bis in idem material en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos.

### 1) Los fundamentos sobre la no vigencia del principio "non bis in idem".

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación del "non bis in idem" material, existe una tendencia generalizada, tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia e incluso en los textos legislativos, a excluirlo del círculo de las relaciones especiales de sujeción.

Si en un primer momento de nuestra andadura constitucional se podían sostener posturas diversas, diferentes e incluso contrapuestas, (321) poco a poco, de forma imperceptible, se está consolidando la ya apenas discutida (322) concepción de

---

(321) Así, el diputado PECEZ BARBA en la Comisión Constitucional del Congreso, replicando al señor MEILAN GIL, sostuvo que "esta existencia del principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos no excluye, primero las sanciones disciplinarias a los funcionarios que no sean constitutivas al mismo tiempo de delito. Segundo, que si esas sanciones son al mismo tiempo constitutivas de delito, la condena, en el caso de que se produzca, lleve aparejada, o debe de llevar, el consiguiente reflejo en su condición de funcionario". Diario de sesiones, Comisión Constitucional, sesión del 16 de Mayo de 1970, núm 67, pág. 2387.

(322) Dicha realidad es combatida recientemente por algunos autores. Entre ellos SUAY RINCÓN, *SANCIONES...* op. cit., pág. 68 excluye del estudio dogmático realizado en esa obra, las sanciones disciplinarias "a pesar de que su carácter de sanciones administrativas resulta indiscutible", aclarando en otro de sus trabajos, (*Potestad disciplinaria ... op. cit.*, págs. 1336-1337) la necesidad de acercar progresivamente el derecho disciplinario al derecho penal "Ciertamente aún falta mucho camino. Se ha aludido ya a la inaplicabilidad del non bis in idem".

.../...

diferencias cualitativas entre el derecho penal y el derecho disciplinario hacen compatible la dualidad de sanciones por la comisión de un mismo hecho (323).

El Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de declarar que "el principio general del derecho conocido por "non bis in idem" supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaigan duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación del funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del "ius puniendi" por los tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración" (324).

De ese modo, rápidamente, la doctrina científica afirmó con razón que "la sensación que produce el estudio de sus sentencias es la de que está más cerca de entender que el principio "non bis in idem" no es de aplicación a las sanciones disciplinarias que de mantener la tesis contraria" (325).

---

(322) .../...

Así mismo ver OCTAVIO DE TOLEDO, E. La prevaricación... op. cit., págs. 270 y ss.; MUGOZ BUIROGA, A. Principio... op. cit., pág. 141; GARBERRI LLOREGAT, J., La aplicación... op. cit. pág. 16.. GARFIDÓ FALLA, F., Tratado... op. cit. II pág. 141. Los citados autores proponen de una u otra forma mitigar, la total independencia y consiguiente acumulación entre pena y sanción disciplinaria.

(323) Cuestión sorprendente pues el doble castigo por la comisión de un mismo hecho produce consecuencias jurídicamente inaceptables como seguidamente veremos.

(324) STC de 30 de Enero de 1.981, fundamento jurídico No. 4. En parecidos términos, y referido más a la vertiente procesal, se pronuncia la STC 50/83 de 14 de Junio en su fundamento jurídico No.1.

(325) Tal como afirma CAMO MATA, A., Las infracciones administrativas... op. cit., pág. 214.

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés más reciente consagra la posibilidad de imponer dos sanciones por la comisión de un mismo hecho. Así "il a pu juger dans l'arrêt - Chamaud - que le fait pour un agent des P.T.T. d'avoir blessé par balle l'un des voisins de son domicile personnel à la suite d'une altercation et d'avoir été condamné à six mois de prison avec sursis pour coups et blessures volontaires avec arme a constitué un "comportement qui a porté atteinte à la réputation de son administration et était de nature à justifier la sanction disciplinaire dont il a fait l'objet (1880).  
.../...



En consecuencia y con razonamientos muy semejantes a los ya apuntados, la generalidad de autores excluye la aplicación de ese principio en el ámbito de la potestad disciplinaria de la Administración respecto de la jurisdicción penal, admitiendo la dualidad de castigos tomando como base la relación de supremacía especial que une al funcionario con la Administración (326) y la consiguiente independencia y compatibilidad ente sanción y pena (327).

Aunque en absoluto compartimos esos postulados, no es de extrañar la posición de la doctrina científica por cuanto, no sólo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ratifican la posibilidad de una doble sanción por la comisión de un mismo hecho, sino que sea es la opción que, a primera vista, ha escogido el legislador.

(326) .../...

P. TERREYRE, *Commentaire a l'arrêt du Conseil d'Etat* 24. Juin 88. Secrétaire d'Etat aux Postes et Télécommunications c/M CHAMAND, *RA* Julio-Agosto 1988, No. 244, pág. 342. En parecidos términos J.C. SAVIGNAC, *La fonction publique*, Sirey 1985, págs. 270 y ss. quien, sin embargo, relativiza la independencia entre la jurisdicción administrativa y penal.

(326) GARCIA TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado... op. cit.*, III, Vol. 2, pág. 972; SANTAMARIA PASTOR, *Apuntes de derecho administrativo*. El personal al servicio de la Administración Pública. Universidad Complutense. Madrid 1982, pág. 137; MONTORO PUERTO, *La infracción... op. cit.*, págs. 118 y ss.

(327) GONZALEZ NIETO, La responsabilidad de los miembros y funcionarios de las entidades locales en *REV. No. 79*, págs. 16 y 20. Del mismo modo se pronuncian los dictámenes de la Dirección General de lo contencioso del Estado, 1966-1973, I, págs. 224, 225 y 233. Dictámenes editados por D. CASTRO AUTRAM, J.L. y MERDOZA OLIVAN, V. Asimismo ver, SORIA FERNANDEZ MAYORALAS, P. Derecho administrativo Sancionador y Derecho Penal: Principios comunes, *R.A.* No. 5/1988 pág. 271; PARADA VAZQUEZ, J.R., *Evolución... op. cit.* pág. 26; ALVAREZ PASTOR D., El procedimiento sancionador en las infracciones accetarias, en *Homenaje a J.A. GARCIA TREVIJANO FOS*, Madrid 1982, pág. 673 y además como ya dijimos, EXTREMA CUESTA, R., *Cursus... op. cit.*, pág. 384 admite la compatibilidad entre sanciones disciplinarias y gubernativas, cuestión que será analizada posteriormente.

Por su parte GARRIDO FALLA, *Tratado... op. cit.*, II pág. 141 afirma:

"A nuestro juicio, es de aplicación analógica general a los funcionarios públicos el principio que consagra el artículo 415.3, de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial: "En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria". En cambio, el sobreseimiento o la condena penal absolutoria no impiden que se incoe expediente disciplinario (art. 415.2).

Igualmente es compatible el ejercicio de la potestad correctiva con la potestad disciplinaria. Así, quien es sancionado con una multa gubernativa por escándalos públicos, si al mismo tiempo es funcionario puede verse expedientado para ser corregido en la vía disciplinaria".

En efecto, los arts. 81.3 de la LFCE, y 4 del RDFCE proclaman la responsabilidad disciplinaria del funcionario público "sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pudieren incurrir" (328), afirmación que se ve ratificada por el art. 23 del mismo reglamento disciplinario, (329) y que parece contradecir lo dispuesto en el artículo 603 del CP que, para una parte de la doctrina, otorga competencia exclusiva a los tribunales penales en el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delito (330).

---

(328) Artículo 81.3 de la LFCE: La responsabilidad civil y penal será efectiva en la forma que determine la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado. La administrativa se exigirá con arreglo a las prescripciones del capítulo octavo de este título y lo establecido en el título cuarto, capítulo segundo, de la LRJAE y en el título 6 de la LPA<sup>o</sup>. Dichos preceptos, (arts. 42 y 49 de la LRJAE y 133 a 137 de la LPA) parecen ratificar la postura indicada. Especialmente significativo son los párrafos tercero y cuarto del art. 42 de la LRJAE y el art. 44 (apartado 1 y 2) de la misma ley.

(329) Artículo 23 del RDFCE "En cualquier momento del procedimiento en que el instructor aprecie que la presunta falta puede ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiere ordenado la adecuación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. Ello no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera".

(330) Tal como afirma CORSOBA ROSA, Notas al Tratado de derecho penal de Mawrach, Barcelona 1962, I, pág. 20; CASADO RUIZ, J.R., Comentarios al Código penal, op. cit., pág. 65; QUINTERO OLIVARES, G., Reposición penal y Estado de derecho, op. cit., págs. 64, 65 y 66.

Ahora bien, según el mencionado artículo, si el hecho presuntamente ilícito constituye falta penal, parece que se permitiría la duplicidad de sanción penal y administrativa. En este sentido ver MUÑOZ COMDE, Introducción al derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona 1975, pág. 65. Esta afirmación, a nuestro juicio, y después de la proclamación constitucional del principio "non bis in ídem", resulta harto discutible.

Contra esa interpretación se pronuncia MARTÍN RETORTILLO, L. Sanciones penales y sanciones gubernativas op. cit., pág. 16 y ss. quien recuerda que el artículo 803 del CP de 1928 prohibía de forma expresa el bis in ídem. Del mismo parecer ALONSO COLONER, F., op. cit. pág. 87. Sin embargo GARRIDO FALLA, F., Tratado..., op. cit. II págs. 141 - 144 afirma:

1. "La atribución de competencias sobre una determinada materia a una de las dos jurisdicciones (penal o administrativa) no implica, de suyo, la negación de la competencia sobre esa misma materia a la otra. Sin embargo, hay que entender que la aplicación de la sanción en una de dichas vías impide que la misma persona sea sancionada en la otra. Aquí sí sería de aplicar el principio non bis in ídem, puesto que en ambos supuestos se castiga igualmente en virtud de la misma relación que une al individuo con el Estado y por causa de una única transgresión cometida. El que la competencia para sancionarla se haya querido atribuir a uno u otro organismo estatal o incluso el hecho, menos disculpable, de que por una falta de coordinación de las competencias estatales se haya atribuido simultáneamente a las dos jurisdicciones, no puede redundar en perjuicio del ciudadano".

.../...

En el mismo sentido, el art. 7.1 del actual reglamento disciplinario estatal sanciona, como es sabido, la "comisión de las conductas constitutivas de delito doloso relacionados con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados", afirmación que "prima facie" puede llevarnos a la errónea consecuencia de que se está reproduciendo, al menos

---

(350) .../...

Ahora bien, en la nota 82, el citado autor nos indica que:

"la jurisprudencia anterior parecía consagrar el opuesto principio de que la Administración no podía corregir lo que el Código tipificase como "falta penal". Así, un R.D. de 16 de marzo de 1872 declaró que un Alcalde no puede corregir gubernativamente al particular que le insulta, pues tal hecho constituye un delito de desacato, cuya punición corresponde a los Tribunales de Justicia. Análoga doctrina se desprende de los RR.DD. de C. de 11 y 30 de noviembre de 1897, 26 de abril de 1899 y 23 de julio de 1921: a los Tribunales ordinarios corresponde el conocimiento y castigo de las faltas previstas en el Código penal, aún cuando los hechos se hallen penados por las Ordenanzas municipales.

2. Si la atribución de la facultad sancionadora se hace específicamente a órganos administrativos determinados cuya única o fundamental misión consiste cabalmente en el ejercicio de tal potestad represiva, entonces hay que entender que se trata de materia excluida de la Jurisdicción penal ordinaria, si bien, en esta materia hay que recordar "el principio del juez ordinario establecido en el artículo 24.2 CE.

En la nota No. 83 recuerda como esa técnica se recogió expresamente en el Código penal de 1928, artículo 853:

"En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa". Las dudas que pudiese suscitar alguna Ley reciente no podrán prevalecer frente al argumento que se expone en el texto. Así, el artículo 81 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 dice: "Los actos realizados sin la oportuna autorización en los montes catalogados o en las superficies a que se refiere el precedente párrafo de este artículo serán sancionados por la Administración forestal, sin perjuicio de la exigencia por la jurisdicción ordinaria de la responsabilidad criminal a que, en su caso, hubiere lugar cuando revistieren caracteres de delito o falta". Pero este precepto debe ser interpretado a la luz de los propios principios que informaban la antigua legislación penal de Montes contenida en el Real Decreto de 8 de mayo de 1884 (que, por lo demás, no ha sido radicalmente derogado, pues lo que la discusión transitoria de la nueva Ley de Montes prescribe es que "se autoriza al Gobierno para acoger el Decreto de 8 de mayo de 1884 y demás disposiciones sobre legislación penal de Montes a lo dispuesto en la presente Ley") y de la jurisprudencia de los Reales Decretos de Competencias que se han venido dictando a lo largo de su vigencia. En la referida legislación penal de Montes se reconoce a la Administración la potestad de hacerse la justicia por su mano, dentro de ciertos límites pero "si los productos hubiesen sido extraídos del monte con ánimo de lucrarse, o los hechos hubiesen sido ejecutados con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, se reservará su conocimiento a los Tribunales ordinarios" (art. 10., párrafo final, del Real Decreto de 1884). El simple dato de los numerosos Decretos de Competencia que se han dictado en esta materia es prueba de que el ejercicio de una jurisdicción impide automáticamente el funcionamiento de la otra. En este sentido es significativa la doctrina sentada por el Real Decreto de Competencia de 28 de agosto de 1909, de acuerdo con la cual si se denuncian a los Tribunales hechos que éstos consideren de su competencia y de los cuales entienden las autoridades administrativas, deben promover recurso de queja, pero no conocer, desde luego, de los hechos denunciados. Más expresiva quizá sea la doctrina del Real Decreto de Competencia de 30 de mayo de 1908: extraídas abusivamente leñas de un monte con ocasión de un aprovechamiento forestal e impuesta la penalidad correspondiente por las autoridades administrativas, que no pasaron el tanto de culpa, no pueden atender en el hecho los Tribunales.

parcialmente, el ya derogado art. 88 de la LFCE (331).

Además y como hemos dicho, la doctrina jurisprudencial sentada por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, se mueven en la misma dirección. Nuestro Alto Tribunal excluye la aplicación del principio "non bis in idem", en su vertiente material, del ámbito de la potestad disciplinaria de la Administración, y, en consecuencia, cuando un mismo hecho es constitutivo de delito y falta disciplinaria, puede ser castigado doblemente (332).

Así, por ejemplo, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que "en el derecho disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, aspecto este último que tradicionalmente queda reservado a la jurisdicción penal y de ahí que no repugne la coexistencia de ambos tipos de corrección" (333), destacando además que el derecho penal y derecho disciplinario... "como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia ... se desenvuelven en ámbito distintos: la jurisdicción penal se propone el castigo de los actos constitutivos de delito y la potestad administrativa de

---

(331) Artículo 88 de la LFCE: "Se consideran faltas muy graves: a) La falta de probidad moral o material y cualquier conducta constitutiva de delito doloso".  
Además, otros preceptos que en el derecho anterior parecían ratificar la exclusión del "Non bis in idem" del ámbito disciplinario eran los arts. 101 y 106.3.b. del RFAL.  
Como veremos, las modificaciones introducidas excluyen, en realidad, el "bis in idem".

(332) SSTS de 22 de Febrero de 1.983 (ar. 826), 24 de octubre 1.984, 16 de Febrero 1.984 (ar. 1.300), 8 de Marzo 1.984 (ar. 1.261), 8 de Febrero 1.985, 19 de Abril 1.985, 7 de Octubre 1.986, 5 de Mayo 1.988 (ar. 3.723) y por el propio TC (AMTC 721/84, de 21 de Noviembre, 781/85 de 13 de Noviembre y 21 de Noviembre 1.988 (RA 1.439/1.988) y STC 50/83, de 14 de Julio).

(333) SSTS, Sala 5 de 24 de Octubre 1.984 y 5 de Octubre 1.925.

corrección, que tiene como fin específico conservar el prestigio de los funcionarios ...” (334).

Detrás de esa concepción se esconde, como el lector avisado ya habrá descubierto, la teoría de las relaciones de sujeción especial que implica una diferencia de objetivos y fines entre ambos ordenamientos punitivos permitiendo la compatibilidad entre pena y sanción (335).

---

(334) (SSTS de 19 de Diciembre de 1.979 (ar. 4.323), 29 de Abril de 1.981 (ar. 1.587), 15 de Abril de 1.984 (ar. 3.717), 15 de Junio de 1.984 (ar. 3.717), 15 de Diciembre de 1.984 (ar. 4.700), 19 de Abril de 1.985 (art. 1.716)).

(335) Así, la STC 66/84 de 6 de Junio, (Viviendas de protección oficial) destaca las diferencias entre este tipo de sanciones y la potestad penal, pues mientras las últimas protegen el orden social colectivo, en las sanciones administrativas de autotutela, la Administración únicamente persigue “su propia protección como organización o institución” y es, por tanto, una “potestad decaística... con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en general”.

Esta segunda categoría sancionatoria, “se incluye en un cuadro complejo dentro de una relación especial que se genera en virtud de un acuerdo voluntario entre los particulares y la Administración”. De ese modo, “jurídicamente se trata de sanciones establecidas para los casos de transgresión de las obligaciones comprendidas en la reglamentación aplicable al caso y asumidas voluntariamente...”

## 2. Consecuencias de la inaplicación del "non bis in idem".

La Ley 30/84, de 2 de Agosto, de medidas urgentes para la reforma de la Función Pública preveía, en su redacción inicial, un sistema abierto en donde se configuraba "el contrato laboral como una alternativa normal y ordinaria" (336) tanto en los sistemas de selección del personal como en la provisión de puestos de trabajo.

Consecuencia de la mencionada opción era la dualidad de regímenes (funcionarial y laboral) en las diferentes Administraciones Públicas, pudiendo indistintamente desempeñar uno u otro puesto de trabajo pues no había "siquiera una reserva... de las funciones de autoridad en favor de los funcionarios" (337).

Esa situación ha sido mitigada en parte por la reforma introducida en la Ley 23/88, de 28 de Julio, que es consecuencia de la resolución del TC de 11 de Julio de 1.987 que declara la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LMRFP. En concreto y por lo que aquí interesa, el artículo 15 de la Ley, hace una reserva general de puestos de trabajos a los funcionarios, concretando a region seguido y como excepción una serie de puestos que "podrán desempeñarse por personal laboral", circunstancia que como ya dijimos en otro lugar (338) reproduce en parte y como veremos los anteriores males pues siendo incontestable que ambos colectivos tienen el mismo patrón,

---

(336) Tal como nos indica PARADA VAZQUEZ, Derecho... Organización y empleo público... op. cit. págs. 313. Sobre el tema, además de los ya citados ver Rafael EXTREMA CUESTA, Derecho... op. cit. Vol. I/II, pág. 312 y ss.; ESCUIN PALOP, Cuerpo de funcionarios y ley de Medidas de Reforma de la Función Pública, en REDA 48 Octubre-Diciembre 1.985, págs. 497 y ss.; A. GUAITA MARTORELL, Problemas pendientes en materia de personal, R.A. No. 100, págs. 282 y ss.; A. PALOMAR OLMEIDA, Derecho... op. cit. págs. 111 y ss.; GARRIDO FALLA, Referencias... op. cit. págs. 74 y ss.

(337) PARADA VAZQUEZ, Derecho... Organización y empleo público... op. cit. pág. 313.

(338) Ver Título II, Capítulo 2, B.

trabajen en la misma casa y en ocasiones "podrán" realizar las mismas funciones (339), deberían soportar el mismo régimen disciplinario y parecidas (o incluso iguales) sanciones ante la comisión de idéntico hecho ilícito.

La realidad es otra muy distinta. Seguidamente vamos a relatar, a modo de ejemplo, una serie de supuestos y situaciones que demuestran un cierto agravio comparativo para uno y otro tipo de personal al servicio de la Administración, que podría chocar con el art. 14 de la Ley Suprema, circunstancia agravada por la inaplicación del principio "non bis in idem" en las relaciones de sujeción especial, inobservancia que, por lo demás, conlleva la imposición de dos castigos de difícil articulación.

1.- En el seno de la Administración Pública un empleado utiliza indebidamente secretos oficiales así declarados por ley o clasificados como tales (340). Si el hecho ilícito lo comete un funcionario, incurrirá en la falta muy grave recogida y tipificada, entre otros, por los arts. 31.1 E de la LMRFP y 6 E del RDFCE, cuya sanción puede ser la separación del servicio a perpetuidad (artículos 91.2 de la LFCE y 15 del RDFCE). En consecuencia, esa persona no podrá obtener nunca más un puesto de trabajo en ninguna Administración Pública.

---

(339) Expresión utilizada por el art. 15 de la LMRFP.

(340) El artículo 13 de la Ley 9/68 de 5 de Abril sobre secretos oficiales establece: "Las actividades reservadas por declaración de Ley y las "materias clasificadas" no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, utilizando su contenido fuera de los límites establecidos por la Ley. El incumplimiento de esa limitación será sancionado, si procediere, conforme a las leyes penales, y por vía disciplinaria, en su caso, considerándose en este último supuesto la infracción como falta muy grave".

Por otro lado y según la legislación penal, el mencionado individuo, al ser funcionario, incurre en delito tipificado por el art. 367 del Código penal cuya pena prevista es la suspensión (de un mes y un día a 6 años) y multa de 30.000 a 60.000 Ptas. agravándose notablemente la misma cuando de dicha situación "resultare grave daño para la causa pública o para terceros (341).

Si el relato anterior es de por sí sorprendente (dada la imposibilidad de acumular los castigos unido a la ausencia de proporcionalidad entre el hecho ilícito y la reacción punitiva) todavía lo es más cuando comparamos las consecuencias que de esa acción prevé nuestro ordenamiento para el personal sometido al régimen laboral.

En efecto, si el mismo hecho es cometido por un contratado que presta sus servicios en la Administración Pública, además de sufrir idéntico castigo en vía penal, incurrirá en una vulneración de la buena fe contractual (art. 54.2 D del Estatuto de Trabajadores) correspondiéndole la sanción del despido, pudiéndose reincorporar nuevamente a desempeñar sus servicios en cualquier otra Administración Pública, salvo que en la jurisdicción penal le haya sido impuesta una pena de carácter accesorio, de duración temporal (342).

2.- Un funcionario abandona intencionadamente el servicio. Con esa actitud será responsable de una falta muy grave

---

(341) El artículo 367 párrafo segundo del Código penal señala: "si de la revelación o de la entrega de papeles resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán la de prisión menor e inhabilitación especial".

(342) Pues el concepto de funcionario según el artículo 119 del CP es más amplio que el contemplado en derecho administrativo.



tipificada, entre otros, por los arts. 31.1 E de la LMRFP y 6 C del RDFCE, pudiendo corresponderle la sanción de separación del servicio (arts. 91.2 de la LFCE y 15 del RDFCE). Asimismo, y por inaplicación del principio "non bis in idem", su conducta quedará incardinada en el delito previsto por el art. 376 del Código penal (343), correspondiéndole la pena de multa de 30.000 a 150.000 Ptas. e inhabilitación especial (344) si se produce daño a la causa pública y en ausencia de la misma, con la de suspensión.

Por contra, si esa situación la lleva a cabo un sujeto sometido al régimen de derecho laboral, aunque provoque daños a la causa pública únicamente se le podrá despedir (345)

---

(343) El artículo 376 del Código penal establece: "el funcionario público que, sin habérsele admitido renuncia de su destino, lo abandonare, con daño de la causa pública, será castigado con las penas de multa de 30.000 a 150.000 Ptas. e inhabilitación especial, y si no resultare daño de la causa pública con la de suspensión...".

(344) Sobre cuya duración se discute, entre la temporalidad o la perpetuidad, como ya dijimos.

(345) Perseus es el célebre caso de la empresa Aluminio Español, S.A. y Aluminio Española, S.A. tal como recoge la sentencia de la Magistratura No. 2 de Logo de 23 de Marzo de 1988 y la STS, Sala Sexta, de 20 de Enero de 1989, el día 5 de Diciembre de 1987 un buque de bandera panameña de nombre Casón, embarrancó cerca del puerto pesquero de Finisterre con diversos bidones que contenían anilinos y ortocerosoles, sustancias altamente combustibles. A consecuencia de ello fallecieron varios tripulantes y se produjeron graves explosiones a bordo.

Para cargar los bidones en un nuevo buque se procedió a depositar la mercancía en el complejo mencionado.

Tras diversas vicisitudes y negociaciones entre el Comité de empresa el Gobierno Civil y la dirección de la empresa, los trabajadores deciden abandonar la factoría (becho probado No 6).

Después de distintos llamamientos incluso por radio, el Comité de empresa decide no reincorporarse al trabajo, desoyendo las advertencias sobre los daños gravísimos que se podían ocasionar a las instalaciones debido al enfriamiento de los complejos sistemas de electrólisis que rodean las cubas de la citada empresa.

Los mencionados hechos, que sin duda comportaron graves daños y perjuicios de tipo material, posiblemente irreparables, son calificados por las mencionadas resoluciones judiciales como "un incumplimiento grave y culpable por trasgresión de la buena fe contractual, en aplicación del art. 54.2 del Estatuto de Trabajadores", correspondiéndoles la sanción de despido disciplinario. (Fj 14).

¿Qué hubiera ocurrido si los mencionados hechos hubiesen sido realizados por funcionarios en una empresa pública?

Con el presente ejemplo únicamente pretendemos comparar el distinto trato que un funcionario y un trabajador reciben al realizar idéntica acción ilícita (en este caso el abandono del servicio). Cuestión aparte y que aquí no interesa es la inaplicación del derecho administrativo en los casos como el presente, dada la titularidad de la empresa.

pudiéndose reincorporar a la misma Administración donde trabajaba o a otra distinta una vez cumplida la pena que, en su caso, le haya sido impuesta.

3.- Un funcionario público, con ocasión de tramitar un expediente a una persona de color, le deniega una prestación a la que tenía derecho pronunciando frases como "Aquí no atendemos a negros" y otras semejantes. Aparte de las posibles injurias que esa actitud conlleva, incurriría en un delito de discriminación (art. 165 CP) correspondiéndole, dada su condición de funcionario, la pena en grado máximo, de acuerdo con el art. 181 del Código penal (arresto mayor, multa de 300.000 Ptas. y suspensión).

---

(345) .../...

Sobre el tema ver:

- Sentencia de Magistratura de Trabajo No. 2 de Lugo, de 23 de marzo de 1988 publicada en Actualidad Laboral No. 15/1988, págs. 861 a 870).
- STS (1a) de 30 de enero de 1989 (publicada en Actualidad Laboral No. 8/1989, págs. 373 a 381).
- Sentencia de Magistratura de Trabajo num. 1 de Lugo, de 9 de marzo de 1988. Publicada en Actualidad Laboral, num. 14/1988, págs. 776 a 780
- STS (1a) de 7 de febrero de 1989 (Publicada en Relaciones Laborales No. 5/1989, págs. 29 a 34).

Respecto al despido disciplinario en la legislación laboral (legislación que, no olvidemos es aplicable al personal contratado que desempeña sus funciones en la Administración pública) ver:

MURAN LOPEZ, F: Despido y sanción de los representantes sindicales. Revista Española de Derecho del Trabajo No. 1/1980, págs. 51 a 69.

FERNANDEZ LOPEZ, N.F: Algunos problemas de las sentencias del caso Alumina-Aluminio. Temas Laborales No. 13/1987, págs. 85 a 136.

MARIN CORREA, J.M. y GARCIA FENOLLERA, J.: El despido y sus aspectos procesales, en la poligrafía "El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de Estudio de los Registrados de Trabajo", IES, Madrid 1980, págs. 201 a 241.

GARCIA LOPEZ, R.: Consideraciones en torno a la figura del despido, Revista de Política Social No. 143/1984, págs. 47 a 91.

RODRIGUEZ DE VESA, C. y RODRIGUEZ HERGUETA, J.C.: La extinción del contrato de trabajo y su jurisprudencia, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984.

SAGARDO Y BEMBOECHEA, J.A: La terminación del contrato de trabajo, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

ROJO TORRECILLA, E.: El buque Casón y el conflicto laboral de Alumina-Aluminio. El Proyecto No. 7/1988, págs. 57 a 64.

ROJO TORRECILLA, E.: El conflicto laboral de Alumina-Aluminio (III). (Análisis y comentario de las sentencias dictadas por el Tribunal Central de Trabajo y el Tribunal Supremo). El Proyecto No. 11/1988.

Además, en vía disciplinaria, cometerá la falta muy grave de discriminación (art. 31.1 b LMRFP y 6 b RDFCE) cuya sanción más corriente, dada la importancia de los hechos, sería la separación del servicio (art. 15 RDFCE) (346).

La misma acción si es realizada por un laboral, podrá ser castigada con despido según lo dispuesto en el art. 54 del Estatuto de Trabajadores, y con la misma pena tal como dispone el artículo 165 CP.

4.- En el desempeño de sus funciones, una persona perteneciente al Ministerio de Educación y Ciencia dicta, a sabiendas, una resolución manifiestamente injusta otorgando una importante beca de estudios al hijo de su vecina, clienta asidua de una floristería que tiene su mujer, perjudicando a otros candidatos mejor clasificados. Si esa acción es realizada por un funcionario público, su conducta puede ser incardinada en el art. 31.1. de la LMRFP y 6 D del RDFCE ("adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave... a los ciudadanos"), correspondiéndoles normalmente la sanción de separación del servicio. En vía penal comete el delito de prevaricación (art. 358 del CP) pudiendo ser condenado a la pena de inhabilitación especial. (347)

Si la persona que realiza el hecho ilícito tiene un contrato laboral con la Administración pública, comete el mismo delito de prevaricación, siendo responsable además de un incumplimiento grave y culpable de la buena fe

---

(346) Como se ve, no podrán articularse de ningún modo la pena de suspensión y la de separación del servicio.

(347) De seis años y un día a doce años de duración (art. 30 del Código Penal) aunque esta afirmación, como sabemos, no es pacífica en la doctrina.

contractual, haciéndose acreedor, únicamente (348), del despido disciplinario (art. 54 de ET).

Como se puede apreciar, todo este conjunto de ejemplos nos indican clara y palpablemente tres tipos de conclusiones:

- 1.- La inaplicación del principio "non bis in idem" en base a los distintos intereses defendidos por el ordenamiento jurídico penal y el disciplinario nos lleva a situaciones de grave discriminación entre dos clases de personal al servicio de la Administración Pública. No puede sostenerse que, en ocasiones, desempeñando parecidos puestos de trabajo y realizando las mismas funciones, uno y otro colectivo sean tratados de forma tan dispar y diferenciada.
- 2.- la imposibilidad de articular las penas de inhabilitación especial o absoluta y la suspensión, con las sanciones disciplinarias de separación del servicio o suspensión de funciones. Su diferente duración y contenido, al tenerse que imponer conjunta y simultáneamente (debido a la inaplicación del principio "Non bis in idem" analizado) hace inviable su coordinación y articulación.
- 3.- La posible acumulación de pena y sanción por la comisión de un único hecho ilícito comporta unas consecuencias tan graves que, a nuestro juicio, infringe el principio constitucional de proporcionalidad de los castigos, pues no existe una adecuación entre el hecho cometido y las sanciones que pueden imponerse.

---

(348) Decimos únicamente porque nada le impide volver a trabajar en la Administración Pública, posibilidad vedada al personal sometido al régimen disciplinario funcional si le es impuesta la sanción equivalente: la separación del servicio.

### C. Posibles soluciones.

Las diversas situaciones, a la vista de nuestro derecho positivo, pueden ser agrupadas en cuatro:

- a) Faltas disciplinarias que concurren o están en relación con delitos que pueden ser cometidos únicamente por funcionarios públicos (349)
- b) Falta disciplinaria y delito común relacionado con el servicio o que cause daño a la Administración o a los administrados.
- c) Faltas disciplinarias.
- d) Delitos comunes (350).

De la mencionada clasificación, sólo en los casos a) y b) se plantea la problemática en relación con el doble castigo.

---

(349) No sólo se incluyen los recogidos en el Título séptimo, libro segundo del Código Penal sino además, los previstos en la sección segunda, capítulo segundo, Título segundo del Código Penal.

(350) OCTAVIO DE TOLEDO, sin embargo, reduce a tres las posibles relaciones entre unos y otros ilícitos: "delitos de funcionarios que no tengan relación alguna respecto a estas faltas disciplinarias; algunas de éstas que no estén en ninguna relación con los delitos de funcionarios; y delitos de funcionarios en relación con alguna de ellas. Sólo en estos últimos casos es cuando surge la cuestión y donde habrá que examinar la relación para ver si es de consunción". OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación ... op. cit., pág. 278.

Respecto a la primera, si un mismo hecho se encuentra tipificado como falta disciplinaria y además como delito que únicamente puede ser cometido por funcionarios públicos, en orden a la exclusión del doble castigo por el mismo hecho, pueden sostenerse dos posturas distintas:

- 1.- Partir de la consideración que no existen diferencias cualitativas entre ambos ilícitos por cuanto los dos protegen los mismos bienes jurídicos (351).

En estos casos la aplicación del principio non bis in idem es incuestionable.

Dicha solución ha sido adoptada por alguna jurisprudencia (SAN de 14 de Mayo de 1.984) en cuya virtud "la potestad disciplinaria de la Administración en relación con sus funcionarios tiene su razón de ser en los deberes específicos inherentes a las funciones desempeñadas por aquéllos, y en supuesto como el que ahora nos ocupa, en el que el incumplimiento de dichos deberes específicos ha sido la razón determinante de la condena impuesta por la Jurisdicción ordinaria, es claro que desaparece dicha razón de ser de la potestad disciplinaria de la Administración, por lo que es obligado concluir que ésta, al imponer al funcionario recurrente la cuestionada sanción, ha conculcado el principio general del Derecho non bis in idem, que tiene hoy respaldo constitucional".

En análogos términos se pronuncia la STS de 27 de Septiembre 1.988 (352) en la que se declara no conforme a derecho la

---

(351) Por ejemplo el abandono de servicio se encuentra tipificado como falta de carácter muy grave (art. 31.1 C de la ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública y art. 6.C del RDFCE) y como delito (art. 376 del Código Penal). A pesar de sus diferencias, en según que circunstancias la acción realizada pueda hacer concurrir ambos ilícitos (penal y administrativo).

(352) AR. 7269.

sanción disciplinaria de suspensión del ejercicio de funciones en dos años impuesta por el Consejo General de la Abogacía Española a un abogado, tras haber sido condenado por el juzgado de Instrucción de Oviedo como autor de un delito de apropiación indebida "pues en virtud del principio "non bis in idem", vigente en nuestro ordenamiento jurídico y reiteradamente proclamado en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo - Sentencia, entre otras, de 30 de abril de 1.986 (R. 2982) - no cabe que los mismos hechos que han sido ya sancionados en la vía penal puedan serlo también en la administrativa, como constitutivos de infracción disciplinaria; sin perjuicio de las consecuencias que la sentencia firme de condena por delito de apropiación indebida pueda producir en la situación como colegiado del Abogado recurrente don José Luis G.A. (fj. núm. 2)".

2.- Sostener que existen diferencias de tipo cualitativo entre los ilícitos, por cuanto uno (el disciplinario) tiende a proteger la organización administrativa y el otro (penal) se dirige única y exclusivamente a preservar el servicio que la sociedad tiene derecho a exigir de la Administración Pública. A pesar de esta distinción, el ataque a uno conlleva el ataque a otro, aunque la titularidad de los bienes jurídicos sea diferente: la sociedad en el caso del delito de funcionarios y la Administración en las faltas disciplinarias.

En estos casos, según la doctrina (OCTAVIO DE TOLEDO) (353), el injusto penal comprende normalmente al administrativo por lo que se produce un concurso de leyes (un hecho parece infringir varios ilícitos pero en realidad sólo viola uno)

---

(353) OCTAVIO DE TOLEDO. La prevaricación del funcionario público, Ed. Civita Madrid 1.980, págs. 278 y ss..  
Esta postura es defendida también por GARCIA DE ENTERRIA - T.R. FERNANDEZ, Curso... op. cit., II, pág. 172. Asimismo parece sostenerla RUBIO R.G., Potestad sancionadora... op. cit. pág. 389.

debiéndose resolver aplicando el principio de consunción por el que la sanción superior, esto es, la penal, absorbe (consume) a la inferior, aquí la administrativa: (art. 68 CP).

Esta solución no puede ser aplicada sin embargo, en los supuestos en que la sanción disciplinaria a imponer sea la separación del servicio (de carácter perpetuo) pues siempre será superior a la pena tipificada en el CP (en donde todos los castigos son de carácter temporal) (354).

En el ámbito penal, un claro supuesto de concurso de leyes se produce cuando alguien mata a su padre pues es evidente que no concurren dos delitos (homicidio y parricidio) sino uno: el de parricidio. Trasladando esa doctrina a las relaciones ilícito penal - ilícito disciplinario, siempre que una acción u omisión parezca incurrir en un delito específico de los funcionarios y una falta leve o grave, no podría ser castigada doblemente pues en realidad se produce un único ataque que sería merecedor de una sola sanción (en este caso la penal, siempre superior) cuyo contenido ya incluye a la otra (disciplinaria).

Respecto a las faltas muy graves, que concurren con un ilícito penal específico de funcionarios, podrá aplicarse la misma solución siempre que la sanción disciplinaria que le correspondería sea la suspensión de funciones o el traslado con cambio de residencia, pues su gravedad es siempre menor que la prevista en el código penal (355).

---

(354) Sobre el tema ver Título II, Capítulo IV.

(355) Sanciones que según el art. 16 RDFCE pueden ser impuestas como consecuencia de la comisión de faltas muy graves. Además, el art. 15 RDFCE prevé la separación del servicio.



Ahora bien, si le es aplicada la separación del servicio, dicha solución nos llevaría como consecuencia la exclusión del castigo penal, circunstancia que, dada la irreparabilidad de la medida disciplinaria, no nos sería de gran ayuda a los propósitos que aquí perseguimos.

De este modo, por ejemplo, si un funcionario revela secretos oficiales, puede incurrir en una falta muy grave (art. 31 E Ley 30/84) (356) y en el delito tipificado en el art. 367 CP que castiga al servidor público "que revelase los secretos oficiales de que tenga conocimiento por razón de su oficio...". A esa única acción le corresponderá, según el sistema propuesto, sólo el castigo previsto en el CP (prisión menor e inhabilitación especial "si de la revelación... resultare grave daño para la causa pública o para terceros" o con la suspensión y multa de 30.000 a 60.000 pts. sino se da esa circunstancia) siempre y cuando la sanción disciplinaria no consistiría en la separación del servicio pues en este caso sería ella la que consumiría a la otra.

A nuestro juicio, esta solución nos parece positiva pero no llega a solventar esos casos extremos ya relatados pues parte de una distinción cualitativa entre infracciones por lo menos discutible.

En efecto, resulta obvio que entre los ilícitos contemplados por una y otra legislación pueden haber diferencias de matiz pero en modo alguno son tan sustanciales como para dejar inaplicable el principio "non bis in idem". Además, y como dijimos, no podemos aceptar como un dogma claro y evidente que el ordenamiento jurídico disciplinario tienda a proteger su

---

(356) "Consistente en la publicación o utilización indebida de secretos oficiales así declarados por ley o clasificados como tales".

propia organización mientras que el ordenamiento penal se dirija a preservar el servicio a la sociedad. Si tenemos presente que por ejemplo, la ley 30/84 sanciona como falta grave "toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (357) y el Código Penal castiga al funcionario público que "por razón de origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviera derecho" (358), ¿qué diferencia vemos en su redacción? ¿Podemos deducir de ella, los distintos intereses protegidos por uno u otro ordenamiento jurídico?

La solución correcta, al margen de modular los efectos de la separación del servicio, como ya afirmamos en otra parte del trabajo, (359) pasa por no olvidar las funciones que deben perseguir los castigos en un Estado Social de Derecho (art. 1.1 CE).

Por tanto, cuando un mismo hecho pueda ser incardinado en uno u otro tipo de ilícito (penal y administrativo), tratándose de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, debe ser aplicado, por regla general, el principio "Non bis in idem" sin perjuicio de que el legislador (Parlamento o Administración en el ejercicio de su poder reglamentario) aclaren de forma radical esas absurdas concurrencias. Todo ello, solo puede venir impuesto por la consideración del ordenamiento jurídico del Estado como un todo, y no como compartimentos

---

(357) Art. 31.1 B LMRFP y 6 B FDFCE.

(358) Art. 181 CP.

(359) Ver Título V, Capítulo II, § 3.

estancos, diferentes y aislados entre sí de forma incomprensible (360).

Respecto al segundo supuesto (que un mismo hecho sea constitutivo de delito común y además este tipificado como falta por la normativa disciplinaria) la situación, en aras a evitar un doble castigo, se presenta de distinta forma.

Hasta hace poco, nuestra legislación disciplinaria parecía fomentar claramente el "Bis in idem" cuando sancionaba como falta de carácter muy grave "cualquier conducta constitutiva de delito doloso" (361). De ese modo, un hecho ilícito calificado por el ordenamiento penal como delito doloso, repercutía en la legislación disciplinaria casi de forma automática, (362) circunstancia que casi siempre se producía, pues, bajo esa etiqueta, estaban incluidos "toda clase de delitos, sin más

---

(360) Como dijo BECCARIA, "un Estado de Derecho debe perseguir la exclusiva protección del interés general como resultado del interés de todos", Los delitos... op. cit. pág. 157.

(361) Artículos 80.A de la LFCE, art. 6.B del Reglamento Disciplinario 2088/67 de 16 de Agosto. Anteriormente, art. 58.3 del Reglamento Disciplinario de 7 de Septiembre de 1918. En parecidos términos se pronunciaba el art. 106.3.B del RFN que sancionaba "los actos u omisiones cometidos con salicía, constitutivos de delito".

(362) Por ejemplo sentencias del T.S. de 29 - II - 1965, 23 - III - 1959, 23 - III - 1959 y 12 - III - 1963. Esta última, deja claro que corresponde a la jurisdicción penal la competencia para calificar los hechos como delito, excluyendo esa potestad a la Administración Pública. La mencionada resolución, analizaba los hechos cometidos por el ayudante del conductor de una ambulancia del Instituto Provincial de Córdoba que, estando su compañero en grave estado de embriaguez, recibe la orden del traslado de un herido muy grave. El citado ayudante, que carecía de carnet de conducir, se dirigió al pueblo de Montuque, causando un accidente de consecuencias dañosas además de imposibilitar la prestación del servicio, obligando a solicitar otra ambulancia a la Diputación Provincial. Ambas personas ocultaron los hechos a sus superiores y al Alcalde. La Administración sancionó esta actitud como una conducta constitutiva de delito doloso siendo revocada dicha calificación por el Tribunal Supremo sentando la doctrina anteriormente apuntada.

Otros fallos consagran igualmente la duplicidad de sanciones por la comisión de delitos comunes (SSTS de 8.III.84 (Aranzadi 1261) (Hurt); STS de 15.IV.84 (Aranzadi 3717) (Coacciones); STS de 15.IV.84 (Aranzadi 3717) (Coacciones); STS de 15.III.84 (Aranzadi 4700) (robo).)

excepción que los culposos" (363).

En la actualidad esta concepción ha quebrado. Además de observarse una tendencia progresiva a la supresión, en el seno de la legislación funcional, de ese tipo de faltas (364) lo cierto es que las normas que la mantienen han cambiado su redacción de tal forma que ya no puede sostenerse, de manera seria, el "Bis in idem".

En efecto, el RDFCE, en su art. 6 B, considera como falta grave "las conductas constitutivas de delito doloso, relacionadas con el servicio que causen daño a la Administración o a los administrados". Dejando a un lado lo criticable de su tipificación vía reglamentaria, (365) resulta que de la literalidad de los términos, se desprende claramente la intención de reprimir no los delitos dolosos en sí mismos considerados, (como ocurría en la regulación anterior) sino las consecuencias perjudiciales que de su comisión se derivan hacia los administrados o la Administración Pública.

Por tanto, aunque se esté castigando la misma conducta dos veces, no plantea el supuesto de que un hecho realizado por el mismo funcionario produzca un delito de los contemplados por el Código Penal y además, automáticamente, una falta disciplinaria. Por el contrario, se está pensando en el supuesto de un hecho que constituye delito común (no un delito específico de funcionario) y además acarrea consecuencias perjudiciales para la Administración Pública y sus administrados.

---

(363) Sentencia de la Sala Tercera de 7 de Mayo de 1973.

(364) Por ejemplo el art. 31 de la LMRFP no la incluye entre las faltas de carácter muy grave, derogando de ese modo lo dispuesto en el art. 98 de la LFCE. Así mismo, tanto la ley Catalana para la Función Pública como su Reglamento Disciplinario no contemplan ese tipo de faltas.

(365) Una vez que el poder legislativo ya decidió su supresión.

En estos supuestos es claro que nos encontramos ante la figura típica del concurso ideal de delitos (un hecho constituye dos o más infracciones) que, en aplicación del art. 71 del Código Penal, debe ser sancionado una vez de forma agravada siempre que ello sea más favorable que la acumulación de castigos (366). En estos casos los distintos bienes jurídicos protegidos por cada ordenamiento, impide hablar de "bis in idem" (367).

Ahora bien, esta solución debe ser aplicada siempre que un único hecho cometido por un funcionario, constituya delito común y repercuta en el servicio o cause daño a la Administración o a los Administrados. Obviamente, si esta última circunstancia no concurre, a diferencia de lo que sucedía con la regulación anterior, únicamente podrá ser castigada en vía penal. (Sería el caso del funcionario que mata a su mujer, o comete un atraco, siempre y cuando esas acciones no trasciendan a la esfera administrativa).

Un supuesto distinto a los anteriores aunque de idéntico tratamiento, se produce cuando una falta disciplinaria, "sea medio necesario" para cometer un delito. Es el caso del funcionario que para robar en las dependencias administrativas debe romper la puerta de los servicios. Aquí existe un concurso medial de infracciones, pues los daños causados en la dependencias administrativas (falta grave, art. 7.1 f RDFCE) es medio necesario para producir el delito de robo, debiendo ser

---

(366) El artículo 71 del Código Penal señala que "las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un sólo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.

En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado básico, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada excede de este límite, se sancionarán los delitos por separado".

(367) No por ausencia de "bis" sino por inexistencia de "idem".

castigado una única vez de forma agravada, por elemental aplicación del art. 71 CP.

En definitiva, cualquier salida que se busque para solucionar el problema de la doble sanción pasa por tener presente el bien jurídico protegido en cada caso, adoptando en consecuencia alguna de las técnicas elaboradas en el ámbito penal, circunstancia que en algunos ámbitos del derecho administrativo sancionador está siendo progresivamente incorporada por la jurisdicción contencioso-administrativa (368).

Por último, haremos referencia a otros criterios que de manera puntual pueden evitar la acumulación de sanciones por la comisión de un único hecho que ataca a dos normativas (penal y disciplinaria). En este sentido destaca la consideración del derecho penal como "última ratio" y el respeto a su carácter fragmentario (369).

La primera afirmación significa que el derecho penal sólo debe intervenir para proteger bienes jurídicos cuando se "revelan como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción o tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico", (370) incluyendo el derecho disciplinario de los funcionarios públicos (371).

---

(368) SSTs, 4 de Julio 1.980, 13 de Junio 1.986 (ar. 3.607) 1 de Junio 1.988 (ar. 4517), SAN 16 de Enero 1.981 y Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 3 de Mayo 1.983.

(369) Terminología utilizada por MUÑOZ CONDE, F. Introducción al derecho penal, Ed. Bosch Barcelona 1.975 págs. 59 y ss.

(370) José Antonio SAINZ CANTERO, Lecciones ... de ... cit., pág. 37. En el mismo sentido ver MIR PUIG, Santiago, Introducción ... de ... cit., págs. 125 y ss..

(371) Así para proteger los intereses sociales (entre los que se encuentran, sin duda, el buen funcionamiento de la Administración Pública) el Estado debe agotar los medios menos lesivos que existan. De este modo, en primer lugar, sería conveniente utilizar una adecuada política de organización funcional, con  
.../...

El segundo postulado predica que no deben sancionarse "todas las conductas lesivas de los bienes que protege sino las modalidades de ataque más peligrosas para ellos" (372).

Aplicando esos principios al problema que pretendemos solucionar (la imposición del doble castigo por la comisión de un mismo hecho) comprobamos rápidamente su utilidad en un campo reducido: el de las conductas calificadas por el derecho disciplinario como falta leve. Ello es así por cuanto, en la generalidad de ocasiones y a pesar de lo apuntado por la doctrina cuantitativista, las sanciones a imponer por el derecho disciplinario son más graves que las previstas en el Código penal.

De ese modo, si un funcionario en el ejercicio de sus tareas y debido a un estado de excitación nerviosa, actúa de forma incorrecta con un administrado (373) (conducta calificada como falta leve por el apartado C del art. 8 del RDFCE) debería serle aplicada la sanción prevista por la legislación disciplinaria, desplazando la posible intervención del orden penal y evitando iniciar, por ejemplo, un procedimiento por injurias.

Así conseguiríamos que esa acción, de carácter leve, no fuera sancionada doblemente y de manera desproporcionada.

---

(371) .../...

incentivos a quienes más rindan, con esperanzas de ascensos a quien más trabaje. En segundo lugar, entraría en juego el derecho disciplinario, sancionando conductas que no tienen especial gravedad y por último, cuando ninguna medida sea suficiente, entraría a actuar el derecho penal.

(372) MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, op. cit., pág. 74.

(373) Por ejemplo, llamar "lapón" a un ciudadano de corta estatura que se dirigió a la oficina de patentes y marcas solicitando por cuarta vez en un mes, los impresos para patentar un nuevo invento.

Ahora bien, dado que casi siempre, como ya hemos dicho, las posibles sanciones a imponer por ambos ordenamientos punitivos reviste mayor trascendencia en el derecho disciplinario es evidente que, en el caso de las conductas calificadas como graves o muy graves por la legislación funcionarial, el desplazamiento e intervención última del derecho penal no nos soluciona el problema apuntado (374). A pesar de ello, no debe desdeñarse esa doble característica del derecho penal.

---

(374) Si la anterior conducta es calificada como falta grave de desconsideración con los administrados (art. 7.1. del RDFCE) la sanción disciplinaria podría ser de suspensión de funciones hasta 6 años (art. 16 del RDFCE) mientras que la condena penal por injurias no excede, en la mayoría de ocasiones, de una simple multa (art. 506 del Código penal).



4. Non bis in idem procesal externo. Las relaciones entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador.

A. Planteamiento.

Otra de las vertientes del principio non bis in idem impone que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, prohibiendo, en consecuencia, la dualidad de procedimientos sancionadores (penal y administrativo). Esa afirmación plantea las relaciones entre proceso penal y proceso administrativo sancionador y si la autoridad administrativa debe estar subordinada y vinculada a la resolución del juez penal.

El punto de partida de nuestro estudio es la STC 77/83, de 3 de octubre (375). En ella se plantea el supuesto de una sanción pecuniaria impuesta al recurrente por el Gobierno Civil de Cádiz en virtud de la LOP, al considerarle responsable de una llamada telefónica al 091 anunciando la colocación de una bomba.

El demandante había sido previamente sometido a causa judicial por esos hechos y el fallo había conllevado la absolución del procesado. Esta se produjo "sin desconocer las apariencias que señalaban al acusado como autor de la sanción", pero la ausencia de pruebas concluyentes que permitiesen acreditar su culpabilidad hacia presumir su inocencia. Estos mismos hechos, sin embargo, valorados por

---

(375) Comentada por GARCIA de ENTERRIA, E. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas 2 ed. 1982. SANZ GAMBASEQUI, La potestad... op. cit. pág. 127 y ss.; CAMO MATA, Infracciones... op. cit. pág. 9 y ss.; GARDERÍ LLOBREGAT, La aplicación... op. cit. pág. 155 y ss.; MUÑOZ QUIROGA, El principio... op. cit. págs. 133 y ss.

La mencionada resolución se basaba en los siguientes hechos probados: sobre las 21 horas del día

.../...

el gobernador civil, hacían recaer sobre el recurrente en amparo la citada sanción pecuniaria.

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Sevilla, a la hora de conocer de la corrección de la sanción, la estimó adecuada a Derecho y probada la culpabilidad del recurrente, gozando de las mismas pruebas de convicción.

Esa situación fáctica lleva al Tribunal a realizar diversas trascendentales manifestaciones que han servido de pauta tanto a pronunciamientos jurisprudenciales posteriores como al legislador:

- a) Imposibilidad de discrepancias en el relato fáctico entre el juez penal y la Administración sancionadora. Así, el f.º núm. 4 de la sentencia afirma: "El principio "Non bis in idem" determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce, también, a la imposibilidad

---

(375) .../...

24 de Julio de 1.981, se recibió en la Sala de la Comisaría de Policía de Cádiz una llamada telefónica por la que una voz, al parecer varón, dijo: "A las 11 horas hará explosión un artefacto en el Gobierno Civil". El operador del servicio intervino el teléfono y la Compañía Telefónica informó que la citada llamada procedía de la calle Colarte No. 6 de Cádiz, cuyo titular es D.G.R.. Personado un coche de policía en el referido domicilio, se comprobó que de allí partió la llamada y que en aquel momento se encontraban la mujer y dos hijos con el yerno del titular del local, T.G.R., que había marchado momentos antes a su lugar de trabajo en "Astilleros Españoles, S.A." de Matagorda.

- Los hechos sancionados dieron lugar a unas diligencias sumariales y a una causa que el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Cádiz, en juicio oral y público por desórdenes públicos, absolvió de este delito al acusado por no existir pruebas pues esa acción, según el juez, sólo podía ser obra de un demente, un oligofrénico, fanático o de un ser totalmente antisocial, condiciones que no concurrían en el acusado.

- Por acuerdo de 22 de Octubre de 1.981 el gobierno civil impuso a T.G.R. una multa de 500.000 Ptas. por haber realizado la susodicha llamada. Interpuesto Recurso Contencioso-Administrativo, la Audiencia Territorial de Sevilla estimó probada la culpabilidad del recurrente. Contra esa resolución se interpuso Recurso de Amparo.

de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación jurídica, ambos se hagan con independencia, si resulta de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

- b) La subordinación de la Administración a la autoridad judicial (fj núm. 3).

"Los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución son: (...) y: d) Finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.

La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias las siguientes consecuencias: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal ó las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada, añadiendo finalmente que

esa subordinación exige que la Administración respete "el planteamiento fáctico que los tribunales hayan realizado con anterioridad (376)".

Por tanto, esa doctrina jurisprudencial, que vincula a todos los Jueces y Tribunales, (art. 5.1 LOPJ) impone en todo caso la subordinación de la actuación administrativa al desarrollo del proceso penal (377) por lo que, si un mismo hecho puede ser constitutivo de delito o falta penal y de infracción administrativa, además de existir la obligación por las autoridades administrativas de comunicar al juez penal competente tales hechos en el momento que tenga conocimiento de ellos, impone la paralización del procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre el tema (378) con la consecuencia que si la sentencia penal declara que los hechos imputados no han existido o bien que el expedientado no a participado en los mismos, dicha afirmación vincula por completo a la Administración Pública (379).

Esos postulados, que han sido progresivamente acogidos

---

(376) Asísnes STS de 20 de Enero 1.987 (ar. 256).

(377) STS de 23 de Mayo de 1.986.

(378) En esos términos SSTs de 24 de Diciembre 1.985 (ar. 6345) y 21 de Enero 1.987 (ar. 1796). La primera de ellas ordena la suspensión de la orden de retirada de licencia de armas por haber matado un jabalí hasta que no se declare como probados los hechos en la jurisdicción penal. Ahora bien, tal como afirma MUGOZ QUIROGA, A. El principio... op. cit. pág. 138 si la autoridad administrativa, por desconocer la incoación de un proceso penal, inicia un expediente sancionador y lo concluye, "se produce una incompetencia manifiesta, la cual, como preceptúa el artículo 47.1 LPA, determina la nulidad absoluta del acto administrativo sancionador, que podrá ser denunciada en cualquier momento, pudiendo incluso apreciarse de oficio por la Jurisdicción".

(379) SSTs de 12 de Mayo 1.973 (ar 1058), 29 de enero 1.981 (ar 1566), 15 de Junio 1.984 (ar 4026), 29 de Septiembre 1.984 (ar 4524), 20 de Enero 1.987 (ar 256).

por el legislador, (380) son los que mejor se adaptan a los artículos 117.3 de la CE (que establece el principio de unidad jurisdiccional), 10.2 LOPJ y 114 de la LECR que conceden prioridad a la decisión del Tribunal penal, cuando afirman sin rodeos ni vacilaciones que "promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaída sentencia firme en la causa criminal" (381).

---

(380) De modo expreso o tácito la nueva regulación positiva incluye este principio. Así se pronuncia, entre otras, la Ley 28/88, de 28 de Julio de Costas (art. 94.3), Ley 4/89, de 27 de Marzo de Conservación de los espacios naturales de la flora y la fauna silvestre, Ley Foral de 27 de Septiembre de 1.985 del Patrimonio de Navarra (art. 42), Real Decreto Ley de 25 de Enero de 1.977 por el que se modifican algunos artículos de la Ley de Orden Público (art. 2), Ley 24/88, de 29, de Julio, de Carreteras (art. 32.2), Ley 24/88 de Julio de Mercado de Valores (art. 96). Especialmente significativa resulta la Ley 40/79, de 7 de Diciembre, sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios, (modificada por Ley Orgánica 10/83, de 16 de Agosto), que en su art. 9.4.8 afirma: "Mientras estuviere conociendo de un hecho la autoridad judicial, la Administración se abstendrá de toda su acción sancionadora en relación con las conductas origen del mismo. La actividad sancionadora de la Administración, en virtud de las infracciones administrativas previstas en esta ley, sólo podrá iniciarse o continuarse cuando el proceso penal termine por sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional, o definitivamente, sin declaración de responsabilidad penal siempre que estén basadas en motivos que no sean la inexistencia del hecho, la declaración expresa de no haber participado en él el acusado o la exención de responsabilidad penal del mismo. Sin embargo, en estos dos últimos supuestos, la Administración podrá sancionar las infracciones administrativas relacionadas con el hecho y cometidas por tercero no sujeción al procedimiento penal". Asimismo, la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal. Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Madrid 1.983, en su título VIII. "Disposiciones comunes a las faltas", art. 610 indica que "las autoridades administrativas se abstendrán de todo procedimiento, remitieron a la autoridad judicial competente los antecedentes necesarios en las actuaciones practicadas, en cuanto tengan conocimiento de la apertura del proceso penal por los hechos de que vinieren conociendo aún en el caso de que hubiere recaído resolución sancionadora firme si la sanción no hubiese llegado a ejecutarse".

(381) Un único problema puede suscitarse con la doctrina sentada por esa resolución y es la posible vulneración, en determinadas circunstancias, del principio de la libre valoración de las pruebas que preside todo el sistema judicial.

B. Aplicación del principio "non bis in idem" procesal al Régimen disciplinario: Análisis de los diferentes supuestos.

La doctrina jurisprudencial, como ya dijimos, no se pronunció inicialmente de forma tan diáfana y contundente en este tipo de relaciones. En la STC 50/83, de 14 de Junio, el Tribunal se enfrentó a un recurso de amparo interpuesto por un inspector de policía que alegaba, entre otras cuestiones, la violación del art. 24.2 de la Constitución ("derecho al juez predeterminado por la ley") en base a la consideración de que los hechos por los que se le había sancionado disciplinariamente, de ser ciertos, constituirían delito y, por tanto, debieron ser puestos en conocimiento de la jurisdicción penal a cuyo pronunciamiento debió ajustarse la Administración. El argumento es rechazado al considerarse que la sanción no se produjo como consecuencia de una acción que en cualquier ciudadano resultaría punible sino "como resultado de la conducta exigible a quienes ... se encuentran en una relación de dependencia especial respecto a la Administración" (382).

Con esa afirmación parecía fomentarse la duplicidad de procedimientos en base a su total independencia (383).

---

(382) Fundamento jurídico 1 de la STC 50/83 de 14 de Junio (BOE de 15 de Julio de 1983). La alusión al principio del juez ordinario predeterminado por la ley es realizada asimismo por GARRIDO FALLA, Tratado de derecho administrativo, II, ... op. cit., pág. 142-143.

(383) Reproduciendo de ese modo una vetusta doctrina introducida en nuestro ordenamiento, por dos lejanas sentencias del TS, Sala 2a., de 30 de Marzo y 27 de Noviembre de 1.917 al reconocer que "las atribuciones de la Administración para corregir gubernativamente las faltas no excluyen ni limitan la aplicación jurisdiccional de las disposiciones penales; la sanción administrativa no crea cosa juzgada que excluya el proceso y la pena por los mismos hechos, porque las multas y correcciones en que consisten no se reputan penales", doctrina enquistada y continuada hasta la actualidad como demuestra por ejemplo, la SAN Sala 2a. 29 de Mayo de 1.981, al afirmar que "la existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos contenidos en un expediente administrativo de sanción conlleva la nulidad de este al ser ambas situaciones procesales perfectamente compatibles".

.../...

Esa posición inicial un tanto dubitativa y jurídicamente poco satisfactoria (384) ha ido evolucionando de forma favorable, distinguiendo la legislación positiva, distintas posibilidades que repercutirán en la mayor o menor vigencia del principio non bis in idem atendiendo al tipo de delito que se impute al funcionario público.

- 1) Supuesto en que un mismo hecho puede ser constitutivo de falta disciplinaria y delito de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos o delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

La regulación positiva actual no ofrece dudas: el art. 23 párrafo segundo del RDFCE 33/86, de 10 de Enero indica textualmente: "Cuando se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de algunos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y de los delitos de los

---

(383) .../...

El principio de la independencia de las dos clases de procedimientos y sus correspondientes castigos ha sido igualmente recogido en la doctrina francesa. Para un análisis del tema ver R. CHAPUS, Droit administratif général, t. II, 1987, pág. 360; E. AYOUB, La Fonction publique, Masson, 1975, pág. 257; S. SALON, Bilinguisme et répression disciplinaire dans la fonction publique, LGD, 1969, pág. 131 y ss.

(384) Posición que no aparece mucho más halagüeña en el derecho comparado. Así, en Alemania, "nur bei derselben Tat ist der Grundsatz "ne bis in idem" anwendbar", Es muß sich um eine Identität des Sachverhalts handeln. Sie ist nur gegeben, wenn der Sachverhalt denselben geschichtlichen Vorgang betrifft. Auf dessen rechtliche Beurteilung kommt es nicht an (BdM (NW) 4, 37). Eine erneute Entscheidung Gesichtspunkte übersehen oder verkannt worden sind. Allenfalls kann hier eine Wiederaufnahme in Betracht kommen". CLAUSEN, H., JAMZEN, V., Bundesdisziplinarordnung, Handkommentar, 3, MFL, 1985, págs. 181-182.

En Francia, "Et comme le précise au denantant l'article 9 alinea 3 d. décret du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'Etat, "lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites devant un tribunal répressif, le conseil de discipline peut, à la majorité des membres présents, proposer de suspendre la procédure disciplinaire jusqu'à l'intervention de la décision du tribunal". Mais pour le juge administratif, ni cette disposition ni aucun principe général du droit "n'interdit à l'autorité administrative de se prononcer sur l'instance disciplinaire poursuites pénales engagées" contre le fonctionnaire (C.E. 13 décembre 1969; MIN. Eco et fin. c/ Girard, Rec. 632); la suspension de l'action disciplinaire n'est qu'une faculté". P. TERMEYRE, Commentaire à l'arrêt du Conseil d'Etat, 24 Juin 88, RA julio-ago 1988 No. 244, págs. 343-344. En el mismo sentido, R. CHAPUS, Droit Administratif Général, II, 1987 pág. 360.

funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos, tipificados en los títulos segundo y séptimo del libro segundo del Código penal, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta tanto no recaiga resolución judicial" (385).

Por tanto, cuando una acción u omisión realizada por un mismo funcionario público pueda ser constitutiva de falta disciplinaria y además de delito específico de los funcionarios públicos regulado en el Código penal, deberá paralizarse el procedimiento administrativo en caso de que hubiera iniciado (386), absteniéndose de actuar si la jurisdicción penal se encuentra conociendo los mismos hechos (387), estando la Administración vinculada por el relato fáctico ya realizado (388).

---

(385) De forma parecida, proclamando la suspensión del expediente disciplinario hasta la conclusión de la causa penal, se pronuncian los arts. 415 de la LOPJ 6/85, de 1 de Julio (sin distinción alguna sobre los delitos que se imputen al funcionario público) y el art. 18 del RDFGC. Por su parte, el art. 5.5 de la Ley de Policía 55/78, de 4 de Diciembre señala: "La iniciación de un procedimiento penal contra los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado no impedirá la incoación y tramitación de expediente gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos, con la adopción de medidas preventivas o cautelares mientras dure el procedimiento. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída del ámbito penal sea firme".  
Una posición contraria se recogía en el art. 28 del RDFCE 2088/69, de 16 de Agosto.

(386) Y si así no fuere "por una falta de coordinación de las competencias estatales... no puede redundar en perjuicio del ciudadano". GARRIDO FALLA, Tratado de ... op. cit., II, pág. 142.  
En parecidos términos STS de 21 de Enero de 1987 (Aranzadi 1796)

(387) Tal como afirma Agustín PEREZ BARRIO, La nueva configuración ... op. cit., pág. 243.

(388) La STS, Sala Quinta, de 15 de Junio de 1984 introduce ciertas matizaciones a esa doctrina al considerar "que la vinculación de los hechos declarados probados en vía jurisdiccional penal sólo operan respecto al órgano administrativo disciplinario cuando éste funde exclusivamente la sanción en ser punible penalmente el hecho imputado o cuando aquélla declarara que el funcionario no tuvo intervención o no existieron los hechos imputados; así cuando la sentencia penal es absolutoria por falta de pruebas o los actos que se atribuyen al funcionario afectan también a las relaciones de servicio o atentan a su decoro o dignidad, tales pronunciamientos jurisdiccionales no vinculan a la Administración". En parecidos términos, STS de 28 de Septiembre de 1984.

En favor de esa interpretación se pronuncian MANIAMEDO MORENO E.C., El ilícito penal y el administrativo, el principio non bis in ídem y la jurisprudencia del TC en RJNJ No. 1386, 15 Junio 1985 pág. 12 y GARDENI LLODRIGAT, J., La aplicación... op. cit. pág. 159. Por nuestra parte y como hemos dicho,  
.../...



- 2) Supuesto que concurra una falta disciplinaria y un delito o falta penal de tipo común.

El art. 23 párrafo 1 del RDFCE afirma: "En cualquier momento del procedimiento en que el instructor aprecie que la presunta falta pueda ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiere ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. Ello no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediere".

Es decir, cuando concurren un delito o falta penal no específica de funcionarios públicos y una falta disciplinaria, el instructor del expediente puede continuar la tramitación del mismo y el órgano encargado de resolver está legitimado para imponer la sanción que crea conveniente sin atender, en absoluto, al relato fáctico que realicen los Tribunales penales.

La citada postura, que ha sido mantenida por alguna jurisprudencia, (389) no es de recibo por distintas y múltiples razones.

En primer lugar, podría ocurrir fácilmente que la sentencia penal, dictada con posterioridad a la imposición de la sanción

---

(389) .../...

consideramos un tanto espionosa la doctrina pues si bien nadie discute el principio de libre valoración de las pruebas, resultaría sorprendente que sobre un mismo aparato probatorio, un funcionario fuese absuelto en la jurisdicción penal (por falta de esas mismas pruebas) y condenado por la Administración.

(389) Por ejemplo, la STS de 12 de Mayo de 1978 (Aranzadi 1662) afirma que no debe suspenderse el procedimiento disciplinario porque esa actuación "acarrearía demoras" (si bien esa doctrina tiene su origen en las concluyentes afirmaciones realizadas por el art. 28 del Reglamento disciplinario entonces vigente). Con posterioridad ver, por ejemplo, el auto del Tribunal Constitucional de 21 de Noviembre de 1980.

disciplinaria, declarara la inexistencia de los hechos relatados por el órgano administrativo o bien reconociera que el funcionario no ha intervenido en ellos. Tal apreciación no podría ser llevada a la práctica, conduciéndonos a un túnel sin salida (390).

Idéntico problema ocurriría que si la resolución que pone fin al expediente administrativo decide no imponer sanción alguna por considerar que los hechos no han existido o que el funcionario no ha participado en los mismos. ¿Cómo podría aplicarse disciplinariamente la sentencia penal que declare lo contrario? (391) ¿Que remedio debería utilizarse para salvar el mecanismo de la cosa juzgada y de la firmeza del acto administrativo? (392) ¿Qué concepción es esa del principio de seguridad jurídica?

La mencionada regulación positiva no puede mantenerse

---

(390) Y no olvidemos que si la sentencia penal decide absolver al funcionario cuando se declara que los hechos no han existido, esa afirmación vincula a la Administración Pública (STS de 12 de Marzo de 1973 (Aranzadi 1058), STS de 29 de Enero de 1981 (Aranzadi 1586), y STS de 15 de Junio de 1984 (Aranzadi 3717)).

Lo mismo ocurrirá si se demuestra que el funcionario no ha intervenido en los mismos (STS de 28 de Setiembre de 1984 (Aranzadi 4524)).

(391) No olvidemos que la jurisprudencia tiene declarada la vinculación de los hechos ciertos y probados por la jurisdicción penal a la jurisdicción administrativa y más aún en sentencias condenatorias/STS de 15 de Junio de 1984 (Aranzadi 4026)

(392) Sin duda sería el Recurso de Revisión previsto en el art. 127.2 de la LPA el que podría aplicarse en estos casos. Ahora bien, una STS de 29 de Mayo de 1965 afirma que no constituye un documento de valor esencial para la resolución del asunto una sentencia penal absolutoria "de delito de desahato, por padecer enfermedad mental, porque aún en el supuesto de que la dicha sentencia fuese uno de los documentos a que se refiere el propio artículo, lo cierto es que el hecho de que el recurrente se hallara privado de conocer la trascendencia de sus actos cuando cometió el delito, no implica el que además, esto es, cuando se cometieron las faltas en que incurrió como funcionario..., se hallara igualmente privado de razón".

Para un análisis en profundidad de este recurso ver HERNANDEZ CORCHERO, Manual práctico sobre procedimiento y recursos administrativos y el contencioso administrativo, Pamplona 1969, pág. 152; TRUJILLO QUINTANA Y BOLEA, Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo, Madrid 1965, I pág. 522; ESPINALEZ PEREZ, J., Comentarios a la LPA, Ed. Civitas, Madrid 1988, págs. 1109 a 1117.

jurídicamente hablando, ni por un instante (393). Cualquier actuación de la Administración Pública que, amparándose en la citada normativa, (394) desconociera la "preferencia absoluta del enjuiciamiento penal" y el papel "subordinado y auxiliar" que la Constitución le reconoce en esta esfera, (395) sería, a nuestro juicio, ilegal.

Hasta que el citado reglamento no sea impugnado (396) y declarado nulo es evidente que se están contraviniendo los siguientes mandatos legislativos y jurisprudenciales.

A.- En primer lugar, se está desconociendo la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional respecto a que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (397), cuestión tan evidente que de por sí no merecería más comentarios. Ahora bien, una incorrecta interpretación de esa declaración podría llevar

---

(393) Tampoco, a nuestro juicio, se sostiene en el campo de la lógica y de la razón.

(394) De carácter reglamentario, no olvidemos.

(395) Tal como afirma Luis PRIETO SANCHIS, op. cit., pág. 117.

(396) Como sabemos, nuestro ordenamiento otorga a distintos órganos la posibilidad de luchar contra un Reglamento ilegal. Así, la Administración puede: a) Dejarlo inaplicable.

b) Aprobar otro con posterioridad.

c) Declarar la nulidad de oficio (art. 109 y ss LPA).

d) Derogarlo.

Del mismo modo, los Tribunales de lo contencioso-administrativo pueden conocer de los recursos directos contra el reglamento (en el plazo de dos meses) e indirectos, al impugnar, el particular afectado por una acto concreto de aplicación, la disposición general de la que trae causa.

En el presente supuesto, esta segunda vía es la más adecuada pues no olvidemos que el plazo de impugnación al reglamento se abre con la notificación del acto administrativo.

Finalmente el Tribunal Constitucional puede conocer de los recursos contra reglamentos mediante dos vías: a) la recogida en el art. 161.2 (disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las CCAA). b) Conflictos de competencia del Estado y la CCAA o de estas entre sí (art. 161.1 3). c) Recursos de Amparo.

Sobre el tema ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA - Y.R. FERNÁNDEZ, "Curso de derecho administrativo, I. Quinta edición. Ed. Civitas, Madrid 1989, págs. 234 - 253 y bibliografía allí citada (págs. 252-253).

(397) STC 77/83 de 3 de Octubre.

a sostener que, en caso de discrepancia, ya se tomarán las medidas oportunas evitando así "acarrear demoras" (398). Unas conclusiones de ese tipo desconocerían, entre otros, el mandato que emana del artículo 117.3 de la Constitución y nos conduciría, guiados por una extraña concepción de la eficacia administrativa, al absurdo (399).

B.- Por otra parte, esa desconexión entre unos y otros órganos del Estado no podía casar, en modo alguno, con lo dispuesto en los arts. 10.2 de la LOPJ y 114 de la LECR que concede de forma absoluta prioridad a la decisión del Tribunal penal, cuando afirman sin rodeos ni vacilaciones que "promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndoles, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaida sentencia firme en la causa criminal" (400).

¿Cómo, vía reglamentaria, pueden despreciarse esas concluyentes afirmaciones? ¿Qué alambicadas interpretaciones dederán realizarse para justificar la inaplicación de esos mandatos en lo referente al derecho disciplinario?

Esa falta de respeto entre los distintos órganos del Estado dejan, sin duda, perplejo a cualquier ciudadano que ajeno

---

(398) STS de 12 de Mayo de 1978.

(399) "Cuando el principio de exclusividad no se cumple al efecto, es la violación de un dogma básico del Estado de Derecho, que conduce a la politización de la justicia". Fernando GARRIDO FALLA y otros, Comentarios a la Constitución, 2a. edición ... op. cit., pág. 1540. En el mismo sentido LOWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Madrid 1970, págs. 296 y ss.

(400) En ese sentido se proemuncia la STS de 29 de Abril de 1983 (Aranzadi 2287), aplicando el artículo mencionado. En parecidos términos se manifiesta el art. 3. de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para un análisis del tema ver Carlos VAQUEZ IRITUBIETA, Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2a. edición, Ed. Edersa, Madrid 1987, págs. 9 y ss. y págs. 131 y ss.

a las "sutilezas de los juristas, contemplan la falta de lógica en la que se incurre, aceptando como hecho normal de la vida jurídica las citadas contradicciones" (401).

Además, ese modo de actuar iría contra el principio "unidad jurisdiccional" proclamado en el apartado 5 del mismo artículo 117 CE (402) cuyo objetivo primordial sería evitar este tipo de situaciones contradictorias, discriminatorias y por tanto injustas.

En definitiva, a la vista de lo apuntado tres soluciones distintas son las que se nos ocurren:

- a) Declarar la aplicación analógica a todos los funcionarios públicos del art. 415 de la LOPJ, que obliga en todo caso a suspender el procedimiento disciplinario cuando esté conociendo de los hechos la jurisdicción penal (403).

---

(401) MUÑOZ QUIROGA, A., El principio "Non bis in ídem", en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 45, Enero-Mayo de 1986, pág. 129 a 136, especialmente pág. 130. El mismo autor denuncia lo absurdo de que unos mismos hechos, apreciados con las garantías del derecho penal, determinen la absolución por los tribunales mientras que la Administración, aplicando sus propias normas y, a veces, los privilegios que rodean a los actos administrativos, impongan la sanción.

(402) En este sentido "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. Esa afirmación ha sido criticada por DE LA OLIVA SANTOS, A. La desolición de la Administración de Justicia en la Constitución de 1978, en Revista Iberoamericana de Derecho procesal, núm. 2-3, Abril-Setiembre de 1978, págs. 2 y ss.

Un comentario del citado precepto puede verse en GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución... op. cit., págs. 1116 y ss.

(403) Artículo 41.52: "No se podrá incoar expediente de responsabilidad disciplinaria en relación con hechos objeto de causa penal, en tanto ésta no haya concluido por sobreseimiento o sentencia absolutoria, suspendiéndose, en su caso, el trámite del expediente administrativo en curso, si después de su iniciación se incoare causa penal por el mismo hecho. En parecidos términos se pronuncia el art. 18 RDFGC.

En tales supuestos, los plazos de prescripción de los que habla el art. siguiente de esta ley, comenzarán a computarse desde la conclusión de la causa penal.

En ningún caso un mismo hecho sancionado de una causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria".

Del mismo parecer apuntado en el texto es GARRIDO FALLA, Tratado de derecho administrativo, op. cit. II, pág. 141.

- b) Utilizar el mecanismo descrito en el art. 50 del RDFCE que permite la inexecución de la sanción siempre que "mediere causa fundada para ello" (404).
- c) Dada la contundencia de los términos en que se pronuncia el art. 10.2 de la LOPJ obligando suspender cualquier procedimiento cuando exista una cuestión prejudicial penal de la que no se pueda prescindir para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta" y dado el inferior rango normativo que posee el art. 23 de RDFCE, debería dejarse inaplicable este último porque de lo contrario se estaría vulnerando todo el sistema diseñado, entre otros, por los arts. 1.2, 9.3. y 25 de la CE y 23 de la LRJAE.
- 

(404) La misma disposición se encontraba plasmada en el art. 62.1 del anterior Reglamento disciplinario. Agustín PEREZ BARRIO, op. cit., pág. 250.

5. El "non bis in idem" procesal interno: la imposibilidad de seguir dos procedimientos disciplinarios por la comisión de un mismo hecho. Las relaciones entre sanción disciplinaria y sanción de protección de orden general.

Por último, vamos a analizar dos cuestiones importantes en relación con otras tantas manifestaciones del principio "non bis in idem": La imposibilidad de que se inicie un nuevo procedimiento disciplinario ante la comisión de un mismo hecho y la consiguiente imposibilidad de imponer una doble sanción disciplinaria, (por cuanto existiría cosa juzgada) y el problema de la duplicidad de procedimientos y sanciones administrativas al funcionario por la comisión de idéntico hecho en base a las distintas relaciones de sujeción (general y especial) que se encuentra frente a la Administración Pública. ¿Es ello posible? ¿Puede ser sancionado además en vía penal, (por la consabida inaplicación del "non bis in idem" material en este tipo de situaciones) y civil? (asw)

A) la imposibilidad de iniciar dos procedimientos disciplinarios ante la comisión de un hecho que ataque a una única norma: El principio non bis in idem y su relación con la cosa juzgada.

El principio "non bis in idem", también denominado f. 1012 negativa de la cosa juzgada, puede sintetizarse en la fórmula. "no dos procedimientos con el mismo objeto" (405) e impide que un

---

(405) En realidad, cuando hablamos de cosa juzgada, estamos haciendo referencia a los efectos que pueda producir un proceso cuando se resuelve su objeto. El sustantivo *cosa* indica el objeto del proceso, el adjetivo *juzgada* indica la situación en que la cosa-objeto se encuentra cuando ha sido definitivamente resuelta (FENECH M. *El proceso penal*, II, ... op. cit., pág. 1.172).

El art. 1.252 párrafo primero del Código Civil afirma que existe cosa juzgada cuando hay identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. La mencionada regulación legal deja tales concreciones que han llevado a afirmar a la doctrina que "cuanto más se profundiza en su estudio, tanto más se oscurece su concepto". Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, (405) Por la vía descrita en la Ley Orgánica 4/2001 de 6 de Mayo, de protección del honor y la propia imagen .../...

órgano administrativo posterior o un nuevo juez penal emita su fallo cuando el objeto del proceso ha sido ya resuelto con anterioridad (406), en los casos que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (407).

(405) .../...

Comentarios al Código Civil, Comentario al art. 1252 Ed. Edersa, pág. 633. Del mismo sodo ver, GOMEZ ORBANEJA, Derecho procesal civil, 8a. edición, Madrid 1.976, I, pág. 439.

Al respecto, la doctrina tradicional (CARNELUTTI *Nu ove riflessioni sul giudizio giuridico*, en Discorsi sul Diritto, padua 1.961, III pág. 124 y ss.) distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

La primera se refiere a los efectos que produce ese instituto en el mismo proceso, imposibilitando atar su resultado mediante los recursos previstos legalmente.

Así, cuando la resolución que termina un proceso no es ya recurrible, adquirirá firmeza y valor de cosa juzgada formal, que nada tiene que ver con el principio "non bis in idea", pero que uno de las consecuencias que provoca es la apertura de la cosa juzgada material.

Esta produce efectos fuera del proceso y se da cuando la resolución que pone fin al mismo no sólo es inatacable de manera directa por la vía de un recurso (cosa juzgada formal), sino también por la vía indirecta (por ejemplo al establecerse de nuevo proceso). LUIS RIBO DURAN, Diccionario de derecho.Voz cosa juzgada Ed. Bosch Barcelona 1.987.

Al hilo de lo anterior, se ha distinguido entre la función positiva y negativa de la cosa juzgada material, en cuanto a la trascendencia de un proceso ya determinado sobre otros posteriores con el mismo objeto. Sería el caso del inicio de un procedimiento disciplinario cuando ya ha finalizado otro con el mismo objeto.

La función positiva consiste en la vinculación a que se halla sometido el órgano administrativo que conoce de los procesos posteriores de emitir un fallo idéntico al otorgado en el primer proceso, o sea, de resolver el objeto del proceso de modo igual a aquél que fue resuelto por un órgano administrativo con anterioridad (FENECH, Derecho... op. cit., II pág. 1.173). Podría resumirse este efecto como "no dos resoluciones distintas de un mismo objeto procesal" ("res iudicata pro veritate habetur").

Por el contrario, la función negativa de la cosa juzgada pueden condensarse en la fórmula "non bis in idea", que puede interpretarse como "no dos procesos con el mismo objeto." O sea, no se trata ya de que un órgano administrativo posterior tenga por verdad lo juzgado y deba fallar en idéntico sentido, sino que ni siquiera pueda emitir su fallo cuando el objeto ha sido resuelto con anterioridad (FENECH, op. cit. pág. 1.173-1.174).

Tal como afirma CALDERON, La función negativa de la cosa juzgada, en Revista de legislación, 1.906, págs. 373 y ss. citado por FENECH, Derecho... op. cit., pág. 1.174, en nuestro derecho, únicamente este último efecto es el reconocido.

Por consiguiente, del análisis efectuado resulta que el principio "non bis in idea", es más reducido que el de cosa juzgada aunque los dos tienen su origen en los efectos jurídicos del proceso (FENECH, La cosa juzgada y la elasticidad de la pena. En FENECH-CARRERAS, Estudios de derecho procesal Barcelona 1.962 pág. 715 y ss.).

(406) STC 77/83, de 3 de Octubre.

(407) STC 32/81, de 310 de Enero (fj. nta. 4).



En este sentido, el TC ya tuvo ocasión de declarar que "el principio non bis in idem impone, por una parte, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibile reiteración en el ejercicio de ius puniendi del Estado, y por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos..." (408).

Así pues, y sucesivamente, la aplicación práctica de este principio, que por lo demás no conoce excepciones en el ordenamiento punitivo del Estado, produce una doble consecuencia.

a) Al constituir el efecto negativo de la cosa juzgada, "determina la inadmisibilidad de la pretensión ya formulada en un proceso anterior, siempre que exista una "identidad de los elementos de la decidida y de los que se intentan hacer valer de nuevo..." pues esa circunstancia comporta la identificación de las pretensiones mismas (409).

Dicho de otro modo, gracias al principio non bis in idem resulta imposible que, iniciado un procedimiento disciplinario

---

(408) STC 94/86, 4.º B de Junio. CI 845/83.

En idéntico sentido SSTC 159/85, de 27 de Noviembre (RA 821/84) y 23/86, de 14 de Febrero (RA 746/84).

(409) FENECH, Derecho procesal... op. cit., II, pág. 1174.

Por ello, la LECr en su art. 666 recoge como cuestiones de previo pronunciamiento la cosa juzgada, cuya aplicación exige las siguientes identidades: a) sentencia o resolución (auto de sobreseimiento libre) anterior firme y definitiva; b) dictada por Tribunal competente (con competencia activa); c) identidad subjetiva de los imputados; d) identidad de objeto (que sean los mismos hechos), y e) identidad de acción, en concreto y en el caso particular a debate. C. VAZQUEZ IRUZUBIETA, Doctrina y jurisprudencia de la LECr, 2a. edición, Ed. Edersa, Madrid 1987, pág. 881. En el mismo sentido, STS de 13 de Junio de 1984.

por la comisión de un único hecho que ponga en peligro una sola normativa disciplinaria, pueda iniciarse un nuevo expediente (410). Esa inatacabilidad indirecta de lo ya enjuiciado, permitirá invocar en caso de inicio de un nuevo procedimiento, la excepción de cosa juzgada.

b) La consecuente improcedencia de imponer una doble sanción por la realización de ese hecho antijurídico.

Al respecto el TS considera inconstitucional pretender castigar como falta grave la realización de distintas faltas leves pues "si el principio general "Non bis in idem" supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaigan duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, ... para imponer la sanción de separación definitiva del servicio activo, impuesta al actor apelado, .... en el expediente, ... se han tenido en cuenta los dos correctivos por dos faltas leves, que por los mismos hechos objeto de dicho expediente se le impusieron por resolución... caso que... de mantener la sanción impuesta... dará lugar a una duplicidad de sanciones con infracción del principio antes indicado... que debe reputarse como general y común al ordenamiento sancionador, y, por ende, aplicable también a los casos de duplicidad de sanción administrativa". (411).

B) Principio non bis in idem; Sanción disciplinaria y sanción de protección del orden general. Sus relaciones con los ordenes civil y penal.

¿Es compatible el ejercicio de la potestad correctiva

---

(410) SSTs, 4 de Julio de 1.983 (ar. 371), 2 de Febrero y 18 de Junio de 1.984 (ar. 1106 y 4025), 2 de Febrero de 1.985, 7 de Mayo 1.986, 18 de Abril 1.988 (ar. 3374). principio "Non bis in idem".

(411) SSTs de 16 de Julio 1.984, 22 de Febrero de 1.985 (ar. 723) y 18 de Abril 1.988 (ar. 3374).

(412) con la potestad disciplinaria? O dicho de otro modo ¿Puede darse una sanción de protección del orden general y una sanción disciplinaria por la comisión de un único hecho perpetrado por el mismo funcionario?. Caso de responder afirmativamente debemos preguntarnos: ¿puede además, el citado individuo, ser reprimido civil y penalmente? (413) ¿Cómo serán articulados los distintos procedimientos si nos queremos incurrir en resoluciones distintas e incluso contradictorias entre sí? ¿Resulta jurídicamente aceptable que a la comisión de un hecho presuntamente antijurídico le pueda corresponder cuatro tipos distintos de desvalores o reproches, independientes entre sí y por tanto acumulables? (414).

Como ya sabemos, tanto la mejor doctrina administrativa (415) como la jurisprudencia excluyen la vigencia del principio "non bis in idem" en las relaciones entre los ordenes penal y disciplinario, permitiendo la dualidad de sanciones "pues un mismo hecho puede ofrecer aspectos jurídicos diferentes, desenvolviéndose en ámbitos distintos, la jurisdic-

---

(412) En expresión de GARRIDO FALLA, Tratado... op. cit. II pág. 141.

(413) Por cuanto al art. 4 del RDFCE afirma: "El régimen disciplinario establecido en este reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pueden incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determine la ley". En parecidos términos se pronuncia el art. 81.3 de la LFCE.

(414) La situación no es ni mucho menos de laboratorio. Pensemos en un funcionario público que, al pasar por debajo del balcón del Ayuntamiento, insulte gravemente al alcalde y a su mujer. Si aceptamos la plena independencia de los distintos ordenamientos, el mencionado individuo será autor de un delito de desacato (Arts. 240, 241 del Código penal), una falta grave de desconsideración con los superiores (art. 7.1.E del RDFCE), una infracción de las tipificadas por la Ley de Orden Público de 30 de Julio de 1959 (art. 2) y una vulneración del derecho al honor (art. 7 de LO 1/82, de 5 de Mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), correspondiéndole cuatro tipos de reproches distintos.

(415) R. EXTREMA CUESTA, op. cit. pág. 386; GARRIDO FALLA, Curso... op. cit., pág. 140 y GONZALEZ NIETO, Responsabilidad de los miembros, op. cit., pág. 16 y 18.

ción penal que se propone el castigo de los actos constitutivos de delito y la potestad administrativa de corrección que tiene como fin específico conservar el prestigio de los funcionarios, por cuya diferenciación la sentencia absolutoria o el sobrescimito recaídos en sumario no impiden que la Administración disciplinariamente corrija al expedientado" (416).

Pues bien, si la causa o fundamento que permite esa dualidad de sanciones (penal y disciplinaria) por la comisión de un mismo hecho es la relación de supremacía especial que une al funcionario con la Administración (417) y la consiguiente independencia y compatibilidad de la potestad disciplinaria de la administración y la jurisdicción penal, nada impediría, en el plano teórico, que el mismo razonamiento sea aplicable cuando un funcionario público incumple, por la realización de un hecho, las normas que regulan los estados de sujeción general con la Administración y los reglamentos disciplinarios a que están sometidos, consecuencia de la relación especial de sujeción (418).

Sería el caso relatado en la STS de 2 de Junio de 1.976 (419) de un funcionario de correos que "hallándose embriagado,

---

(416) Sentencias 30 de Octubre de 1.956 (ar. 3567), 13 y 14 de Mayo de 1.958 (ar. 1867 y 2248), 9 de Febrero 1.953 (ar. 318), 3 de Marzo 1.955 (ar. 877), 4 de Junio de 1.956 (ar. 2334), 7 de Noviembre 1.957, 1 de Febrero 1.958 (ar. 493) y 24 de Noviembre de 1.960 (ar. 4190).  
Mas recientemente, STS de 28 de Septiembre de 1.964.

(417) Al respecto ver GARCIA - TREVILANO FOS, J.A., *Tratado...* op. cit., tom. III, vol. II, pág. 972. Un análisis jurisprudencial en GONZALEZ PEREZ, J., *Independencia de la potestad sancionadora de la jurisdicción penal*, RMP No. 47, 1.965, págs. 130 y ss.

(418) Pues las normas disciplinarias se dirigieron a proteger el orden interno de la Administración y el resto de disposiciones administrativas, ~~enclavadas~~ a las recogidas en el CP, estarían destinadas a defender el orden social general.

(419) Art. 2609.

molestó a unos matrimonios que se encontraban en la puerta de un bar, insultándoles y realizando frente a ellos actos procaces". Esa actuación fue sancionada por la autoridad gubernativa al considerarla responsable de una falta del artículo 2 ap í) de la LOP de 30 de Julio 1.959 circunstancia "que no impide que a la vez pueda ser corregido en un expediente disciplinario en su calidad de funcionario público sin que por ello se vulnere el principio non bis in idem pues... el régimen disciplinario establecido en estas normas (Reglamento de 1.969) ha de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad de otra clase en que puedan incurrir los funcionarios, con lo que se admite la acumulación de ambos tipos de sanciones, puesto que obedecen a finalidades diferentes, como el mantenimiento del Orden de la convivencia y la infracción de los deberes profesionales de los funcionarios".

En la actualidad, si bien estas situaciones pueden darse con menos frecuencia dada la reducción del concepto "orden público" operada recientemente, no es menos cierto que tanto el artículo 81.3 LFCE como el actual RDFCE (art. 4) sostienen que el régimen disciplinario... se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pueden incurrir los funcionarios, la cual se hará efectiva en la forma que determine la ley.

Consecuencia de esta regulación positiva es la doctrina jurisprudencial mayoritaria que somete al funcionario público en su actual a una "tridimensional responsabilidad que le son exigibles como figuras típicas del cuasamiento legal autónomo independiente entre sí, que no suponen transgresiones del esencial principio "non bis in idem\_" por la diferencia de graduación y estimación que, en el orden axiológico, se reputa que un hecho ha podido ofender el orden social a que corresponde y así son compatibles la responsabilidad civil, la penal y la

administrativa o corporativa (420).

Aunque desde el plano dogmático y conceptual ese razonamiento parece congruente con el significado que se ha dado a la categoría de las especiales relaciones de sujeción, (421) en la práctica pueden producirse e incluso agravarse los problemas derivados de la posible duplicidad de castigos pues, entre otras cuestiones, no se vislumbra como deben articularse los distintos procedimientos en la propia esfera administrativa con el fin de evitar contradicciones sobre el relato fáctico que llevan a cabo los diferentes órganos administrativos (422).

La solución a los temas apuntados no parece fácil pero a nuestro juicio pasa por la consideración del bien jurídico que cada norma pretende proteger, teniendo en cuenta las técnicas del concurso de leyes o de infracciones relatadas con anterioridad y así:

---

(420) STS de 7 de Noviembre 1.984 (ar 5605).

Del mismo modo el TS ha declarado la compatibilidad de las sanciones administrativas... con la pendency de litigios civiles (STS de 2 de Noviembre 1.983) y con las multas coercitivas (STS de 10 de Julio de 1.984).

(421) Otra cuestión distinta es que nosotros estemos de acuerdo con la doctrina de las especiales relaciones de sujeción y las consecuencias que se hacen derivar, cuestión que ya hemos rechazado de forma constante.

(422) Si entre el procedimiento penal y el administrativo sancionador es clara la necesaria subordinación de este último a la jurisdicción penal y la consiguiente obligatoriedad de paralizar las actuaciones llevadas a cabo en vía administrativa, ¿cómo debe articularse las relaciones entre el orden gubernativo y el orden disciplinario? ¿cómo podrá solucionarse el posible planteamiento contradictorio respecto a la existencia o inexistencia de los hechos y la participación del funcionario en los mismos?.

1.- Cuando un mismo hecho llevado a cabo por un funcionario atente a dos normativas de la propia Administración deberá averiguarse el bien jurídico protegido por ambas, excluyéndose el doble castigo en caso de identidad, por simple aplicación del "non bis in idem" (423) en todas sus vertientes.

2.- Cuando un funcionario cometa una o varias acciones u omisiones que vulneren dos normativas distintas disciplinaria y de protección del orden general poniendo en peligro dos bienes jurídicos distintos, no podrá sin más aplicarse dos sanciones administrativas diferentes fruto de una duplicidad de procedimientos, sino que deberá atenderse a las reglas del concurso o de infracciones, evitando una multiplicidad de castigos sin duda desproporcionados. (44) De ese modo podemos encontrarnos con distintos supuestos.

a) Si un único hecho produce realmente dos o más ilícitos, en aplicación de la técnica del concurso ideal de infracciones deberá imponerse la sanción correspondiente al ilícito más grave (art. 71 CP). Sería el caso del funcionario que en el ejercicio del cargo desobedeciera a las autoridades. en este caso cometería una falta disciplinaria grave (art. 7-1 a

---

(43) Pues entonces coinciden sujeto, hecho y fundamento.

(44) La exigencia de aplicar el principio constitucional de proporcionalidad ha sido declarado recientemente en Francia tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Así es necesario "pour éviter tout dérapage, que soit appliqué avec la plus extrême rigueur le principe constitutionnel de proportionnalité des infractions et des peines" qui ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition afin si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire" (C.C. 30 décembre 1987, REJO 1988 - 350 note B GENEVOIS, V. aussi: 29 avril 1988, N. CUAZ, AJDA 1988 - 400 concl. S. BREL ). Sobre el tema ver el Título V del presente trabajo.

RDFCE) y una infracción del orden público (art. 2 h LOP) (424). Aquí le correspondería un único castigo agravado.

b) Varios hechos cometidos por un funcionario constituyen varios ilícitos pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro. en estos casos nos encontramos ante el fenómeno del concurso medial de infracciones que merecerá el mismo tratamiento que el anterior. Esta posibilidad ya aceptada por la jurisprudencia contencioso-administrativa en otros ámbitos (425) se daría por ejemplo cuando al incumplir los servicios mínimos en caso de huelga (art. 6.1 c RDFCE), se altera el normal

---

(424) Al igual que las infracciones previstas en los arts. 237, 570.5 (modificados por LO 8/83, de 25 de Julio) y 268-566 (redactados ambos por LO 4/80, de 21 de Mayo) del CP.

(425) Así ocurre por ejemplo, según afirman la Audiencia Territorial de Granada en Sentencia de 3 de Mayo de 1.983 y el Tribunal Supremo I de Julio de 1.988, cuando se lleva a cabo una parcelación urbanística de suelo clasificado como rústico (insusceptable, por tanto, de ser urbanizado), y posteriormente se realizan obras sin licencia. "La parcelación ilegal y la realización de obras sin licencia... deben reducirse a un sólo concepto... para no duplicar administrativamente las sanciones correspondientes a una sola infracción... conforme al principio non bis in idem. Porque lo que debe castigarse en el supuesto denunciado es la realización de obras de parcelación ilegal, en cuya locución van implícitos los dos conceptos sancionados en la resolución o resoluciones impugnadas - parcelación ilegal y realización de obras sin licencia - ya que de otra forma el hecho sancionable se desdobra en dos, cuando uno y otro están íntimamente enlazados en relación de causa a efecto."

Esas consideraciones ya habían sido propuestas por el TS en Sentencia de 13 de Junio 1.986 (ar. 3607) pues "si para la existencia del tipo es precisa la realización de unas obras que por definición han de ser efectuadas sin licencia, no pueden separarse las infracciones; aunque lo fueran, al tratarse de un solo hecho no podrían sancionarse separadamente puesto que supondría un tratamiento más severo que el establecido por el Código Penal, que según su art. 71 cuando un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de los que pudieran imponerse penando separadamente ambos delitos y como en el caso de aquí se enjuicia no consta si el importe de la primera sanción agota las posibilidades sancionadoras de la Administración". (En parecidos términos y aplicando igualmente la técnica del concurso de infracciones STS, 4 de Julio 1.980, SMI de 16 de Enero de 1.981).



funcionamiento de los servicios públicos (art. 2 b LOP).

3.- Otra situación diferente a las anteriores se produce cuando uno o varios hechos cometidos por un funcionario parecen infringir varias normas pero en realidad solo puede admitirse la presencia de una sola infracción. En estos casos nos encontramos ante la presencia de un concurso de normas pues una de ellas basta por si sola para aprehender todo el desvalor de los hechos concurrentes.

Estos supuestos se resuelven normalmente por la aplicación del principio de especialidad pues entre los preceptos aparentemente concurrentes, uno de ellos contempla el hecho de formas más específicas que los demás, debiendo resolverse por aplicación del principio "lex specialis derogat legem generalem" (426). Obviamente, solo podrá seguirse el procedimiento sancionador correspondiente al ilícito más específico.

4.- Otro argumento que intenta evitar la dualidad de procedimientos y sanciones administrativas por la comisión de un único hecho está basado en la aplicación del principio de alternatividad. Esta posibilidad, aceptada por el TC en una declaración escueta "obiter dicta" (sentencia 18/81, de 8 de Junio, f.j. no.8), sostiene que ante una acción vulneradora de

---

(426) Esta técnica, propuesta por la doctrina (J. TORRÓS MAS, Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y tarifas. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1.982, págs. 419 y ss.) ha sido aceptada por alguna jurisprudencia.

Al respecto, esa es la solución que sienta el TS en sentencia de 28 de Febrero de 1.983 (R. 316) que ante una doble sanción por infracción de distintas normas que tipifican los límites máximos para el trabajo en horas extraordinarias, considero no ajustado a derecho esa actitud reclamando "la procedencia de aplicar a todos los supuestos del caso la cuantía de la multa establecida en el artículo 4. de la Ley 1 de Julio de 1.931 sobre jornada máxima legal. Cabe añadir para ratificarlo, que al no estar desarrollado el artículo 33 de la Ley 16/1.976 de 8 de Abril (R. 766 y M. Dicc. 29181) sobre relaciones laborales regulador del régimen disciplinario, debe aplicarse el de la Ley primeramente citada por ser específica sobre la materia".

normativas, la Administración podrá imponer la sanción en base a una u otra disposición alternativa y no simultáneamente (427), solución que, a nuestro juicio, encierra múltiples dificultades por el enorme grado de discrecionalidad que comporta.

5.- Si el orden penal conoce del hecho presuntamente ilícito, no tiene sentido y por tanto debe obviarse la actuación gubernativa o de policía general, por cuanto ambos ordenamientos, en principio, se dirigen a proteger idénticos intereses. La aplicación del "non bis in idem" excluyendo el doble castigo no debe ofrecer dudas.

6.- En el aspecto procesal, siempre que la jurisdicción penal conozca del hecho presuntamente ilícito no podrá iniciarse o, en su caso continuar, cualquier procedimiento (disciplinario o gubernativo) en virtud del principio de preferencia jurisdiccional (428).

Asimismo sería deseable que, en aplicación del principio de coordinación administrativa, cuando la comisión de un mismo hecho pueda vulnerar dos normativas diferentes e involucre a otras tantas autoridades, una de ellas comunique a la otra esa circunstancia con el fin de evitar una duplicidad de procedimientos sancionadores que pueden llegar a soluciones contradictorias entre sí (429).

---

(427) Adoptando esa solución, STS 4 de Julio 1.990. Sobre el tema ver SORIA FERNANDEZ MAYORALAS, P. Derecho administrativo... op. cit. pág. 270.

(428) STC 77/83, 3 de Octubre. Al respecto ver Título III, Capítulo V, 4.

(429) Sería la solución recogida, en nuestro derecho positivo, por el artículo 84.2 del RD 2816/82, de 27 de Agosto que aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, donde se establece que "con objeto de evitar la doble imposición de sanciones por los mismos hechos, las Autoridades municipales darán cuenta a las gubernativas y llevarán a cabo las notificaciones que sean necesarias, en los expedientes sancionadores que instruyan a través de las Autoridades municipales".

En definitiva, y como conclusión, una vez más se pone de manifiesto la necesidad de dictar una Ley que regule las reglas básicas que debe regir el mundo de las sanciones administrativas pues de lo contrario, y teniendo en cuenta el don de la ubicuidad que posee el derecho administrativo, nunca sabremos a ciencia cierta que principio va a ser aplicado en vía administrativa o jurisdiccional olvidando la necesaria certeza jurídica que debe presidir el Estado Social de Derecho.

---

(429) .../...

Esa regulación es especialmente feliz pues, en materia de espectáculos, tiene competencia para sancionar en determinados supuestos, no sólo la autoridad municipal, sino también los Gobiernos civiles y el Ministerio de Interior concurriendo distintas normativas (RD 2816/B2 de 27 de Agosto, Decreto-ley 25 de enero 1.979 de seguridad ciudadana, LOP de 1.959).

Sobre el tema ver, FRANCISCO LOPEZ-NIETO Y MALLO, Espectáculos y establecimientos públicos, El consultor, Madrid 1.989, págs. 179 y ss.