

II. EXTRANJERO

LA JURISDICCION DISCIPLINARIA EN LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. COMPETENCIA: a) Ambito personal; b) Presupuestos objetivos.—II. ORGANIZACIÓN: a) Tribunales; b) Fiscal; c) Defensor.—III. CLASES DE PROCEDIMIENTOS: a) Procedimiento informal; b) Procedimiento formal; c) Recursos.—IV. CRÍTICA.

INTRODUCCIÓN.

El Derecho disciplinario de los funcionarios alemanes sólo puede adquirir su verdadero sentido desde la perspectiva del Derecho material de los funcionarios y de sus tradiciones; sin embargo, no deja de ser interesante el considerar con criterios generales el alcance de las garantías jurídicas que operan actualmente en este campo jurisdiccional.

Por lo pronto, la jurisdicción disciplinaria debe ser considerada como una parte de la protección jurídica que en su conjunto se expresa en el llamado Estado de Derecho garantizado por la Constitución, y esto sin perjuicio de que el establecimiento de una rama jurisdiccional especial para los actos disciplinarios dirigidos contra los funcionarios forme parte de «los principios tradicionales del funcionariado profesional» a que alude el artículo 33, 5, de la misma Constitución. En todo caso, el artículo 96, 3, se refiere a ella expresamente, dando por supuesta su existencia.

Aunque no sea preciso entrar en detalles históricos para analizar la estructura actual de la jurisdicción disciplinaria, puede contribuir a aclarar el momento evolutivo presente el recordar que a finales del siglo XVIII el Código general prusiano no hacía ninguna distinción entre el Derecho penal general y el Derecho penal funcional, puesto que dentro de su Parte penal (capítulo XX de su segunda parte: *De los delitos y sus penas*) dedicaba una sección —la octava— a los delitos de los servidores del Estado, en la que se trataban indistintamente los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (1) junto con otras in-

(1) *Amtsverbrechen*: Delitos, por tanto, que sólo pueden ser cometidos por los funcionarios en cuanto tales. Cfr. BRAND, *Die Reichsdienststrafordnung*. 3.^a ed., Berlín, 1941, págs. 34 y ss., y STOCK, *Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen*, Leipzig, 1932, páginas 145 y ss.

fracciones de naturaleza propiamente disciplinaria. Ahora bien, ya la Ley prusiana de 29-III-1844 (2), reguladora del procedimiento disciplinario y penal contra los funcionarios, afirmó el principio de la rigurosa distinción entre delitos comunes (3) y faltas disciplinarias, con la consecuencia de que para la investigación y sanción de los primeros se declaraba competentes a los Tribunales ordinarios, mientras que las segundas «debían ser consideradas como faltas contra la disciplina y resueltas por tanto en la vía disciplinaria» (art. 4.º) (4).

A partir de este momento, aunque con algunas peculiaridades (5), se impuso en todos los territorios alemanes la distinción entre delitos y faltas disciplinarias, con su consiguiente diferenciación procesal; pero como recuerdo todavía se percibe en la terminología ciertas imprecisiones respecto a las relaciones entre la jurisdicción penal ordinaria y la disciplinaria.

A la Ley imperial de funcionarios de 31-III-1873 (6) sucedieron las correspondientes codificaciones de los diferentes Estados. Y en una fase posterior se consiguió unificar todo el Derecho disciplinario con la Ley de funcionarios alemanes de 26-I-1937 (7) —que afectaba a todos los funcionarios directa o indirectamente dependientes del Reich (8)— y el Reglamento disciplinario de 21-VII-1937 (9). Esta situación experimentó luego en 1945 una transformación decisiva, desde el momento en que entonces fueron los Estados (*Länder*) quienes únicamente estaban en condiciones de dar una regulación jurídica a sus funcionarios, lo que había de conducir necesariamente a una pluralidad de formas de expresión del Derecho de la Función Pública (10). Por lo demás, este proceso

(2) PrGS 1844/77.

(3) En este grupo se encontraban todavía, por lo demás, los delitos propios de los funcionarios (art. 3.º). Así considerados los cohechos y, además, todos aquellos que «las Leyes sancionan con anulación del título o con separación del cargo».

(4) Cfr. BRAND, ob. cit., págs. 35 y ss.

(5) Así, en 1851 se dictaron preceptos especiales para los funcionarios judiciales, que quedaron de esta manera separados del grupo común de «todos los funcionarios civiles y criminales» a que se refería la Ley de 1844.

(6) RGBI 73/61.

(7) RGBI 37.I.39.

(8) Por la Ley de 5-VII-1939 (RGBI 39.I.1197) se consideró también a los funcionarios de cada Estado como funcionarios del Reich.

(9) RGBI 37.I.71.

(10) Aquí es de notar que Berlín y Hessen intentaron romper radicalmente con la tradición del funcionariado tradicional: el art. 29. 1, de la Constitución del Estado de Hessen previno que habría de formarse un Derecho laboral único para todos los trabajadores, empleados y funcionarios, y en Berlín, en un primer momento, fué regulada la función pública conforme a las normas del Derecho laboral (por cuya razón fué acordado en 29-I-1949 un convenio colectivo-cuadro para todos los empleados por cuenta ajena en el Distrito del Gran Berlín: *Dienstblatt*. 1/1949, n. 9). Pero posteriormente, cuando se declaró aplicable a esta ciudad, además del art. 87, 3, de su Constitución, el 35, 1, de la Constitución federal, tuvo Berlín que adaptar a esta su Derecho funcional, lo que realizó la Ley de 24-VII-1952 (GVBl 52 (603). Cfr. FISCHBACH, *Das Landesbeamtenengesetz von Berlin*, Berlín, 1954, págs. 2 y ss.

evolutivo se limitó en lo esencial a los aspectos jurídico-materiales, puesto que las demás Leyes funcionariales complementarias —entre las que se encontraba el Reglamento disciplinario del Reich (11)— siguieron vigentes, aunque naturalmente adaptadas al cambio de circunstancias.

Los detalles de esta época de transición no precisan de mayor análisis, ya que el artículo 75, 1, de la Constitución Federal de Bonn otorgó al legislador federal la competencia para dictar Leyes de Bases en relación con los funcionarios de los Estados, de los entes locales y de las demás Corporaciones de Derecho público (además de la que lógicamente le correspondía —y en el artículo 73, 8, consta expresamente— para regular «las relaciones jurídicas del personal al servicio de la Federación y de las Corporaciones de Derecho público a ella sujetas directamente»). La consecuencia de todo ello fué que a la Ley de funcionarios federales (12) siguió inmediatamente la Ley de Bases (Ley-cuadro) de funcionarios (13), que impone ciertos principios a la legislación de cada Estado, a los que obliga a «regular su Derecho funcional... de acuerdo con tales principios y en consecuencia con los principios tradicionales del funcionariado tradicional y de los intereses comunes de la Federación y de los Estados» (art. 1.º). En este sentido coinciden, por tanto, de nuevo las líneas fundamentales de todo el Derecho material de los funcionarios dentro de la República federal.

Pero la situación del Derecho disciplinario es muy distinta que la del Derecho material. En principio, hubiera podido considerarse que la competencia federal comprendía también la regulación de bases en materia disciplinaria, y especialmente las normas de su procedimiento, ya que el establecimiento de una jurisdicción especial es uno de «los principios tradicionales del funcionariado tradicional» (de tal manera, que ningún Estado de la Federación hubiera podido haber renunciado al establecimiento de este tipo de jurisdicción); ahora bien, de hecho, el artículo 43, 3, de la Ley de Bases se contenta con remitirse a las Leyes disciplinarias de cada Estado para cuanto se refiere a la «represión de las faltas disciplinarias». De donde se deduce que el legislador federal ha renunciado en este punto a conseguir una unidad normativa. El resultado ha sido, pues, en definitiva, que así como el Derecho funcional material de la Federación y de los Estados tiene una forma homogénea, la jurisdicción disciplinaria aparece con las diversidades propias de un régimen federal (14).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Reglamento disciplinario federal —lo mismo que las normas correspondientes de los Estados— sólo contienen fundamentalmente preceptos de Derecho disciplinario formal. En el Reglamento disciplinario federal sólo tiene naturaleza jurídico-material el catálogo de sanciones, reservándose al Derecho funcio-

(11) También siguieron vigentes, entre otras, las normas referentes a dietas, ayudas y compatibilidades.

(12) Texto de 1-X-1961 (BGBl 61-I-1802; 63-I-1901).

(13) Texto de 1-X-1961 (BGBl 61-I-1835).

(14) Últimamente se ha defendido la unidad de bases del procedimiento disciplinario. Así, TEICHMANN, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1963/542.

narial (material) la determinación de lo que es una falta disciplinaria, es decir, de lo que puede provocar la iniciación de un proceso disciplinario. El citado Reglamento es, pues, una simple norma procesal, por lo que sólo en este punto pueden producirse peculiaridades en la legislación de cada Estado, ya que, como queda dicho, el Derecho disciplinario material se encuentra unificado a través del Derecho de funcionarios propiamente dicho. Pero es que incluso a lo largo de este decenio se han ido formando ciertos principios procedimentales homogéneos, que unifican en cierto sentido a todas las legislaciones.

Teniendo presente esta circunstancia, en el presente trabajo sólo se tiene en cuenta el procedimiento disciplinario federal y se dejan a un lado las peculiaridades de cada Estado, ya que no pueden analizarse las variedades que se presentan en el núcleo específico normativo de cada ordenamiento disciplinario.

I.—COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA.

Antes de entrar en el examen de la organización y procedimiento de esta jurisdicción, conviene deterrinar los hechos y el círculo de personas sobre los que son competentes los Tribunales ordinarios.

a) Por lo que se refiere al ámbito personal de aplicación del Reglamento disciplinario federal (*Bundesdisziplinarordnung*; en adelante, BDO), dice su artículo 1.º (15): «BDO es de aplicación a los funcionarios activos y retirados a los que comprende la Ley de funcionarios federales» (*Bundesbeamtengesetz*; en adelante BBG). De donde se deduce que la jurisdicción disciplinaria afecta a cuantos se encuentran ligados a la República federal alemana por una relación jurídico-pública de servicio y fidelidad (la llamada relación funcional) (art. 1 BBG), y, por tanto, sometidos al correspondiente poder disciplinario, es decir, lo mismo los que prestan directa como indirectamente sus servicios a la Federación (art. 2, 2, BBG), bien sea porque se trate de la Federación directamente o de las Corporaciones de Derecho público que de ella dependen directamente (16) (17).

Hay, sin embargo, algunos grupos de servidores de la función pública a los que no comprende la BDO, concretamente los Jueces y soldados, que no son considerados como funcionarios. Si bien, por otra parte, dado que tienen obligaciones parecidas a las de los funcionarios,

(15) Los artículos citados sin referencia a un texto concreto, se entiende que pertenecen a la BDO.

(16) Por ejemplo, el Instituto Federal de Previsión para Empleados, el cual es una de las Corporaciones y Fundaciones con personalidad jurídica a que se refiere el artículo 87, 2 y 3 de la Constitución.

(17) Debe tenerse en cuenta que junto a los funcionarios también existe al servicio de la Federación un grupo, menos numeroso, de empleados y obreros. Por lo que se refiere a éstos, no existe ningún procedimiento disciplinario, con sus escalonadas sanciones, sino la posibilidad —regulada por las normas laborales y convenios colectivos— de resolver el contrato de trabajo («resolución sin preaviso debida a un motivo grave»).

tienen en sus Leyes especiales un procedimiento equivalente para la ejecución de las medidas disciplinarias (18). El procedimiento disciplinario de los Jueces es aplicable también a los miembros del Tribunal de Cuentas, que gozan de la independencia judicial, según declara el artículo 11, 1, de la Ley orgánica de este Tribunal (19).

Tampoco son funcionarios los Ministros del Gobierno federal, y por ello no puede dirigirse contra los mismos un procedimiento disciplinario. Su relación con la Federación es definida en una Ley especial (20) como una relación jurídico-pública en razón del cargo, advirtiéndose expresamente en el artículo 8 de la Ley de los Ministros federales que, en efecto, no puede tener lugar un procedimiento disciplinario contra los miembros del Gobierno.

Igualmente están excluidos de este régimen disciplinario los funcionarios de las Corporaciones eclesiásticas de Derecho público, que, en cuanto tales, tienen la potestad de nombrar funcionarios. La razón de esta excepción se encuentra en el artículo 140, 2, de la Constitución actual, que, en relación con el 137, 3, de la de Weimar, la concede el derecho exclusivo de la provisión de cargos «sin intervención del Estado ni de los entes locales», lo que significa que la Federación no tiene aquí ninguna soberanía en materia de personal.

En resumen, todos los funcionarios federales, tanto si se encuentran en activo como retirados, están sometidos a la BDO. Con la única salvedad de que el procedimiento formal establecido en el artículo 107 sólo puede dirigirse contra los funcionarios de carrera, y no contra los que se encuentran en período de prueba o pueden ser revocados disciplinariamente, ya que éstos, como es lógico, pueden ser separados del servicio sin necesidad de una resolución judicial. Lo que no impide, sin embargo, que pueda iniciarse contra ellos un procedimiento inquisitorio si se sospecha que han cometido una falta disciplinaria, y de su resultado dependa la decisión de que permanezcan o no en el servicio; así, un funcionario revocable puede ser despedido si comete una falta disciplinaria (art. 32, 1, BBG), y lo mismo sucede con un funcionario en período de prueba, si se ha hecho acreedor de una pena calificada como más grave que una sanción pecuniaria (art. 31, 1, n. 1. BBG) (21).

b) *En relación con los hechos* que pueden dar lugar a la apertura de un procedimiento disciplinario, nada dice la BDO, ya que ésta, como se ha indicado, sólo regula los aspectos procedimentales. En este punto hay que acudir, pues, al Derecho funcional genérico, en el cual se dispone —art. 77 BBG—un simple principio general: «El funcionario comete una falta disciplinaria cuando infringe culpablemente las obligaciones que le corresponden». En esta descripción —o tipo— se com-

(18) Interesa destacar aquí que en el procedimiento disciplinario propio de los Jueces al servicio de un Estado está prevista la posibilidad de un recurso ante el Tribunal disciplinario federal, con lo que se consigue una unidad de doctrina jurisprudencial.

(19) De fecha 27-XI-1950. BGBI 50-I-765.

(20) Artículo 1.º de la Ley sobre las situaciones jurídicas de los miembros del Gobierno federal de 17-VI-1953 (BGBI 53-I-407; 60-I-705).

(21) Cfr. FISCHBACH, *Bundesbeamtengesetz*, I, 3.ª ed., Köln, 1961, pág. 585.

prenden, pues, todas las infracciones posibles, lo que significa que el legislador funcional, a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal general, no ha querido aquí enumerar los distintos tipos o supuestos sancionables con sus correspondientes elementos objetivos y subjetivos. Faltando también una matización de las faltas, a diferencia igualmente del Derecho penal, en el que, como es sabido, se gradúan las sanciones y se clasifican las infracciones en delitos, faltas y contravenciones.

Las faltas disciplinarias tienen, por tanto, un tratamiento unitario, al margen del número y de la calidad de las obligaciones que en cada caso concreto hayan podido ser quebrantadas. Y, por otro lado, pueden ser en principio aplicables a cada una de ellas todo el catálogo de sanciones que aparece en la BDO.

Por último, aunque no sea ésta la ocasión de entrar en el análisis de las obligaciones de los funcionarios (22), parece necesario hacer dos series de advertencias, con objeto de poder delimitar el campo propio del Derecho disciplinario:

1. Todo hecho delictivo, cualquier realización de un tipo criminal propio del Derecho penal general, supone también ordinariamente (23) una violación del deber del funcionario de «guardar una conducta digna dentro y fuera del servicio» (24); es decir, que el respeto a los mandatos y prohibiciones del orden penal constituye un mínimo de la conducta que es exigida a un funcionario. Esto sentado, surge inmediatamente el problema de la relación entre el procedimiento criminal y el disciplinario y el de la aplicación del principio —consagrado ya constitucionalmente— del *ne bis in idem*.

Parece indudable, en efecto, que entre ambos procedimientos media una cierta relación, dado que, en primer lugar, el criminal goza de primacía por lo que se refiere a la determinación de los hechos; en segundo lugar, la determinación de los hechos, tal como es realizada por los Tribunales penales, es vinculante a los procedimientos disciplinarios (artículo 13), y, por último, el Reglamento de enjuiciamiento criminal es aplicable subsidiariamente en las lagunas del ordenamiento disciplinario (art. 20) (25). Pero en el fondo es claro que entre ambos Derechos media una diferencia esencial que se deduce necesariamente de la diversidad de sus fines (26). Sobre este particular ya en 1912 hizo el Tribunal Supremo administrativo prusiano las siguientes declaraciones (27):

(22) LA BGG sólo hace referencia expresa a unos pocos deberes del funcionario: por ejemplo, la prohibición de recibir regalos y el deber de guardar secreto. La determinación de las demás obligaciones concretas ha sido obra de la jurisprudencia.

(23) Solamente en los casos de conductas no necesariamente discriminatorias, como, por ejemplo las infracciones de las reglas de circulación, puede hacerse depender de otras circunstancias y de las consecuencias del hecho, el que éste sea considerado o no como falta reglamentaria.

(24) BEHNKE, ob. cit., pág. 117.

(25) Cfr. un tratamiento detallado, FISCHBACH, ob. cit., pág. 573.

(26) Cfr. BEHNKE, ob. cit., pág. 75.

(27) OVGE 61/439 ss. Cfr. FISCHBACH, ob. cit., págs. 566 y es.

«El procedimiento penal se propone el restablecimiento de la violación del orden jurídico, que el individuo ha causado mediante una infracción de normas jurídicas expresas. Mientras que el objetivo del procedimiento disciplinario es el mantener al funcionario, tanto en su constitución externa como en la interna, en el nivel que realmente corresponde a las exigencias que, respecto a su actividad e incluso a su conducta total, se deducen del interés público y del interés especial del cargo que ocupa cada funcionario. Si no se cumplen tales exigencias —cuya sustancia representa el cumplimiento de los deberes funcionariales— debe darse paso a la vía disciplinaria para garantizar su ejecución. Objetivo del Derecho penal ordinario es el mantenimiento del orden jurídico; objetivo del procedimiento disciplinario es la educación del funcionario para que conserve su pureza y capacidad de acción.»

Apenas si es necesario añadir hoy algo a esta doctrina; quizá únicamente precisar que como consecuencia de esta diferencia de objetivos entre ambos procedimientos, no tiene el elemento de la culpabilidad en el procedimiento disciplinario la importancia capital con que actúa en el Derecho penal. En el procedimiento disciplinario no sólo tiene importancia el elemento de la culpabilidad, sino además la cuestión de si el funcionario, después de haber cometido la falta, puede seguir siendo considerado como admisible (soportable) dentro del Cuerpo de Funcionarios (teoría de la admisibilidad) (28).

Ante esta diferencia de naturaleza se hace inoperante el principio jurídico-penal de *ne bis in idem*. Esta limitación del principio —consagrado, además, en el artículo 103, 3 de la Constitución nadie puede ser condenado varias veces en base a las Leyes penales generales por causa del mismo hecho— expresa sencillamente el convencimiento de que son perfectamente compatibles varios procedimientos, siempre que ofrezcan diferencias esenciales. Por ello, aunque el Juez penal no pueda dictar una segunda sentencia por el mismo hecho, siempre queda abierta la vía del procedimiento disciplinario (29).

2. En base precisamente a las citadas diferencias esenciales todavía puede señalarse otro nuevo aspecto de oposición entre ambos procedimientos: frente al principio de la legalidad, propio del Derecho penal procesal, en el Derecho disciplinario la adopción de medidas disciplinarias depende de razones de oportunidad (principio de la oportunidad) (30): «la autoridad competente determinará, de acuerdo con su ponderado arbitrio, si debe intervenir por causa de una falta disciplinaria» (art. 3, 1). Ciertamente que el superior jerárquico de un funciona-

(28) FISCHBACH, ob. cit., pág. 556.

(29) Lo mismo que sucede, por ejemplo, con los Tribunales de honor o de Cuerpo respecto de los médicos o abogados.

(30) Cfr. BEHNKE, ob. cit., pág. 75, y FISCHBACH, ob. cit., págs. 557 y ss.

rio está siempre obligado (31) a iniciar investigaciones para la aclaración de los hechos que le fueran conocidos y que fundamenten la sospecha de que se ha cometido una falta disciplinaria (art. 21, 1); pero esto es antes de que, una vez comprobada la falta (32), decida si han de adoptarse medidas y, en su caso, cuáles hayan de ser éstas, ya que en su mano está el adoptar diferentes soluciones: desde el sobreseimiento (cuando se trata de bagatelas) hasta la iniciación de un procedimiento disciplinario formal (arts. 22 y ss.) (33). Bien entendido que el uso de una ponderada discrecionalidad en el ejercicio del poder disciplinario no significa que el superior jerárquico pueda actuar arbitrariamente, pues en otro caso se expondría asimismo a que se le imputase una violación de sus deberes, por ejemplo, de su obligación a velar por los funcionarios que le están subordinados. Pero, aun así, es claro que el principio de oportunidad concede al superior un mayor margen de actuación que el que corresponde a un Tribunal, el cual, por encontrarse vinculado a la Ley, no puede ordinariamente tomar decisiones discrecionales. En conclusión, en esta materia de la represión de faltas disciplinarias el ejercicio de la discrecionalidad se limita exclusivamente al superior jerárquico, y no alcanza al Tribunal disciplinario, puesto que éste, una vez que tiene conocimiento del asunto, ha de proseguirle obligatoriamente, es decir, que se encuentra vinculado por el principio de la legalidad, y su arbitrio se limita a escoger la sanción aplicable dentro de los criterios valorativos legalmente fijados (34).

II.—ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA.

Después de lo que antecede ha llegado el momento de examinar los órganos de la jurisdicción disciplinaria referente a los funcionarios federales.

a) Dado que el procedimiento judicial está ordenado en dos escalones, los *Tribunales* se encuentran también ordenados conforme a dos instancias: «Los Tribunales disciplinarios federales son las Cámaras disciplinarias federales y la Corte disciplinaria federal» (art. 31, 1), la cual, a su vez, se divide en Salas (art. 41, 1).

Todos los Tribunales son independientes, subordinados por tanto solamente a la Ley: sus miembros «actúan conforme a la independencia judicial» (art. 31, 2 y 3). Este principio se basa en el artículo 97 de la Constitución, que, con referencia a los Jueces definitivamente escalafo-

(31) Es decir, que a la hora de decidir la iniciación de las investigaciones previas, el superior jerárquico no puede actuar discrecionalmente, sino que ha de cumplir con un deber que le impone su cargo (FISCHBACH, ob. cit., pág. 558).

(32) Si como consecuencia de la inquisición previa se desvanece la sospecha, la consecuencia lógica es el sobreseimiento (art. 22, 1).

(33) Cfr. para más detalle BEHNKE, ob. cit., nota 1 del artículo 21 y comentarios al artículo 22.

(34) BEHNKE, ob. cit., nota 5 del artículo 3.º

nados, determina con todo detalle qué garantías deben ser tomadas para asegurar la efectividad de su independencia (35). Ahora bien, como no todos los miembros de los Tribunales disciplinarios son Jueces profesionales, conviene hacer algunas precisiones:

1. «En las Cámaras disciplinarias se adoptan las resoluciones por tres miembros: un Presidente (o su Adjunto) y dos Vocales, de los cuales uno tiene que ser jurista; uno de los Vocales tiene que pertenecer al escalafón y, a ser posible, al mismo Departamento que el expedientado» (art. 37). Pero mientras que el Presidente y su Adjunto deben ser Magistrados de carrera (art. 36, 1), los Vocales sólo precisan ser funcionarios federales también de carrera (art. 35) y sólo uno de ellos precisa ser jurista, es decir, reunir las condiciones exigidas para ejercer un cargo de índole jurisdiccional (36).

Los Vocales son nombrados por el Ministro federal del Interior por el tiempo de tres años. En consecuencia, son considerados como Jueces durante ese plazo, en el que disfrutan, por lo que se refiere al ejercicio de su cargo, del privilegio de la independencia judicial, pero pueden ser trasladados. Debido a esta circunstancia —y prescindiendo de los supuestos de sanción—, el cargo de Vocal se termina «cuando el funcionario es trasladado a un puesto que radica fuera del distrito del Tribunal» (art. 40, 1). Ahora bien, para evitar aquí las posibles manipulaciones de la Administración (37), la Ley (art. 40, 2) concede al Vocal el derecho a oponerse a la destitución de su cargo de Vocal por causa de tal traslado, al que, es claro, que en su simple condición de funcionario no podría oponerse. En tal caso, el Vocal debe permanecer, sin más, en su puesto de Vocal hasta la expiración de su plazo en el cargo (38).

Ya se ha dicho que uno de los Vocales debe pertenecer a la misma categoría y, a ser posible, al mismo Departamento que el expedientado. Categoría debe entenderse aquí en el sentido de uno de los grupos en que se encuentran clasificados los funcionarios federales (que son cuatro: inferior, medio, intermedio y superior); el Departamento se refiere a las ramas o unidades administrativas superiores, con sus correspondientes organizaciones de ellas dependientes, como Aduanas o Correos. Con esta medida se pretende asegurar que en cada caso se encuentre en el Tribunal un Vocal que conozca las peculiaridades del servicio del expedientado o que, además, se sienta próximo a su situación social.

(35) Aquí se comprenden fundamentalmente la libertad de expresión en el ejercicio de la actividad judicial, la inamovilidad y la imposibilidad de su destitución.

(36) Sólo tiene esta capacidad el jurista que, después de haber cursado estudios siete semestres como mínimo, en una Universidad, ha aprobado dos exámenes estatales (art. 597 de la Ley orgánica judicial). Estas circunstancias son exigidas actualmente sin excepción a todos los Jueces profesionales.

(37) Que pretendiera trasladar a un funcionario-vocal que no hubiese resultado dúctil o manejable.

(38) Cfr., para más detalles, ROEMER, *Bundesdisziplinarordnung*, München, 1950, notas al artículo 40, 3.

Todos estos requisitos formales han sido reafirmados por una amplia serie de normas complementarias, en cuyo detalle no es posible entrar ahora. Baste indicar aquí que en todo caso debe ser respetado el principio de la legalidad del nombramiento, no obstante la exigencia de unos requisitos que no se deducen inmediatamente de la Ley, sino del dato variable de la categoría del Vocal y de la situación del expedientado (39). En último extremo, puede afirmarse con seguridad que en estos Tribunales se cumplen todas las condiciones que ordinariamente se consideran necesarias para poder calificar de independiente a un Tribunal.

2. La Corte disciplinaria federal —dividida en Salas— «está compuesta por un Presidente, Presidentes de Sala, Jueces federales y otros Vocales» (art. 41, 2). En cuanto simple órgano resolutorio (40), cada Sala está integrada por un Presidente y dos Jueces federales, mientras que para las sesiones plenarias deben incorporarse otros dos Vocales (artículo 43). Aquéllos deben ser Jueces profesionales, y estos últimos simplemente funcionarios generales profesionales, que son nombrados Vocales por el plazo de tres años y que, igualmente, uno de ellos ha de pertenecer a la misma categoría y, a ser posible, servir en el mismo Departamento que el expedientado.

De todo lo dicho se desprende, pues, que en las dos instancias de los Tribunales disciplinarios actúan conjuntamente Jueces profesionales y funcionarios de carrera nombrados al efecto por un tiempo determinado. Con esta interrelación de la Administración y de los órganos judiciales —que también se da en la jurisdicción laboral y en la social— se pretende asegurar que los Tribunales sean sensibles al desarrollo del funcionariado dentro de cada una de las zonas administrativas, y, además, que conozcan la visión que las personas afectadas tengan respecto de las exigencias que se imponen a cuantos pertenecen a la función pública. Además, no hay que olvidar nunca que, en definitiva, si el objetivo del Derecho disciplinario es la conservación del nivel del funcionario, éste debe tener alguna oportunidad de colaborar en tal sentido. Por ello no debe entenderse que el abandono del principio —propio de la jurisdicción ordinaria— de que todos los cargos han de ser cubiertos con Jueces profesionales, aunque no sean especialistas, haya provocado una disminución de la imprescindible independencia, ya que, como se ha visto, han sido tomadas diversas medidas para proteger a los funcionarios-jueces contra las posibles influencias de sus superiores jerárquicos.

b) *El Fiscal disciplinario federal* es otra figura importante en el procedimiento disciplinario. Su tarea es «asegurar el ejercicio unitario

(39) La composición del Tribunal debe ser fijada siempre con un año de antelación, con objeto de que sea conocida la personalidad del Juez antes de que se haya cometido el acto enjuiciable. Este es un principio inexcusable de todo procedimiento propio de un Estado de Derecho, tal como aparece consagrado en el artículo 101, 1, de la Constitución.

(40) Es decir, respecto de decisiones tomadas fuera de las sesiones plenarias, especialmente en los casos de decisiones que no precisan vista.

del poder disciplinario y representar el interés de la Administración y de la colectividad en todas las fases del proceso» (art. 30, a). Durante el período de vigencia del Reglamento disciplinario imperial la situación era muy diferente: los intereses de la Administración —y sólo éstos— corrían a cargo de un «representante de la autoridad jerárquica superior, el cual era nombrado en cada caso entre los funcionarios del órgano que actuaba como acusador. Hoy, en cambio, la BDO, haciéndose eco de las transformaciones ideológicas y jurídicas, ha creado con el Fiscal disciplinario un cargo independiente, al que corresponde una situación similar a la del Fiscal ordinario. Aquél —igual que éste— es ciertamente acusador y está vinculado, si bien en pequeña medida, a las instrucciones de las autoridades interesadas (41); pero, por lo demás, y al igual que el Fiscal ordinario en la fase de inquisición, no sólo debe representar los intereses de la Administración, sino también los del funcionario expedientado (42).

La institucionalización de este cargo ha contribuido a la objetivización del procedimiento al reducir la influencia sobre el Fiscal, y, por tanto, sobre el procedimiento, de las autoridades administrativas interesadas. En el sistema antiguo, el representante del interés público carecía de la independencia de que hoy goza, por causa, como se ha dicho, de su vinculación a las instrucciones de sus superiores, y a través de ellos, de las autoridades interesadas, de tal manera que en razón a su vinculación funcional, no siempre podían actuar en el proceso de una manera imparcial. Hoy, en cambio, la vinculación que se ha conservado a las instrucciones, está orientada casi exclusivamente a uniformar el ejercicio del poder disciplinario, ya que el Ministro sólo muy raramente intervendrá en casos individuales.

Como las numerosas funciones encomendadas al Fiscal no pueden ser desarrolladas directamente por él mismo, está habilitado para utilizar la colaboración de algunos otros funcionarios, quienes seguirán perteneciendo a la unidad administrativa de donde procedan, pero en cuya actividad dependen exclusivamente de las instrucciones del Fiscal, en lo que se distinguen por completo de los antiguos representantes del interés público. Tanto el Fiscal como sus colaboradores deben reunir los requisitos exigidos para desempeñar un cargo judicial, lo que significa que estos sólo pueden ser ocupados por funcionarios de la categoría administrativa superior.

c) La figura del *defensor* surge en el proceso disciplinario al amparo del artículo 30, e), en el que se dispone que el funcionario inculcado puede «utilizar los servicios de un defensor en cualquier momento del proceso». La defensa puede ser encomendada no sólo a Abogados y a

(41) Concretamente, sólo por lo que respecta a la cuestión de si debe interponerse el recurso contra la resolución de primera instancia (art. 67, 2). Fuera de esto, solamente el Ministro federal del Interior tiene facultades para dictar «principios generales» sobre la actividad del Fiscal y «en casos concretos darle instrucciones de acuerdo con las autoridades supremas» (art. 3.061).

(42) Cfr. ROEMER *ob. cit.*, notas al artículo 30.

Profesores de Derecho, sino a los representantes de los Sindicatos y de las Asociaciones profesionales de los funcionarios, e incluso a otros funcionarios. No obstante, ante la Corte Superior, es decir, en la segunda instancia sólo pueden actuar quienes reúnan los requisitos exigidos para desempeñar un cargo judicial, lo que no suele ser el caso de los representantes sindicales y de las Asociaciones profesionales.

El defensor tiene los mismos derechos que el expedientado, especialmente el derecho de vista al expediente, y por lo mismo debe ser citado también en todos los trámites. Solamente en la inquisición preliminar es interrogado el funcionario sin la asistencia de su defensor (43), pero luego debe concederse a éste vista del acta levantada.

III.—CLASES DE PROCESOS.

Antes de entrar en el examen de los detalles del procedimiento, conviene hacer un esquema de las distintas variedades del mismo, dentro del Derecho disciplinario, ya que la circunstancia indudable de que aquí nos encontremos ante una jurisdicción en sentido propio, no significa ni mucho menos que todas las medidas disciplinarias hayan de ser tomadas por un Juez. En principio, deben distinguirse dos variedades procedimentales.

- a) El llamado procedimiento informal (44), expresión del ejercicio de la potestad disciplinaria por los superiores jerárquicos del funcionario, y que puede terminar en una resolución administrativa disciplinaria (art. 24); y
- b) El procedimiento disciplinario formal (arts. 28 y ss.), configurado jurisdiccionalmente, y que siempre tiene lugar ante los Tribunales disciplinarios.

Para poder diferenciar estas dos variedades de un modo objetivo, hay que partir de la limitación del alcance de la potestad sancionadora cuando se ejerce al margen de un procedimiento formal.

Conforme al artículo 4, 1, las sanciones disciplinarias son las siguientes: 1) Apercibimiento o «desaprobación de una determinada conducta (acción u omisión) del funcionario, con la advertencia de que debe evitarla en el futuro» (art. 5, 1). 2) Reprensión «de una determinada conducta del funcionario» (art. 5, 2). 3) Multa en cuantía hasta el importe de los ingresos mensuales del funcionario (art. 6). 4) Reducción del sueldo o «disminución parcial de los ingresos del funcionario en la cuantía

(43) Lo que ha conducido a que muchos funcionarios se nieguen a dejarse interrogar en la inquisición previa y prefieran contestar a las acusaciones por escrito, ya que de este modo pueden ser ayudados por el defensor. De este modo la inquisición previa se dificulta y hasta queda desnaturalizada. Por ello parece aconsejable admitir también la presencia del defensor en esta fase (así, TEICHMANN, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1963, página 544).

(44) Cfr. BEHNKE, ob. cit., nota primera al artículo 24.

máxima de un quinto de los mismos y por un tiempo no superior a cinco años» (art. 7, 1). 5) Paralización del ascenso en las escalas de remuneraciones, que impide que el funcionario vaya recorriendo los distintos escalones previstos para el transcurso de los años dentro de una misma categoría. 6) Degradación a una escala de remuneración inferior dentro de la misma categoría. 7) Degradación por traslado a un puesto que, aun perteneciendo a la misma categoría, tiene un techo de remuneraciones inferior. 8) Separación del servicio, con efectos de la pérdida de derechos a las remuneraciones y pensiones (art. 8) (45).

Respecto de los funcionarios en situación de retiro —que también pueden ser expedientados por infracción de los deberes que les sigan correspondiendo— sólo son admisibles las sanciones de reducción o supresión de la pensión (art. 9, 1), siendo de aplicar esta última medida en los casos en que hubiera sido procedente la sanción de separación del servicio si el funcionario se encontrase todavía en activo (artículo 9, 1) (46).

Esta articulación de sanciones disciplinarias —o, como dice el artículo 9, 1, de sanciones de servicio o internas (47)— no constituye una enumeración indiferenciada de sanciones de igual rango, sino que integra una escala de gravedad ascendente, de la que debe escogerse, en cada caso, la sanción adecuada a la importancia de la infracción cometida (48). En principio, la imposición de una sanción mayor excluye la de otra más leve, y sólo pueden acumularse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, 2, la sanción de paralización del ascenso con las de degradación.

Pues bien —volviendo al punto de partida—, es de advertir que en el procedimiento informal sólo pueden imponerse las sanciones de apercibimiento, reprensión y multa (art. 11, 2). Todas las demás quedan reservadas a los Tribunales, quienes habrán de imponerlas de acuerdo con los trámites del llamado proceso formal; si bien también es posible que la sentencia sólo imponga las sanciones más leves.

De esta manera queda claro que no todo procedimiento disciplinario ha de desarrollarse ante un Juez y dentro de los cauces de un proceso

(45) No obstante, en estos casos puede el Tribunal «conceder al sancionado una cantidad vitalicia o por un tiempo determinado, si median circunstancias que aconsejen esta atenuación, y siempre que el sancionado se encuentre en una situación económica que haga precisa esta ayuda, y en cualquier caso no se haya hecho inmerecedor de ella». Esta declaración habrá de hacerse en la misma sentencia que resuelva la separación del servicio (art. 64, 1).

(46) Pero en este caso también pueden concederse las ayudas a que se refiere la nota anterior.

(47) Esta terminología debe considerarse como un recuerdo del tiempo de vigencia del antiguo Reglamento disciplinario imperial. En 1952, y precisamente en atención a las diferencias esenciales ya anotadas, que median entre el Derecho penal y el disciplinario, se volvió a la expresión «disciplinaria», que caracteriza mejor este campo jurídico, tal como se usaba con anterioridad al Reglamento imperial. Cfr. BRUNKE, ob. citada, pág. 88.

(48) Cfr. BRUNKE, ob. cit., nota tercera al artículo 4.º

jurisdiccional. Lo que no impide, sin embargo, que en todo caso quede abierta la posibilidad de una revisión judicial tal como exigen los fundamentos jurídico-estatales en la Constitución, en cuyo artículo 19, 4. se ha afirmado rotundamente que la vía jurisdiccional está siempre abierta para quien se considera lesionado en sus derechos por el poder público.

a) *Procedimiento disciplinario informal.*

En principio, el ejercicio del poder disciplinario corresponde al superior del funcionario, sin que por ello puedan imputarse tales funciones a la jurisdicción disciplinaria, puesto que se trata todavía de un procedimiento puramente interno. Conforme determina el artículo 3, 2, es superior jerárquico «quien es competente para tomar decisiones jurídicas sobre las cuestiones personales de los funcionarios que le están subordinados»; y a él corresponde «poner en marcha las medidas que sean necesarias para la aclaración de los hechos, en cuanto lleguen a su conocimiento datos que justifiquen la sospecha de que se ha cometido una falta disciplinaria» (art. 21, 1). Pudiendo sobreeser el expediente si no se comprueba la falta o si no considera oportuna la imposición de una sanción disciplinaria (art. 22, 1). En otro caso, o impone directamente la sanción, o eleva el expediente al superior inmediato para su resolución (art. 23).

De esta manera todo superior puede, llegado el caso, sancionar a los funcionarios de él dependientes con apercibimiento, reprensión o multa; pero contra la resolución administrativa en que así se resuelva —que debe ser siempre por escrito y motivada (art. 25)— puede el inculpado recurrir en reposición y, posteriormente, enalzada ante el superior de segundo grado. Contra esta última decisión puede, en fin, interponerse recurso ante la Cámara disciplinaria, quien resolverá definitivamente y sin necesidad de vista (art. 26).

El procedimiento disciplinario informal es, pues, un simple procedimiento administrativo en el que sólo participan los superiores jerárquicos del expedientado; pero, en todo caso, a éste se garantiza el posterior control jurídico en la vía jurisdiccional. Aunque debe advertirse que las facultades de control se ven un tanto limitadas, ya que el Tribunal sólo puede revisar desde el punto de vista material si se ha cometido la falta; y por lo que se refiere a la resolución administrativa, sólo existe un control jurídico, es decir, que el Tribunal puede revocarla o confirmarla, pero no modificar su contenido, especialmente la cuantía de la sanción.

En este procedimiento no tiene cabida un ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Tribunal (49). Resumiendo, con esta variedad procedimental se ha puesto en manos de la Administración un instrumento para la represión de las infracciones contra la disciplina, del que puede usar discrecionalmente, pero cuya legalidad puede ser revisada por los Tribunales.

(49) Cfr. BEHNKE, ob. cit., notas 14 y ss. al artículo 26.

b) *Procedimiento disciplinario formal.*

Su importancia es mayor que la del anteriormente descrito, en razón a las limitadas facultades sancionadoras que competen al superior jerárquico en el procedimiento puramente administrativo. Aquí aparecen las formalidades de un proceso jurisdiccional ordinario; el Tribunal decide, pues, y no se limita al control jurídico de una disposición administrativa.

El procedimiento disciplinario formal se descompone en diversas fases o periodos. Una vez que por el inspector se han realizado unas actuaciones previas, tiene lugar una «investigación» (arts. 44 y ss.), que se prolonga, llegado el caso, en la fase «ante el Tribunal disciplinario» (arts. 53 y ss.).

El procedimiento se inicia con una resolución escrita de la llamada «autoridad competente para la iniciación», que, prescindiendo de algunos casos especiales (art. 29), suele ser la autoridad federal suprema a quien compete el control del funcionario en cuestión; simplificando las cosas, también podría decirse que la competencia para el procedimiento corresponde a la autoridad que tiene la facultad de nombrar al funcionario (50).

A la vista de los resultados de las investigaciones previas, esta autoridad debe decidir discrecionalmente si va a iniciarse un procedimiento formal o si, por el contrario, basta con una simple resolución administrativa sancionadora, o, por último, si debe sobreseerse el expediente.

En el supuesto de que se decida iniciar un procedimiento formal, ha de resolver también si el funcionario debe ser suspendido del cargo desde el momento de dictarse el acto de apertura y si deben conservarse una parte de sus remuneraciones. Por otro lado, con independencia de la cuestión de si va a iniciarse el procedimiento, de acuerdo con el artículo 60 BBG, puede ya prohibirse al funcionario que siga gestionando los asuntos que tiene encomendados; prohibición que, sin embargo, sólo puede ser dictada durante el plazo de tres meses, y por causa de las exigencias del servicio. Mientras que, por el contrario, la suspensión provisional del cargo puede durar hasta la terminación del proceso, si antes no se decide levantarla.

Tanto la suspensión provisional como la prohibición de seguirse ocupando de los asuntos deben ser consideradas como medidas urgentes para la protección del prestigio de la Administración y del propio funcionario, ya que un funcionario que en opinión de la Superioridad sea indigno, debe ser separado de su cargo durante la tramitación del expediente, teniendo en cuenta que la simple sospecha de haberse cometido una falta basta para hacer ceder los intereses del funcionario ante el prestigio de la organización estatal. El funcionario sólo está protegido frente a los acuerdos definitivos —o de su eficacia definitiva en razón a su indeterminación temporal— que se dicten al margen de los

(50) BEHNKE, ob. cit., notas 2 y ss. al artículo 29.

Tribunales; y por lo mismo es lógico aceptar que todas las medidas provisionales queden anuladas por una sentencia absolutoria y que, en tal caso, deben ser reconocidos al funcionario todos sus derechos con efectos retroactivos.

Una vez iniciado el procedimiento, si la autoridad considera que los hechos aún no están lo suficientemente aclarados, puede nombrar un Juez instructor. En este punto hay que recordar que el proceso disciplinario —a diferencia del penal— no se basa en el principio de la inmediación del juicio oral, sino que se descompone en dos fases —la instrucción y el procedimiento judicial—, de tal manera que lo fundamental se desarrolla dentro de aquélla.

En la instrucción, los cargos y las cuestiones procedimentales deben aclararse de tal modo que el Tribunal pueda limitarse a deducir las consecuencias jurídicas de los elementos fácticos que ante él lleguen. Dicho con otras palabras: ante el Tribunal disciplinario deben presentarse los hechos completamente fijados y elaborados, mientras que el Juez penal, antes de deducir las consecuencias jurídicas, debe investigar y determinar los hechos por sí mismo (51). El Tribunal disciplinario solamente puede señalar términos probatorios por lo que se refiere al perfeccionamiento de la determinación de los hechos o a la revisión de la realización de algunas pruebas, como, por ejemplo, la determinación del crédito que debe darse a los testigos (52).

De la peculiaridad y de la especial significación de esta fase de instrucción se deduce lógicamente que en este punto hayan sido profundamente modificadas las reglas penales del procedimiento de instrucción. Así, el inculpado tiene derecho a participar en todo el procedimiento de instrucción y a valerse de la asistencia de un defensor. Sólo puede prescindirse de la presencia del expedientado, y desde luego, en ningún caso de la de su defensor (art. 49), por exigencias especiales del servicio o en atención al objetivo de la investigación.

Al Juez instructor —en quien deben concurrir los requisitos exigidos para el desempeño de la Magistratura— competen durante la instrucción las facultades de un delegado del Juez, gozando, por tanto, de la independencia judicial, y pudiendo adoptar por sí mismo todas cuantas medidas sean necesarias para la determinación de los hechos que puedan colaborar al cargo o descargo del expedientado (art. 44, 3). Debe también apurar todos los medios probatorios, de tal modo que, a ser posible, no precise el Tribunal realizar ninguna otra prueba (53).

Por lo demás, son de aplicación durante esta fase las reglas generales de celebración de pruebas: el inculpado debe ser oído (art. 47); caso necesario, puede sufrir un examen médico sobre su estado mental, con

(51) En este punto, la tarea del Fiscal es simplemente preparatoria; incluso la inquisición previa (arts. 178 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento penal), admitida en algunos delitos capitales, se limita a acumular materiales para la acusación y para la determinación de la prueba necesaria al efecto, que realiza el propio Tribunal que conoce del asunto.

(52) BEHNKE, ob. cit., nota 3 al artículo 44.

(53) BEHNKE, ob. cit., nota 3 al artículo 44.

objeto de determinar su responsabilidad y su capacidad de actuación (54); pueden ser interrogados —incluso mediante juramento— testigos y peritos, y puede, en fin, procederse a incautaciones y reconocimientos (art. 46). Lo esencial es que al final de la instrucción —es decir, cuando el Juez instructor entienda haber logrado el objeto de su investigación (art. 51)— se dé al funcionario la oportunidad de una declaración definitiva.

En este momento «el Juez instructor elevará los autos, junto con un amplio informe, a la autoridad» (art. 51, 2), quien podrá sobreseer el expediente, «si lo considera oportuno, a la vista del resultado de la investigación o por algún otro motivo» (art. 52, 2). En otro caso, el Fiscal disciplinario redactará un escrito de acusación, en el que habrán de comprnderse los hechos «de los que pueda inducirse una falta», y en el que «se describirán los medios de prueba, debidamente ordenados» (artículo 53, 2).

Una vez que este escrito haya sido recibido en la Cámara disciplinaria, el procedimiento queda pendiente; lo cual significa que deja ya de depender de la autoridad administrativa, y más concretamente, que ya no puede sobreseerse en base a una nueva reconsideración del mismo (55).

Por otro lado, el ámbito de esta fase del procedimiento queda ya limitado a los aspectos jurídicos, es decir, que sólo los hechos que aparecen en el escrito de acusación pueden servir de base para la vista y decisión del Tribunal. Tanto el Fiscal como el Tribunal —y sin perjuicio de la presentación de ampliación del escrito de acusación (artículo 53, 4) (56) están vinculados ya a los hechos probados. El Fiscal no puede presentar otras acusaciones nuevas, y el Tribunal debe revisar todos los puntos esenciales, incluso aun cuando el Fiscal no tenga interés más que en la represión de un solo hecho. Añádase aquí que el «estado de pendencia» del proceso disciplinario tiene el mismo significado que la apertura del juicio oral en el proceso criminal, a saber, que los hechos no recogidos en el escrito de acusación no pueden ser tenidos en cuenta en el resto del proceso.

Una especial función protectora del acusado tiene el precepto de que éste puede solicitar el dictado de la sentencia si no se le ha comunicado el escrito de acusación dentro de los cuatro meses desde que se inició el procedimiento. Con ello se pretende garantizar que la instrucción se realice con rapidez para que el funcionario no se encuentre por más tiempo del imprescindible bajo la sospecha de haber cometido una falta o incluso separado de su cargo. Ahora bien, con objeto de que

(54) Esta es la única medida coactiva que se admite contra el expedientado en el procedimiento disciplinario. Fuera de ella, el artículo 18 prohíbe expresamente cualquier detención o presentación forzosa.

(55) BEHNKE, ob. cit., nota 22 al artículo 53.

(56) Anteriormente, la invariabilidad del proceso era definitiva. Pero hoy se admite, por razones de economía procesal, la posibilidad de este complemento del escrito de acusación, al que, sin embargo, se concede el carácter de un escrito autónomo, es decir, que provoca la apertura de una nueva fase de instrucción.

esta deseada celeridad no provoque defectos en la instrucción, el Tribunal puede decidir, a la vista de lo hasta entonces actuado, que dentro de un cierto plazo o se presenta el escrito de acusación o se sobresea el expediente (art. 56, 2). Y si al cabo de dicho plazo no se ha presentado el escrito, la autoridad administrativa viene obligada al sobreseimiento.

Una vez recibido por el Tribunal el escrito de cargos, se le comunica al inculcado para que, dentro del plazo que se señale, haga las declaraciones que considere oportunas, e inmediatamente se señalará el momento de la celebración del juicio oral, para el que serán citados el expedientado, su defensor, el Fiscal, la autoridad administrativa y los testigos y peritos cuya presencia sea considerada necesaria a título excepcional. Pero el inculcado no precisa comparecer personalmente, sino que puede hacerse representar por su defensor, a no ser que se haya dispuesto lo contrario expresamente. La vista oral no es pública. Aparte de los citados, sólo pueden asistir a ella el Ministro federal del interior —o persona a quien él faculte— y los superiores del expedientado o, en su caso, sus delegados (art. 60).

La vista comienza con un informe sobre todo lo actuado, que corre a cargo del Ponente que haya nombrado el Presidente entre los miembros del Tribunal (art. 61, 1). También se incluirán, mediante su lectura, los extremos que se consideren probados dentro del procedimiento disciplinario «o de otro proceso legalmente ordenado» (art. 61, 1) (57). Después de haberse oído al inculcado y tomado declaración, en su caso, a los testigos y peritos, antes de darse por concluso el período de prueba, debe concederse la palabra a un funcionario apoderado de la autoridad administrativa (art. 61, 4), al objeto de conocer el punto de vista de ésta. Esta prevención es particularmente importante para el caso de que el proceso formal haya sido impuesto por el Fiscal contra la opinión de la autoridad administrativa (art. 30, *d*) (58), ya que en este supuesto tal opinión —que puede diferir fundamentalmente de la del Fiscal— sólo cuenta con esta oportunidad para llegar a conocimiento del Tribunal y lograr su constancia entre los autos (59). Una vez cerrado el período probatorio, son escuchados el Fiscal y el acusado y su defensor; y después que el funcionario ha dicho «la última palabra», se declara conclusa la vista.

En la sentencia deben tratarse todas las cuestiones que hayan sido recogidas en el escrito de cargos, aun cuando solamente una parte de ellas pueda justificar la imposición de la sanción máxima; sin olvidar, además, que se encuentra vinculada a los hechos referidos en el mismo escrito (art. 62, 1). Pero esto es de aplicación solamente a efectos de la descripción del tipo, de la falta disciplinaria, en cuanto tal; y no para la graduación de la pena, sobre cuyo extremo no existe la menor vincu-

(57) Con lo que se hace referencia especialmente a un proceso penal que haya recaído sobre el mismo objeto.

(58) Art. 30. *d*): «Si el Fiscal considera precisa la iniciación de un procedimiento disciplinario formal, la Autoridad administrativa ha de acceder a ello».

(59) Debe tenerse en cuenta muy particularmente que el escrito de cargos es redactado por el Fiscal y no por la Autoridad administrativa.

lación, ya que el mismo no precisa necesariamente ser recogido en el citado escrito. En este sentido, el Tribunal es aquí más libre que por lo que se refiere a la aplicación de los supuestos de hecho que puedan justificar una calificación de falta disciplinaria (60).

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 53, la sentencia sólo puede contener una de estas tres decisiones: sanción, absolución o sobreseimiento. La absolución sólo es posible «cuando no haya sido probada la falta» (art. 63, 2), es decir, cuando el hecho imputado al funcionario no pueda ser considerado objetivamente como una violación de su deber, o bien, no pueda imputársele subjetivamente tal infracción. El sobreseimiento, por su parte, precisa también de ciertos presupuestos. El Tribunal carece en este punto de facultades discrecionales: en particular, no está facultado, una vez que se ha comprobado la infracción, para decretar el sobreseimiento, en base a la poca importancia de aquélla. Por ello se dijo antes que en la fase previa a la intervención del Tribunal dominaba el principio de la oportunidad, pero que en la fase judicial propiamente dicha era de aplicación rigurosa el principio de la legalidad.

«La sentencia será comunicada mediante la lectura de su encabezamiento y notificación de las partes esenciales de sus considerandos». Con la advertencia de que como sus requisitos formales son iguales que los de la sentencia penal, son en este punto de aplicación los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento penal.

c) Recursos.

Contra las resoluciones de la Cámara, que no sean definitivas, y también contra sus sentencias, caben una serie de recursos que aparecen regulados expresamente en la BDO.

1. La queja (*Beschwerde*, art. 66) es admisible en principio contra todas las resoluciones de las Cámaras. Sólo las que constituyen un presupuesto inseparable de la sentencia no pueden ser recurridas independientemente, sino —lo mismo que dispone para el proceso penal el artículo 305 de su Ley— en el recurso que se entable contra la propia sentencia.

2. Conforme al artículo 67, puede interponerse apelación (*Berufung*) ante la Corte Suprema contra todas las sentencias de las Cámaras en el plazo de dos meses, contados a partir de la notificación. La apelación puede ser interpuesta tanto por el propio expedientado como por el Fiscal, cuando a éste se lo encomiende la autoridad administrativa (artículo 67, 3). La apelación se basa en el presupuesto de que el recurrente se sienta perjudicado por la sentencia. Por lo que se refiere al expedientado, tal sucede siempre que haya sido sancionado; y por lo que se refiere al Fiscal, solamente cuando no se haya dictado la pena máxima (separación del servicio, sin derecho a pensión), o cuando el

(60) BEHNKE, ob. cit., nota 5 al artículo 62.

procedimiento haya sido sobreseído (61). La parte del fallo referente a costas no puede ser impugnada aisladamente por ninguna de las partes; lo que ciertamente no supone ninguna novedad respecto del Derecho procesal general.

El Presidente de la Cámara —es decir, el *judex a quo*— está facultado para rechazar la apelación cuando sea inadmisibles, por ejemplo, al haberse presentado fuera de plazo. Y por descontado también está facultado para hacer tal declaración el Tribunal Superior.

Pero no es necesario que la Corte Suprema —o, por mejor decir, la Sala correspondiente— se reúna a estos efectos en sesión plenaria (62), sino que basta con un procedimiento previo, en el que participarán solamente los tres Magistrados profesionales. Por medio de él pueden las Salas, en una resolución inimpugnable (art. 73, 1), «revocar la sentencia, remitiendo la cuestión al Tribunal de instancia para su nuevo conocimiento y decisión», «señalar vista» o «sobreser el procedimiento». La remisión o devolución es procedente cuando la Sala «considere necesarias mayores aclaraciones de los hechos o cuando se aprecien graves defectos en el procedimiento». Esta posibilidad tiende a liberar a la Corte Suprema de la práctica de pruebas y de los recursos.

Además, una vez celebrada la vista, la Sala en pleno puede resolver de nuevo sobre la cuestión mediante sentencia, que será firme desde el momento de su notificación.

3. Al igual que en el proceso penal, es también aquí posible en determinadas circunstancias la reapertura o revisión (*Wiederaufnahme*) de una sentencia firme. El funcionario puede solicitar esta revisión con objeto de que la sanción sea anulada o reducida; y la autoridad administrativa, por el contrario, cuando pretenda la sanción de separación del servicio (art. 83, 1).

Los presupuestos de la admisibilidad de la revisión son similares a los del proceso penal: nuevos hechos no conocidos —y que no pudieron haberse conocido— en el momento de dictarse la sentencia, demostración posterior de la falsedad de los testimonios o dictámenes sobre los que se basa la sentencia; participación ilegal de un Juez y, en fin, la propia declaración del funcionario, al que no se pudo probar la falta durante el primer proceso.

Si el Tribunal disciplinario (63), cuya sentencia pretende ser revisada, declara admisible el recurso, vuelve a ser competente la Cámara que conoció el asunto en primera instancia, quien deberá resolver de nuevo, bien sea sin vista —si es que se pretende anular la primera sentencia y absolver al condenado— o mediante ella (art. 91, 1). El resultado, en todo caso, podrá ser la ratificación de la primera sentencia o el dictado de una nueva con la anulación de aquélla.

(61) Cfr. BEHNKE, ob. cit., notas 5 y ss. al artículo 67.

(62) Es decir, con los tres Jueces profesionales y los otros dos vocales tal como previene el artículo 43.

(63) Que podrá ser la Corte Suprema si la revisión afecta a una sentencia dictada en apelación.

Contra la nueva sentencia puede interponerse apelación (art. 91, 2). Si el recurso de revisión ha tenido éxito, es decir, que la sanción es anulada o reducida, tendrá efectos retroactivos, como si la primera sentencia no hubiera tenido lugar; más aún, en tal caso, y de acuerdo con las normas jurídicas generales (64), debe concederse al funcionario indemnización de perjuicios.

d) Finalmente, corresponde al Presidente federal el ejercicio del *derecho de gracia* (art. 104). El cual es procedente en todo tipo de sanciones, incluso en la separación del servicio, puesto que el Presidente de la República está autorizado por la Ley (65) para condonar por la vía de gracia las consecuencias jurídicas resultantes legalmente de la pérdida de los derechos de los funcionarios (art. 50 BBG). La concesión de la gracia extiende su eficacia hasta el propio Derecho material (artículo 51 BBG): sin perjuicio de la primera declaración de separación del servicio, no se considera interrumpida la relación funcional. Pero, de otro lado, el ejercicio del derecho de gracia puede limitarse también a una parte de los derechos del funcionario (por ejemplo, a la concesión de una pensión).

e) Las sanciones disciplinarias leves (apercibimiento, reprensión y multa) —tanto si han sido impuestas en un procedimiento formal como en uno informal— al cabo de tres años deben ser anuladas de la ficha personal del funcionario (art. 103, a), siempre que durante este tiempo no haya sido preciso adoptar contra el mismo otras medidas disciplinarias o penales. Este precepto, que fué incluido posteriormente en la BDO, pretende —lo mismo que las disposiciones correspondientes al Registro de antecedentes penales— dar una oportunidad al funcionario para que mediante una conducta impecable elimine definitivamente la vergüenza de una sanción leve. A este propósito han sido dictadas por el Ministro del Interior unas «Disposiciones generales» (66) que tienden a asegurar la desaparición en las fichas personales de las referencias a antiguas sanciones, una vez que éstas han caducado.

IV.—CRÍTICA.

En los últimos años se han expresado ciertas críticas (67) contra el procedimiento disciplinario que acaba de ser descrito. El contenido de tales críticas es fundamentalmente el siguiente:

(64) Ley de 20-V-1898 (RGBl, pág. 345), sobre la indemnización debida a quienes sean absueltos en un proceso de revisión.

(65) Art. 48 BBG: Condena criminal por causa de determinados hechos o determinadas sanciones graves privativas de la libertad.

(66) De fecha 4-III-1963: *Gemeinsames Ministerialblatt*, 1963/104.

(67) Cfr. SELLMANN: *Ist das Disziplinarrecht reformbedürftig?*, en «*Zeitschrift für Beamtenrecht*», 1958/124; HARTMANN, *Mängel im Beweisrecht der BDO*, en *NJW*, 1959/1.855; LINDGEN, TEICHMANN: *Vorschläge zur Novellierung der BDO*, en *DVwBl*, 1963/10.542; 1964/249.

a) Ya se ha dicho que el juicio plenario ante los Tribunales disciplinarios no se basa en el principio de la inmediación, especialmente por lo que se refiere a la práctica de las pruebas. El principio de la oralidad sólo es de aplicación en el período de instrucción, que es en el que se realizan también las pruebas. La consecuencia de todo ello es que en este proceso tiene más importancia la fase de instrucción que el juicio plenario.

En este sentido hay grandes diferencias, pues, entre la regulación del procedimiento disciplinario y el de las demás Leyes procesales (confróntense, por ejemplo, los artículos 250 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Mientras que en éstos los testigos y peritos han de declarar en el juicio plenario ante el Tribunal, la BDO se limita a disponer la lectura de actas levantadas durante la instrucción, y sólo excepcionalmente es tomada declaración por el Tribunal a los peritos y testigos. A diferencia de lo que dispone el artículo 245 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el proceso disciplinario se niega al acusado el derecho a pedir al Tribunal que tome declaración a los testigos presentes.

La natural consecuencia es que en el Derecho disciplinario juegan un papel muy importante las certificaciones de buena conducta, que precisamente no tienen ningún valor en el proceso penal, en el que deben ser sustituidas por la declaración oral de los interesados. Piénsese que el juicio de los superiores jerárquicos sobre la conducta del funcionario y las referencias a su conducta fuera del servicio con anterioridad al momento de cometerse la falta imputadora son importantes fuentes de conocimiento para valorar la culpabilidad, y, sin embargo, debe prescindirse de todos estos datos en el juicio oral, ya que todos ellos constan en la ficha personal del funcionario, la cual, como es lógico, ha sido redactada al margen de la posible falta disciplinaria.

Contra esta manera de llevarse a cabo la práctica de la prueba se han levantado algunas críticas, ya que sólo en los casos en que la falta disciplinaria constituye también un delito se celebra la prueba en la forma que pudiera considerarse como tradicional, en razón a que los hechos así fijados en el procedimiento criminal son vinculantes para el Tribunal disciplinario (art. 13, 3). Pero fuera de ellos, la prueba resulta muy limitada. Si se tiene en cuenta que también el procedimiento disciplinario está dirigido a la determinación de la verdad objetiva, es claro que resulta contraproducente el impedir que sea el propio Tribunal el que celebre las pruebas. Añádase a ello que, conforme a las normas de la BDO, aunque el Juez instructor haya de ser un jurista (garantizado, además, por una cierta independencia judicial), esto no evita que sea en sustancia un funcionario, lo que no puede dejar de tener influencia en el resultado de la inquisición, que, nótese bien, vincula en cierto sentido al Tribunal. Por último, hay que suponer que al Juez instructor ha de faltar de ordinario la práctica forense que parece imprescindible en la tarea de celebración de pruebas.

Estas circunstancias van conduciendo a una exigencia de reforma del régimen disciplinario, con objeto de introducir, si no un juicio oral

de alcance ilimitado, al menos que la instrucción corra a cargo de un Juez profesional que la dirija de forma completamente independiente. «Puesto que la determinación de los hechos ha de preceder al juicio oral, debería garantizarse que el instructor fuese un experto en la Ley, y sólo sometido a ella» (68).

b) También es discutida la situación del Fiscal disciplinario, en el que inciden dos tendencias contradictorias: por un lado se ha procurado la autonomía de este cargo, dotándole de una independencia personal dentro de su condición jurídica, muy similar a la funcional (69); pero, por otro lado, se corre el riesgo de convertirle en un simple delegado de la Autoridad administrativa, al ser ésta quien, en definitiva, dispone de la prosecución del proceso (70). Únicamente está fuera de discusión el reconocimiento de que efectivamente su misión ha de ser la de «conservar la pureza del funcionariado». Pero aquí conviene aclarar las dos perspectivas desde las que se califican estas funciones del Fiscal: según unos, debe ser considerado como el representante de los intereses de la colectividad, y por ello concedérsele la máxima independencia personal y liberársele de instrucciones superiores; para otros, sin embargo, debe ser considerado como el representante en el proceso de la Autoridad administrativa que ha iniciado el procedimiento; en cuyo caso, puesto que no actúa con facultades propias, hay que aceptar que puedan darle instrucciones no sólo el Ministro federal del Interior, sino también la Autoridad administrativa que ha iniciado el proceso y que, por tanto, es la más interesada en su correcta resolución.

c) Finalmente, deben examinarse una serie de opiniones, que pretenden demostrar que el funcionario inculcado se encuentra en el proceso disciplinario en una situación más desventajosa que el ciudadano envuelto en un proceso penal ordinario.

1. Por lo pronto, no es satisfactoria la configuración del procedimiento disciplinario iniciado a petición del propio funcionario contra sí mismo. Mientras que en un proceso iniciado a petición propia, el ciudadano puede ser absuelto o, al menos y en todo caso, debe mediar en la resolución que se dicte una declaración inequívoca sobre la no existencia de un hecho de relevancia penal (el llamado Auto de sobreseimiento); en el proceso disciplinario similar solamente se le comunica al funcionario (71) que no media causa suficiente para la iniciación de un procedimiento formal. Ahora bien, como en el Derecho disciplinario rige aquí el principio de la oportunidad de tal manera, que aun mediando realmente una falta, es posible entender que no hay razón suficiente para iniciar el procedimiento formal, el resultado es que una

(68) LINDGEN, DVwBl, 1963, págs. 12-13.

(69) Así. LINDGEN, DVwBl, 1963/11.

(70) TEICHMANN, DVwBl, 1963, págs. 542-543.

(71) Téngase presente que esta comunicación no presupone la realización de una investigación previa, ya que unas informaciones no sujetas a trámite alguno pueden ya dejar claro que son innecesarias otras investigaciones.

resolución de este tipo no logra eliminar por completo las dudas sobre la corrección de la conducta del funcionario. Sería, pues, necesario para conseguir este efecto que en los casos de autoacusación se llevara a cabo una investigación, y a la vista de sus resultados se resolviera que «no ha podido ser comprobada la existencia de una falta disciplinaria» (72).

2. También se ha objetado contra la lista de sanciones que dos de éstas —la paralización del ascenso y la degradación a una escala de remuneración inferior— suponen una injusta y desventajosa discriminación del funcionario respecto de las penas del Derecho común (73). Para comprender esta objeción hay que tener en cuenta que ambas sanciones, en el peor de los casos, pueden significar la reducción del sueldo futuro de un Consejero entre 29.000 y 43.000 marcos, según los casos. Añádase a ello, para terminar, que tales sanciones implican una diferencia de trato entre los funcionarios, ya que la paralización del ascenso sólo es posible para quienes disfrutaban de un sueldo progresivo (Grupo A) y no para los que perciben un sueldo fijo (Grupo B; los cargos más altos de la Administración), a quienes, por tanto, no puede ser aplicada esta sanción.

La objeción fundamental consiste, en definitiva, en la incongruencia de que el Derecho disciplinario —basado en el principio de la formación educativa (74)— imponga penas más graves que el Derecho penal, que se basa en el principio de la expiación.

3. Finalmente, debe recordarse la ya aludida objeción de que en el Derecho disciplinario rija el principio de la oportunidad (75). Con razón se ha hecho observar que tal principio sólo podía contribuir al mantenimiento de una moral profesional unitaria en los tiempos en que los funcionarios vivían todavía con un ideario tradicional homogéneo; pero que hoy, en cambio, en unos momentos en los que la sociedad pluralística se refleja también en el funcionariado (hasta tal punto que no puede partirse de unas convicciones o ideales unitarios), el objetivo del Derecho disciplinario debería limitarse a asegurar que los funcionarios sean íntegros; lo cual no significa otra cosa sino que el funcionario sea consciente de sus deberes frente a la colectividad, la cual exige de él, además, una correcta línea de conducta. Pues bien, sólo el principio de legalidad es adecuado a esta función integradora sobre la que se basa la concepción educadora del Derecho disciplinario (76).

La propia BDO ha modificado ya el principio de oportunidad al disponer en el artículo 21 la iniciación obligatoria de investigaciones cuando son conocidos hechos que justifiquen la sospecha de la existencia de una falta disciplinaria; y si el superior jerárquico, habiéndose probado la

(72) Cfr., para más detalles, LINDGEN, DVwBl, 1963, págs. 14-15.

(73) Así, TEICHMANN, DVwBl, 1963, págs. 543-544.

(74) Su concepción del «mantenimiento de la pureza del funcionariado» sólo es aplicable en las faltas que llevan aparejada la separación del servicio.

(75) SELLMANN, «Zeitschrift für Beamtenrecht», 1958, págs. 124 y ss.; LINDGEN, DVwBl, 1964, págs. 249-250.

(76) Y también, llegado el caso, la necesidad de separar a un funcionario del servicio.

falta, sobresee el expediente por razones discrecionales, el Fiscal puede imponer la iniciación de un procedimiento formal, al amparo del artículo 30, d). En este sentido se convierte el principio de la oportunidad, consagrado en el artículo 3.º, en un principio de legalidad matizado. Pero aún está sin resolver la cuestión de si las circunstancias actuales no exigen un consecuente reconocimiento del principio de la legalidad, incluso en el procedimiento disciplinario.

Como observación final a todas estas consideraciones críticas hay que insistir que la BDO no puede ser considerada como la última palabra del legislador. Pero, en todo caso, puede afirmarse que en el Derecho disciplinario concurren todos los requisitos exigidos para un proceso que ha de desarrollarse dentro de un Estado de Derecho, ya que, en definitiva, en él actúan Tribunales y Jueces independientes.

DR. FRIEDRICH-WILHELM SIBURG.
Göttingen.

(Traducción: A. NIETO.)

