

ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

## LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: UNA VISIÓN ACTUAL

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ  
Universidad de Girona

### *Cómo citar/Citation*

Trayter Jiménez, J. M. (2020).  
La responsabilidad administrativa y penal de los  
empleados públicos: una visión actual.  
*Revista de Administración Pública*, 213, 345-372.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.15>

### **Resumen**

El ordenamiento jurídico ha ampliado notablemente la responsabilidad de los empleados públicos que ejercen funciones técnicas y asesoran a la Administración. En vía administrativa, por la tipificación de infracciones y sanciones nuevas derivadas de las leyes de transparencia. También, por la incorporación de códigos éticos, códigos de conducta. En el ámbito penal, por la intervención sustantiva y procesal de la jurisdicción en cuestiones que, *a priori*, son derecho administrativo. El juez penal aplica conceptos autónomos y entra a examinar, sin prácticamente límites, la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones técnicas.

### **Palabras clave**

Responsabilidad; funcionarios; penal; disciplinaria; códigos éticos.

**Abstract**

The legal system has greatly expanded the responsibility of public employees who exercise technical tasks and advise Public Administrations. From an administrative point of view, transparency laws stipulate new infractions and sanctions. Also, we have to take in account the provisions of ethical codes and codes of conduct. In terms of criminal law, there is a substantive and procedural intervention of the jurisdiction in matters that are a priori administrative law. The criminal judge applies autonomous concepts and examines, with no burdens, the responsibility of public officials in the exercise of their technical tasks.

**Keywords**

Liability; officials; criminal; disciplinary; ethic codes.

## SUMARIO

---

I. PLANTEAMIENTO. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO. SU PROGRESIVA AMPLIACIÓN. II. EL DERECHO DISCIPLINARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO. ALGUNAS NOVEDADES. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA. LA LEGISLACIÓN DE TRANSPARENCIA: 1. Planteamiento. El régimen disciplinario de los empleados públicos. 2. La ampliación de la responsabilidad administrativa. Los códigos de conducta y principios éticos. 3. Una visión crítica. III. LA JURISDICCIÓN PENAL Y LA PRÁCTICA AUSENCIA DE LÍMITES RESPECTO AL ENJUICIAMIENTO DE CONDUCTAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS PURAMENTE ADMINISTRATIVAS: 1. Planteamiento. Las posibles causas de la situación que vivimos. 2. Las disfunciones del sistema penal, sustantivas y procesales. 3. Algunos ejemplos de la jurisprudencia penal. IV. LAS RELACIONES ENTRE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y EL DERECHO PENAL. NOVEDADES CONTRARIAS A LA FORMULACIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*.

---

### I. PLANTEAMIENTO. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO. SU PROGRESIVA AMPLIACIÓN

Es frecuente ver en los medios de comunicación y en las resoluciones judiciales, particularmente penales, que empleados públicos que realizan funciones técnicas son perseguidos administrativa o judicialmente. Asesores jurídicos, secretarios de ayuntamiento, interventores, arquitectos, ingenieros, arquitectos técnicos del ayuntamiento son denunciados, investigados y, en ocasiones, condenados por temas que ellos no decidieron, sino que simplemente informaron en algún trámite del procedimiento.

Las razones son diversas y las iremos viendo a lo largo del presente estudio, pero sí es cierto que es una novedad en nuestro ordenamiento. Nunca antes se habían producido tantas acciones, sobre todo penales, contra empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. El sistema estaba más bien diseñado para perseguir, en su caso, al responsable o responsables políticos de la decisión tomada, el que dictó

la resolución administrativa y no al empleado público que simplemente hacía un informe, en la mayor parte de veces, técnico, y no vinculante.

Sin embargo, las cosas, con o sin razón, respetando o no una técnica jurídica depurada, han cambiado.

Por un lado, la lentitud del proceso contencioso administrativo y la difícil ejecución de las sentencias favorables a los ciudadanos han ido potenciando las denuncias y querellas por la vía penal, ampliándose los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos tanto en el número y su tipificación en el Código Penal como en la aplicación práctica, recogiendo distintas formas de prevaricación, y abriendo de par en par las vías procesales para la investigación de los temas, en particular, mediante la acción pública o la actuación del Ministerio Fiscal, como iremos viendo<sup>1</sup>.

Así se recoge como delito estrella la prevaricación ordinaria (art. 404 CP) y, junto a ella, disientas clases de prevaricación (por ejemplo, la urbanística, art. 320 CP), el cohecho (arts. 419 y siguientes CP), la malversación de caudales públicos (arts. 432 y siguientes CP), revelación de secretos (art. 198 CP), vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos recogidos en la Constitución (art. 511 CP), delitos urbanísticos y ambientales cada vez más extensos (arts. 319 y 320 CP), dición de reglamentos ilegales (art. 506 CP), expropiaciones ilegales (art. 541 CP), entre otros.

En esa línea, y por otro lado, y junto a la tradicional responsabilidad disciplinaria del funcionario público, aquella que bebiendo de los principios del derecho punitivo del Estado, se pone en marcha por el incumplimiento de la normativa administrativa o el Estatuto, y es susceptible de una sanción de las previstas en la legislación de funcionarios públicos<sup>2</sup>, se han recogido otras formas de responsabilidad y ciertas novedades.

La citada regulación está prevista fundamentalmente y con carácter básico en el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, arts. 93 a 96), que se remite a la ley del empleo público de cada comunidad autónoma para completar las faltas graves y leves y algunos «supuestos de sanciones específicas», así como a la legislación de régimen local<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M. Rebollo Puig (2012), «El control de la Administración por la jurisdicción penal», *RVAP* 115, págs. 151 a 190; F. J. Bauzá Martorell (dir.) (2017), *Derecho administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites*, Hospitalet de Llobregat: Ed. Bosch.

<sup>2</sup> M<sup>a</sup> J. Gallardo Castillo (2015), *Régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Pamplona: Aranzadi; B. Marina Jalvo (2015), *El régimen disciplinario de los empleados públicos*, Pamplona: Aranzadi. Con anterioridad, J.M. Trayter Jiménez (1992), *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Barcelona: EAPC-Marcial Pons; F. Castillo Blanco (1992), *Régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid: Civitas. Pionero en nuestro ordenamiento: A. Nieto García (1970), «Problemas capitales del Derecho disciplinario», *RAP* 63.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, en Cataluña, Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, de la Función Pública de la Generalitat de Cataluña (arts. 108 a 121) y Decreto 243/1995, de 27 de junio,

Esta normativa tiene de novedoso, como veremos, que incluye en su ámbito de responsabilidad disciplinaria tanto al personal funcionario como al ligado por una relación laboral (por eso se denomina del empleado público) y ha incluido los denominados códigos de conducta y códigos éticos en su elenco de responsabilidades, extendiendo su radio de acción, códigos basados en reglas deontológicas difícilmente juridificables (así, arts. 52 a 54 EBEP).

Por otro lado, la normativa administrativa ha incorporado en las leyes de transparencia nuevas formas de responsabilidad, incluyendo también un nuevo abanico de infracciones y sanciones que son aplicables, algunas de ellas, al personal al servicio de las Administraciones públicas. Así, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, realiza, como veremos, una ampliación de la responsabilidad a los miembros del gobierno, altos cargos o asimilados de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas, entes locales o de las entidades del sector público; normas que se completan con las leyes de transparencia autonómicas. En concreto, se recogen: a) principios de buen gobierno (eficacia, austeridad, imparcialidad y responsabilidad); b) régimen sancionador estructurado en distintos ámbitos: infracciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económica-presupuestaria, y en el ámbito disciplinario, agrandando las infracciones y sanciones recogidas en el EBEP<sup>4</sup>.

---

por el cual se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de la función pública de la Administración de la Generalitat de Cataluña. En otras comunidades autónomas, podemos hacer referencia a las siguientes normas: Ley 6/1985 de la Función Pública de Andalucía; Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de Madrid; Ley 2/1987, de 30 de marzo, de Función Pública Canaria; Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública del País Vasco; Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de La Rioja; Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de Función Pública de Aragón; Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la Función Pública de Cantabria; Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia; Ley 7/2005, de 24 de mayo, de Función Pública de Castilla y León; Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de Illes Balears; Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, de Función Pública de Galicia; Ley 10/2010, de 9 de julio, de Función Pública de la Comunidad Valenciana; Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

Sobre el EBEP y la regulación disciplinaria, véase: S. del Rey Guanter (dir.), M. Férrez Fernández y E. Sánchez Torres (coords.) (2008), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado público*, Madrid: La Ley; M. Sánchez Morón (2011), *Derecho de la función pública*, Madrid: Tecnos; M. Sánchez Morón (dir.) (2008), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª Ed., Valladolid: Lex Nova; A. Palomar Olmeda y A.V. Sempere Navarro (dirs.) (2009), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Pamplona: Aranzadi.

<sup>4</sup> Respecto a las leyes de transparencia, la bibliografía es abundante. En concreto, sobre las previsiones de buen gobierno, podemos citar: M. Bassols Coma (2015), «Buen Gobierno, ética pública y altos cargos», *REDA*, 172; F. Castillo Blanco (2015), «Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena Administración», *REDA* 172; S. Fernández Ramos

En las siguientes páginas abordaremos tres cuestiones que inciden directamente en la ampliación de la responsabilidad penal y administrativa del empleado público que ejerce funciones técnicas y que no decide los expedientes administrativos, pero que frecuentemente es objeto de procesos penales en su contra y de la posibilidad de apertura de procedimientos disciplinarios en los que la frontera con lo penal es de contornos difuminados.

Así, examinaremos: a) algunas novedades del derecho disciplinario del empleado público, que derivan, fundamentalmente, de los principios éticos y de conducta y de las nuevas tipificaciones de la legislación de transparencia; b) la jurisdicción penal y la práctica ausencia de límites respecto al enjuiciamiento de cuestiones administrativas en este ámbito; c) las relaciones entre la responsabilidad disciplinaria y el derecho penal y las novedades del propio *non bis in idem* en ese campo, que aporta, como veremos, nuevos elementos de inseguridad jurídica en la materia<sup>5</sup>.

## II. EL DERECHO DISCIPLINARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO. ALGUNAS NOVEDADES. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS Y DE CONDUCTA. LA LEGISLACIÓN DE TRANSPARENCIA

### 1. PLANTEAMIENTO. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El régimen disciplinario de los empleados públicos (funcionarios y personal laboral) es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los hechos ilícitos que puede cometer el personal a su servicio en el ejercicio de su cargo y prevén las sanciones a imponer por la Administración pública a resultas de un procedimiento administrativo específico.

---

y J. M<sup>a</sup> Pérez Monguió (2014), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi; E. Guichot (coord.) (2014), *Transparencia y buen gobierno: estudio y ley*, Navarra: Aranzadi; B. Osca Fuertes (2014), «Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

Con carácter previo a la aprobación de la Ley 19/2013, ya había autores que habían estudiado las implicaciones del buen gobierno, pudiendo citar: J. Rodríguez-Arana Muñoz, (2006), *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Navarra: Thompson-Aranzadi; B. Tomás Mallén (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid: INAP; S. Galera Rodrigo (2004), «Ciudadanía. El derecho a una buena administración», en E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 2, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>5</sup> No abordaremos la responsabilidad personal de autoridades y demás personal al servicio de las AAPP cuando la Administración sea condenada por vía de la responsabilidad patrimonial extracontractual (art. 36 LRJSP) ni la responsabilidad civil prevista en el art. 121 CP.

La responsabilidad disciplinaria deriva del incumplimiento de la normativa específica que regula las relaciones de servicio y se encuentran recogidas con carácter básico en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (título VII, arts. 93 a 98)<sup>6</sup>, norma que tipifica las infracciones muy graves, las sanciones y las reglas generales del procedimiento disciplinario, la prescripción de faltas y sanciones, y se remite para la concreción de las faltas graves a una ley de las Cortes Generales o de la Asamblea legislativa de la comunidad autónoma o a los convenios colectivos en el caso del personal laboral. Del mismo modo, para la concreción de las faltas leves, se remite a las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del citado Estatuto.

Esta ha sido la responsabilidad a la que, tradicionalmente, estaba sometido el funcionario público y sobre la que han recaído distintas novedades.

Una primera, derivada de la laboralización de la función pública por la que se ha administrativizado la responsabilidad del personal laboral (al que se aplica primero el EBEP y, en lo no previsto en él, la legislación laboral), tradicionalmente sometido al Estatuto de los Trabajadores, en las manos del orden jurisdiccional social, que prevean en principio la sanción de despido, con procedimientos más ágiles y simples. A ello se han unido, en segundo lugar, las distintas tipificaciones que derivan del respeto a los principios o valores éticos de la función pública (arts. 52 a 54 EBEP), extraídos de los denominados códigos de conducta, y algunas cuestiones relacionadas con la siempre compleja frontera entre el derecho penal y el derecho disciplinario en la tipificación de los ilícitos (la responsabilidad de la comisión de un delito doloso que cause daños a la Administración o a los ciudadanos). En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, debemos referirnos a las cuestiones de la doble sanción o la articulación procesal de procedimientos, que también han variado. Además, se ha ampliado el elenco de infracciones y sanciones en las Leyes de transparencia y buen gobierno, a partir de la Ley estatal.

De ese modo, el régimen disciplinario de los empleados públicos viene presidido por los principios que derivan de los arts. 24 CE (derechos del procedimiento) y 25.1 CE (derechos sustantivos). Así, destacan el respeto al principio de reserva de ley, la tipicidad de faltas y sanciones, el derecho a la irretroactividad, el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia (art. 94 EBEP).

---

<sup>6</sup> Para las comunidades autónomas, se encuentran recogidas en sus respectivas leyes autonómicas. Así, por ejemplo, en el en el capítulo IV del título VII (arts. 113 a 121), Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública; capítulo XI del título IV (arts. 81 a 86), Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de Madrid; capítulo VIII del título III (arts. 82 a 90), Ley 6/1989, de 6 de julio, de Función Pública del País Vasco; título X (arts. 138 a 148), Ley 10/2010, de 9 de julio, de Función Pública de la Comunidad Valenciana.

Respecto a la tipificación de las infracciones, las muy graves se encuentran en el art. 95 EBEP, las faltas graves serán las establecidas por Ley de las cortes Generales o por los distintos Parlamentos autonómicos o por los convenios colectivos en el caso del personal laboral. También se tipificarán de esa manera las faltas leves.

Respecto a las sanciones, es el art. 96 EBEP el que prevé los distintos castigos (separación del servicio, despido disciplinario del personal laboral, suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral con una duración máxima de 6 años; traslado forzoso, con o sin cambio de residencia; demérito, apercibimiento y otras que se establezcan por Ley).

Respecto al procedimiento disciplinario, después de la declaración del TC en su lejana pero vigente STC 18/1981, de 8 de junio, respecto a la aplicación finalista del art. 24 CE a los procedimientos disciplinarios y, en concreto, los derechos previstos inicialmente para los procesos judiciales a los procedimientos administrativos disciplinarios (art. 24.2 CE), las reglas que rigen esos procedimientos están previstas en el art. 98 EBEP y los trámites y particularidades reforzados en la Ley 39/2015, de aplicación también a los procedimientos administrativos sancionadores (arts. 63, 64 y 90, particularmente).

Sobre ese tradicional panorama ha incidido, fundamentalmente, la legislación de transparencia, que ha ampliado la tipificación de infracciones y sanciones, como veremos seguidamente.

## 2. LA AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y PRINCIPIOS ÉTICOS

Junto a la clásica responsabilidad disciplinaria del empleado público, que bebe de las fuentes del derecho punitivo del Estado y, por tanto, aplica con matices sus principios, reglas y garantías, han ido surgiendo exigencias nuevas, que tienen su origen en la teoría de valores y que constituyen reglas éticas, intentando su juridificación con escasa fortuna, poniendo un grano más de arena en la sensación de incertidumbre o inseguridad jurídica en este ámbito.

Así, los empleados públicos, según el art. 52 EBEP:

[...]deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

Para ello, deberán respetar unos principios éticos y principios de conducta (arts. 53 y 54 EBEP).

Entre los primeros, destacan que los empleados públicos ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración y con sus superiores, compañeros y subordinados; respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico, su conducta se basará en el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o encomienda, no comprometerán la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

Entre los segundos, los principios de conducta, se prescribe que tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, administrarán los recursos públicos con austeridad, rechazarán cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía.

Como vemos, una serie de principios y reglas que informan la interpretación y aplicación del régimen disciplinario. El problema es que todo ese conjunto de previsiones:

a) Resultan difícilmente justificables, pues se basan en conceptos deontológicos que no técnicos, cuando este había sido el caballo de batalla de muchos juristas y de la jurisprudencia, como veremos posteriormente.

b) El incumplimiento de esas reglas constituye, en ocasiones, una infracción disciplinaria que comporta una sanción, volatilizandando así el principio de tipicidad.

En este último aspecto hay que hacer especial referencia a la legislación de transparencia: la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG). Esta legislación y sus homónimas de las comunidades autónomas recogen también los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas, y entes locales, además de los altos cargos de la Administración institucional<sup>7</sup>, reforzando el régimen sancionador que les resulta de aplicación<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Particularmente complejas resultan las normas que rigen las relaciones de los miembros de la Administración con los denominados *lobbies* o grupos de interés; cuyas actividades, en principio de carácter lícito, a veces cuestan de distinguir de ciertos tipos delictivos vinculados a la corrupción, como el tráfico de influencias o las negociaciones prohibidas. Sobre esta cuestión, véase I. Araguàs Galcerà (2016), «La regulación de los lobbies: hacia la consecución de la transparencia y el control de las actividades desarrolladas por grupos de interés», *RVAP* 106.

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión: C. Prieto Romero (2011), «Medidas de transparencia y ética públicas: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario del Gobierno Local* 1; M<sup>a</sup> C. Campos Acuña (2015), «Códigos éticos y buen gobierno local en la Ley de Transparencia», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 9; M. Villoria Mendieta

Así, se incluyen los principios de buen gobierno (transparencia, dedicación, imparcialidad, diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, igualdad y no discriminación, mantenimiento de una conducta digna y asunción de responsabilidades). Junto a ellos, unos principios de actuación (plena dedicación, reserva, no aceptación de regalos, transparencia, protección de los recursos públicos, art. 26 LTBG).

Todo ello informará la interpretación y aplicación del régimen sancionador. Por otro lado, se amplía el régimen sancionador en materia de conflicto de intereses, de gestión económico-presupuestaria y se recoge un conjunto de infracciones disciplinarias y sus correspondientes sanciones, incluida la destitución del cargo, no pudiendo ser nombrado para ocupar un nuevo puesto de alto cargo o asimilado durante un período de entre cinco y diez años<sup>9</sup>, previéndose también un procedimiento y unos plazos de prescripción.

Una de las cuestiones que plantea ese elenco de responsabilidades es su ámbito de aplicación, pues, por ejemplo, la Ley Catalana de Transparencia, en su art. 82, establece que esas sanciones serán aplicables «al personal al servicio de las Administraciones Públicas», y no únicamente a los cargos de gobierno y altos cargos, produciendo confusión respecto a una cuestión importante de ese sistema de responsabilidad.

### 3. UNA VISIÓN CRÍTICA

La aparición de esos códigos de conducta y principios éticos han retrotraído la responsabilidad de los empleados públicos al ordenamiento jurídico preconstitucional. En él era frecuente «la tipificación de infracciones administrativas

---

(2014), «Transparencia e integridad en los servicios públicos», *Temas para el debate* 241 (número dedicado a: La apuesta por lo público).

<sup>9</sup> Sobre las sanciones previstas en la legislación de transparencia, véanse A. Palomar Olmeda (2014), «Buen gobierno: infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador», en E. Guichot (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno: estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos; M.E Teijero Lillo (2019), «El régimen sancionador: una deficiencia pendiente en la Ley de Transparencia estatal», *Actualidad administrativa*, Extra 1 (número dedicado a: Transparencia y lucha contra la corrupción).

Sobre el tratamiento de esta cuestión a nivel autonómico: J. M<sup>a</sup> Pérez Monguió (2015), «Régimen sancionador», en S. Fernández Ramos (coord.), *Estudio sobre la Ley de Transparencia pública de Andalucía*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública; P. Calvo López (2018), «El principio de buen gobierno que pretende la Ley Gallega de Transparencia», *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 27, Extra 3; A. Herrero Prieto (2014), «Las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Aproximación al ordenamiento jurídico autonómico», *Revista jurídica de Castilla y León*, 33.

no tanto legales cuanto puramente deontológicas, de apreciación abierta virtualmente» (García de Enterría-T.R. Fernández, 1982)<sup>10</sup>.

Entre ellas, destacaban «la falta de probidad moral» (art. 88 LFCE), la comisión de «actos deshonorosos» (art. 94 LFCE), «la falta de ética y dignidad profesional» (Ley de Colegios Profesionales de 1974) o el «atentado grave a la dignidad de los funcionarios» (art. 7.1.ñ RDFCE).

El problema de este tipo de tipificaciones, cuya infracción daba lugar a la exigencia de responsabilidad con consecuencias a veces irreparables, pues comportaba la separación del servicio, es que se utilizan conceptos difícilmente jurídicamente justificables, en lugar de tipos jurídicos tecnicizados.

En nuestro ordenamiento, el ejemplo más representativo fue la llamada falta de probidad moral o material<sup>11</sup> que tanto juego dio a la hora de sancionar con-

<sup>10</sup> E. García de Enterría-T. R. Fernández (1982), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Civitas, pág. 66. Ya en esta edición se denunciaba el uso abusivo de este tipo de conceptos.

<sup>11</sup> El TS, en Sentencia de 10 de junio de 1961 (Ar. 2604), 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 secretaría aunque las más 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 promesas de impunidad en faltas de pastoreo u otras análogas y otros engaños o seducciones, llegando a trascender y produciendo la indignidad popular».

Otra Sentencia de 3 de mayo de 1960 (Ar. 2125) también califica con esa falta los hechos siguientes: se trata de un caso de comisión 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 «tardas 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 en vuelve en evidente desprestigio de la autoridad, e incluso peligro de alteraciones del orden e indisciplina entre sus subordinados, al sentirse mandado por persona de tales antecedentes».

Es también representativa la Sentencia del Tribunal Supremo que lleva fecha del 18 de marzo de 1970 (Ar. 1277). Se trata de un difícil fallo de nuestro Tribunal Supremo —según dice González 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 inculcado 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 inexistencia de falta de probidad en ese «exceso en el cumplimiento» de sus deberes, confirmando los términos de la sentencia de la Audiencia Territorial apelada por el abogado del Estado.

La STS de 9 de marzo de 1959 (Ar. 990) analiza la inculpación de la falta de probidad a un subinspector de Policía Municipal de «hacer objeto de trato desconsiderado al público en

ductas de todo tipo, pero que nadie consiguió concretar en qué consistía, hasta dónde extendía sus límites y cuál era su significado, llegándose a calificar como «falta de hombría de bien»<sup>12</sup>, «quebranto de los principios de rectitud, integridad moral y honradez en el obrar»<sup>13</sup>.

Obviamente, y como digo, la doctrina hace ya años denunció que la utilización de «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 el llamado por la doctrina alemana “parágrafo del sinvergüenza”, que no llega a tipificar una concreta conducta antijurídica 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»<sup>14</sup>.

Tras la promulgación de la Constitución, esos conceptos fueron paralelamente suprimidos de la legislación funcionarial, pues simplemente, a nuestro juicio, volatilizan el principio de tipicidad y, por tanto, chocan frontalmente con el art. 25.1 CE<sup>15</sup>.

general y a sus subordinados, aceptar obsequios, anular denuncias, inclinación a la bebida, utilizar para su uso particular coches de un industrial y permanecer impasible, 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 1958 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 véase P. González Mariñas (1972), «Reflexiones sobre el derecho disciplinario: delimitación de la llamada falta de probidad», *Documentación Administrativa*, 150, págs. 80 y ss.

<sup>12</sup> Así lo recogía la STS de 5 de marzo de 1959 (Ar. 3314), que señalaba que la probidad significa «moralidad en constante acción, integridad y honradez en el obrar, o hábito de rectitud y hombría de bien».

<sup>13</sup> STS de 24 de febrero de 1964 y STS de 26 de noviembre de 1964.

<sup>14</sup> E. García de Enterría (1976), «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *REDA* 10, págs. 339-430.

<sup>15</sup> Sin embargo, los tribunales no fueron lo contundentes que cabría esperar. Así, y cronológicamente, destaca la STC 70/1983, de 14 de junio, que examinó la legalidad de un acuerdo del Consejo de Ministros que impuso una sanción de separación del servicio a un policía por haber cometido una falta muy grave de probidad moral y material prevista en el art. 204 A del ROPG.

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 artículo 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 en el expediente disciplinario y en la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se hace, al contenido semántico del término, que parece en una norma de rango legal la Ley articulada de funcionarios ci-

Con la inclusión de los códigos de conducta y los principios éticos, sea como fuente de inspiración del derecho disciplinario, sea directamente como una infracción que da lugar a una sanción disciplinaria, se está sumiendo al sistema de responsabilidad administrativa del funcionario en la más absoluta inseguridad jurídica, alejándose de las reglas técnicas y del derecho para adentrarnos en otro sistema de valores y principios, muy respetables, pero que casan mal con el derecho punitivo del Estado.

### III. LA JURISDICCIÓN PENAL Y LA PRÁCTICA AUSENCIA DE LÍMITES RESPECTO AL ENJUICIAMIENTO DE CONDUCTAS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS PURAMENTE ADMINISTRATIVAS

#### 1. PLANTEAMIENTO. LAS POSIBLES CAUSAS DE LA SITUACIÓN QUE VIVIMOS

Durante décadas, el sistema de control administrativo y jurisdiccional de la Administración pública ha resultado deficiente. Entre las disfunciones del sistema, podríamos destacar las siguientes:

1) Un sistema arcaico de recursos administrativos contra los actos y decisiones de las Administraciones públicas. Las sucesivas leyes de procedimiento (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) no han modificado, en esencia, el privilegio que tienen las Administraciones públicas de revisar, como requisito previo al acceso a la jurisdicción, sus actos o decisiones mediante la interposición del recurso de alzada en los supuestos de actos que no agotan la vía administrativa o no causan estado, es decir, aquellos provenientes de órganos que tienen superior jerárquico. Además, los plazos de interposición y desestimación por silencio (en el recurso de alzada, un mes para la interposición y tres meses para su desestimación por silencio) tampoco han sido modificados, cuestión que retrasa el acceso al control judicial.

Ello, unido al privilegio de ejecutividad de los actos, que hace que el ciudadano corra con la carga de recurrir y deba cumplir con lo notificado o publicado, porque el sistema de suspensión de los actos en vía de recurso ha permanecido inalterado en la LPAC (art. 117 LPAC, anterior art. 111 LRJPAC).

Tampoco el legislador ha querido generalizar los sistemas alternativos de control de los actos previstos de forma puntual o saltuaria en la legislación, que

---

viles 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», norma flexible perfectamente ajustada a la Constitución.

otorga un auténtico control (mediación, arbitraje, conciliación, art. 112 LPAC) y otros recursos especiales, tal y como sucede en sectores como la contratación (arts. 44 y siguientes Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014) o la expropiación forzosa (arts. 31 y siguientes de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa).

2) A ello se ha unido un sistema de control jurisdiccional vía contencioso-administrativo que tradicionalmente ha sido poco contundente. La negativa a adoptar medidas cautelares, el carácter revisor de la jurisdicción, un sistema de control mejorable, sobre todo respecto a la inactividad de la Administración, y en particular, una lentitud exasperante en la ejecución de las sentencias, debido sobre todo a la falta de nuevos juzgados y medios, ha provocado esa situación.

El tema se va agravando con la nueva configuración del recurso de casación que, a falta de una doble instancia, se convierte nuevamente en una práctica de negación de la justicia (art. 86 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), y no digamos el recurso de amparo frente a actos de los poderes públicos<sup>16</sup>.

En base a esas circunstancias, toda actuación administrativa del funcionario público es examinada por la jurisprudencia penal, sin prácticamente límites, como veremos seguidamente.

## 2. LAS DISFUNCIONES DEL SISTEMA PENAL, SUSTANTIVAS Y PROCESALES

Como situación previa a ese relato, dos datos quisiéramos destacar, que ya recuerda Manuel Rebollo<sup>17</sup>. Por un lado, el sistema administrativo español requería, en el pasado, autorización previa para procesar a los funcionarios y autoridades administrativas (así, por ejemplo, art. 666 LECrim).

Por otro lado, el art. 114 LECrim recordaba que «promovido juicio criminal en averiguación de un delito no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose si lo hubiere en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme».

<sup>16</sup> De acuerdo con las estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial, desde el 22 de julio de 2016 (fecha de entrada del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo) hasta el 31 de mayo de 2017 ingresaron en la Sala Tercera del Tribunal Supremo 2976 recursos de casación de la LO 7/2015. A fecha 31 de mayo de 2017, un número de 1432 recursos han obtenido ya una resolución de admisión o de inadmisión (un 48,12% del total de los nuevos recursos de casación ingresados), de los cuales únicamente se dictaron 245 autos de inadmisión, esto es, un 17,11%. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estadisticas-/>

<sup>17</sup> Rebollo Puig (2019: 160).

En la actualidad, debido en parte a las causas señaladas, se ha abierto la jurisdicción penal desde los años noventa al enjuiciamiento de las actuaciones administrativas de los empleados públicos con funciones técnicas, cuestión que se ha ido agravando hasta la fecha.

La jurisdicción penal y el derecho penal han dejado de ser la «última ratio», es decir, la última razón o último argumento jurídico.

Las sanciones penales ya no se limitan al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones (administrativas) o incluso la tolerancia de los ilícitos más leves; tampoco implica ya que deba utilizarse cuando ya no hay más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección. Es lo que se ha denominado el principio de intervención mínima, que guiaba el *ius puniendi* del Estado y que actuaba como un límite al legislador y al propio juez de la jurisdicción penal, que solo podía centrarse en castigar las conductas más graves, aplicando las penas establecidas en la ley siempre y cuando se cumplieran todos los elementos del delito. Era un límite, por tanto, a la función judicial en la aplicación de las penas (art. 5.1. LOPJ)<sup>18</sup>.

Tanto desde el punto de vista sustantivo o de fondo como procesal, la jurisdicción penal se ha abierto a analizar todo tipo de conductas de los empleados públicos y autoridades, y además con unas amplias reglas de legitimación para presentar la *notitia criminis* y las denuncias ante ese orden jurisdiccional, entrando a examinar todas las cuestiones (también las derivadas del derecho administrativo).

Veamos los fenómenos que se están produciendo:

1. La tipificación extensa de conductas y la incorporación cada vez mayor de leyes penales en blanco.

Por razones diversas<sup>19</sup>, el Código Penal incorpora cada vez más ilícitos que para su determinación requieren examinar la vulneración, o no, del derecho administrativo. Además, este es cada vez más complejo en materias como la contratación, el urbanismo, el medio ambiente, y se ha incluido entre los sujetos responsables penalmente también al personal al servicio de las Administraciones públicas, no solo a los responsables políticos o autoridades que deciden. Del análisis del Código Penal vigente podemos destacar los siguientes preceptos:

a) El delito de prevaricación del funcionario público (art. 404 CP): «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de

---

<sup>18</sup> Así, se decía que, por un lado, se habían destipificado conductas como los descatos. En esa línea, si el patrimonio como bien jurídico protegido está regulado en diversos ámbitos de nuestro ordenamiento, solo los ataques más graves al mismo harán necesaria la intervención del derecho penal.

<sup>19</sup> La presión de los medios de comunicación, el control social, el papel de las redes sociales, etc.

inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.»

b) Delito de cohecho (art. 419 CP): «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.»

Estos constituyen tipos de delitos particulares en razón del sujeto (empleado público) que los puede cometer. Junto a ellos, destacan el delito de prevaricación urbanística (art. 320 CP); el delito de prevaricación contra el patrimonio histórico (art. 322 CP); el denominado delito de prevaricación ambiental (art. 329 CP); o el delito de expropiación ilegal (art. 541 CP).

También se recogen otros, más tradicionales, y que afectan a los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos: abandono de destino, omisión de perseguir delitos (arts. 407 a 409 CP); de la desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 a 412 CP); de la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos (arts. 413 a 418 CP); distintos tipos de cohecho (arts. 420 a 427 bis CP); de tráfico de influencias (arts. 428 a 431 CP); de la malversación (arts. 432 a 435 bis CP); fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438 CP); de las negociaciones y las actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función (arts. 439 a 444 CP); delitos contra la Constitución (arts. 472 a 543 CP); delito de sedición (arts. 544 a 549 CP).

En consecuencia, en todos esos delitos pueden ser sujetos responsables los empleados públicos con funciones técnicas, muchas veces de asesoramiento y control (interventores, secretarios de ayuntamientos, asesores jurídicos, arquitectos, ingenieros, gerentes de empresas públicas u organismos públicos, miembros de la mesa de contratación). En unos casos son delitos especiales por razón del sujeto; en otros, se trata de la accesoriadad administrativa de ciertos tipos penales.

La jurisdicción penal, como veremos, no solo considera autor de los delitos a responsables políticos que deciden, que adoptan el acuerdo o la resolución, sino también a los empleados públicos con funciones técnicas<sup>20</sup>, cuando hasta hace pocas fechas quedaban fuera del ámbito penal los actos que no tenían carácter decisorio, como informes, consultas, circulares o dictámenes (STS de 23 de febrero de 1998).

<sup>20</sup> De la jurisprudencia penal se desprende que es indicio de culpabilidad que el órgano resolutorio (político) no solicite, cuando era preceptivo, el correspondiente informe técnico (económico, jurídico) o resuelva contra el mismo.

Además, del análisis de esos preceptos se deriva otra dificultad, y es que los mismos constituyen normas penales en blanco, cuya concreción depende de la interpretación de conceptos que provienen del derecho administrativo, labor para la que el juez penal, en ocasiones, no está avezado.

2. La jurisdicción penal declara la nulidad de actos administrativos.

La cuestión tiene difícil fundamento legal<sup>21</sup>, pero tendría las siguientes bases jurídicas, a saber:

a) Por un lado, el art. 47.1.d) LPAC, que declara que son nulos de pleno derecho los actos administrativos «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta».

Sin entrar en más disquisiciones, la jurisdicción penal considera que puede declarar la nulidad de actos constitutivos de delito, olvidando que el precepto es técnicamente mucho más complejo<sup>22</sup>.

b) Por otro lado, el criterio para anular licencias, reglamentos, ordenanzas, incluso planes urbanísticos, es el art. 3 de la LECrim, que señala que: «[...]la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación».

La interpretación que están haciendo los tribunales penales olvida, a nuestro juicio, que el enjuiciamiento de la actuación administrativa es «para solo el efecto de la represión».

3. Además, y en tercer lugar, la jurisdicción penal orilla las reglas de impugnación de los actos administrativos, menosprecia el problema de si el acto es firme o no ha sido impugnado en vía administrativa, los plazos para recurrirlo o si ha agotado la vía administrativa. Por tanto, cuestiones que en el ámbito jurídico administrativo harían irrecorrible el acto, resucitan en vía penal por mor de la actuación de la jurisdicción penal y sirven o ayudan a procesar e, incluso, condenar a los empleados públicos que participan en el procedimiento administrativo, en la toma de decisiones.

A nuestro juicio, esta cuestión debe ser valorada con cautela y caso por caso, atendiendo fundamentalmente a la posibilidad de impugnación del acto en vía administrativa. Así, por ejemplo, en un procedimiento de contratación, es más que probable que haya un licitador perjudicado por una decisión ilegal, que podría haber impugnado la decisión adoptada por la Administración por los cauces ordinarios, antes de que adquiera firmeza; mientras que, en el caso de una licencia

<sup>21</sup> Así Rebollo Puig (2019: 180).

<sup>22</sup> Así, J. M. Trayter Jiménez (2020), *Derecho Administrativo. Parte General*, 5ª edición, Barcelona: Atelier, pág. 360.

de obras, el destinatario del acto, beneficiado por el mismo, no lo impugnará, y el acto habrá ganado firmeza antes de que sea conocido por terceras personas.

4. Respecto a la legitimación para actuar, se permite la vía de la denuncia y la querrela, la actuación del Ministerio Fiscal y, como es sabido, la acción pública o popular recogida en los arts. 101 y 270 LECrim.

Muchos de los supuestos que acaban en sentencia condenatoria tienen su origen en la utilización de la acción pública o popular por parte de asociaciones creadas *ad hoc*, partidos políticos, simples ciudadanos. También puede suceder que sea el Ministerio Fiscal quien accione el proceso.

Sin estar en desacuerdo con una concepción amplia de esas vías de actuación, sí que se constata, en ocasiones, su utilización fraudulenta<sup>23</sup>.

5. La supuesta derogación de las cuestiones prejudiciales devolutivas. Cuando, en un proceso penal, debía hacerse una interpretación de una norma administrativa que fuera determinante de la culpabilidad o inocencia del investigado, debía suspenderse el procedimiento hasta que el Tribunal de lo contencioso respondiera y, con posterioridad, el juez penal, a la vista de la respuesta, decidiera.

Así lo formula el art. 4 LECrim, que prevé: «Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal».

En una serie de sentencias del TC (STC 30/1996, de 26 de febrero, entre otras), y ante la condena a penas privativas de libertad a una persona por considerar que había cometido intrusismo por ejercer de odontólogo sin título (cuando precisamente el tema clave era saber si el título expedido en Santo Domingo, de acuerdo con las normas administrativas, era válido en España), el TC anula las resoluciones penales por no haber suspendido el proceso penal previamente<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> A nuestro juicio, la acción pública es un mecanismo positivo y democrático de acceso a la justicia. El problema es su mala utilización en casos puntuales, por ejemplo, en el supuesto de la Asociación Manos Limpias, que acabó degenerando en una red de extorsión.

<sup>24</sup> En este sentido, la STC 30/1996, de 26 de febrero, se pronuncia en los siguientes términos: «A) El demandante en amparo, Médico español que había obtenido el título de Doctor en Odontología en la República Dominicana, solicitó su reconocimiento por el Ministerio de Educación y Ciencia, quien, al desestimar tácitamente su petición, provocó la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, el cual fue resuelto favorablemente a la pretensión del recurrente mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 1992. B) La resolución penal impugnada reconoce la existencia y contenido de dicha sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, si

Sin embargo, esa doctrina ha sido rectificada por el Tribunal Supremo (STS 64/2019, de 6 de febrero), que considera que el art. 4 LECrim ha quedado derogado por el art. 10 LOPJ, concluyendo que «no son admisibles las cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal español», cuando de la lectura de los dos preceptos se deduce claramente que nada tiene que ver uno con el otro.

---

bien no le otorga efecto alguno porque “... al hallarse recurrida en casación por el Abogado del Estado, carece aún de fuerza ejecutiva...”. C) Asimismo, consta en las actuaciones que, al denegar el Ministerio de Educación y Ciencia expresamente la solicitud de homologación, el demandante en amparo volvió a interponer recurso contencioso-administrativo, esta vez ante el Tribunal Superior de Madrid, quien mediante Sentencia de 30 de noviembre de 1994, ha vuelto a otorgar la razón al recurrente en el mismo sentido de reconocer su derecho a la homologación del título de conformidad con el régimen trazado en el Convenio internacional entre España y la República Dominicana, de 27 de enero de 1953, ratificado por Instrumento de 1 de julio de 1953 (esto es, sin la exigencia de efectuar posteriores pruebas selectivas).

5. La lectura de las anteriores alegaciones fácticas ponen de relieve que el desconocimiento por la sentencia impugnada de la existencia de una cuestión prejudicial administrativa ha sido decisiva en la irrogación al recurrente de una pena privativa de libertad, lo que obliga a recordar la doctrina de este Tribunal sobre la trascendencia constitucional de la eventual existencia de sentencias contradictorias.

[...]

De esta forma, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos estos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE.

6. La aplicación de la anterior doctrina a la resolución enjuiciada la convierte en arbitraria y, por ende, en contraria al derecho a la tutela del art. 24.1 CE [...] lo cierto es que, en el momento de dictar la sentencia penal, se encontraba pendiente un proceso administrativo de cuyo resultado dependía la integración de la conducta prevista en el art. 321 CP, toda vez que a través de él, y por el órgano jurisdiccional competente para dicho pronunciamiento, se había de determinar si el recurrente tenía derecho o no a que se le expidiera el “correspondiente título oficial reconocido por Convenio internacional” [...]

Tratándose, pues, de una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el Tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del art. 3 LECrim se tratara) [...] lo que nunca debió haber hecho, sin infringir el derecho a la tutela, es haber ignorado los efectos prejudiciales de aquella sentencia administrativa, violentando su pronunciamiento, pues la potestad jurisdiccional del art. 117.3 CE no es incondicionada, sino que ha de efectuarse con arreglo a las normas de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales y de procedimiento preestablecidas».

Esa afirmación de nuestros más altos tribunales carece de un mínimo razonamiento<sup>25</sup>, pues el art. 10.1 LOPJ se limita a señalar que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le están atribuidos privativamente». Del contraste de ambas normas no resulta, a nuestro juicio, la derogación por contradicción de las previsiones de la LECrim.

### 3. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA JURISPRUDENCIA PENAL

Todas esas cuestiones han provocado, en relación a los empleados públicos que ejercen funciones técnicas, un aumento de procesos penales, investigados y condenados, sin más dique de contención. Veamos algunos de ellos:

1) La STS 340/2012, de 30 de abril, casa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de mayo de 2011, que condenó a los miembros de la mesa de contratación (secretario, instructor, técnicos contratados por el Ayuntamiento) y al personal que avaló diferentes informes técnicos por la comisión de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, entre otros, en el seno de un procedimiento que tenía por objeto la adjudicación por concurso de unas parcelas municipales. La Audiencia Provincial consideró que las firmas de las escrituras por las que se transmitían las parcelas, que permitían el pago aplazado

<sup>25</sup> La STS 64/2019, de 6 de febrero, se pronuncia en los siguientes términos: «Nuestra sentencia 599/2018, de 27 de noviembre, lleva a cabo un detallado examen de la jurisprudencia en la materia, con cita expresa de la STS 104/2013, de 19 de febrero, señalando que: «Como ya ha recordado esta Sala en relación con el tema de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal (STS de 24 de julio de 2001, entre otras) el art. 3.1º de la LOPJ de 1985 dispone que: “La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”. Como consecuencia de este principio de «unidad de jurisdicción», que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos “órdenes” jurisdiccionales, el art. 10.1 de la citada L.O.P.J. establece el principio general de que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente [...]»

En consecuencia la regla general del art. 10.1º de la L.O.P.J. —que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional— tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda (STS 13 de julio, de 24 de julio y 29 de octubre de 2001, 27 de septiembre de 2002 y 28 de marzo de 2006, entre otras) [...]

Ahora bien, la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica LECrim [...]

aunque ello no estaba previsto en el pliego, eran resoluciones arbitrarias; y que el procedimiento administrativo era «altamente cuestionable»<sup>26</sup>.

Ante este pronunciamiento, el Tribunal Supremo señala, por un lado, que una escritura pública formalizada ante notario no tiene la consideración de resolución administrativa a los efectos del Código Penal, y que se rige por el derecho privado; y, por otro lado, que el aplazamiento del pago tampoco es una cuestión indiscutible, sino que, de acuerdo con la legislación administrativa, la configuración legal de este modo de pago es ciertamente compleja, por lo que no existe una conculcación manifiesta del ordenamiento jurídico-administrativo y el control debería haberse realizado, en su caso, por los órganos jurisdiccionales competentes.

2) La STS 429/2012, de 21 de mayo, que condena a distintos directivos de una empresa pública por delito de malversación de caudales públicos, ya que obtenían unas retribuciones superiores a través de la constitución de un falso fondo de pensiones o mediante el otorgamiento de premios de permanencia con cargo a fondos públicos. También son condenados por delito de prevaricación de los funcionarios públicos en base a que los directivos acordaban mediante resoluciones destinar parte del presupuesto de la empresa a incrementar sus retribuciones por la vía de establecer el derecho a percibir unas determinadas cantidades en el momento en que finalizara su relación empresarial.

Uno de los argumentos en el que se basa el recurso de casación interpuesto por los condenados recurrentes es que no puede haberse cometido un delito de prevaricación en la medida en la que los contratos no integran el concepto de «resolución en asunto administrativo», sino que se trata de contratos que comportan el reconocimiento de derechos económicos derivados de la relación laboral o profesional mantenida con una entidad que, a pesar de ser pública, tiene carácter empresarial. Este motivo de impugnación es desestimado por el tribunal que se

---

<sup>26</sup> En relación al procedimiento de licitación, habiendo dos empresas que presentaron sus ofertas, una de ellas fue excluida por no presentar la documentación requerida (en concreto, el certificado de estar al corriente de sus obligaciones con la Hacienda municipal), por lo que las parcelas se adjudicaron a la única empresa licitadora que había presentado toda la documentación.

Teniendo en cuenta que la intención de la adjudicataria era construir un hotel, para lo cual era necesaria una modificación del PGOU, el alcalde, en el momento de la firma de la escritura de compraventa, y ante el silencio de los pliegos en ese aspecto, decidió incluir un pago aplazado, consistente en entregar la mitad del precio en el momento de la firma de la escritura y la otra mitad con la aprobación del PGOU.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, debe destacarse que, a pesar de que la Audiencia Provincial considera «cuestionable» el desarrollo del procedimiento, la exclusión de la empresa que no había presentado la documentación se consideró correcta (de hecho, ni siquiera fue impugnada); y que el Pleno se limitó a aprobar la propuesta realizada por la Mesa, como órgano consultivo técnico. Sobre el tema, véase M. B Mallol y C. P. Reig (2004), *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*. Thomson Civitas.

pronuncia, tanto sobre la finalidad de la empresa en cuestión como sobre el concepto de acto administrativo<sup>27</sup>.

3) STS 625/2015, de 22 de diciembre (caso *Malaya*): el Tribunal condenó al alcalde, concejales del Ayuntamiento y gerentes de empresas públicas municipales por un delito de malversación de caudales públicos, considerando probado que se había producido un saqueo del Ayuntamiento a través del vaciamiento de sus funciones transfiriéndolas a sociedades municipales más opacas al control, consiguiendo mediante técnicas diversas desviar fondos públicos; y por un delito de prevaricación, al haberse asumido por decreto de alcaldía una deuda ajena al Ayuntamiento sin justificación alguna.

El Tribunal penal entra a valorar los diversos contratos que se habían realizado<sup>28</sup>, y declara la autonomía de la jurisdicción penal para lo que corresponda en relación a la existencia de delitos, con independencia de lo que haya podido acordar el Tribunal de Cuentas en el ámbito administrativo.

4) STS 722/2018, de 23 de enero (caso *referéndum ilegal en Cataluña*): el Tribunal condena a funcionarios públicos con funciones técnicas de la Gene-

---

<sup>27</sup> El Tribunal afirma que: «[...] al tratarse de una empresa pública, que se constituye con una finalidad pública, sometidas las retribuciones y percepciones económicas de sus directivos y demás empleados a las normas aprobadas por la autoridad pública, especialmente con las limitaciones contenidas en las leyes de presupuestos que se mencionan en la sentencia, la materia debe ser considerada como un asunto administrativo y no privado, civil o mercantil que pudiera depender solo de los acuerdos de los directivos con quienes regían el funcionamiento de la empresa, que no se aprobaban por la junta general de accionistas, sino por las autoridades públicas competentes, y que no encontraban limitaciones en las decisiones empresariales sino en las normas administrativas aplicables. Y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma [...] Y ello aunque la empresa revistiera una forma societaria e interviniera en el comercio a través de la misma».

Sobre la consideración de los contratos como actos administrativos a los efectos del Código Penal, señala el Tribunal que «en el caso actual la resolución arbitraria adoptada en asunto administrativo no se integra exclusivamente por la firma del contrato laboral sino por el acto complejo de contratar a un trabajador escogido caprichosamente, ya que la firma del contrato no es más que la materialización del Decreto de la Alcaldía por el que previamente se había acordado dicha contratación». En definitiva, con carácter previo al contrato existía una verdadera resolución administrativa.

<sup>28</sup> En cuanto a los contratos realizados (y a las cantidades que a través de ellos se traspasaban), el Tribunal señala que se trata de «cuantías que no se corresponden con la mera aportación de contratos que pretendan amparar salidas de fondos ya efectuadas, sino percepciones directas de cuantías económicas indebidas por el recurrente que no tenían apoyo alguno en actividad real vinculada con servicios públicos realizados [...] evidenciando con ello un acuerdo con los funcionarios públicos que llevan a cabo la efectiva disposición de los fondos públicos en beneficio del recurrente y con su pleno concierto e indispensable cooperación».

ralitat por desobediencia, no por prevaricación, ya que argumenta que, por su naturaleza, el delito de desobediencia absorbe al de prevaricación<sup>29</sup>.

5) STS 214/2018, de 8 de mayo (caso *Gurtel-Fitur*): el Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que condenó a penas de entre tres y trece años de cárcel a once acusados —la consejera de turismo, el jefe de Gabinete y algunos funcionarios de la Consejería— por amañar contratos entre la Generalitat valenciana y la trama Gürtel para la feria de turismo FITUR en las cinco ediciones entre los años 2005 y 2009.

La sentencia confirma que los acusados incurrieron en delitos de malversación de caudales públicos; cohecho activo; tráfico de influencias; y asociación ilícita, además de la falsedad documental y la prevaricación administrativa en algunos de los condenados; recalcando las características que definen los delitos de corrupción y la finalidad perseguida con su represión<sup>30</sup>.

6) STS 163/2019, de 26 de marzo: condena por malversación de caudales públicos y prevaricación al secretario delegado de la Gerencia de Urbanismo, al secretario del Ayuntamiento, al interventor del Ayuntamiento, al interventor delegado de la Gerencia de Urbanismo y al gerente de la Gerencia de Urbanismo. Los funcionarios públicos condenados emitieron informes favorables a la alteración de precios del terreno, controlaban y fiscalizaban la gestión económica, financiera y presupuestaria y redactaron y firmaron la memoria explicativa y justificativa del correspondiente Convenio Urbanístico; por lo que el Tribunal Supremo afirma que existió «connivencia y cooperación» para alterar el precio de los terrenos con perjuicio a las arcas municipales, y que la actuación se llevó a cabo «a sabiendas de su injusticia para conseguir el fin pretendido».

De esta jurisprudencia podemos concluir:

a) Que la jurisdicción penal se declara autónoma para enjuiciar si se han vulnerado o no las reglas del derecho público, del derecho administrativo (reglas contables, urbanísticas, de contratación, organizativas, ambientales, planificación, ejecución y gestión, gestión directa o indirecta de servicios públicos, subvenciones públicas, licencias o autorizaciones, expropiación forzosa, reglas de

<sup>29</sup> En este sentido, declara no haber existencia de delito de prevaricación de los funcionarios públicos, ya que las omisiones que permitieron la celebración del referéndum ilegal en Cataluña no son sino consecuencias de una desobediencia más amplia.

<sup>30</sup> Según el Tribunal Supremo las figuras penales como el tráfico de influencias o el fraude a la Administración, junto con las clásicas de prevaricación, malversación o cohecho, van «dirigidas a reprimir conductas antisociales en las que la lesión a la ciudadanía es mucho mayor que la que se deriva del coste patrimonial consecuente a un enriquecimiento ilícito, pues se ponen en cuestión aspectos básicos de la ordenación social como los principios de transparencia, de igualdad de oportunidades, de objetividad en el ejercicio de la función pública y, por ende, el propio funcionamiento del sistema democrático que se cuestiona con los comportamientos en los que el sistema de poder es empleado para el enriquecimiento de unos pocos en detrimento de la ciudadanía».

la formación de la voluntad de los órganos colegiados, estatuto de los empleados públicos, vulneración o no de derechos fundamentales). Se dice expresamente que la jurisdicción penal enjuicia e interpreta los conceptos legales necesarios para determinar los delitos en blanco, de manera autónoma o independiente de las reglas del derecho administrativo, y de la interpretación que de las mismas haya hecho la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Que no existe obligación por parte de la jurisdicción penal de plantear cuestión prejudicial alguna de cuestión interpretativa de derecho administrativo. Aquí no rige ni el art. 3 ni el art. 4 LECrim (derogado); sino el art. 10 LOPJ. Por tanto, la jurisdicción penal puede interpretar cuestiones relativas al derecho administrativo, determinantes del sentido del fallo y lo puede hacer sin tener en cuenta la jurisprudencia de las salas de lo contencioso.

c) La autoría de esos delitos no se circunscribe a las personas que toman la decisión, que redactan la resolución (cargos políticos). El concepto de funcionario público (art. 24 CP) incluye a los cargos políticos (alcaldes, concejales, ministros, presidentes de las comunidades autónomas), altos cargos (gerentes de empresas públicas), así como cargos técnicos, tengan relación laboral o funcional (arquitectos municipales, secretarios de ayuntamiento, asesores jurídicos, interventores, ingenieros, miembros de las mesas de contratación). Además, se incluye a cualquier empleado público, unido por una relación laboral o funcional con la Administración pública o con alguno de sus entes instrumentales.

d) Las resoluciones judiciales penales no entran con la contundencia que merece el tema a examinar y distinguir si el dictamen o informe de los funcionarios es preceptivo o vinculante. Sí que se examina si la decisión del órgano político se adecua o no al informe o informes técnicos que constan en el expediente. Tampoco se maneja con soltura para determinar si el informe debió solicitarse o no, y quién es el responsable de que no se hiciera o se omitiera. No queda claro, para absolver o condenar al empleado público, en definitiva, si el funcionario, con funciones técnicas de asesoramiento, es el que indujo al error mediante la emisión de un informe equivocado<sup>31</sup>.

e) El proceso penal puede iniciarse incluso contra resoluciones o actos administrativos que no han sido impugnados en vía administrativa y que, por tanto, son firmes, o han ganado firmeza, pues no fueron recurridos en tiempo y forma. Esta cuestión tampoco es trascendente para la jurisdicción penal, dando cabida,

---

<sup>31</sup> De la jurisprudencia, citada y de otra, se puede concretar:

a) Podría ser resolución injusta constitutiva del delito de prevaricación la autoridad que actúa concretamente contra los informes técnicos (STS de 19 de junio de 2000. En esa línea, STS de 18 de mayo de 2000, 29 de enero de 2001, 31 de mayo de 2002, 14 de junio de 2002).

b) En cambio, en la mayoría de ocasiones, no se condena a las autoridades, alcaldes o concejales, cuando su decisión, siendo declarada ilegal, siguió los informes técnicos realizados (STS de 30 de noviembre de 1999 y de 3 de mayo de 2002).

una vez más, a la inseguridad jurídica. Tampoco es relevante si el acto es definitivo o resolutorio o es un acto trámite. Estos últimos (informes del secretario del ayuntamiento, interventores o asesores jurídicos) también merecen el reproche penal.

f) Respeto al delito de prevaricación, la jurisdicción penal también lo interpreta, en ocasiones, de manera laxa, entendiendo que una resolución arbitraria en sentido administrativo es aquella que olvida los límites del ejercicio de las potestades regladas o discrecionales. Esta errónea interpretación amplía de manera indebida los límites del derecho penal, pues prácticamente todo acto ilegal o contrario al derecho administrativo podría ser susceptible de delito de prevaricación, cuestión no querida por el legislador y contraria a la esencia misma del Estado de derecho<sup>32</sup>. Las sentencias penales no otorgan la importancia que debiera al elemento de la motivación de los actos administrativos que es la explicación de las razones por las cuales la Administración ha actuado de una manera o de otra.

g) Las reglas de legitimación activa tampoco son obstáculo para el enjuiciamiento de conductas relacionadas con el derecho administrativo y el personal técnico de la Administración.

Así se permite el ejercicio de la acción pública o popular sin ningún límite, o la denuncia dirigida al Ministerio Fiscal para que inicie un proceso penal a los empleados públicos.

Como vemos, un panorama que se aleja ciertamente del principio de seguridad jurídica y deja en una difícil posición al personal técnico de la Administración.

#### IV. LAS RELACIONES ENTRE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y EL DERECHO PENAL. NOVEDADES CONTRARIAS A LA FORMULACIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE *NON BIS IN IDEM*

Otra circunstancia que agrava la situación de inseguridad jurídica del empleado público es la nueva interpretación que del art. 25.1 CE ha realizado el TC, permitiendo no solo la doble sanción penal y disciplinaria, sino también que el procedimiento disciplinario y el proceso penal puedan discurrir de forma autónoma, rectificando la doctrina tradicional.

Como es sabido, el principio *non bis in idem*, que deriva del art. 25.1 CE, encierra un tradicional principio general del derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada

---

<sup>32</sup> Sobre esa confusión, ya cometida por el legislador penal, véase T. R. Fernández (1991), *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid: Civitas. Asimismo, véanse: B. Lozano Cutanda (2018), «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo de un *ius puniendi* alternativo», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 102, págs. 17-41 y Federico A. Castillo Blanco (dir.) (2020), *Defensa del patrimonio público y represión de conductas irregulares*, págs. 113-156.

dos veces por la misma infracción (vertiente 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». Esta vertiente procesal impide, como veremos, la actuación paralela de la jurisdicción penal y el procedimiento disciplinario.

La vertiente material del principio (recogida ahora con carácter general en el art. 31 LRJSP) se inaplicaba en las relaciones con los empleados públicos. Cuando un mismo hecho está tipificado como delito e infracción disciplinaria, el TC, y nuestra legislación, entendió que podía ser sancionado doblemente (en vía penal y en vía administrativa), por concurrir identidad de objeto, hecho, pero no de fundamento jurídico. Por tanto, existe *bis* pero no «*idem*»<sup>33</sup>.

Respecto al *non bis in idem* procesal, la doctrina era clara. Cuando de la instrucción de un procedimiento resulta la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los hechos declarados probados por la resolución judicial firme vinculan a la Administración, sin que puedan ser contradichos. Se reconoce, pues, una subordinación de la Administración al juez penal (así, art. 94.3 EBEP; STC 77/1983, de 3 de octubre). La vulneración de esas reglas constituiría la vulneración del principio de *non bis in idem* (en su vertiente procesal) que deriva del art. 25.1 CE y, por tanto, la sanción que en su caso recayera sería nula de pleno derecho (art. 47.1.a LCAP).

Así, el TC había declarado: a) la regla de la subordinación del procedimiento disciplinario y de la potestad sancionadora a la jurisdicción penal; b) si el mismo hecho puede ser constitutivo de infracción disciplinaria y delito, se debe paralizar la instrucción del procedimiento disciplinario, comunicarlo al Ministerio Fiscal y esperar a la firmeza de la resolución penal, en el caso que recaiga; c) la descripción fáctica de los hechos por el juez penal no puede ser contravenida por la Administración y en este sentido, si el juez penal declara que los hechos no han existido o el expediente no ha participado en los mismos, esa realidad no puede ser contradicha por la Administración en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Esas reglas han sido afectadas por la STC 2/2003, de 16 de enero, que incorpora la denominada técnica del descuento, permitiendo la doble sanción (penal y administrativa del orden general) siempre que, en el caso de la multa, pueda ser descontada la que se haya pagado en vía administrativa. Por lo que respecta al *non bis in idem* procesal, el TC no ha declarado su vulneración cuando la Adminis-

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos (art. 95.1.d) EBEP) podrá coincidir con el delito de prevaricación (art. 404 CP). Podría ser objeto de la doble sanción (STC 2/1981, de 30 de enero), pues se trata de una relación más estrecha entre la Administración y el empleado público (serían las relaciones de especial sujeción, por contraposición a las relaciones generales a las que estamos sometidos todos los ciudadanos y donde no es posible esa doble sanción por aplicación del principio de *non bis in idem*. Una crítica a esa inaplicación y sus consecuencias en Trayter Jiménez (1992: 211 y ss.).

tración resuelve el procedimiento sancionador con anterioridad a la finalización del proceso penal.

Esta actuación, que infringe a nuestro juicio el art. 25.1 CE, ahora se permite con ciertos matices, no del todo claros<sup>34</sup>, resucitando la doctrina de las dos verdades denominada por la doctrina y la jurisprudencia en el pasado, y poniendo un grano de arena más en la inseguridad jurídica en que está sumida esta parte del ordenamiento jurídico.

En definitiva, y como conclusión, la reconstrucción del sistema pasaría por concretar bien las siguientes reglas:

- La infracción de los códigos éticos o de conducta no puede significar automáticamente la comisión de una infracción disciplinaria y su correspondiente sanción dada la difícil juridificación de los conceptos deontológicos y éticos empleados. Los principios de buen gobierno y principios éticos que derivan de la legislación de transparencia deben resultar de aplicación a los cargos de Gobierno y altos cargos, no a los empleados públicos con funciones técnicas, confundiendo así y ampliando el sistema de responsabilidad.
- Es necesario, desde el punto de vista sustantivo o material, reconducir el conjunto de delitos por los que pueden verse afectados empleados públicos, a sus justos términos. La intervención mínima del derecho penal debe volver a restablecerse y aplicar una coordinación entre los ilícitos penal y disciplinario, probablemente desde la teoría de la distinción cualitativa. La actual situación es, una vez más, de auténtica inseguridad jurídica y el derecho penal está abierto al enjuiciamiento penal de cualquier conducta del personal al servicio de las Administraciones públicas.
- Desde este punto de vista, los delitos de los funcionarios públicos, como la malversación, la prevaricación o el cohecho son excesivamente abiertos, permitiendo que cualquier conducta o decisión administrativa que se reputa ilegal puede llegar a ser examinada desde el derecho penal, cuestión a todas luces contraria a la esencia del derecho penal y el Estado de derecho. También debería tenerse en cuenta la accesoriedad administrativa de ciertos tipos penales (delitos urbanísticos, delito ecológico o delito fiscal), cosa que la jurisprudencia no concreta y entra a analizar distintas cuestiones complejas que derivan del derecho administrativo.
- Es importante que en el ámbito penal el juez distinga distintos supuestos respecto a la distribución de competencias entre los cargos electos, el órgano político que decide y dicta un acto ilegal y el papel del empleado público

---

<sup>34</sup> Véanse los confusos considerandos 9, 10 y 11 de la sentencia citada. Al respecto: L. Alarcón Sotomayor (2014), «Los confines de las sanciones administrativas: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *RAP*, 195; F. Bauzá Martorell, «El acto administrativo entre la validez y el delito. (La anulación de actos administrativos por el juez penal)», *REDA*, 163.

que ha hecho el informe técnico favorable o desfavorable o que simplemente debiendo hacerlo no se le solicitó, o si fue el informe el que llevó a la confusión en la decisión administrativa. La jurisdicción penal no entra a fondo a analizar estas cuestiones que son esenciales para determinar la responsabilidad del personal técnico al servicio de las Administraciones públicas. En este sentido, la jurisprudencia del TS debería ser más clara en la determinación de si el funcionario con funciones de asesoramiento legal o técnicas indujo al error mediante la emisión de un informe viciado o si, en cambio, el informe era desfavorable y el hecho de apartarse de él fue el fundamento del delito. Tampoco aclara el papel de la motivación del órgano que resuelve en ese ámbito (si el acto estaba o no motivado, si en el expediente se justifica la separación del sentido del informe técnico). Así pues, aunque parezca baladí, es importante a estos efectos la distinción elemental, pero básica, entre informe preceptivo, no preceptivo; vinculante, no vinculante y la motivación de la resolución administrativa al respecto.

- La complejidad del derecho administrativo en muchos campos (urbanístico, medio ambiental o fiscal) hace que resulte imprescindible respetar la prejudicialidad administrativa en el proceso penal y las cuestiones prejudiciales devolutivas, volviendo a doctrina de la STC 30/1996, de 26 de febrero, entre otras. Entender, como hace el TS, que esas cuestiones prejudiciales y los arts. 3 y 4 de la LECrim han sido derogados por el art. 10 de la LOPJ no resulta riguroso desde el punto de vista de la técnica jurídica y no ayuda a establecer la seguridad jurídica en un ámbito tan sensible como este.