



Principios procesales penales y su aplicación a los procedimientos disciplinarios

Relación general

Mario Chiavario

DANS **REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL** 2003/3 Vol. 74 , PAGES 747 À 789
ÉDITIONS **ÉRÈS**

ISSN 0223-5404

ISBN 2-7492-0328-7

DOI 10.3917/ridp.743.0747

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2003-3-page-747?lang=es>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour érès.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Sección III

PRINCIPIOS PROCESALES PENALES Y SU APLICACION A LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS

Relación General

Mario CHIAVARIO*

Sumario: 1. Informes nacionales y horizontes.- 2. La delimitación del campo de análisis.- 3. Fuentes del derecho.- Justicia disciplinaria y justicia penal disfrazada.- 5. La imparcialidad de las autoridades disciplinarias.... - 6. ... y su independencia.- 7. Procedimientos disciplinarios y “juicio justo”.- 8. La separación de funciones.- 9. “*Audiatur et altera pars*”. – 10. El derecho al defensor. – 11. Procedimientos disciplinarios y derecho de prueba.- 12. Publicidad y secreto de los procedimientos disciplinarios.- 13. Las sentencias disciplinarias: motivos, notificación, publicidad.- 14. Vías de recurso.- 15. Medidas provisionales. – 16. Las (inter)relaciones entre los procedimientos disciplinarios y los procesos penales. – 17. Relaciones concernientes a las pruebas. – 18. - Consideraciones finales y propuestas de conclusiones.

1. – En primer lugar, una constatación que no desearía parecer un mero resultado de una... estadística burocrática. He recibido trece informes nacionales (Alemania, Austria, Bélgica, Chile, China, España, Francia, Grecia, Italia, México, Holanda, Polonia, Eslovenia) todos y cada uno de ellos –lo añadido con gusto- verdaderamente excelentes. Sin embargo, ¿son representativos de la realidad mundial a la que nos gustaría llegar en nuestros trabajos?

1.1. – Por cierto, mi intención no es suscitar una cuestión mera y brutalmente cuantitativa. En términos abstractos, no es importante discutir si trece informes es un número demasiado limitado o si, por el contrario, representan un número suficiente. Con todo, en mi opinión, más allá de la constatación cuantitativa, lo que debería hacernos reflexionar es la “mono culturalidad” que, a pesar de las diferencias de opinión sobre tal o cual punto en discusión, caracteriza a la

* Catedrático de Derecho Procesal Penal. Universidad de Turín (Italia). Trad. J.L. de la Cuesta.

mayoría de estos informes. Abstracción hecha de China, que nos acogerá en el Congreso, de Chile (sede del Coloquio preparatorio) y de esa otra gran nación latinoamericana, México (los dos, por otra parte, vivos testimonios de interrelaciones de civilizaciones y de cultura con el mundo europeo), todos los países representados por los informes recibidos pertenecen a la Europa continental. Es decir, que en relación con el tema que nos ocupa, no sólo no podemos disponer aquí de información proveniente de muchos países que están jugando un papel importante tanto en el plano comparado como en la vida de la AIDP (como, por ejemplo, los Estados Unidos, el Reino Unido, los Países Escandinavos, Australia...), sino que –y esto es algo que, sobre todo, nos debería incomodar- no es posible ninguna comparación con zonas de Asia, al margen de China, y de África: esto sin que se pueda tener la seguridad de que en estos lugares no se suscite ningún problema en cuanto a las relaciones entre la justicia penal y aquellas formas de justicia que –bajo no importa qué denominación formal- pueden incluirse entre las disciplinarias.

1.2. – Estas ausencias, ¿lo son por alguna precisa razón? Sería demasiado fácil creer que se trata únicamente de dificultades ocasionales o de opciones contingentes de tal o cual Sección nacional. ¿Responsabilidad, pues, de la complejidad intrínseca del tema o más bien de la falta de claridad y de coherencia del cuestionario? Sin duda, lo uno y lo otro han contribuido a ello, más lo último que lo primero. Sea cual sea la respuesta, y dado que el *status quaestionis* no podrá ser descrito en esta relación sino a partir de los rastros de las respuestas al cuestionario, no quedamos exentos de la tarea de formular perspectivas capaces de decir algo útil, no sólo para nuestros países, sino para toda nación con problemas análogos, o tal vez hasta más graves. Es por ello que espero que no olvidemos en nuestras sesiones de trabajo la dimensión planetaria de la A.I.D.P., incluso si no es algo evidente en este estadio.

2. – Pero vayamos al fondo de la cuestión.

A través de las cuestiones iniciales, yo trataba de obtener informaciones de carácter general, que me parecían útiles para una mejor delimitación del marco en el que situar la cuestión a abordar. La diligencia de los relatores nacionales ha producido resultados más que satisfactorios incluso a este respecto; en consecuencia, y sin duda alguna, la comprensión de las diferentes realidades a interpretar ha ganado mucho (por supuesto, en la medida en que las habilidades limitadas de este relator general le hayan permitido entender lo que debía ser entendido...). Con todo, se trataba en realidad de una cuestión de simples premisas, por lo que la exposición comparada detallada de todos los resultados quedaría fuera de lugar. Me limitaré pues a entresacar unas breves reflexiones sobre algunos de los puntos que parecen más relevantes.

2.1. – El primero de ellos concierne –sin duda- a la delimitación misma del objeto de análisis.

Término ampliamente usado en general, la palabra “disciplina” adquiere aquí un sentido más preciso en el contexto en que ha de inscribirse nuestra discusión, es decir, en relación con el problema de la aplicación, en los procedimientos disciplinarios, de los principios procesales penales. Estamos por ello necesariamente obligados a encontrar términos de referencia en situaciones comparables a la de la justicia penal, es decir, que nuestras reflexiones suponen la existencia de un “derecho disciplinario” como derecho represivo, al servicio del cual se aplica un procedimiento.

Dicho esto, es sin duda innegable que la materia, en cuanto tal (es decir, con independencia de cuál sea el sistema jurídico en consideración), se caracteriza por una considerable heterogeneidad, al ser tan numerosas y diversificadas las categorías de personas que pueden quedar sometidas a sanciones (y, en consecuencia, a procedimientos) disciplinarios a la vista de la definición propuesta. Todo ello, sin tener en cuenta las diferencias propias de legislación y cultura jurídica de los diversos países en cuanto al catálogo de especies que pueden formar parte de la categoría.

Era éste un escenario que imaginaba desde el comienzo como muy probable; de otra parte, esta heterogeneidad no se ha manifestado ni en forma ni en medida tales como para impedir el trabajo común, siempre que todo el mundo sea consciente de la particular complejidad de la materia, lo que supone más que nunca la exigencia de un ... suplemento de paciencia para que los debates no obliguen a todos (incluido al relator general, no demasiado dotado de suficiente “finura”) a realizar difíciles esfuerzos para entender los detalles de los demás sistemas jurídicos y, sobre todo, sensibilidades nacionales demasiado agudas, lo que iría en detrimento del diálogo.

2.1.1. - De todos modos, gustosamente tomo nota de la tendencia a razonar en particular en torno a una suerte de núcleo duro, representado por un círculo de personajes típicos: funcionarios públicos (y asimilados) y ejercientes de profesiones liberales (muy a menudo, considerados de manera separada, pero a veces –cf. el informe francés- agrupados como “profesionales”), e incluso, militares (aun cuando, en ciertos países –por ejemplo, Francia e Italia- la supresión del servicio nacional obligatorio sitúa su estatuto en un plano completamente diferente al pasado); de otra parte, los detenidos en prisión como consecuencia de una condena penal (sin olvidar a los menores, a los que se refiere a menudo, por ejemplo, el informe mexicano).

Hay ahí, ya, muchos elementos para realizar distinciones importantes, a partir de la oposición entre las situaciones en que la persona se encuentra sometida a una “disciplina” como miembro de una organización a la que ha elegido pertenecer y las situaciones de personas forzadas a pertenecer a la organización (típicamente, la condición de recluso, pero, en cierta medida, también de los militares en régimen de conscripción obligatoria). Es lo que, entre otros, el informe polaco parece poner particularmente en evidencia con una terminología diferente, pero

inspirada por una idea análoga, cuando traza una distinción previa entre los casos de “responsabilidad disciplinaria facultativa” y los casos de “responsabilidad disciplinaria obligatoria”.

Aún más, me gustaría subrayar principalmente el crecimiento que la categoría general de la responsabilidad disciplinaria ha conocido, según lo que muchos relatores señalan, a partir de lo que el informe francés denomina la “multiplicación de cuerpos profesionales sometidos a una disciplina” y de la “creación de una represión disciplinaria en instituciones neocorporativas”.

2.1.2. – Todo esto no deja de tener consecuencias en la definición del derecho (y del procedimiento) disciplinario, tal y como proponía mi comentario al cuestionario, y sin perjuicio de que todo el mundo lo reconociera, en principio, como bastante válido.

La necesidad de una puesta a punto –o bien, si se quiere, de corrección e integración- del cuestionario se impone sobre todo desde el punto de vista del objeto que caracteriza la disciplina; yo mismo no lo negaba de partida, si bien es cierto que hacía alusión al riesgo de que la definición propuesta no fuera capaz “de poner en evidencia los objetos indirectos perseguidos a través de la organización disciplinaria”. En cualquier caso, no se trata solamente de salvaguardar la cohesión interna del grupo, ni tampoco de la simple protección de un interés como la reputación de este último (interés, en definitiva, del propio grupo, aunque rico en reflejos exteriores: cf. el informe austriaco). A veces se encuentran afectados verdaderos intereses colectivos: es el caso del control de la infracción de las reglas establecidas para las operaciones financieras, de bolsa, de banca y, por otra parte, respecto del fenómeno del dopaje (al hilo de los cuales el informe francés subraya que “la represión disciplinaria no concierne sólo a un cuerpo homogéneo que encuentra su unidad en el ejercicio de una misma actividad o de un mismo oficio”); tal es, también, el caso de la “disciplina” de ciertas profesiones, así como de la organización industrial y comercial (que, según indican los relatores holandeses, “apunta más bien al mantenimiento de ciertos estándares que producen un efecto externo”).

Parece, en todo caso, innegable que lo específico de la represión ‘disciplinaria’ se manifiesta en el hecho de que refleja un orden jurídico parcial (informe belga) y sus procedimientos no se dirigen, ni potencialmente, hacia cualquier persona sometida a la autoridad de un Estado dado, sino que sólo conciernen a los participantes en un círculo particular (es lo que, por ejemplo, subraya el informe chino y lo reconoce la misma relatora francesa cuando afirma que “la originalidad de la represión disciplinaria ejercida por las AAI [autoridades administrativas independientes] parte de una competencia *rationae personae* más amplia que en las instituciones clásicamente sometidas a una disciplina, pero no ilimitada”).

2.1.3. – Parece también necesaria una ulterior delimitación en relación con la extensión del término “procedimientos” (disciplinarios). En efecto, hay situaciones en las cuales una sanción resulta impuesta sin seguir un verdadero

procedimiento, sino con base en una simple orden de la autoridad (pueden recogerse algunas informaciones a este respecto, en particular, en los informes alemán e italiano). En este caso, desaparece de partida el problema de la activación de los principios procesales penales; más bien hay que plantearse la cuestión de si tales situaciones son en sí mismas aceptables, si es cierto que, de esta manera, lo que se desconoce es un principio fundamental: el principio más fundamental en cuanto a las relaciones entre la tutela sustancial de un derecho y su salvaguardia a nivel procedimental (lo que me gusta denominar “el derecho a un proceso”).

A lo sumo, en mi opinión, podemos admitir que las sanciones impuestas “de plano” son lícitas cuando no se trata sino de ligeras reprimendas sin consecuencias exteriores. Si no, debería propugnarse, como mínimo, la posibilidad de recurso a una autoridad distinta de la primera.

2.2. – Tampoco en relación con el otro punto de referencia de nuestros trabajos –“los principios procesales penales”- cabe negar la exigencia de revisar el enfoque.

Evidentemente, nuestra sección no tiene el encargo de explorar de una manera exhaustiva todos aquellos posibles aspectos en los que reglas fijadas –no importa a qué nivel- para la justicia penal se extienden o pueden extenderse a procedimientos disciplinarios. Más bien, dado que subsisten diferencias (y que, además –conforme escribía en mi comentario al cuestionario- “una superposición integral de las reglas ... significaría una ... forma de abolición práctica de la distinción entre dos categorías de sanciones que se quieren diferentes”, lo que no sería deseable), se trata de intentar definir, en sus líneas esenciales, el grado de penetración de los “principios” procesales penales en el campo disciplinario. Digo de los principios: de ahí, por tanto, que debamos hacer una referencia privilegiada y casi obligatoria a lo que las fuentes internacionales han designado como marco de salvaguardia de ciertos derechos primarios de la persona frente al proceso penal, sin excluir integraciones en virtud de la toma en consideración de otras perspectivas, especialmente a la luz de las constituciones nacionales.

3. – En cuanto a las cuestiones relativas a las fuentes de derecho, la primera anotación tiene que ver con la repercusión de la heterogeneidad de áreas en el campo del derecho y de la justicia disciplinarios en términos de fragmentación del sistema. De hecho, las reglas disciplinarias se encuentran con frecuencia incluidas en el seno de un número elevado de fuentes, habitualmente consagradas a la regulación particular del grupo o actividad a los que se liga el problema de la ‘disciplina’. Además, no siempre es fácil discernir reglas propiamente procesales en el interior de un conjunto de reglas disciplinarias: las fuentes permanecen a menudo mudas en cuanto a las consecuencias de las violaciones procesales sobre la validez de las sanciones disciplinarias impuestas. Sería deseable, por contra, que se disponga siempre de reglas claras y precisas

a nivel del procedimiento disciplinario y que sus violaciones supongan, al menos en los casos más graves, la nulidad de las sanciones impuestas.

3.1. – Los poderes de autorreglamentación de las asociaciones y organizaciones cubren un espacio considerable: cf. en particular el informe belga que subraya cómo “la singularidad del derecho disciplinario es justamente el que generalmente la iniciativa de las codificaciones corresponde a los propios órdenes profesionales, que se encuentran en una mejor posición para definir las reglas de su propia deontología y controlar su observancia, lo que les lleva a acumular funciones administrativas, normativas y jurisdiccionales”. Con carácter más general, es normal constatar, en el origen de ciertas manifestaciones del poder disciplinario, un poder reglamentario, expresión de una autonomía normativa, por parte de los mismos grupos en cuyo seno se ejerce el poder.

Hoy, con todo, la tensión entre esta autonomía y la autoridad estatal –en principio, justificada como garantía de la igualdad de los ciudadanos- se resuelve muy frecuentemente en términos de primacía de las leyes y reglamentos estatales, primacía que admite sólo una delegación normativa para la reglamentación en el marco de los principios fijados por la ley, pero que no podría soportar un margen demasiado amplio de autonomía de los cuerpos administrativos o profesionales. Por otra parte, allá donde se ha producido el colapso de un Estado todopoderoso y omnipresente, como los Estados de las antiguas “democracias populares” de la Europa del Este, las repercusiones de una muy marcada “*desregulación*” han podido dar lugar a serios retrocesos desde el punto de vista de la protección de los trabajadores frente a los poderes del empresario (cf. el informe esloveno). Cierta evolución en el sentido inverso se constata, en alguna medida, en Francia (gracias a la intervención de un legislador “preocupado por hacer entrar a la ciudadanía en las empresas”, lo que “ha transformado el poder disciplinario soberano en un derecho disciplinario que precisa las condiciones de fondo y de forma requeridas para que pueda imponerse válidamente una sanción a un asalariado”) mientras que el informe italiano subraya la reciente expansión del “Estatuto de los trabajadores” desde el ámbito de la empresa privada al del empleo público. El informe francés se queja por su parte del “ejemplo detestable” en materia de disciplina deportiva, que tiene que ver con la interdicción estatutaria impuesta a los miembros de ciertas federaciones de recurrir a tribunales estatales (sobre este punto, cf. también el informe italiano). Un intento de encontrar un diferente equilibrio entre las diversas exigencias es destacado por el informe austriaco, según el cual la autonomía en cuestión se expresa de preferencia por las modalidades de formación de los cuerpos que ejercen poderes disciplinarios, más que por verdaderos poderes normativos.

La existencia de un poder de reglamentación, de alguna manera “privada”, plantea de otra parte el problema de su conocimiento, en mayor medida incluso que por lo que respecta a las fuentes estatales del derecho. Es por ello de interés

resaltar que el Estatuto italiano de los trabajadores impone al empresario la exposición pública de las reglas disciplinarias.

En cuanto al modelo chino, continúa siendo, incluso en la actualidad, un modelo muy especial: de un lado, permite discernir una amplia variedad de autoridades disciplinarias dotadas de poderes normativos autónomos en comparación con el poder estatuario, pero al mismo tiempo se caracteriza por el papel reconocido a un partido político (el partido comunista) que ejerce un poder predominante en toda la organización pública sin posibilidad de alternativas.

3.2. – Tampoco hay que olvidar las tendencias codificadoras en su sentido más específico que se manifiestan en muchos países, no sólo al nivel de las particulares categorías profesionales, en forma de “códigos deontológicos”, sino también al nivel de la legislación nacional, hasta por medio de la creación de verdaderos sistemas (o subsistemas) generadores de nuevos tipos de procedimientos: cf. de modo destacado, el informe alemán.

3.3. – Casi general, también, es la constatación del importante papel jugado por las Constituciones nacionales y por la actividad de las jurisdicciones constitucionales en la evolución de la forma de ejercicio de los poderes disciplinarios. Remitiéndome a las numerosas y extensas informaciones que cabe hallar a este respecto en los diversos informes, me limito a expresar la satisfacción de poder constatar que la presencia de un pacto constitucional no carece de consecuencias desde el prisma que nos ocupa, deseando al mismo tiempo que el compromiso pueda proseguir sobre todo en aquellos países que se encuentran “en el estado preliminar de la evolución hacia el estado de derecho” (cf. el informe chino).

3.4. – También podemos mostrar satisfacción por la marcada influencia ejercida por las convenciones internacionales de salvaguarda de los derechos humanos y por la interpretación que las Cortes internacionales han dado a los principios generales del derecho. A decir verdad, no resulta fácil encontrar ni en las fuentes internacionales ni en las Constituciones nacionales referencias expresas al derecho o al procedimiento disciplinarios: de aquí el valor –el doble valor, diría yo– de la actividad “mayéutica” desarrollada a este respecto por las jurisdicciones internacionales.

El relator austriaco subraya el papel jugado por esta jurisprudencia de cara a la restricción y finalmente la abolición, en Austria, del arresto disciplinario en el campo del derecho disciplinario militar. El informe belga sostiene que, si el derecho disciplinario no es sólo un derecho consuetudinario, sino un derecho efectivamente legal, “su marco jurídico se caracteriza, en primer lugar, por la intermediación de los principios generales del derecho y, a continuación, por la aplicación directa del TEDH”. Por su parte, el informe francés califica de “considerable” el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho disciplinario de su país, hasta el punto de afirmar que “al otorgar un contenido normativo propio a los conceptos de ‘tribunal’, de ‘determinación de ...

derechos y obligaciones de carácter civil', y de 'acusación en materia penal' [art. 6 CEDH], los órganos europeos han reordenado el derecho disciplinario a partir de los derechos humanos". Esta jurisprudencia ocupa un importante espacio incluso en el informe griego y en el informe holandés (que considera de otra parte fuera de cuestión la exigencia de conformidad del derecho disciplinario de Holanda a los principios de las convenciones internacionales de salvaguarda de los derechos humanos, al tiempo que admite que, "en lo que concierne al derecho disciplinario 'privado', el problema es más complejo pues la denominada autoridad horizontal de derechos humanos no es por sí misma evidente en el Derecho holandés").

Ciertamente, hay constataciones de diferente tenor (cf. el informe alemán): pero no a causa de una depreciación de los principios reconocidos por las convenciones, sino más bien por la constatación de una cierta autosuficiencia de la Constitución nacional, en el seno de la cual los principios mencionados se encontrarían ya igualmente presentes y garantizados.

3.5. – No desearía olvidar el papel que diversos informes reconocen a la jurisprudencia de otras jurisdicciones superiores (Corte de Casación y, aún más, a jurisdicciones administrativas como los Consejos de Estado) y también a otras autoridades (sea propiamente jurisdiccionales, sea desprovistas de tal carácter) que ejercen poderes disciplinarios (cf. a este propósito, por ej., el informe chileno).

3.6. – Finalmente, una constatación que nos permite pasar a otras partes del cuestionario.

Los textos disciplinarios hacen a veces referencias directas a reglas procesales penales: es lo que pasa, por ejemplo, en Alemania, donde el código de disciplina militar y el código federal de la abogacía confieren expresamente un papel complementario a las normas del código procesal penal. La propia Alemania constituye además el ejemplo de una legislación que va contra la tendencia en materia de función pública, debido a la sustitución de un sistema construido sobre una vinculación similar (tal y como la establecía, en términos generales, el código disciplinario federal de 1972) por un modelo de procedimiento disciplinario diferente, activado por una reforma de 2001 y caracterizado por una marcada autonomía respecto del proceso penal (y, viceversa, por vínculos más estrechos con los procedimientos administrativos).

De hecho, después de haber dado la información pertinente sobre esta reforma, el relator alemán plantea una cuestión realmente crucial, que yo expresaría en los términos siguientes: ¿en qué medida podemos pensar que la aplicación de los principios del proceso penal a los procedimientos disciplinarios puede poner en cuestión la fisonomía típica de estos procedimientos? Y ¿en qué medida es deseable que suceda esto, habida cuenta de las ventajas que la aplicación de procedimientos disciplinarios en lugar del proceso penal puede suponer para el sistema judicial en su conjunto, sobre todo desde el prisma de la simplificación y

de la economía de recursos y de energías?

El cuestionario y el comentario partían, en efecto, de la compatibilidad entre el mantenimiento de sistemas (y subsistemas) autónomos de procedimientos disciplinarios (con las puntualizaciones que desarrollaré a continuación) y la “penetración” más o menos amplia de estos sistemas por parte de ciertos principios, reconocidos como principios esenciales para la justicia penal. Sin embargo, la escena se ha visto sin duda animada por las reflexiones derivadas de la oposición que detecto entre el informe alemán y los informes que prefieren subrayar la pertenencia común de las dos ramas a la justicia “represiva”: en esta línea, especialmente, el relator español, según el cual la existencia de un poder disciplinario en manos diferentes a las jurisdicciones penales no se justifica sino por razones formales de conveniencia y de urgencia en la reacción a los hechos ilícitos, siendo en todo caso necesario, al menos, que los procedimientos disciplinarios “sin excepción alguna”, respeten “todas y cada una de” las garantías propias del proceso penal.

4. – Próximas a las observaciones anteriores se encuentran algunas reflexiones que expongo a continuación.

4.1. – Entre las cuestiones propuestas, había dos que podían parecer provocadoras: a través de la pregunta 3.4 se quería conocer, en un plano general, casos eventuales de recientes “deslizamientos” de ciertas materias desde el campo penal al campo disciplinario, mientras que la pregunta 3.2 era más específica y, si se quiere más... brutal, en cuanto que sugería la duda de que, precisamente en razón de las simplificaciones procesales que la vía disciplinaria puede suponer, ésta pueda ser utilizada como un tipo de justicia penal disfrazada (y “sumaria”) con el fin de imponer sanciones muy graves –hasta la pena capital- sin preocuparse demasiado de la salvaguardia de los derechos de la defensa y de las demás garantías de un “juicio justo”.

4.1.1. – En cuanto al primer aspecto del problema, las respuestas que he recibido son ampliamente tranquilizadoras, al menos desde el punto de vista (muy limitado) de esta relación. Un caso de deslizamiento desde el campo criminal al campo disciplinario es el señalado por el informe francés en materia de dopaje deportivo; sin embargo –y a reserva de su evaluación desde otros ángulos- no parece que pueda generar la preocupación a la que hacía alusión (y hay que destacar que en Italia se constata la vía inversa –retorno desde una sanción disciplinaria a la sanción penal- en relación con la misma materia).

4.1.2. – Respecto de la gravedad de las sanciones sometidas al “brazo disciplinario” el escenario es más variado.

Ningún informe apunta a la utilización de la vía disciplinaria como medio de infligir penas corporales (que, no obstante, deberían quedar excluidas de modo absoluto en virtud de las prohibiciones de los tratos crueles, inhumanos y degradantes formuladas por el art. 7 del Pacto ONU, art. 5.2 CADH, art. 3 CEDH).

En lo que concierne a la pena de muerte –cuya abolición por parte de todos los países del mundo me parece uno de los objetivos más esenciales de la vida de la AIDP- el informe chino (es decir, de un país en el que la sanción capital es prevista y aplicada en el ámbito del derecho penal) excluye su aplicación al menos por vía disciplinaria.

4.1.3. - La vía disciplinaria se utiliza, por contra, en muchos países para imponer sanciones restrictivas de la libertad personal o para endurecer las restricciones anteriormente impuestas. Son muchos los informes que ponen de manifiesto la actualidad de esta realidad, sobre todo en relación con militares (Chile, Francia, Grecia, Italia, México) y presos (Alemania y, últimamente, Francia e Italia).

A decir verdad, las Cortes internacionales van teniendo una influencia limitativa también en este punto. En particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de los casos *Engel y otros* (para los militares) y *Campbell y Fell* (para los reclusos) ha constatado violaciones del art. 6 CEDH en la medida en que la restricción de la libertad personal propia de sanciones semejantes pueda considerarse de tal intensidad que no pueda negársele el carácter de pena (de donde la necesidad de respeto integral de los principios del proceso justo, comenzando por la naturaleza jurisdiccional de la autoridad con poder de aplicar la sanción). En Austria –como ya se ha dicho- esta jurisprudencia ha jugado un papel decisivo de cara a la abolición de una forma particular de arresto militar (abolición, de otra parte, sancionada de modo definitivo por una sentencia de la Corte constitucional nacional), si bien el informe nacional señala que sigue existiendo en el ámbito penitenciario una (ulterior) medida disciplinaria restrictiva de la libertad personal.

Son destacables, finalmente, las consideraciones del informe chino, que nos informa de que en este país la ley no prevé la aplicación de sanciones de este tipo por vía disciplinaria, pero al mismo tiempo se queja de la distancia entre la ley y prácticas muy reprochables, como “restricciones de la libertad personal por la fuerza”.

4.1.4. – De otra parte, cuando no se trata de sanciones gravemente limitadoras de la libertad personal, hay que tener en cuenta que el mantenimiento de la sanción en el nivel disciplinario podría representar, en ciertos casos, una solución más favorable al propio interesado (por ejemplo, en cuanto a los antecedentes penales). En suma, las evaluaciones deben tener en cuenta la globalidad de lo que se encuentra en juego.

4.2. – Otros puntos merecerían nuestra atención en un plano preliminar, pero es preciso ya ocuparse de cuestiones más específicas que nuestro estudio debe abordar.

5. – A este respecto, admito de entrada que podría acusarse al cuestionario de cierta inversión lógica, pues no se coloca en primer término el tema del juicio justo. Con todo, si no cabe negar que la independencia y la imparcialidad del juez

sean garantías específicas, por otra parte inseparables de la noción de juicio justo, no es menos cierto que constituyen una suerte de plataforma sin la cual todo el edificio de reglas más propiamente procesales correría el riesgo de reducirse a una fachada simplemente formal, desprovista de verdadera eficacia. Es por ello que preferí comenzar por cuestiones relativas al estatuto del juez, incluida la duda en cuanto a la posibilidad de utilizar las nociones mismas de “juez disciplinario” y de “estatuto personal” en relación con las autoridades encargadas de pronunciarse sobre acusaciones disciplinarias y de imponer sanciones en este ámbito.

5.1. – En cuanto al primer aspecto, los datos suministrados por los relatores nacionales describen –en amplia mayoría– una especie de piel de leopardo: al lado de las autoridades a las que no cabe negar la calidad de jueces, hay casi en todos los sitios, otras que no tienen título alguno que les permita obtener reconocimiento análogo. Ciertos informes (en particular, el austriaco, el chileno, el francés, el holandés y también, al menos de un modo implícito, los informes alemán y belga) parecen subrayar en todo caso que la garantía de un estatuto personal, legalmente establecido, concierne también a individuos que no tienen la calidad de jueces y que, sin embargo, asumen también funciones disciplinarias. Por otra parte, se destaca a veces (cf. en particular los informes alemán y austriaco) que un remedio a la falta de calidad judicial de ciertas autoridades disciplinarias es la apertura de vías de recurso ante tribunales con plena calidad de jurisdicción independiente e imparcial. De modo inverso, con todo, la Corte constitucional italiana infiere la naturaleza jurisdiccional de una autoridad disciplinaria justamente del hecho de que la ley reconozca a los inculpados ante ella la facultad de recurrir en casación.

En cualquier caso, para un rechazo de carácter general de la posibilidad de hablar de “jurisdicciones disciplinarias” en su país, hay que remitirse al informe español, el cual destaca también la falta, en principio, de un estatuto personal específico de las personas que ejercen el poder disciplinario (sobre este último punto, cf. igualmente el informe polaco). Por su parte, los informes griegos y esloveno excluyen también, en términos generales, la calificación de “jurisdicción” para los órganos disciplinarios de sus países.

5.2. – Se trate o no de jueces propiamente dichos, se impone una exigencia fundamental: las personas y los cuerpos con competencia para imponer sanciones disciplinarias tienen que ser imparciales.

5.2.1. – Ciertamente, las respuestas recibidas parecen asegurar que en los países concernidos queda fuera de cuestión la exigencia de que las autoridades disciplinarias carezcan de intereses, propios o próximos al asunto. Pero, el problema de imparcialidad –que nadie excluye del círculo de características esenciales exigidas para el ejercicio de este poder– no se plantea tan sólo en estos términos.

Hay otros “signos” capaces de revelar una falta de imparcialidad, comenzando

por las tomas de posición públicas sobre el objeto del caso a decidir. Estamos ante el “impacto subjetivo” de la garantía, si queremos utilizar una noción usualmente empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo eco puede percibirse al leer la decisión del Consejo de Estado francés en materia de disciplina deportiva.

5.2.2. – Con todo, lo que constatamos de entrada es la influencia negativa que cierta mezcla funciones ejerce sobre la “resistencia” de la imparcialidad desde el punto de vista “objetivo”. No es por azar que como ejemplo de la aplicación del principio de imparcialidad (y de independencia) el informe belga mencione la regla en vigor en ese país, según la cual “los miembros del órgano que ha instruido la causa disciplinaria, no pueden participar a continuación en la toma de decisión”. La misma sensibilidad muestran los informes holandés y mexicano, así como el informe chileno, que por otra parte destaca en el seno del derecho de su país dos soluciones diferentes al problema: una, el reconocimiento de la necesidad de una separación de funciones (en esta línea, las leyes sobre función pública y sobre el ministerio público); la otra, la opuesta, en materia profesional. Muy severo, por su parte, el informe esloveno en cuanto a la confusión de roles en la figura del empresario. Y son destacables, siempre desde este ángulo, los desarrollos habidos en Francia, con inclusión de la declaración de la Asamblea plenaria de la Corte de casación que -leemos en el informe nacional- “ha llegado más lejos que la Corte europea al exigir que un procedimiento administrativo respete garantías jurisdiccionales”.

5.2.3. – No me gustaría, finalmente, olvidar un aspecto, puesto en evidencia por el informe austriaco: un excesivo escrúpulo de salvaguardia de la imparcialidad en su sentido más habitual, que lleva a desconfiar *a priori* de aquellas situaciones en las que el juez conoce personalmente al inculpado, llevaría probablemente al fin de toda autonomía del ámbito disciplinario en ciertos medios profesionales. Por tanto, este escrúpulo debería equilibrarse mediante la toma en consideración de las ventajas que esta autonomía relativa ofrece: el equilibrio podría hallarse en la composición “mixta” de los órganos en cuestión.

5.3. – En cuanto a los medios de enfrentarse a los riesgos de “parcialidad” en los procedimientos disciplinarios, más de un informe (por ejemplo, el austriaco y el español) subrayan la importancia de la facultad de recusación, reconocida al inculpado de una infracción disciplinaria: habitualmente como complementaria a la abstención por parte del mismo sujeto que se encuentra en situación de conflicto de intereses.

6. – Normalmente asociada a la garantía de imparcialidad por parte de las “Declaraciones de derechos” (cf. el art. 14.1 del Pacto ONU, art. 6.1 CEDH, art. 8.1 CADH), la independencia del juez es considerada –y no sin razón- su apoyo más sólido.

6.1. – A decir verdad en mi comentario avanzaba la duda de que la independencia no tenga por qué ser una de las garantías absolutamente indispensables para las autoridades competentes para la imposición de sanciones disciplinarias. No hace falta decir que hacía alusión a la independencia entendida en el sentido de la garantía típicamente exigida en un Estado de derecho para los jueces penales (y civiles); es decir, fundamentalmente, como ausencia de vinculación con otros poderes del Estado y, en particular, con el poder ejecutivo.

En este punto las respuestas presentan diferencias significativas.

El informe belga habla del “derecho a una jurisdicción *independiente* e imparcial” como un derecho que también corresponde al inculpado en el marco disciplinario, en cuanto expresión de un “principio general válido en todas las instancias jurisdiccionales”; el relator chileno subraya que en su país la independencia frente a los poderes estatales se encuentra “asegurada institucionalmente”, mientras que el informe alemán destaca de un lado que la Constitución de su país asegura la independencia e imparcialidad de los tribunales (incluidos los disciplinarios) y, de otra parte, que se asegura el recurso a una corte independiente respecto de las sanciones disciplinarias adoptadas por otras autoridades (sobre este último punto cf. también el informe austriaco). En cuanto al informe chino, subraya la independencia de las autoridades disciplinarias, como principio jurídico, si bien admite que la aplicación del principio no siempre es efectiva por falta de autonomía del sistema administrativo.

Otras respuestas confirman, sin embargo, la tendencia a excluir que la presencia de jurisdicciones disciplinarias, establecidas de un modo plenamente independiente a partir de las reglas de designación de sus miembros y sobre las demás condiciones necesarias, pueda ser suficiente para cubrir de un modo completo el arco de competencias de este ámbito. Al lado de órganos con estas características, existen en casi todos los lugares autoridades que emanan del mismo grupo que quiere aplicar su disciplina, a las que se confían competencias bien idénticas o análogas (lo que se refleja a menudo en una diferencia de procedimientos más o menos marcada, sin que la naturaleza disciplinaria de las sanciones se ponga en cuestión). A veces –a ello aludía más arriba– se trata de órganos disciplinarios “mixtos”, en cuyo seno jueces (o bien abogados) se mezclan con personas de la misma organización de la que el perseguido es miembro (o un subordinado).

6.2. – Ciertamente ni estas constataciones ni la duda de partida quieren subestimar la importancia de la garantía, sobre todo allí donde se trata de la “disciplina” de miembros de organizaciones con un “impacto público” (cf. el informe holandés) y, en particular, en el interior de las prisiones (cf. el informe austriaco). Tampoco en lo que concierne a los miembros de la judicatura, a propósito de la cual la independencia de quienes componen el órgano detentador del poder disciplinario parece una condición necesaria con el fin de garantizar la independencia de la

propia jurisdicción (esencial en cuanto tal para el Estado de derecho): lo que es puesto en evidencia no sólo por el informe italiano (que se refiere a la experiencia de la sección disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura, órgano cuya mayoría está formada por magistrados elegidos por sus colegas), sino también por los informes austriaco, francés, polaco.

Por su parte, el informe griego recuerda las competencias que la Constitución griega confía a órganos colegiados, independientes e imparciales, de suerte que el poder de las autoridades jerárquicas resulta por ello "atenuado... considerablemente", pero también se muestra atento a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en virtud de la cual "al hilo de los años, los márgenes reconocidos al poder ejecutivo han devenido más amplios y se han reducido las garantías de independencia de los consejos (de disciplina)".

6.3. – De otra parte, la independencia de las autoridades con poderes disciplinarios se afirma, como corresponde, sobre todo frente a la dirección del grupo al que pertenece o se encuentra sometido el inculpado: es por ello que, por ejemplo, el informe esloveno considera un progreso (aunque leve...), el hecho de que actualmente la comisión de disciplina de la policía sea nombrada por el ministro y no por el director general de la misma policía; mientras que el relator alemán, destaca, por el contrario, que en su país ciertas autoridades disciplinarias no sólo se encuentran obligadas a seguir directivas, sino que pueden ser reemplazadas por sus superiores jerárquicos.

El problema es grave, en particular cuando se trata de relaciones en el seno de cuerpos *privados* organizados jerárquicamente, como una empresa: cf. ulteriormente el informe esloveno, así como el informe polaco, el cual alude a la carencia de tutela legal derivada del hecho de que los estatutos "no estipulan que la relación de empleo de un miembro del panel o corte disciplinario goce de ninguna especial protección".

En cuanto a los cuerpos profesionales, respecto de los cuales el "juicio por los pares" conserva un considerable valor (cf. el informe francés y el informe italiano) la composición mixta del jurado puede asegurar un cierto equilibrio de los elementos en juego: el informe holandés lo pone de relieve a propósito de los colegios competentes para juzgar disciplinariamente a los psicólogos, que se encuentran integrados en parte por juristas y en parte por miembros de la profesión. Y es este mismo informe el que nos informa de la supervivencia de una forma singular de juicio colectivo en el sector de aves de corral, cuya asamblea ejerce por sí misma el poder disciplinario.

7. – Pasamos ahora a las reglas propiamente procesales.

A este respecto es primero conveniente repetir una afirmación ya realizada más arriba en cuanto a la necesidad de no pretender, para la justicia disciplinaria, una simple transposición de los principios establecidos en el campo de la justicia penal. Las diferencias serán siempre inevitables, tanto si se acepta la perspectiva

especialmente clarificada por el informe alemán (es decir, que se estima completamente legítimo, desde el punto de vista de los Estados nacionales, concebir un “modelo” procesal autónomo para el ámbito disciplinario) o bien si se quieren marcar más bien las analogías entre los dos tipos de justicia, expresiones la una y la otra de la justicia “represiva” (cf. en particular, el informe español).

De todos modos, nuestras investigaciones y debates tienen “sentido” justamente en la medida en que sea posible y deseable comprobar al mismo tiempo analogías y diferencias, sin olvidar la exigencia de reforzar, donde sea posible, las primeras... y sin desconocer, asimismo y una vez más, el riesgo de no ver sino una “justicia disciplinaria” allí donde lo que más bien hay es una *justicia penal disfrazada*.

7.1. – Es para exorcizar este riesgo y con vistas a asegurar las garantías del “juicio justo” a las personas perseguidas por medio de procedimientos disciplinarios con objetos particulares, que las jurisdicciones internacionales han dado una interpretación -amplia, en cierto aspectos- a la noción de “acusación en materia penal”: me refiero en particular, a la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos (mencionada arriba), a partir del caso *Engel y otros* de 1976, relativo a militares que habían sufrido una forma muy grave de limitación de la libertad personal (“si los Estados contratantes pudieran calificar a su gusto una infracción como disciplinaria en vez de penal, o perseguir al autor de una infracción ‘mixta’ por la vía disciplinaria con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 [de la CEDH, de los que la primera se refiere precisamente al “juicio justo”, mientras que la segunda expresa el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”] quedaría subordinado a su autoridad soberana”; e incluso: “En una sociedad ligada a la preeminencia del derecho, corresponden a la ‘materia penal’ las privaciones de libertad susceptibles de imponerse a título represivo, fuera de aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no puedan causar un perjuicio importante...” Cf. también para importantes desarrollos en materia penitenciaria, el caso *Campbell y Fell* (1980) y, entre otros, el caso *Ezeh y Connors* (2000). Por lo mismo, se ha mantenido una interpretación extensiva a propósito del “carácter civil” de un derecho o de una obligación, sobre todo en relación a la disciplina en el campo profesional (así, en particular, el caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyere* de 1981). Dos realidades a las que se refería mi comentario al cuestionario y a las que más de un relator ha prestado una cuidadosa atención.

7.1.1. – De hecho, esta jurisprudencia europea –a la que, en sí misma considerada, el informe griego otorga un amplio espacio- no ha dejado de tener consecuencias para la “vida vivida” del derecho disciplinario de los más diferentes países. En particular, el informe holandés subraya la importancia que tuvo en el desencadenamiento de una reforma legislativa en materia sanitaria, concebida precisamente para satisfacer los principios del “juicio justo” en el plano

de los procedimientos disciplinarios (aunque este mismo informe destaca que “todavía hay defectos en el sistema”). En cuanto al informe francés, nos muestra la influencia directa de la “doctrina Engel” y de las decisiones ulteriores en los contenciosos disciplinarios penitenciarios (a pesar de la contradicción detectada en lo relativo a la detención en celda disciplinaria) y sobre los contenciosos disciplinarios en materia bancaria y análoga; también se reconoce una gran influencia a la “doctrina Le Compte”, en cuanto que el art. 6,1 CEDH se estima aplicable a los asuntos en que la cuestión se centra en el ejercicio de una profesión, considerados por tanto de carácter “civil”; de otra parte, este mismo informe nos informa de la jurisprudencia restrictiva del Consejo de Estado -por lo demás en línea con el reciente caso *Pellegrin* del Tribunal Europeo- que excluye la aplicación del citado artículo a los casos de funcionarios públicos (incluidos los magistrados) en el ejercicio de sus funciones públicas con el fin de garantizar el interés general del Estado y de otros órganos públicos.

Otros informes –el alemán, italiano, polaco- destacan más bien el relieve que sus Constituciones nacionales otorgan por sí mismas a los principios del “juicio justo” y nos informan acerca de la aplicación que las respectivas Cortes constitucionales han hecho de ello en los procedimientos disciplinarios. Por su parte, el informe español pone de manifiesto los esfuerzos del *Tribunal Constitucional* de llegar a resultados similares, a pesar de la ausencia de disposiciones específicas en la Constitución, mientras que el informe belga recuerda una decisión de la Corte de casación –fecha en 1983-, decisiva para la “penetración” de las garantías del artículo 6 CEDH en el derecho de procedimiento disciplinario nacional. En cuanto a los informes austriaco y esloveno, recogen leyes disciplinarias que literalmente reconocen los principios en cuestión; la misma constatación fuera de Europa, en Chile. Por su parte el informe chino habla de que la “equidad sustancial es el fin del procedimiento disciplinario de la China de hoy”.

7.1.2. – El informe austriaco toca otro punto sensible, al que se refieren también muchos de los otros informes, desde uno u otro ángulo, o al menos con ocasión de la exposición de sus respectivos sistemas de justicia disciplinaria. En efecto, también en este ámbito podemos constatar el dualismo clásico entre procedimientos acusatorios y procedimientos inquisitorios, cuyas diferencias estructurales pueden ejercer una considerable influencia en las modalidades de aplicación de los principios en cuestión. El tema es ciertamente de gran interés y creo que en la discusión se abordará de manera adecuada. Es sin embargo cierto que las instancias internacionales –de nuevo, pienso en primer lugar en el Tribunal europeo de derechos humanos- no atribuyen habitualmente una importancia decisiva al citado dualismo, en cuanto a la aplicación de los principios del juicio justo ni cuando se trata del proceso penal propiamente dicho. Lo que queda fuera de cuestión es que ciertas exigencias no deberían ser violadas, al menos desde el punto de vista de la implementación de un estándar

mínimo de igualdad de armas y contradicción.

7.1.3. - Naturalmente, todo procedimiento disciplinario ha de ser apreciado en su conjunto con el fin de deducir si se trata o no de un procedimiento “justo” o “injusto”: así lo destaca el informe belga de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal europeo relativa a la justicia civil y penal.

7.2. – Consagrada a menudo por las Constituciones nacionales –bien en la forma de la Declaración universal (art. 11) y de las convenciones internacionales de derechos humanos (art. 14.2 del Pacto de la ONU, art. 8.2 CADH, art. 6.2 CEDH), bien en versiones menos clásicas (cf. por ejemplo, la Constitución italiana, según la cual el acusado “*no es considerado culpable* hasta la sentencia firme”)- la presunción de inocencia no parece encontrar dificultades para su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios, aun cuando éstos no sean específicamente tenidos en consideración por los textos constitucionales.

En relación con Polonia y España, se subrayan tomas de posición notables por parte de las jurisdicciones constitucionales, añadiendo el relator español que el reconocimiento alcanza no sólo en lo que concierne al núcleo duro de la presunción –es decir, el “*in dubio pro reo*”- sino también a la exclusión de la prueba inadmisibles [“*de valoración prohibida*”], así como al limitado valor de la prueba *de auditu* y del testimonio del coimputado. Además, en España la ley de la función pública proclama expresamente el principio, pero no es sólo en este país donde se han formulado textos en materia disciplinaria en esta línea: cf. para otros ejemplos, los informes francés griego, holandés; de otra parte, también allá donde resultaría más difícil encontrar reconocimientos expresos (Alemania, Austria, Chile, Eslovenia) los informes ponen de manifiesto que la presunción es no obstante efectiva, de hecho, en el ámbito disciplinario. El informe mexicano, por su parte, desearía un reconocimiento legal más explícito.

7.3. – Tiempo y justicia ... La “duración razonable” de los procedimientos (cf. art. 6.1 CEDH y art. 8.1 CADH, así como art. 14.3.c del Pacto ONU) es sin duda una de las garantías más perceptibles a nivel de la conciencia colectiva de la población. Sin embargo, es una de las menos fáciles a satisfacer de un modo seguro a través de los medios tradicionales que las leyes procesales ofrecen (prohibiciones, nulidades, eliminación de prueba...).

A decir verdad, los relatores nacionales reconocen en general que el principio es tenido en cuenta en sus países precisamente como un principio (sólo el informe español prefiere abordar el problema subrayando que ni los textos ni la jurisprudencia constitucional se inclinan a reconocerle relevancia). Sin embargo, es igualmente de orden general la constatación de la existencia de márgenes muy inciertos en cuanto a su aplicación.

A menudo –cf. los informes belga, chino, griego, polaco y el propio informe español- el acento se pone sobre el papel positivo que la prescripción de la acción disciplinaria puede jugar como remedio a las inercias de las autoridades; con todo, es también cierto que, aun cuando el mecanismo pueda presentar una

fuerza disuasoria, no ofrece nunca una solución real al problema de fondo (sin contar con que el propio inculpado podría verse tentado en prolongar artificialmente un procedimiento para beneficiarse de una prescripción al alcance de la mano). Se destaca igualmente la ayuda ofrecida por la previsión de plazos breves para el cumplimiento de tal o cual acto o tal o cual paso (cf. en particular, el informe chileno y el informe italiano).

En todo caso, no cabe negar que el carácter “razonable” de la duración de un procedimiento “no ha de apreciarse *in abstracto*, sino de acuerdo con las circunstancias propias de cada causa”: en estos términos, el informe belga, mientras que el informe holandés destaca que, “allá donde los intereses concernidos son más débiles, como en el caso de la organización de cría de aves, la celeridad de los juicios se subraya menos”.

No olvidaremos tampoco las fórmulas “pedagógicas” de puesta en guardia que la ley puede elaborar para animar a los jueces y autoridades de persecución a ser diligentes (informes francés y esloveno). Con todo, y en definitiva, no es menos cierto, en mi opinión, que la meta de duración razonable de un procedimiento exige esencialmente la organización de estructuras que apoyen la abnegación de las personas, sin las cuales sería ilusorio confiar demasiado en normas abstractas: se trate de procesos penales o disciplinarios...

8. – Las convenciones internacionales no se ocupan directamente ni de las modalidades de desencadenamiento de la persecución penal ni de las autoridades a las que los diferentes sistemas nacionales confían el poder de perseguir y/o de investigación (en forma de encuesta y/o instrucción preparatoria). Sin embargo, la jurisprudencia internacional –pienso en particular en diversas sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos- no ha dudado en declarar violaciones de los principios del “juicio justo” y de la imparcialidad del juez cuando ha constatado una marcada confusión de funciones en la misma persona, investida tanto con estos poderes y con poderes de decisión.

8.1. – También a este respecto la influencia de esta jurisprudencia resulta a veces perceptible en el campo de nuestra investigación. Por ejemplo, el informe griego hace alusión explícita a ello, al referirse a la jurisprudencia del Consejo de Estado griego, añadiendo que la violación de la regla de separación (reconocida consiguientemente) supone el derecho a la recusación del juez. Igualmente significativo es el informe francés cuando menciona un reciente cambio legislativo que ha separado la función decisoria de las funciones de persecución en lo que concierne a los procedimientos ante autoridades administrativas independientes; con todo, según este mismo informe, la implementación del principio (tal y como se reconoce en el campo penal), no es sino parcial y en cierta medida, paradójica, puesto que continúan dándose otras situaciones de mezcla de funciones en derecho de la empresa y en derecho penitenciario.

En Polonia y en China son evidentes los movimientos en favor de una aplicación más amplia del principio de separación, mientras que el informe belga señala una particular interdicción de la acumulación de funciones a propósito de la disciplina de los órdenes profesionales. Muy marcada, en favor del principio de separación, sería la opción de la legislación mexicana. Fuera de ello, el principio de separación está lejos de generalizarse: cf. los informes alemán, austriaco, italiano, holandés, así como el informe español (éste destaca una tendencia análoga, pero sólo en cuanto a las relaciones entre el poder de apertura del proceso y el poder de decisión, a veces acumulados en las mismas personas, mientras que el principio de separación está en vigor en las relaciones entre este poder y el poder de instruir). Por su parte, el informe esloveno, al mismo tiempo que destaca que en la legislación nacional este principio -entendido como expresión primaria del rechazo al modelo de proceso inquisitivo- constituye la regla, formula una crítica severa a propósito de la excepción que sufre en el ámbito del derecho del trabajo. En cuanto al informe chileno, pone de manifiesto otro punto sensible, cuando denuncia aquellos casos en los que la separación parece asegurada de un modo teórico, pero en realidad las personas a las que se confían los poderes en cuestión pertenecen, ambas, a la misma organización, estando una subordinada a la otra.

8.2. - Unas pocas palabras, finalmente, a propósito del papel de la posición de la víctima, en la medida en que ciertos sistemas legales le reconocen el poder de condicionar, mediante sus quejas, el desencadenamiento de la persecución penal y, a veces, de llevar por sí misma un asunto penal ante el tribunal. A causa de la naturaleza de los hechos normalmente enjuiciados a nivel disciplinario, es comprensible que este personaje no tenga aquí el relieve que se le reconoce de un modo más o menos amplio en relación con el proceso penal (testimonio explícito en este sentido en el informe griego). Con todo, hay situaciones particulares en las que el procedimiento disciplinario toma en consideración los intereses de la persona dañada por la infracción: cf. el informe francés que menciona una muy reciente ley de regulación de los procedimientos disciplinarios en materia médica, la cual va más allá del reconocimiento a la víctima de un derecho a querrelarse, hasta a hacer del paciente una verdadera parte acusadora (aun cuando se subraye al mismo tiempo que esta acción sólo tiene un carácter vindicativo, sin que la víctima pueda reclamar en esta sede la reparación o indemnización).

9. - El principio "*audiatur et altera pars*" parecería quedar fuera de cuestión en casi todos los sitios, al menos si lo entendemos en su sentido mínimo, es decir, como prohibición de imposición de una sanción sin haber escuchado las razones del acusado.

9.1. - Encontramos su enunciación sin reservas en el informe chileno, pero su importancia se subraya igualmente en los informes español (que hace referencia tanto a las leyes especiales sectoriales como a la ley aplicable en general a toda

suerte de “*procedimientos sancionadores*”), belga (que se apoya directamente en la Convención europea de derechos humanos, pero excluye la necesidad de una audiencia directa, estimando suficiente la presentación de defensas escritas), francés (que subraya cómo el principio es igualmente válido en los casos en que el contencioso no afecta al art. 6 de la CEDH), así como el griego (el cual añade que, según el estatuto de los funcionarios públicos, la acción disciplinaria propiamente dicha no comienza sino por la convocatoria del interesado ante el órgano competente o tras su reenvío al Consejo del Servicio), polaco (aunque éste observe que la envergadura práctica del principio sea “enormemente reducida” cuando la autoridad de enjuiciamiento actúa simultáneamente como autoridad de persecución y hasta si en estas situaciones la ley acentúa la obligación de tomar también en consideración los argumentos que apoyan al acusado), esloveno (que menciona entre otros un pronunciamiento de la Corte Suprema según el cual la violación del derecho a ser escuchado justifica la anulación del juicio), alemán (con referencia a la misma Constitución), austriaco (que pone de manifiesto el respeto general del principio, garantizado la mayoría de las veces por la ley), holandés (que no se olvida de destacar cómo la “audiencia” puede, en realidad, traducirse en la formulación de una defensa escrita y que añade que a veces la comparecencia personal es, no sólo un derecho, sino también un deber), chino y mexicano. Sólo el informe italiano parece señalar la existencia de algunas excepciones, hasta el “caso límite” de los estatutos de la Federación italiana de fútbol, que establece que las decisiones de los jueces deportivos con competencia en primera instancia sobre ciertas materias se adoptan sin que los interesados tengan el derecho a ser oídos.

9.2. - Más matizada es la escena si se atiende al derecho del acusado a ser informado en el plazo más corto y de un modo detallado sobre la naturaleza y causa de los cargos contra él (art. 14.3.a del Pacto ONU, art. 6.3.a CEDH, art. 8.2.b CADH)- así como al derecho a gozar del tiempo y de los medios necesarios para la preparación de su defensa (art. 14.3.b del Pacto ONU, art. 6.3.b CEDH, art. 8.2.c CADH).

A decir verdad, queda generalmente fuera de cuestión el que la persona sometida al procedimiento disciplinario deba ser informada de los *hechos* de los que se le acusa y su calificación: en principio, por escrito (cf. en particular los informes español, polaco, esloveno; pero para ciertas hipótesis basta una comunicación oral, así el informe italiano); en cuanto al relator alemán precisa que en caso de omisión o incongruencia de la información, está absolutamente prohibida su utilización. Por su parte, otros informes (Polonia, Eslovenia) añaden que -sea en general, sea como *lex specialis* que sólo afecta a ciertos sectores particulares- el deber de suministrar información se extiende también a las pruebas de cargo.

En Francia, en cierta medida se va más lejos (sobre todo en relación con la represión disciplinaria por parte de las administraciones públicas contra sus

funcionarios, que tienen derecho a una “comunicación personal y confidencial de todas las notas, hojas informativas y documentos que componen el dossier”) y en Holanda (donde el acusado puede ver siempre los documentos). Con todo, en estos dos países, también se dan otras situaciones menos satisfactorias: sea porque, por el contrario, ciertos procedimientos disciplinarios no aseguran de un modo obligatorio la comunicación a tiempo de los cargos (Francia, en relación con procedimientos disciplinarios contra los empleados de empresas privadas), sea porque los informes de expertos no se comunican antes de la audiencia aun cuando puedan jugar un papel decisivo (Holanda, a propósito de los procedimientos disciplinarios contra los médicos). Más en general, el informe belga se queja del hecho de que la Corte de casación se haya negado a aplicar el art. 6.3. a y b CEDH a un procedimiento disciplinario abierto con base en la infracción de reglas deontológicas y que podía llevar a la suspensión del derecho de ejercer la profesión.

9.3. - En cuanto a las modificaciones e integración de las acusaciones, sólo una minoría de informes (Bélgica, Polonia, Eslovenia) señalan de manera explícita la obligación de comunicarlas, no pudiendo pronunciarse la condena a falta de ello. Por su parte, el informe holandés presenta una situación bastante diferenciada, pero subraya que en general no hay obligación paralela en los procedimientos disciplinarios concernidos.

9.4. - La mayor parte de los informes abordan también el problema del tiempo que el acusado debe tener a su disposición para preparar su defensa, desde que conozca los cargos contra él. Desde este prisma, la situación se describe en general como crítica por parte del informe chileno (que califica a los plazos pertinentes de “muy cortos”). Por el contrario, el informe español expresa una plena satisfacción por lo que respecta a las reglas generales que aseguran un doble plazo de 15 días, respectivamente, para notificar los cargos al inculpado y para permitirle proponer pruebas en su descargo y presentar su defensa. Desde este punto de vista, el cuidado por garantizar los derechos del inculpado también se deriva de los informes austriaco, griego, mexicano, esloveno, mientras que el informe holandés, aunque subraya que las acusaciones se comunican “siempre” al interesado con anterioridad a la audiencia, pone de manifiesto la considerable variedad de los plazos establecidos (pues el plazo puede reducirse a 24 horas en los procedimientos disciplinarios militares, pero se fija en al menos 14 días en los procedimientos que tienen lugar en el ámbito de las organizaciones económicas); en cuanto al informe polaco, destaca la ausencia de una previsión general de plazo, recogiendo la gama de plazos previstos en el seno de la organizaciones profesionales. Una considerable variedad de plazos se da igualmente en Italia y en Francia (cuyo informe se expresa en términos críticos en cuanto a la brevedad de algunos de ellos). Finalmente, el informe alemán señala que, en relación con funcionarios y militares, “la información sobre la iniciación del procedimiento disciplinario no es inicialmente necesaria”, si bien “el inculpado deberá ser

escuchado lo antes posible sin poner en peligro la finalidad de la investigación”.

10. - El derecho a la defensa -consagrado en lo que concierne al proceso penal, por todas las convenciones de salvaguarda de los derechos humanos (cf. art. 14.3.d del Pacto ONU, art. 8.2.d-e CADH, art. 6.3.c CEDH)- parece presentar dificultades en cuanto a su completa confirmación en el ámbito de la justicia disciplinaria.

10.1. - En Francia, sólo desde el año 2000, en virtud de una ley *ad hoc*, se reconoce el principio para los internos. En Grecia, es sólo gracias a la jurisprudencia que han podido superarse ciertos impasses. Por lo demás, sigue habiendo restricciones incluso bajo aspectos particulares: cf. el informe alemán a propósito de ciertas ramas del procedimiento disciplinario militar. En lo que concierne a Italia y España, la asistencia del defensor no queda asegurada en términos generales, sin que las jurisdicciones constitucionales consideren que esto suponga una violación de los derechos fundamentales.

10.2. - En cuanto a las modalidades de designación del defensor, el derecho a su libre elección por parte del acusado es presentado casi siempre como regla: sin embargo, el informe holandés da cuenta de una reserva válida para los sectores disciplinarios médico y militar, a propósito de situaciones en que la libre elección podría provocar retrasos injustificables del procedimiento (por ejemplo -supongiendo que el abogado designado se encuentra en el extranjero en un largo viaje). Otros informes (Chile, México y -con ulteriores desarrollos- Polonia) hacen también referencia a una designación de oficio por la corte, en defecto de libre designación por el interesado. Por contra, en China, la asistencia jurídica no se considera necesaria en los procedimientos disciplinarios (a diferencia de en los procesos penales) en razón de su simplicidad y de la levedad de las sanciones.

10.3. - Hay informaciones interesantes a propósito del círculo en cuyo interior puede concretarse la elección. Aquí la simple transposición de un principio indiscutido para el proceso penal (defensor = abogado) no puede concebirse como un principio absoluto: sobre todo en ciertos medios (p.e. en el ejército), el conocimiento personal del inculcado y la familiaridad con lo “específico” del medio se revela hasta más útil que el dominio de los códigos y leyes. Sin embargo, una cosa es la ampliación de las posibilidades de elección, admitiendo que el interesado *tenga la facultad* de ser asistido por un colega de su elección en lugar de por un abogado y otra cosa es la restricción forzada de opciones (como, por ejemplo, la exclusión de los abogados del ámbito del que ha de elegirse el defensor).

El informe chileno traza una distinción entre situaciones en que no existe ninguna restricción a la elección y situaciones en que el defensor debe ser un miembro de la misma institución que el acusado (Fuerzas Armadas). Igualmente el informe austriaco nos informa de que, “excepcionalmente”, el derecho de elección se limita a los miembros de la misma profesión (abogados en prácticas), mientras

que normalmente se exige que el interesado pueda elegir entre un abogado y un miembro de su profesión. La relación regla-excepción se invierte en Polonia, donde sólo “excepcionalmente” el defensor puede ser una persona elegida de fuera de la profesión (generalmente, con todo, un abogado).

En Alemania, el defensor es normalmente un abogado (a veces, a elegir de entre listas especializadas) y la posibilidad de elegir un defensor o un mandatario de otro tipo (por ejemplo, un militar en los procedimientos disciplinarios de las fuerzas armadas) constituye una opción ulterior para el inculpado, mientras que en Italia los militares sometidos a un procedimiento disciplinario no pueden ser asistidos sino por colegas. En cuanto al informe esloveno, subraya el derecho de los funcionarios públicos a servirse como defensores de los miembros de sindicatos. El derecho italiano muestra un enfoque similar, en la medida en que los trabajadores de empresas privadas pueden verse asistidos por el sindicato al que pertenecen. También en derecho francés, que abre la posibilidad de asistencia por un sindicalista o un especialista en medicina industrial (pero la opción se limita a la lista establecida por la administración). Además, en Francia, la reforma mencionada más arriba ha establecido una regulación detallada de la facultad, reconocida a los presos, de utilizar mandatarios sometidos a un estatuto especial de incapacidades e incompatibilidades (el informe francés subraya, sin embargo, que la mayoría de los internos prefiere ser asistido por un abogado). Finalmente, hay que mencionar una sentencia muy reciente de la Corte constitucional italiana que ha abolido el deber, de los jueces y fiscales italianos, de nombrar a un colega para la asistencia durante el enjuiciamiento ante el Consejo Superior de la Magistratura: de ahora en adelante tendrán también derecho a abogado.

10.4. – Un último comentario concierne en particular a la singularidad de una situación que caracteriza también al derecho italiano, cuyo código procesal penal establece -con apoyo explícito de la Corte constitucional- la exclusión absoluta de la facultad de defenderse por sí mismo (algo generalmente reconocido en los demás sistemas jurídicos europeos, bien como regla o como excepción). Sin embargo, en materia disciplinaria es la propia Corte constitucional la que, en ocasiones, ha justificado en Italia la inadmisibilidad de la autodefensa: por ejemplo, en casos de juicio contra un magistrado ante el Consejo Superior de la Magistratura.

11. – La materia de prueba nos muestra numerosos ejemplos de expansión de ciertos principios desde el ámbito del proceso penal al de los procedimientos disciplinarios.

11.1. - Este es, en primer término, el caso del principio de “íntima convicción” (que debe entenderse aquí en su sentido más ortodoxo como respeto de la libertad del juez en la apreciación de las pruebas legalmente recogidas, y no como sinónimo de licencia, para el juez, de utilizar cualquier prueba, incluso

obtenida *contra legem*); y es el caso, sobre todo, de la necesidad de que se pruebe la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”. A decir verdad, las convenciones internacionales de salvaguarda de los derechos humanos no se ocupan expresamente de estos temas. Sin embargo, son principios generales, implicados de manera más o menos directa en la noción de “juicio justo” y, en lo que concierne a la carga de la prueba, en la presunción de inocencia.

En cuanto al primero de los principios, sólo el informe español revela la existencia de una jurisprudencia dividida entre una línea favorable a su aplicación íntegra (a la que se adhiere el propio relator) y una tendencia opuesta que se inclina, todavía, a la utilización del criterio de prueba legal. En los demás países, la primera de estas líneas parecería fuera de cuestión, sea en virtud de la extensión directa de una regla establecida para el proceso penal (p.e. Grecia), sea con base en otros fundamentos (Alemania, Bélgica, Chile, Francia).

En lo que concierne a la carga de la prueba, el informe esloveno nos deja con dudas sobre el respeto del *in dubio pro reo* en los procedimientos disciplinarios de su país, donde el estándar de prueba parece inferior a lo requerido por el principio de “más allá de toda duda razonable”. Por contra, este principio se reconoce como plenamente aplicable al sector disciplinario: en Polonia (precisamente en virtud de una expansión directa de lo que se prevé expresamente para el proceso penal), en Alemania (como consecuencia de reglas particulares para los diferentes ámbitos concernidos), en Austria (aunque este informe admite que no lo prevé ninguna disposición). Por su parte, el informe holandés sugiere una distinción entre procedimientos disciplinarios “más punitivos y disuasivos” y el caso de disciplina como parte del derecho de negocios (en relación con el cual la carga de la acusación sería menos pesada). Notable, pero contestable y contestada, la solución prevista por el derecho italiano a propósito de los magistrados: si no hay prueba plena de la responsabilidad disciplinaria, el colegio disciplinario puede abrir una forma de procedimiento diferente, que lleva al traslado (forzoso) del magistrado si éste aparece privado de la consideración y de la estima propias de la función judicial donde la ejerce.

11.2. – Sin ninguna duda, las convenciones internacionales son categóricas (cf. art. 14.3 e PIDCP, art. 6.3 d CEDH. art. 8.2.f CADH) en relación con otro capítulo esencial del “derecho de prueba”, esto es, a propósito del derecho del acusado a contestar las declaraciones de los testigos de cargo, así como a obtener la convocatoria y la audición de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Su eco se percibe claramente en los desarrollos de nuestro tema que nos aportan muchos relatores. Cf., en general, el informe español (que menciona expresamente las reglas de la CEDH y del PIDCP como igualmente obligatorias en el campo disciplinario), el informe griego (que hace estado de un perfecto paralelismo con el proceso penal), el informe esloveno (que, por contra, se inclina

a la utilización de reglas del código procesal civil) y el informe mexicano; más específicos, el informe austriaco (en cuanto a la obligación de las autoridades disciplinarias, de tener en cuenta las pruebas de descargo en las mismas condiciones que las pruebas de cargo), el informe alemán (a propósito de procedimientos contra funcionarios públicos, cuyo derecho de confrontar personalmente los testigos de cargo no podría verse limitado salvo por importantes razones –como la salvaguarda de los intereses de terceras personas–, mientras que no debe haber limitación alguna a la participación del abogado) y el informe holandés (que subraya, con todo, que las preguntas a los testigos se plantean a través de un miembro de la jurisdicción disciplinaria). Insuficiencias de tutela son señaladas por el informe polaco (en relación con los procedimientos que pueden desarrollarse en ausencia del acusado), el informe chileno (que se queja de que el derecho a contra interrogar a los testigos de cargo –nunca consagrado de manera explícita por las leyes nacionales en materia disciplinaria– es formalmente rechazado por el Estatuto de los funcionarios públicos así como por el Reglamento disciplinario de las Fuerzas Armadas) y por el informe italiano. En lo que concierne a Francia, el informe nacional subraya la paradoja derivada del hecho de que la posibilidad de examinar testigos se prevea en mayor medida en el seno de ciertos procedimientos disciplinarios que tienen que ver con derechos y obligaciones de carácter civil (dentro de la CEDH), que en procedimientos disciplinarios asimilables a los procesos penales (como el procedimiento disciplinario penitenciario y ante autoridades administrativas independientes).

11.3. – En cuanto a los demás aspectos que tienen que ver con el problema de la prueba, los informes nacionales ponen generalmente en evidencia la pluralidad de medios de prueba que la persona perseguida tiene a su disposición en el marco disciplinario: pluralidad que no sería, en principio, menos rica que en el plano penal (la impresión no se ve tampoco desmentida en aquellos países –p.e. Alemania, Eslovenia– en que el sistema se rige por la *Inquisitio maxima*). Se señalan con todo ciertas limitaciones. Por ejemplo, el informe austriaco nos enseña que la disciplina militar y la disciplina penitenciaria constituyen una excepción a la regla de la más amplia facultad de solicitud de medios de prueba (al menos durante el enjuiciamiento conducido en forma de procesos contradictorios), el informe francés se queja de la ausencia de textos que confieran a la persona perseguida la capacidad de obtener el nombramiento de peritos; por su parte, el informe alemán subraya el poder discrecional del que las autoridades disciplinarias disponen para rechazar las propuestas de prueba, mientras que el informe polaco destaca, entre otras, que en los procedimientos de tipo inquisitivo el acusado sólo es oído durante la investigación (es decir, a menudo, por una persona distinta de la que tiene el poder de decidir la causa). En cuanto al informe italiano, constata que, en general, las fuentes normativas no se preocupan de enumerar los diferentes medios de prueba que el inculgado

puede solicitar: dejando al margen una previsión limitativa para el ámbito sanitario –donde se excluye expresamente la ayuda de un experto, salvo en casos particulares- los textos se limitan, frecuentemente, a declarar el derecho del acusado a declararse inocente, sin regular las formas, añadiendo más bien que tiene la facultad de presentar informes, documentos, instancias.

Desde otro ángulo, el informe holandés destaca más bien la facultad, de la que goza el inculpado que se defiende por escrito, de presentar declaraciones escritas de testigos de descargo. Interesante, aunque singular, una regla del Estatuto griego de funcionarios públicos, que obliga al juez de instrucción disciplinario al examen de un número mínimo de testigos de descargo.

11.4. – Punto particularmente sensible, finalmente, el problema del acceso, por parte de la persona perseguida, a los datos de que dispone la autoridad, a menudo decisivos para la definición del asunto. No se trata solamente del dossier construido durante la fase de investigación del mismo procedimiento disciplinario; aunque importante, el acceso a este dossier podría no ser suficiente si la prueba de la inocencia se esconde en el interior de otras piezas guardadas por la administración.

El derecho de acceso se diría reconocido sin excepciones en Grecia, en México, en Eslovenia (al menos en lo que concierne a los funcionarios públicos). Un juego complejo de excepciones a la regla del libre acceso caracteriza por contra al sistema alemán (en cuyo seno el procedimiento disciplinario militar destaca por sus más severas limitaciones). En cuanto a Austria, el relator subraya el derecho del inculpado y de su abogado de ver el dossier del procedimiento disciplinario (añadiendo que la autoridad disciplinaria puede sustraer piezas al conocimiento de la defensa, si bien esas piezas no podrán ser utilizadas como base de una condena); en la misma línea, el informe chileno constata que en los procedimientos disciplinarios militares los datos no pueden ser conocidos sino tras la conclusión de la investigación; reglas particularmente detalladas, pero en definitiva ligadas principalmente al papel del secreto de la investigación, se establecen en Polonia.

Ciertos informes prestan especial atención al problema de los datos de descargo que podrían ser “ocultados” por la administración: así, el informe francés (que señala el derecho a la comunicación de la integridad del dossier individual, del que gozan los funcionarios públicos, que pueden conocer a través de ello todos los datos de que dispone el titular del poder disciplinario), el informe holandés (que, por contra, constata que, junto a una regla sobre el derecho de acceso, en la mayor parte de los casos, al dossier de la investigación, no se prevé en favor del inculpado en el ámbito disciplinario el derecho a obtener otros documentos del titular del poder disciplinario) y, en particular, el informe español, que transcribe íntegramente un texto consagrado de manera específica y muy detallada al problema. Por lo que respecta a Italia, el derecho de acceso se reconoce actualmente a nivel de las reglas generales de las relaciones entre los

particulares y la función pública: lo que debería asegurar su aplicación también en el marco de los procedimientos disciplinarios relativos a esta función.

11.5. – En resumen, es innegable que, desde múltiples aspectos, la fragmentación de lo que me tomo la libertad en llamar “derecho de prueba disciplinaria” aparece muy marcada. De otra parte, son los propios procesos penales los que presentan considerables diferencias en lo concerniente a estos problemas: diferencias que la obligación de fidelidad a los compromisos derivados de las convenciones internacionales de salvaguardia de los derechos humanos no suaviza más que en cierta medida y en algunos aspectos.

12. – Una escena bastante variada se dibuja también a propósito de la cuestión de la publicidad del procedimiento, en particular, de las vistas de enjuiciamiento.

12.1. - Sólo los informes latino-americanos dan respuestas determinantes a las cuestiones suscitadas. Sin embargo, se trata de respuestas antitéticas: en Chile no se admite nunca la publicidad en los procedimientos disciplinarios; por el contrario, en México, se define como una regla que no sufre ninguna excepción. En los demás sitios la situación parece más cargada de matices.

En cualquier caso, debemos subrayar la importancia de las tomas de posición de las más altas jurisdicciones nacionales: como la sentencia del *Tribunal Constitucional* español, contraria a admitir que el derecho constitucional a la publicidad del proceso se aplique plenamente a los procedimientos disciplinarios (esta sentencia, con todo, no impide al relator español considerar, en este punto, satisfactoria la situación general, con base en el alcance del derecho en materia de administración pública); también, por otra parte, la evolución de la jurisprudencia francesa que, en relación con la del Tribunal europeo de derechos humanos, ha creado un marco sobre el que el relator nacional puede escribir que “al menos a nivel de la apelación, el principio es la publicidad de las vistas, siendo la excepción la puerta cerrada”. También la publicidad de las vistas disciplinarias es la regla en Grecia. Situación inversa en Polonia, donde la mayor parte de los procedimientos disciplinarios (y no sólo los procedimientos “inquisitorios”) se desarrollan en secreto, así como en Austria (que conoce, sin embargo, la publicidad de una “tercera instancia” disciplinaria). En cuanto al informe italiano, señala casos (en particular, en lo que concierne al procedimiento disciplinario contra abogados) donde la publicidad, negada en primera instancia, caracteriza, sin embargo, al enjuiciamiento en segunda instancia (sin olvidar, la reciente abolición de una regla tradicional, que imponía la puerta cerrada en el procedimiento disciplinario contra magistrados). En otros países publicidad y puerta cerrada son soluciones que parecen aplicarse regularmente según cuáles sean las materias afectadas: así, en Holanda y Alemania. Por su parte, el informe esloveno nos informa de la actual ausencia de una regla expresa de publicidad (anteriormente previstas), sin renunciar, con todo, a una exégesis que lleve a extender al ámbito disciplinario la regla de (relativa) publicidad en los términos

enunciados por el código procesal civil. Por fin, el informe chino nos informa de las tendencias de ciertos procedimientos disciplinarios a abrirse al principio de publicidad.

12.2. – Más de un relator nacional subraya la total insignificancia de las preferencias del acusado en cuanto a la admisión o exclusión de la publicidad de los procedimientos disciplinarios (cf., en particular, los informes chino, griego y polaco). La actitud del acusado a este respecto parece tener, por su parte, una gran importancia en Holanda, pero también se muestran ejemplos de atención en este mismo sentido en Alemania, Bélgica, Eslovenia: sea porque la renuncia de la parte privada a la publicidad se reconoce como algo decisivo, sea, a la inversa, porque el propio acusado tiene el derecho a ser oído en cuanto a su voluntad de publicidad.

12.3. - En mi opinión, el hecho de que la publicidad no sea la regla en derecho disciplinario no es, en principio, una razón para escandalizarse: por otra parte, entre las garantías inherentes o conexas a la noción de “juicio justo”, la publicidad se caracteriza, hasta en los textos internacionales, por las numerosas excepciones que se oponen a la regla (cf. art. 14.1 del Pacto, art. 8.5 CADH, art. 6.1 CEDH): no es, por tanto, por azar que algunos informes (por ejemplo, el belga) mencionan estas mismas excepciones como excepciones válidas en el procedimiento disciplinario. Dicho esto, es preciso, sin embargo, añadir que el rechazo *ex auctoritate* de la publicidad –tanto si se trata de una disposición imperativa de la ley o del reglamento, como si la opción entre publicidad y “puerta cerrada” resulta remitida al arbitrio del “juez” disciplinario- no es algo que hoy en día deba admitirse de manera espontánea.

En todo caso, la publicidad debería ser la regla (a reserva de las excepciones previstas por las fuentes internacionales en cuanto a las propias vistas penales), cuando la sanción “disciplinaria” no sea en realidad sino una sanción penal disfrazada. Pero hay también otras situaciones en que el secreto del procedimiento, impuesto por la autoridad, podría suscitar molestas cuestiones: son los casos en que el procedimiento disciplinario se inscribe en un ámbito que, según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, se considera concerniente a derechos de naturaleza “civil”: como la organización de ciertas profesiones.

12.4. – Añadiré que es cierto que las razones a favor de la publicidad son, *in abstracto*, de orden público (cf. el informe griego y el informe polaco). Con todo, estimo que la voluntad de la persona sometida al procedimiento no debería ser ignorada: ni cuando el interesado solicita que se autorice la publicidad ni -yo diría que con mayor razón- cuando desea el secreto y en defecto de un verdadero interés público en favor de la publicidad. Desde la segunda perspectiva, son las propias convenciones internacionales las que tienen en cuenta las razones de los particulares, incluso en los procesos penales y civiles, al referirse a la protección de la vida privada de las partes del proceso e, implícitamente -desde el prisma

del interés de la justicia-, al respeto del secreto profesional (un comentario en este sentido en el informe francés).

Además, se podrá estar de acuerdo en el hecho de que la última palabra a este respecto quede en manos del juez. Pero encuentro también razonable la solución apuntada por el informe austriaco, que alude a la facultad, reconocida habitualmente al inculpado, de obtener la presencia de dos o tres personas de confianza en una audiencia no pública.

13. – Vamos a abordar a continuación otros aspectos del tema, con una mayor o menor conexión con los precedentes.

13.1. – En primer lugar, el problema de la exposición de los motivos de la decisión. A decir verdad, ni la Convención europea ni la Convención americana de derechos humanos, ni el Pacto de la ONU sobre derechos civiles y políticos lo mencionan expresamente como objeto de un derecho fundamental del perseguido por una acusación de carácter penal; con todo, el Tribunal europeo de Estrasburgo lo reconoce como un elemento esencial del “juicio justo”. Por ello se llamó la atención de los relatores nacionales sobre este punto; éstos han dado en su mayoría testimonio del hecho de que el principio se encuentra con carácter general en vigor, en cuanto tal, hasta en los procedimientos disciplinarios (sólo el informe italiano y el informe holandés -si no me equivoco- parecen admitir la existencia de sectores en los que la exposición de las razones de la decisión no constituye la regla); es más, algunos de ellos -Alemania, Francia- destacan con razón frente a una cierta ambigüedad del cuestionario, que la cuestión se suscita también respecto de decisiones disciplinarias adoptadas por autoridades que no tienen carácter de jueces.

13.1.1. - Yo diría que los matices sólo resultan del nivel de las fuentes de las que deriva el deber de aportar las razones y sobre el alcance de los mismos.

13.1.1.1. - Desde el primer ángulo, diversos informes se refieren a las constituciones nacionales: el mexicano; el español, con apoyo de una sentencia del *Tribunal Constitucional*, relativa de modo específico a las “*resoluciones administrativas sancionadoras*”; también el esloveno, que menciona a su vez la jurisprudencia de la corte constitucional de su país; así como el griego que se preocupa de precisar que a nivel constitucional el principio sólo se aplica a las decisiones jurisdiccionales. Por contra, la Constitución no parece estar en cuestión en Francia, cuyo informe nacional subraya más bien el papel jugado en la materia por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que en este país “sólo una minoría de los textos que establecen procedimientos disciplinarios prevén expresamente que la decisión deba ser motivada”.

13.1.1.2. - En cuanto al otro aspecto, el informe austriaco destaca una tendencia a la simplificación de las relaciones de motivos cuando se trata de procedimientos sumarios; el informe belga subraya que “no estaría regularmente motivada la sentencia que decide ... limitar las actividades profesionales de la

persona perseguida, sin precisar por qué motivos la actividad profesional reprochada llevaba a una infracción de las reglas deontológicas”, pero admite que “el juez disciplinario no tiene que calificar en los términos de la ley o de un código deontológico los hechos que sanciona”; el informe chileno, por contra, pone de relieve la necesidad de que la exposición de los motivos establezca sin duda alguna la participación y el grado de culpabilidad de la persona en cuanto a los hechos de que se le acusa (en la misma línea, el informe alemán hace referencia a la exigencia de “claridad” de la exposición de las razones sobre las que se apoya la decisión *in facto e in iure*); el informe griego se preocupa de trazar una distinción entre el deber (genérico) de motivar en derecho administrativo y la obligación más estricta, válida en materia disciplinaria, donde “no es suficiente con que la motivación resulte de las piezas del dossier, sino que es preciso que en la decisión se incluya una motivación expresa y detallada”. Particularmente detallada resulta la exposición de los motivos a partir de la legislación disciplinaria polaca, según la cual la exposición de los motivos debe recoger las “razones por las que otros hechos no han sido considerados verosímiles”; el mismo informe subraya aquí un estándar de garantía (¿paradójicamente?) más elevado en el ámbito disciplinario que en el campo penal donde, conforme al derecho nacional, la exposición de los motivos sólo se exige a petición. En cuanto al informe mexicano, habla de una obligación que se extiende tanto a los preceptos legales violados como a los argumentos lógico-jurídicos utilizados para ligar normas y hechos.

13.2. – Resulta, además, generalmente reconocido, el derecho del interesado a conocer la decisión disciplinaria. El acuerdo casi general sobre este punto aconseja, pues, limitarse a realizar algunos comentarios particulares.

Constatamos, así, que en lo que concierne a la forma de la notificación en Holanda basta con la comunicación oral en el caso de la disciplina militar, mientras que el relator austriaco, al tiempo que constata también (e incluso en general) una normalidad en la comunicación oral en el seno de la vista, pone sin embargo de relieve la importancia que la forma escrita de notificación parece tener en ciertos ámbitos (i.e. para los presos). En cuanto al informe polaco, recuerda que el pronunciamiento oral de la decisión –obligatorio en los procedimientos de tipo acusatorio– se sustituye por la comunicación de su contenido al acusado en los procesos de tipo inquisitivo: en los dos casos, con todo, es obligatoria la notificación escrita de la decisión.

13.3. – Se distinguen grandes diferencias en lo que tiene que ver con la publicidad de las decisiones, respecto de la cual las fuentes internacionales son, con todo, formales en lo que concierne a los procesos civiles y penales: la Convención europea, sin excepciones aparentes a la regla de publicidad (aunque el Tribunal de Estrasburgo ha moderado razonablemente la severidad de la regla, admitiendo formas muy flexibles que me gusta definir como “pequeña publicidad”); mientras que el Pacto internacional reconoce expresamente que la

regla puede hallar excepciones “si los intereses de los menores exigen que sea de otro modo o si el proceso afecta a contenciosos matrimoniales o a la custodia de los niños”.

En cuanto a las decisiones disciplinarias, la regla de la publicidad resulta admitida, aparentemente sin dudas, en Bélgica, en Grecia y en Chile (en este último país, con todo, con base en una aparente equivalencia entre notificación y publicidad). Otros informes son más matizados, tanto en cuanto a las diferencias entre las diversas clases de procedimientos disciplinarios, como desde el punto de vista de las formas de publicidad: cf. el informe italiano, el holandés y el francés (este último, poniendo en particular evidencia la influencia que la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos ha ejercido sobre la evolución de la situación nacional). En fin, Alemania, Austria, España, Polonia y Eslovenia pertenecen a la categoría de países que excluyen en principio la publicidad: pero, no sin excepciones, lo más frecuentemente en atención a exigencias de equilibrio entre el interés en la tutela de la reputación del absuelto y el interés del absuelto en la manifestación pública de la verdad cuando su reputación quedó anteriormente destruida por la propia acusación.

Algunos informes destacan, por otra parte, que la publicación puede funcionar como una sanción a cargo del condenado (informes francés y holandés) o bien para salvaguardar los derechos de terceros particulares (informe mexicano).

Otra cuestión es la publicación tan sólo del veredicto en el Boletín oficial (informe español) o de la decisión completa, pero de forma anónima, en revistas especializadas (informe alemán y holandés), que se dirige principalmente a dar a conocer los principios jurídicos, sin afectar al interés del secreto, ni del individuo ni del grupo.

14. – Todos los países concernidos conocen sistemas de recurso contra las decisiones disciplinarias, lo que parecería demostrar una sensibilidad general por la transposición de la exigencia subyacente a las cláusulas de las convenciones internacionales que reconocen “a toda persona declarada culpable de una infracción ... el derecho de revisión de la declaración de culpabilidad y la condena por una jurisdicción superior ...” (art. 14.7 PIDCP, art. 4 CEDH, art. 8.2.h CADH).

14.1. – Aquí también algunos informes (Grecia, Polonia, Eslovenia) apelan a la Constitución del Estado para extraer síntomas muy especialmente destacables de esta sensibilidad.

En otros lugares, son las más altas jurisdicciones nacionales las que han utilizado nociones bien conocidas de la teoría general para abrir el camino a recursos contra decisiones disciplinarias: como la experiencia del Consejo de Estado francés, que ha llegado a admitir el recurso por abuso de poder contra las sanciones adoptadas en medios escolares y militares y (parcialmente) en el ámbito penitenciario. Por contra, el informe griego llama la atención sobre la

actitud, que podemos considerar opuesta, del Consejo de Estado de su país, que se negó a admitir un abuso de poder en caso de arrestos militares de rigor.

14.2. – A menudo, el recurso abre la vía a un verdadero control jurisdiccional por parte de órganos independientes: algo especialmente importante allí donde el procedimiento en primera instancia se ha desarrollado ante autoridades desprovistas de la garantía de independencia o sin la preocupación de un pleno respeto a los estándares del “juicio justo” (de manera bien explícita, bien implícita, este aspecto es puesto en evidencia por los informes alemán, austriaco, chino, español, polaco). Por otra parte, existe un problema de efectividad de la vía de recurso contra las decisiones disciplinarias (en el sentido frecuentemente empleado por el Tribunal europeo de derechos humanos): y, esto, desde un doble punto de vista (cf. el informe griego); es decir, que es por supuesto necesario que el control del “segundo juez” no sea simplemente superficial, pero hace falta evitar igualmente el riesgo de que la “doble instancia” apelada por una acusación insatisfecha de los primeros resultados no se desarrolle, por su parte, bajo el signo de la arbitrariedad, de modo que las garantías de las que el acusado pudo disfrutar en el primer grado del proceso no sirvan para nada.

14.3. – Cuando se abre la oportunidad al condenado de que obtenga una revisión de la primera decisión en el mismo seno de la organización cuya disciplina se ha visto infringida, la propuesta de recurso “interno” puede ser a veces simplemente un previo a la vía de recurso jurisdiccional (por ejemplo, en Francia, cuando se trata de presos).

De todos modos, el reconocimiento de recursos “fuera”, en particular por lo que se refiere al recurso ante la Corte de casación -aunque limitado a los motivos admitidos-, se tiene generalmente por una importante garantía de uniformidad en la observancia de la ley.

14.4. – El cuestionario no planteaba el problema de la cosa juzgada en el seno del área disciplinaria. La laguna ha sido cubierta por algunos informes: cf. en particular, el informe griego (el cual deduce directamente de la Constitución griega la aplicación del principio *non bis in idem* al campo disciplinario) y el informe chino (que destaca las cláusulas de ciertos reglamentos disciplinarios que prevén la prohibición de la *double jeopardy*).

15. – La aplicación de medidas provisionales durante el procedimiento disciplinario se admite con carácter general, pero al mismo tiempo casi todos los informes nacionales precisan que, en principio, no deben consistir en medidas limitativas de la libertad personal en sentido estricto, es decir, como libertad física de movimientos.

15.1. – De hecho, si fuera de otro modo, sería grande el riesgo de violación de las reglas fijadas por las Convenciones internacionales (en particular, por el art. 5.1 y 6 CEDH y el art. 9.1 PIDCP). Así, entre otros, el informe chino. Particularmente perentorios, por lo demás, a este respecto, los informes español

y esloveno que no parecen aceptar excepción alguna a esta exclusión. En los demás países se admiten excepciones, lo más frecuentemente contra miembros del Ejército (Austria, Chile, Francia, México, Polonia) y presos (Francia, Polonia): en lo que concierne a estos últimos, se trata naturalmente de medidas ulteriormente restrictivas de una libertad ya fuertemente limitada. Entre las medidas coercitivas, habrá que tener en cuenta también medidas de otro modo dirigidas contra la persona o su domicilio (inspecciones, cacheos, registros,...), que parecerían admitidas en cierta medida en Alemania cuando la persona perseguida es un funcionario público, así como en Holanda no sólo respecto de militares sino también de médicos y miembros de organizaciones económicas.

Fuera de lo anterior, podemos constatar un asentimiento casi general a la admisibilidad de la "suspensión" de los funcionarios públicos (sólo Grecia excluye su aplicación), sin olvidar (cf. en particular, los informes alemán, austriaco, esloveno) las consecuencias que derivan de ello en cuanto al tratamiento económico del interesado. Algunos informes añaden a esto la referencia a medidas similares: despido de un trabajador (en Francia), suspensión de actividades profesionales (en Austria, en Francia, en Polonia, mientras que el informe holandés nos informa de que los psicólogos de este país están exentos de ello). En cuanto a las medidas que afectan a la esfera de las actividades económicas ("*retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad*"), son mencionadas por el informe español, mientras que la prohibición temporal de participar en una competición se prevé en Francia y en Italia por los reglamentos disciplinarios de ciertas federaciones deportivas.

15.2. – Las medidas provisionales son competencia bien de las autoridades jerárquicas en cuanto tales (Alemania), bien de las autoridades específicamente investidas del poder disciplinario (Chile, Francia, Holanda). Los informes austriaco y esloveno precisan que se trata de los mismos cuerpos competentes para imponer las sanciones: esta solución no se adopta sino parcialmente en España, donde, con todo, las medidas coercitivas son competencia a veces de las autoridades competentes para ejercer la persecución. En cuanto al derecho polaco, la competencia se confiere a las autoridades jerárquicas cuando el procedimiento disciplinario es inquisitivo, mientras que una solución diferente (competencia del juez disciplinario) caracteriza a los procedimientos acusatorios.

15.3. – Algunos informes –Polonia, Eslovenia– señalan finalmente la extensión significativa de un principio admitido por las convenciones internacionales respecto de las medidas restrictivas de la libertad personal (art. 9.5 PIDCP, art. 5.5 CEDH).

Se trata del derecho a la reparación en caso de absolución.

16. – Durante la redacción del cuestionario, nos preguntamos sobre la oportunidad de llamar también la atención sobre las interrelaciones entre el

procedimiento disciplinario y el proceso penal. Ciertamente, en un sentido estricto, ello supone superar los límites fijados para los debates de nuestra sección. Sin embargo, con el fin de desarrollar mejor el tema, se consideró conveniente no olvidar estos aspectos, cuyo esclarecimiento puede ayudar a la comprensión de múltiples puntos sensibles del tema directamente sometido a nuestra atención.

16.1. - La primera cuestión formulada a este respecto tiene que ver con las consecuencias que la apertura de un proceso penal ha de tener sobre el desarrollo de un procedimiento disciplinario ya abierto.

La mayor parte de los informes excluyen la existencia de una regla general obligatoria de suspensión: ello, porque “la acción disciplinaria que tiene un fundamento, un alcance y un objetivo propios, es en principio independiente de la acción penal” (textual, p.e., el informe belga, pero algunos otros se expresan en términos análogos). Sin embargo, Austria parece conocer tal regla, dado que en este país la apertura de un proceso penal por los mismos hechos que dan lugar al procedimiento disciplinario tiene en principio un efecto suspensivo sobre este último (excepciones, en materia de derecho penitenciario y de derecho militar). En cuanto a China, el traslado del procedimiento –de lo disciplinario a lo criminal- se diría obligatorio siempre que la autoridad disciplinaria sospeche que el hecho afectado constituye un crimen. Por contra, los informes chileno y polaco parecen perentorios, incluso a la hora de excluir a las autoridades y jueces disciplinarios de la simple facultad de suspender los procedimientos: el segundo, constatando recíprocamente que no existe ninguna regla de suspensión obligatoria o facultativa del proceso penal a la espera del juicio disciplinario, aunque los estatutos de ciertas categorías profesionales “admiten esta opción”, pero “sólo... por razones de economía del proceso judicial”. En cuanto al informe esloveno, no deja de constatar que el procedimiento disciplinario y el proceso penal “son dos procedimientos independientes y paralelos”. En la misma línea, el informe mexicano, el cual añade, con todo, que en caso de responsabilidad de altos funcionarios públicos, habrá que tener en cuenta la inmunidad penal de la que gozan.

Más matizados se muestran los demás informes. Por su parte, el relator belga reconoce que, “cuando los hechos disciplinarios pueden ser calificados de infracciones a la ley penal, puede estar justificado esperar al resultado de la acción penal, antes de adoptar una decisión en el plano disciplinario, al menos con el fin de evitar situaciones paradójicas”; en la misma línea, el informe griego habla de una “facultad de la autoridad disciplinaria de suspender el procedimiento disciplinario hasta la decisión del tribunal penal”. En Francia –quedando fuera de cuestión que “la autoridad disciplinaria no tiene que suspender la decisión a la espera de que el juez penal tome una decisión sobre los hechos que ella conoce, salvo si la acción disciplinaria reposa sobre la calificación penal de los hechos”-, la Corte de casación remite la decisión sobre la opción por la suspensión a la Abogacía, mientras que el Consejo de Estado parece distinguir entre la autoridad

administrativa que ejerce la persecución y el tribunal administrativo competente para imponer la sanción disciplinaria: la primera, autorizada a suspender; la segunda impedida de hacerlo, excepto al precio de que se desconozca su competencia. En Alemania, la suspensión se considera facultativa ante los tribunales administrativos, pero resulta obligatoria cuando el procedimiento se desarrolla ante simples autoridades administrativas (en este caso, con todo, se excluye la suspensión “si hay dudas justificadas sobre los hechos o bien si el proceso penal no puede aplicarse por razones que conciernen a la persona del funcionario público”). En Holanda es posible la coexistencia de los dos procesos (disciplinario y penal) en general (pero se añade que cuando se trata de perseguir a un médico, el ministerio público puede decidir que se siga sólo una vía: normalmente la vía disciplinaria). En cuanto a España, la suspensión sólo se considera obligatoria cuando se da una triple identidad: de la persona perseguida, de los hechos imputados y de la razón de la sanción (“*fundamento punitivo o bien jurídico protegido*”): a falta de una de estas condiciones –de las que, sobre todo, la tercera me parece bastante difícil de verificar– la duplicidad de procedimientos (y de sanciones) no se considera violación del “*ne bis in idem*” por parte del *Tribunal Constitucional*.

16.2. – Hay evidentemente una relación íntima entre la cuestión de la posible suspensión del procedimiento disciplinario y la cuestión de la influencia que las autoridades competentes para imponer sanciones disciplinarias puedan verse obligadas a reconocer, en supuestos diversos, a las decisiones adoptadas por el juez penal respecto de los mismos hechos.

Dos *leit-motivs*: de un lado, la diferencia que, en principio, caracteriza a la naturaleza y objeto de las sanciones disciplinarias por comparación con las sanciones penales (a pesar de la pertenencia común a la justicia represiva); de otro, la exigencia de evitar todo lo que pueda ser sustancialmente percibido como un doble castigo, sea cual sea la calificación de las sanciones y, también, la respuesta a la cuestión de la existencia de una regla abstracta de *ne bis in idem*, que, según la mayoría de relatores, no se aplicaría, como tal, a este tipo de relaciones (cf. los informes alemán, austriaco, español, francés, holandés y, a *fortiori*, los informes chileno y esloveno; en cuanto al informe griego, distingue entre el *ne bis in idem* en el seno del área disciplinaria misma, que sería válido, y el *ne bis in idem* que definiríamos de “heterogéneo” –penal/disciplinario y disciplinario/disciplinario, allí donde no hay identidad de objeto y de causa-, que no sería válido).

Por todo ello, la acumulación de sanciones no queda nunca excluida de manera absoluta, aun cuando múltiples informes constaten ciertas limitaciones. Por ejemplo, el informe holandés subraya que los jueces disciplinarios (y, a la inversa, los tribunales penales) tienen habitualmente en cuenta las sanciones impuestas con anterioridad por otra sentencia; además, quedaría fuera de cuestión que pueda imponerse una sanción disciplinaria por la misma infracción

ya sancionada por otra vía. De manera más específica, el informe alemán menciona entre otras una sentencia del Tribunal constitucional federal que, “por razones del principio de legalidad”, estimó necesaria la compensación de la detención disciplinaria con la detención anteriormente impuesta por un tribunal penal; además, en Alemania la pena impuesta al criminal (así como la multa administrativa) impide el acto ulterior de imposición de reprimendas, multas administrativas o retenciones en los ingresos, manteniéndose la posibilidad de que, sea cual sea la conclusión del proceso penal, el juez disciplinario pronuncie la retrogradación o la reducción del salario de un funcionario público cuando parezca necesario para que el funcionario ejerza adecuadamente sus funciones. Por lo que se refiere a esto último, encontramos observaciones análogas en el informe austriaco, al referirse, en lo que concierne a los funcionarios públicos y militares, al fin de prevención de nuevas violaciones de los deberes funcionariales (por lo demás, este mismo informe admite que, salvo en los casos ya mencionados, el poder disciplinario deberá tener en cuenta las sanciones ya impuestas por el juez penal). Por su parte, el informe francés menciona una sentencia de la Corte de casación, contraria a que la acumulación se oponga al art. 14.7 del Pacto de las Naciones Unidas y al art. 4 del Protocolo núm.7 de la CEDH; el mismo informe añade que, si bien no parece suscitarse cuestión alguna en cuanto a la acumulación entre sanciones morales (o sanciones privativas de derechos), de un lado, y sanciones pecuniarias o privativas de libertad, del otro, surgen problemas en otras situaciones, en particular, cuando el juez penal ha impuesto una interdicción o una inhabilitación profesional susceptibles de afectar a los mismos bienes o derechos que la sanción disciplinaria.

Desde otro ángulo, el relator español nos pone al corriente de una divergencia jurisprudencial en el caso de que, a pesar de la mencionada triple identidad (persona, hecho, causa), la autoridad disciplinaria no haya suspendido el procedimiento: en tal supuesto, en opinión del relator, el *ne bis in idem* impediría al juez penal imponer una sanción después de que las autoridades disciplinarias hayan sancionado ya los hechos; de aquí su crítica al reciente cambio de dirección del *Tribunal Constitucional*, que se considera satisfecho con una reducción de la pena por parte del juez penal. En cuanto al informe polaco, al tiempo que se adhiere a la opinión de que en esta materia no hay espacio para el *ne bis in idem*, pone más bien el acento en la preeminencia dada a la sanción disciplinaria en ciertas situaciones especiales: así, “la condena a una sanción disciplinaria interrumpe el procedimiento por falta e impide imponer ninguna pena por éste” si se trata de la responsabilidad de policías, de jueces, de representantes del ministerio público.

16.3. – Además, se suscita otro problema en cierto sentido anterior: el de los límites en que se concibe el alcance de la *res judicata* en las decisiones disciplinarias.

Se subraya a menudo que las autoridades y jueces disciplinarios no podrían

desconocer los hechos materiales, declarados probados por el juez penal como resultado de un proceso abierto por los mismos hechos perseguidos en el ámbito disciplinario: en este sentido, el informe griego, así como el informe austriaco (a reserva, éste, de que la sentencia penal no deje ningún espacio a la duda en cuanto a la verificación de los hechos), el informe belga (al tiempo que precisa que el juez disciplinario “sigue siendo, con todo, competente para calificar los hechos desde el punto de vista estrictamente profesional”), el informe francés (con una posición análoga y, por otra parte, con el añadido explícito de que la autoridad de la cosa juzgada cubre también la participación de la persona en los hechos).

Diversos relatores prestan una particular atención a los efectos de la absolución (en sentido amplio) pronunciada por el juez penal. A este respecto, los informes belga, chileno y griego parecen admitir que este tipo de decisiones no vinculan en modo alguno a las autoridades y jueces disciplinarios (de donde parecería derivarse la posibilidad de imponer, en su caso, una sanción disciplinaria a la persona absuelta en el plano penal). Otros informes son más matizados a este respecto. En Francia, por ejemplo, se distingue entre el sobreseimiento y la absolución propiamente dicha: el primero, parcialmente apto para ejercer una autoridad de cosa juzgada en la medida en que niega la existencia de los hechos; la segunda, por el contrario, absolutamente desprovista de esta autoridad en tanto que pronunciada sin motivación (de donde la imposibilidad de saber si se fundamenta en la inexistencia de los hechos o bien en otra razón: como una causa de irresponsabilidad). En Alemania, la aplicación de una sanción disciplinaria a una persona penalmente absuelta no sería posible salvo en el caso de un hecho constitutivo de una infracción disciplinaria, desprovisto de todo vínculo con la infracción penal. En Holanda, se distinguen diferentes soluciones: de hecho, su abanico va desde la regla de completa insignificancia de la absolución penal (en ciertos medios profesionales) hasta la regla opuesta, en vigor en el procedimiento disciplinario militar, salvo en caso de simple contigüidad entre la infracción penal y la infracción disciplinaria.

En Italia la decisión absolutoria definitiva del juez penal (así como, por lo demás, la sentencia condenatoria definitiva o la decisión definitiva de “*patteggiamento*”) cuenta con el efecto de cosa juzgada en los procedimientos disciplinarios públicos en tres puntos decisivos (a saber, existencia/inexistencia del hecho inculcado, su naturaleza de infracción penal, su realización por el inculcado).

16.4. – Finalmente, ¿qué sucede en relación con el poder de las autoridades disciplinarias de adoptar medidas provisionales cuando se inicia una persecución penal por los mismos hechos? Y ¿cuál es la influencia que ejerce a este respecto el reenvío para enjuiciamiento, la condena o la absolución?

En Francia, el desencadenamiento de una persecución penal no afecta en modo alguno a la capacidad de la autoridad disciplinaria de adoptar medidas provisionales. Tampoco se prevé influjo alguno en Chile, ni –al parecer– en

España. Más bien, el relator español destaca que la conclusión del procedimiento disciplinario en términos de devolución del asunto a la jurisdicción penal supone igualmente la extinción de toda medida provisional adoptada por las autoridades disciplinarias, transfiriéndose las decisiones consiguientes a las autoridades de la justicia penal. Una solución análoga es la expuesta por el informe alemán en caso de suspensión del procedimiento disciplinario a la espera del juicio penal, mientras que las medidas conservan su eficacia si el procedimiento disciplinario prosigue paralelamente al proceso penal.

17. – El último grupo de cuestiones tienen que ver con las relaciones entre la prueba penal y la prueba disciplinaria.

17.1. – El informe esloveno excluye la posibilidad de que el juez penal utilice pruebas recogidas en el curso de un procedimiento disciplinario: esto, en razón de las diferentes reglas que rigen los dos sistemas de administración de la prueba. Los demás informes revelan una actitud más abierta a esta posibilidad (en particular, el informe chileno destacando la importancia que puede tener su utilización), hasta la negación de toda distinción que parece derivarse del informe mexicano (se entiende, sin embargo, que estos datos serán apreciables en cuanto tales en el conjunto de pruebas, sin ningún efecto restrictivo de la libre convicción del juez). Por su parte, el informe español subraya que no se trata más que de los documentos; los informes austriaco y polaco afirman que ningún testimonio puede ser reemplazado en la vista penal por piezas transmitidas por la autoridad disciplinaria; el informe chino destaca la necesidad de excluir la utilización, por parte del juez penal, de ciertas pruebas recogidas en el plano disciplinario, con el fin de asegurar la legalidad de la administración de la prueba.

17.2. – A propósito de la cuestión recíproca –relativa a la utilización, por las instancias disciplinarias, de los datos resultantes de un juicio penal– las conclusiones van, a menudo, más lejos. Por ejemplo, el informe francés, en nombre de la superioridad de lo penal sobre lo disciplinario, estima que la instancia disciplinaria “deberá inclinarse” ante los motivos que sostienen la otra decisión; cf. también el informe griego (“no hay que olvidar que la prueba del elemento material [de la infracción] en el plano penal vincula a la autoridad disciplinaria”), el informe chino (muy formal en cuanto a la existencia de una regla general de utilización, por parte de las autoridades disciplinarias, de las pruebas recogidas en el plano criminal, debido a su mayor fiabilidad). Más matizados, los informes austriaco y polaco: el primero, destacando que el principio de “inmediación” de la prueba, válido en lo penal, vale igualmente, al menos con carácter general, para las instancias disciplinarias (lo que reduciría recíprocamente los espacios de una utilización de las pruebas recogidas en otro lugar); el segundo, subrayando la independencia de las evaluaciones de las autoridades disciplinarias, reconociendo al mismo tiempo que el valor *erga omnes* de las sentencias penales supone un vínculo para las instancias

disciplinarias en cuanto al hecho de que el acusado haya cometido una infracción penal. Por lo que se refiere al informe alemán, distingue entre los procedimientos disciplinarios que competen a autoridades no-jurisdiccionales y los procesos ante cortes disciplinarias propiamente dichas: a propósito de la primera clase de procedimientos, la constatación de los hechos, tal y como resulta de una decisión con fuerza jurídica, es vinculante sin excepción alguna; no sucede precisamente lo mismo en cuanto a las cortes disciplinarias, porque es cierto que en principio también se encuentran vinculadas por estas constataciones, pero, sin embargo, "la corte puede ordenar un nuevo examen si la constatación es evidentemente incorrecta".

17.3. – En cuanto al derecho a permanecer en silencio, cuando propuse este tema en conexión con la cuestión de las relaciones entre el proceso penal y el procedimiento disciplinario, pensaba esencialmente en las consecuencias que declaraciones auto-acusatorias en el plano disciplinario podrían tener al nivel de la admisión de una responsabilidad penal. Generalmente, los relatores nacionales han ampliado su atención para considerar también el problema del conocimiento de este derecho por el interesado, a los fines del propio procedimiento disciplinario.

De todos modos, es interesante constatar que en la mayor parte de los países este derecho resulta igualmente reconocido en los procedimientos disciplinarios. Una indicación en sentido completamente contrario parece deducirse únicamente del informe belga, que pone el acento en "la obligación tradicional de lealtad y de sinceridad" que debería caracterizar las relaciones en el interior del grupo en que se ejerce el poder disciplinario (en particular, hacia la autoridad del orden profesional), mientras que otros relatores (Austria, Grecia, Holanda), desde una u otra perspectiva, no dejan de señalar reservas o excepciones al principio, reconocido, con todo, como válido en general.

A veces (España) la jurisdicción nacional suprema ha llevado a reconocer con carácter general el rango constitucional de este derecho: de aquí su extensión al ámbito disciplinario; por su parte, el informe esloveno es fuertemente crítico respecto de la jurisprudencia de su país, que estima que un principio constitucional análogo sólo se aplica al ámbito criminal. Incluso, el informe mexicano se refiere a la Constitución de su país para deducir de ella que el derecho a permanecer en silencio es igualmente válido para los inculcados por infracciones disciplinarias. No menos categóricos –aunque sin referencia a ningún principio constitucional– otros informes sobre la incontestabilidad del "*privilege against self-incrimination*" también en el seno de los procedimientos disciplinarios: bien en general (Polonia), bien por alusión a áreas específicas (Alemania, a propósito de los funcionarios públicos).

Dos informes –el chileno y el francés– ponen el acento sobre el punto (particularmente sensible) de la interpretación que el juez (en particular, el juez penal) puede dar al silencio de una persona frente a cuestiones planteadas

durante un procedimiento disciplinario: el primero, para precisar que ello no podría impedir una instrucción criminal; el segundo, para sostener que en virtud de la libertad de pruebas en derecho penal el juez “tiene el derecho de interpretar el silencio a la vista de los elementos de prueba recogidos en otro lugar”; y, a este respecto, no cabe olvidar que el propio Tribunal europeo –caso *John Murray*– no excluye que, con ciertos límites, el juez penal pueda tener en cuenta el silencio del acusado: con todo, en otras sentencias –cf. en particular el caso *Saunders*– el Tribunal constató una violación del juicio justo precisamente por la obligación exigida a una persona de declarar ante autoridades que no fueran el juez penal, y en razón de lo que ese juez podía derivar en cuanto a la responsabilidad penal de la persona.

18. – El tema propuesto a nuestra sección anima al análisis más que a la síntesis. Es por ello que las páginas siguientes no pueden considerarse una conclusión. Se trata de simples sugerencias para la discusión y, tal vez, para las resoluciones finales sobre puntos particularmente sensibles.

18.1. – Previamente, hay que resolver la duda sobre el grado de autonomía que conviene otorgar a los procedimientos a seguir en la esfera disciplinaria respecto de la esfera propiamente criminal. Ya he repasado las distintas posiciones puestas en evidencia por los informes nacionales. Añado aquí algunas líneas a título más personal.

En mi opinión, no sería realista imaginar aquí y desde ahora una asimilación total del área disciplinaria al área criminal: incluso el relator español parece excluirlo, en definitiva, aun cuando en su opinión ello no dependa sino de dificultades accidentales presentes de la justicia penal.

De todos modos, es conveniente verificar cómo y en qué medida los principios concebidos para la justicia penal –e igualmente ciertos principios de la justicia civil y/o administrativa– reclaman su aplicación a lo disciplinario.

18.2. – Dado que la distinción entre (derecho y) procedimientos disciplinarios y (derecho y) procesos penales mantiene importantes razones para sobrevivir, hay que precisar enseguida que esta supervivencia sólo se justifica a condición de ser útil no sólo a la organización interior de tal o cual grupo social (o de tal o cual rama de la función pública), sino también a exigencias de toda la sociedad, en particular, con vistas a una más general eficacia de la administración de justicia en su conjunto. Ahora bien, esta eficacia puede depender, entre otras, justamente del grado de simplificación que se alcance (sin sacrificar garantías esenciales) mediante la colocación de una infracción en la esfera disciplinaria en lugar de en la esfera penal: en última instancia, el reto es de nuevo y siempre el de los “tiempos razonables” de la justicia.

18.3. – Antes de volver a consideraciones relativas a aspectos más específicos, me gustaría mencionar otros dos aspectos “de método”.

18.3.1. – En cuanto al primero de estos aspectos, la sugerencia viene de aquellos informes (en particular, el belga y el chileno) que proponen que las reglas fundamentales de los procedimientos de cada país sean redactadas y reunidas de forma orgánica. En principio estoy de acuerdo, en la medida en que ello pueda contribuir a la claridad y conocimiento de los derechos de los inculpados y de las propias disposiciones que se tienen que observar durante los procedimientos. No obstante, no se trata de pretender la redacción de verdaderos “códigos” generales, sino de favorecer todo lo que se opone a una fragmentación salvaje.

18.3.2. – De otra parte, siguiendo la doctrina elaborada por jurisdicciones internacionales como el Tribunal europeo de derechos humanos, me permito insistir sobre todo en la necesidad de no favorecer el *Etikettenschwindel*. A decir verdad, no siempre es fácil identificar las situaciones en las que la vía disciplinaria se utiliza por un Estado con el fin de evitar las garantías más plenas de la justicia penal. Con todo, sería descorazonador para los juristas renunciar a ello.

18.4. – En cuanto a las propuestas que deberíamos formular de manera más específica en relación con el desarrollo de los procedimientos disciplinarios y el contexto en que deben aplicarse, constato un acuerdo general en lo que respecta a la intención de tomar como modelo las Resoluciones de Viena de 1989 sobre el derecho penal administrativo, en particular en lo que concierne a la referencia a las Convenciones internacionales de salvaguarda de los derechos humanos.

Con todo, hay razones para reflexionar sobre la distinción hecha por el relator holandés que desea que “el acento en la protección de los principios generales del juicio justo sea puesto en relación con las situaciones en que la libertad y la voluntad de las personas concernidas son más débiles”, pero estima que no sería conveniente que el Estado intervenga de una manera “demasiado intrusiva en el orden interno de las asociaciones y similares, en la medida en que esté claro y sea cierto que las personas afectadas se encuentran en una situación libremente elegida”.

18.4.1. – Dicho esto, comenzaremos por el aspecto de la imparcialidad de las autoridades a las que corresponde imponer las sanciones disciplinarias. Podemos aceptar que no se trata necesariamente de “jueces” en el sentido estricto del término (por lo menos en primera instancia), pero de todas formas su imparcialidad deberá garantizarse tanto en términos objetivos como subjetivos: es por ello que las personas encargadas de la persecución y de la investigación no deberían ser jamás las mismas que aquellas a las que se confía el enjuiciamiento.

18.4.2. – ¿Es preciso, igualmente, que el enjuiciamiento se atribuya a una autoridad absolutamente independiente? A partir del comentario al cuestionario, he expresado ya una posición menos tajante: lo que, ciertamente, no equivale a la negación del valor de la independencia en este ámbito; simplemente,

considero que hay matices que, en mi opinión, no deberían subestimarse.

El precio a pagar podría ser demasiado caro, en particular, si se pretende que en las relaciones entre las administraciones públicas y sus empleados no puedan imponerse sanciones administrativas sino por alguien situado al exterior de la administración y sin vínculo alguno con el poder ejecutivo. Con todo, parece necesaria la independencia más absoluta respecto de la administración cuando el poder disciplinario “público” se ejerce sobre personas que no son funcionarios públicos: en particular –diría yo– cuando se trata de detenidos. En cuanto al poder disciplinario ejercido contra los trabajadores de empresas privadas, soy de la opinión de que la exigencia de independencia se plantea frente a la empresa, más que en relación con los poderes públicos. Las cosas cambian ulteriormente en el caso de las profesiones “liberales”, pues “el ser juzgado por sus pares” (esto es, por miembros de la misma asociación o corporación a la que compete el poder disciplinario) puede representar una garantía mayor.

Lo que debería quedar fuera de duda es la facultad del condenado en primera instancia por una autoridad desprovista del mínimo grado de independencia, de disponer de una vía de recurso a una autoridad dotada de tal calidad.

18.5. – Aunque muy importantes, la imparcialidad e independencia del juez no son suficientes en sí mismas para garantizar las necesidades de un “juicio justo”. ¿Qué garantías debemos considerar esenciales a este respecto? El derecho al conocimiento de los cargos, por supuesto, y el derecho a presentar argumentaciones y pruebas en descargo con asistencia de un defensor a la altura de la situación; e, incluso, la presunción de inocencia (con sus corolarios); el derecho a la igualdad de armas en su sentido más razonable (que no pretende una simetría absoluta de poderes, pero exige un equilibrio global)... No se trata, no obstante, de la aplicación íntegra de los principios del modelo “acusatorio”, cuya observancia tampoco se pretende como algo estrictamente necesario en los procesos penales, conforme a las jurisdicciones internacionales de garantía de los derechos humanos.

18.5.1. – Se imponen, con todo, especificaciones ulteriores en lo que concierne a la prueba, respecto de la que no puedo olvidar el derecho a interrogar o a hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia y el interrogatorio de testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo. En cuanto al principio de la íntima convicción, estoy completamente de acuerdo en cuanto a su importancia, incluso en el ámbito disciplinario, siempre que se conciba como estrella polar de una apreciación de las pruebas en coherencia con la garantía de imparcialidad, no como escamoteo para cortocircuitar las reglas del “juicio justo”.

Además, añadiría a la lista de garantías el derecho a conocer los documentos de la administración pública, derecho que no podría ser excluido o limitado sino en virtud de la protección de intereses realmente supremos, como la seguridad nacional en una sociedad democrática. De todos modos, en caso de que se

nieguen documentos decisivos para la manifestación de la verdad, sería necesario prohibir la condena del inculpado, pues a falta de aquéllas el derecho de éste a la prueba se vería evidentemente comprometido (una solución análoga es la que adopta el código procesal penal italiano cuando el Gobierno opone el secreto de Estado para impedir un testimonio o la exhibición de documentos).

18.5.2. – En relación con el derecho a la asistencia jurídica, es importante proclamar que la libertad de elección del defensor es una garantía fundamental del inculpado en el marco disciplinario –igual que para el acusado de una infracción penal- y que las alternativas eventuales al abogado (defensa personal, defensa por un colega o bien por personas especializadas en ámbitos diferentes al jurídico...) no deberían concebirse sino en función de la más amplia facultad de elección del interesado. Esto, naturalmente, sin olvidar el derecho al nombramiento de oficio, en su caso, de un defensor gratuito.

18.5.3. - Por contra, la naturaleza de la mayor parte de los objetos del ámbito disciplinario parecen excluir que se pueda proponer como regla general la publicidad de los procedimientos. No obstante, cuando no hay ningún interés público preeminente en favor del secreto, sería deseable que se tenga en cuenta la voluntad del acusado a la hora de resolver el dilema entre publicidad o puerta cerrada.

18.6. – Me parece especialmente difícil la síntesis en lo que se refiere al tema de las relaciones entre procesos penales y procedimientos disciplinarios. Trataré sólo de destacar algunos puntos sensibles.

18.6.1. – En primer lugar, el problema de las repercusiones de la cosa juzgada en el plano criminal. La mayoría de los informes destacan la autonomía recíproca de los dos ámbitos: de donde, igualmente, la exclusión de una transposición del principio “*ne bis in idem*” en cuanto tal. Estando de acuerdo, la libertad de enjuiciamiento de la autoridad disciplinaria no debería sustraerse, al menos a dos límites: en primer lugar, cuando el mismo hecho se haya reprochado a la misma persona desde los dos ángulos, su existencia o inexistencia, declarada de manera definitiva por el juez penal, no debería poder ser puesta ulteriormente en cuestión por la autoridad disciplinaria; en segundo lugar, no debería admitirse la acumulación de sanciones sino en la medida en que se trate de sanciones heterogéneas.

18.6.2. – Es por otra parte razonable la sugerencia de limitar considerablemente el poder de adoptar medidas provisionales durante el procedimiento disciplinario, excluyendo en todo caso las medidas coercitivas en sentido estricto.

18.6.3. – Finalmente, la garantía del derecho a permanecer en silencio, muy importante en el plano disciplinario en la medida en que las respuestas a las cuestiones suscitadas por estas autoridades podrían ser utilizadas a continuación como pruebas de la comisión de una infracción penal. Al menos en este caso, el desconocimiento del derecho mencionado sería propiamente una negación del derecho a no declararse culpable.