

## **FUNCIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA**

### **SUMARIO:**

- 1. LAS RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTÁN SUJETOS LOS FUNCIONARIOS O AGENTES PÚBLICOS**
- 2. ORÍGENES DEL DERECHO DISCIPLINARIO**
- 3. LA AUTONOMÍA CONCEPTUAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO**
- 4. POTESTAD DISCIPLINARIA. NOCIÓN CONCEPTUAL. PRINCIPIOS Y VALORES QUE SE INTENTAN PROTEGER**
- 5. EL ÓRGANO ENCARGADO DE REGULAR LAS SANCIONES. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. INTENSIDAD ATENUADA.**
- 6. LA FLEXIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD**
- 7. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM***
- 8. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LO REGLADO Y LO DISCRECIONAL.**
  - 8.1. NOCIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.**
  - 8.2. INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO**
  - 8.3. DEBILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.**
  - 8.4.- EL SILOGISMO JUDICIAL QUE OBLIGA A UNA SOLUCIÓN JUSTA NO ES TRASLADABLE CON EL MISMO RIGOR A LA REALIDAD ADMINISTRATIVA**
  - 8.5. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL**
- 9. CAUSALES QUE OCASIONAN LAS FALTAS DISCIPLINARIAS**
- 10. NUESTRO ORDEN JURIDICO NO ACEPTA LA IMPOSICION DE SANCIONES IMPLICITAS O SOLAPADAS**
- 11. PREJUDICIALIDAD PENAL. INDEPENDENCIA DE SANCIONES**
- 12. POTESTAD SANCIONATORIA. DISCRECIONALIDAD Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL**
- 13. CONCLUSIONES**

### **1. LAS RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTÁN SUJETOS LOS FUNCIONARIOS O AGENTES PÚBLICOS**

Como es sabido, las diversas responsabilidades a las que están sujetos los funcionarios o agentes públicos son de carácter: civil, penal y disciplinario.

La diferencia obedece a los distintos bienes o valores jurídicos que cada tipo de responsabilidad debe proteger.

La responsabilidad civil se genera cuando se ha producido un daño a la Administración o a terceros.

Las sanciones disciplinarias buscan el buen orden del aparato administrativo procurando que el funcionario público cumpla sus deberes reglados e inherentes al servicio. Tienen tres finalidades íntimamente relacionadas entre sí. La más importante es lograr superar la disfunción e introducir las medidas operativas necesarias para el mejor funcionamiento de la Administración. En segundo lugar, se pretende purificar y encauzar al agente público incurrido en la falta administrativa esperando que no vuelva a incurrir en infracción. En tercer lugar, tiene un efecto ejemplarizador a fin de prevenir incumplimientos futuros.

La responsabilidad penal es posible cuando se incurre en un delito previsto en el Código Penal y las leyes especiales. Tiene un cometido diferente, pues le interesa el castigo personal a fin de hacer justicia en nombre de la sociedad. La prevención y la ejemplaridad ocupan un lugar posterior.

Ha señalado al respecto el Tribunal Constitucional alemán: “...considerando los fines respectivos, el derecho penal es, aparte de la prevención general y especial, la retribución; la pena corresponde al valor jurídico lesionado por el delincuente y a la culpabilidad mientras que la sanción disciplinaria es, según su carácter fundamental, medida de corrección y educación que pretende mantener un orden interno de la Administración; la pena criminal afecta al ciudadano en su esfera ordinaria (libertad y patrimonio), la sanción disciplinaria en su ámbito de derechos y deberes especiales”<sup>1</sup>.

El delito ataca bienes jurídicos primarios, a normas centrales del sistema, a principios capitales del Estado de Derecho, mientras que la finalidad de la Administración es la satisfacción del interés público.

Como uniformemente lo ha reiterado la doctrina, un mismo hecho o conducta puede generar la aplicación de dos o más tipos de responsabilidades pues tutelan intereses jurídicos, valores y principios diversos<sup>2</sup>. Por consiguiente, los distintos tipos de responsabilidades no son excluyentes entre sí.

## **2. ORÍGENES DEL DERECHO DISCIPLINARIO**

Cuando el estado moderno comienza a necesitar funcionarios públicos calificados, sin que exista al mismo tiempo una cantidad suficiente de especialistas para colmar las nuevas pretensiones de la Administración Pública, se origina la necesidad de dotar de estabilidad a tal personal, junto a determinadas medidas disciplinarias. De allí que según Nieto García<sup>3</sup>, el Príncipe comienza a otorgar determinadas garantías contra el despido arbitrario mencionadas detalladamente en el acto de nombramiento. Con el pasar de los años, ese

---

<sup>1</sup> STS Alemán del 2 de mayo de 1967

<sup>2</sup> Cfr. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III B, p. 370.

<sup>3</sup> Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Problemas capitales del derecho Disciplinario*, RAP Española, num. 63, p. 45 y ss..

comportamiento fue perfeccionado con el denominado “*beneplicium*” por el cual el funcionario sólo podía ser destituido en “*grave et legitima causa*”.

De allí, que en los contratos de servicio o actos de nombramiento se realiza una pormenorizada enunciación de los deberes funcionales y sus respectivas infracciones. Ello se diferencia de los delitos, determinados en forma precisa “*delicta nominata*”, respecto de las infracciones con motivo de la función, no enumeradas en forma determinada “*delicta inominata*”. Todo ello va perfilando los caracteres del derecho disciplinario, que según Nieto García<sup>4</sup> señala “*infracciones propias del cargo, que suponen un incumplimiento de los deberes oficiales, las cuales son sancionadas con penas específicas por unos órganos no judiciales y a través de un procedimiento peculiar*”.

Ello pone en evidencia que el derecho disciplinario, en sus orígenes, se encuentra desvinculado del derecho penal, por cuanto se plantea en el marco de una relación de empleo público a fin de mantener el buen comportamiento de quienes se encuentran vinculados con el Príncipe como autoridad suprema a quien los funcionarios le deben obediencia.

### 3. LA AUTONOMÍA CONCEPTUAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO

En síntesis, han existido tres concepciones doctrinarias del derecho disciplinario: penal, civil y administrativo<sup>5</sup>.

Se estima que, en los primeros tiempos, el derecho disciplinario formaba parte del derecho penal. En Europa, a fines del siglo diecinueve, el derecho disciplinario comienza a vinculárselo con el derecho administrativo.

En la actualidad, existen tendencias que le otorgan autonomía, aunque indudablemente sigue relacionado tanto con el derecho penal como con el administrativo. El Tribunal Constitucional Español ha sustentado que “*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*”<sup>6</sup>.

Las posturas que lo vinculan con el derecho civil se sustentan en la relación contractual entre el Estado y sus servidores mediante prestaciones recíprocas que en caso de incumplimiento pone en marcha la sanción disciplinaria.

La concepción administrativista surge a partir de la postura de Otto Mayer<sup>7</sup>, quien subraya la relación de poder o potestad de la Administración con sus funcionarios, con el objeto de satisfacer los intereses de la sociedad a través de la adecuada prestación de servicios. Las medidas disciplinarias tienen su razón de ser en la peculiar relación de sujeción especial en la que se encuentra el funcionario que desempeña, más que un servicio público, una “*función pública esencial*”, donde el interés público prevalece respecto de los intereses personales o corporativos.

<sup>4</sup> NIETO GARCÍA, A., *ob. cit.*, ps. 49 y ss.

<sup>5</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 45.

<sup>6</sup> S.T.C. del 8 de junio de 1981.

<sup>7</sup> Cfr. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Ed. Aragon, Buenos Aires, 1954, T. 4, ps. 76 y ss.

#### 4. POTESTAD DISCIPLINARIA. NOCIÓN CONCEPTUAL. PRINCIPIOS Y VALORES QUE SE INTENTAN PROTEGER

Las sanciones disciplinarias, según García de Enterría y Fernández<sup>8</sup>, se definen como aquellas que se imponen a las personas que están en una relación de sujeción especial con la Administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación.

El Tribunal Constitucional Español<sup>9</sup> diferencia las dos categorías de potestad sancionadora del Estado: a) las que tutelan el interés general de la sociedad (sanciones de protección del orden general), b) las que tienen por finalidad la protección de la organización administrativa (sanciones de autoprotección).

Las primeras, protegen el orden social general relacionado con el ejercicio del poder de policía: salubridad, seguridad, orden público, tráfico, entre otros aspectos. Estas medidas sancionadoras generales abarcan a cualquier miembro de la colectividad. En cambio, las segundas, tienen por objeto la autoprotección de la organización administrativa con motivo de la relación de especial sujeción que vincula mediante un acuerdo voluntario a los funcionarios con el Estado. Las medidas disciplinarias no son extensibles a toda la sociedad sino solo a quienes trabajan en la Administración.

Como expresa García de Enterría y Fernández<sup>10</sup> “*cuando se hace referencia a las relaciones de especial sujeción se entiende que el individuo está sujeto a una relación jurídica en la que tiene singulares derechos y obligaciones frente al Estado. Esa situación a la que están sometidos determinados funcionarios acentúa su dependencia con relación al Estado debido a que éste tiene una serie de objetivos que cumplir.*”.

Esta potestad disciplinaria se explicita mediante una serie de sanciones predeterminadas por la reglamentación vigente a la que voluntariamente el funcionario se somete, ya que al momento de su nombramiento acepta, expresa o implícitamente, el bloque normativo en la que se encuentran los deberes, derechos, infracciones y sanciones.

Las irregularidades cometidas, que constituyen típicas faltas administrativas, ponen en marcha la potestad disciplinaria, a diferencia de la responsabilidad penal que tutela el orden social externo. La responsabilidad disciplinaria se ocupa del buen funcionamiento de la Administración Pública desde una perspectiva interna. De allí la diferencia cualitativa con la responsabilidad penal y la morigeración o matización de las garantías y principios que rigen en el ámbito penal y se aplican con alguna flexibilización en la responsabilidad disciplinaria.

La falta administrativa que genera la sanción, sólo se vincula con los deberes del servicio funcional y el eficaz funcionamiento del aparato administrativo.

---

<sup>8</sup> Cfr. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Tomo 2, ps. 48 y 49.

<sup>9</sup> Cfr. S.T.C. del 6 de junio de 1984

<sup>10</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *ob. cit.*, Tomo II, p. 150.

Expresa Maurach<sup>11</sup> que el “*ilícito disciplinario es pues de naturaleza interna, se da aun cuando no se deba tener una externa perturbación de la autoridad del Estado o de la marcha de la Administración. El ilícito disciplinario no importa una forma atenuada (cuantitativamente menor) sino algo por completo distinto del injusto criminal*”. Cada uno protege intereses diferentes.

El buen funcionamiento de la actividad administrativa tutelando el interés público respectivo, con eficiencia, eficacia, celeridad, economía y sencillez, a fin de lograr los objetivos programados, constituye el basamento que justifica el orden y disciplina en la Administración.

## **5. EL ÓRGANO ENCARGADO DE REGULAR LAS SANCIONES. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. INTENSIDAD ATENUADA.**

En primer lugar, quiero aclarar que en mi criterio forman parte del pasado las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que sustentan que en el derecho penal disciplinario el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* no tiene la misma vigencia que en el derecho penal sustantivo, permitiendo a la autoridad administrativa aplicar una sanción en base a los principios generales del derecho en ausencia de norma legalmente predeterminada con anterioridad.

También considero que forman parte de la historia las posturas que separan las sanciones graves que por su “sustancia penal” deben preverse legalmente, de aquellas menores que pueden disponerse por la autoridad administrativa sin base legal previa.

En el marco de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional el principio aplicado en el derecho penal por el cual no hay crimen ni pena sin ley previa anterior al hecho del proceso, también tiene vigencia con motivo de la potestad sancionatoria del Estado, incluida la disciplinaria, cualquiera fuere la magnitud de la sanción (aún cuando fuere mínima como un apercibimiento o advertencia). Consecuentemente, las sanciones disciplinarias deben estar preestablecidas por la ley.

No obstante, la pregunta que cabe formularse es si la interpretación de este principio de reserva de ley es tan riguroso como en el ámbito penal o bien existe algún grado de flexibilización en la potestad disciplinaria.

Al respecto ha señalado el Tribunal Constitucional Español que “*en las situaciones de especial sujeción... el principio de reserva de ley puede perder parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria expresiva de la capacidad propia de autoordenación, concluyéndose que la base normativa legal también existe cuando la ley se remite en la especificación y graduación de las infracciones al reglamento*”<sup>12</sup>.

No obstante la morigeración de algunos aspectos residuales o la explicitación de detalles que pueden dejarse en manos de la autoridad de aplicación o de la reglamentación

---

<sup>11</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ariel, Barcelona, p. 100.

<sup>12</sup> S.T.C. del 21 de enero de 1987.

pertinente, el principio de legalidad presupone en la praxis el cumplimiento de cuatro conclusiones fundamentales:

a) Es competencia del legislador establecer detalladamente cuáles son las sanciones disciplinarias aplicables;

b) Con relación a las infracciones o faltas existe mayor flexibilidad. El Parlamento puede determinar las infracciones o faltas en forma detallada o genérica. En este último supuesto la reserva de ley es menos estricta ya que la explicitación de las infracciones o faltas puede estar en manos del órgano competente para aplicar la sanción o por quien emita la reglamentación respectiva, siempre que los principios generales hayan sido fijados por el legislador. En este caso la ley puede fijar los elementos esenciales o básicos definitorios de la falta o infracción susceptibles de ser explicitados o precisados por la autoridad de aplicación;

c) El legislador debe señalar claramente el órgano competente para aplicar la sanción, esto es, la atribución para sancionar;

d) La potestad disciplinaria no puede ejercerse por acciones u omisiones si al momento de producirse no existía norma legal reguladora de tal infracción. Por ello, sólo deben sancionarse las conductas atrapadas por la legislación existente al momento de la concreción de los hechos incriminados.

La morigeración del principio de legalidad enunciado precedentemente, que puede instrumentar el órgano sancionador competente mediante reglamentación o actos administrativos concretos, debe tener siempre carácter secundario, complementario y respetuoso del contenido de la ley. Consecuentemente no es posible imponer otras sanciones o desvirtuar las existentes con antojadizas interpretaciones reglamentarias o unilaterales de la autoridad respectiva.

En definitiva, las sanciones deben estar claramente precisadas por el legislador (arts. 18 y 19 de la C.N), por lo cual quien aplique o reglamente la sanción no puede crear otra ni sustituir las existentes. Donde en cambio existe mayor flexibilidad es en la determinación de las conductas, faltas o infracciones susceptibles de reproche disciplinario, ya que pueden establecerse requisitos básicos fundamentales que pueden ser complementados y explicitados por quien tiene competencia para reglamentar o aplicar la sanción.

La simple remisión a la autoridad administrativa de la competencia sancionadora, sin que en su contenido se establezcan las pautas legales mínimas en la materia, no cumplimenta el principio constitucional de la reserva de ley. Al respecto señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español<sup>13</sup> que *“una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales puedan ser también restringidos o perder eficacia o virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos principios permitan una adaptación –nunca*

---

<sup>13</sup> S.T.C. 2/1987.

*una supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción”.*

Como expresa Mestre Delgado<sup>14</sup>, el derecho fundamental a la legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, según la jurisprudencia constitucional, exige que sea la ley en sentido formal el instrumento normativo que contenga los principios fundamentales de la infracción y sanción, pues esta es la única forma en que será posible que, ulteriormente y en su caso, las normas reglamentarias de desarrollo no contengan una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley.

Existen algunas tendencias del derecho nacional y comparado que sólo pretenden aplicar el principio de la reserva legal a las faltas graves por afectar derechos fundamentales, admitiendo que las menos graves y leves pueden ser precisadas por vía reglamentaria.

Estoy en total desacuerdo con esas posturas, por cuanto cualquiera fuere la magnitud de la sanción, aún la más leve (por ejemplo un apercibimiento), es susceptible de afectar la estabilidad del funcionario o empleado público. Es decir que produce una afectación a una situación jurídica subjetiva, concretamente de un derecho subjetivo administrativo, de un agravio jurídico en la terminología norteamericana, razón por la cual, no existe ningún fundamento que justifique la inaplicabilidad del principio de reserva legal a las sanciones menos graves y leves.

Consecuentemente ha quedado superada la posición de Jesch<sup>15</sup> al sostener que la reserva de ley rige en la relación de sujeción general del ciudadano frente al Estado, pero no en el marco de la relación de especial sujeción que vincula a este último con el funcionario, ya que ello pertenece al “patrimonio doméstico” de la Administración y se producen en forma de reglamentos administrativos, instrucciones de servicio, que no precisan de una ley especial.

El principio de legalidad en materia sancionatoria respecto de quienes se encuentren vinculados funcionariamente se impone. García Macho<sup>16</sup> comentando la jurisprudencia alemana, considera que no se discute la aplicación de la reserva de ley a las relaciones de supremacía especial, desplazándose la discusión a la delimitación de la normativa específica que corresponde dicte el legislador y cual puede ser emitida por el Ejecutivo mediante la reglamentación administrativa. En este sentido, se aplica la doctrina de la esencialidad, en virtud de la cual la regulación de lo más importante de una materia compete al legislador, pudiendo la reglamentación explicitar los detalles pertinentes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 1988 reproduce este criterio cuando sostiene que *“en el campo de la supremacía especial, caracterizado por una capacidad de autoordenación de la Administración, se exige también la cobertura legal, pero se admite con más amplitud la virtualidad del reglamento para tipificar en*

---

<sup>14</sup> Cfr. MESTRE DELGADO, Juan Francisco "La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública", en *Estudios de la Constitución Española, Homenaje a García de Enterría*, Tomo 3, Ed. Civitas, 1991, ps. 2510 y ss..

<sup>15</sup> Cfr. JESCH, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 264.

<sup>16</sup> Cfr. GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Madrid, 1998, p. 72 y ss..

*concreto las previsiones abstractas de la ley sobre las conductas identificables como antijurídicas”.*

## **6. LA FLEXIBILIDAD DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

El principio de tipicidad, derivado del genérico de legalidad, implica la determinación del legislador de las tipologías o conductas ilícitas susceptibles de sanción, aún cuando las mismas se desarrollen en un marco mucho más flexible que el de la categorización de las sanciones. Es decir que el clásico principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, tiene varias derivaciones relevantes, una de las cuales es el principio de tipicidad que se traduce en la determinación normativa de las conductas ilícitas o faltas.

El Tribunal Constitucional Español ha sustentado que no se infringe el principio de tipicidad “...en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución”, como ocurre con los conceptos de “probidad” y “negligencia en el cumplimiento de los deberes”<sup>17</sup>.

Es difícil detallar todos los comportamientos susceptibles de sanción que alteren el correcto funcionamiento de los órganos administrativos o jurisdiccionales, razón por la cual la norma legal puede establecer sólo genéricamente la conducta reprochable que podrá ser explicitada por vía reglamentaria, o bien durante la aplicación directa del concepto jurídico indeterminado a la realidad de los hechos.

Rodríguez Mourullo<sup>18</sup> diferencia los tipos abiertos, que contienen cláusulas generales que requieren de complementación, de los tipos cerrados, cuya conducta prohibida se encuentra determinada mediante una descripción completa de todas sus características.

Por ello se permite en las cláusulas abiertas, la utilización de normas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados como, decoro, prestigio de la institución, probidad, desconsideración con los superiores, entre otras.

En este marco los criterios pertinentes para graduar la gravedad o no de la sanción y la fijación de la casuística concreta dentro del marco legal genérico, sino están predeterminados por el legislador, pueden ser explicitados en cada caso concreto discrecionalmente por el órgano competente que aplica la sanción con el límite de la proporcionalidad y razonabilidad.

Los lineamientos conceptuales básicos o elementales debe fijarlos el legislador, a fin de que por razones de seguridad jurídica exista algún grado de previsibilidad y de conocimiento anterior, de cuales son las infracciones o faltas específicas o genéricas que hacen aplicable alguna de las sanciones establecidas por el legislador.

---

<sup>17</sup> T.S.E., Sent. Nro. 62/82, Sent. del 28 de mayo de 1987.

<sup>18</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal – Parte General –*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, ps. 286 y ss..

## **7. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM***

Este principio significa por una parte que nadie puede ser sancionado o penado dos veces por la misma falta o delito. De otra parte implica que con motivo de un mismo hecho no puedan existir dos procesos diferentes.

Nada impide que por un mismo hecho puedan ponerse en marcha varios tipos de responsabilidades, pues son independientes, sin que medie incompatibilidad entre uno u otro procedimientos.

Pero lo que no es posible es que en un determinado tipo de responsabilidad se apliquen dos o más castigos sobre la base de identidad de sujeto, situación fáctica y calificación jurídica. En la potestad disciplinaria rige plenamente el principio *non bis in idem*, razón por la cual por un mismo hecho no pueden aplicarse dos o más sanciones.

No obstante, es posible la tramitación al mismo tiempo de un proceso penal y uno administrativo en la medida, en que cuidadosamente en un caso se haya comenzado el proceso censurando un presunto ilícito penal, y en el otro una infracción administrativa, al margen de si ella motiva un delito. Ambos tipos de responsabilidad abarcan un marco material diferenciado, la jurisdicción penal pretende castigar un delito, mientras que los órganos administrativos sancionatorios tienen por objeto la autocorrección interna y el prestigio de la institución. Por ende, muchas veces una absolución penal, puede igualmente ser objeto de reproche disciplinario.

El único supuesto en que debe dejarse sin efecto la sanción disciplinaria es cuando el juez penal diga en la sentencia, que el mismo hecho sobre el cual recae la sanción disciplinaria, no se cometió o no fue ejecutado por el inculpado. En este supuesto excepcional corresponde al interesado interponer un recurso de revisión ante el órgano competente que aplicó la sanción a fin de que en base a los nuevos elementos de juicio (sentencia penal), deje sin efecto la sanción disciplinaria.

En los demás casos, cuando el proceso penal finaliza por prescripción, o porque el hecho no constituye delito, entre otros supuestos, en los que el remanente administrativo sigue imperturbable, la sanción administrativa conserva su plenitud jurídica y efectos.

En casos excepcionales cuando un mismo hecho sea susceptible de generar una falta administrativa y un ilícito penal, y al mismo tiempo sea imposible separar y encarrilar la potestad disciplinaria atento la íntima relación entre ambos, puede resultar prudente suspender el procedimiento sancionador hasta el pronunciamiento judicial. Si el juez penal sostiene que el hecho no se cometió o el acusado no participó, corresponde el archivo de las actuaciones administrativas.

En otras situaciones pueden existir elementos probatorios contundentes para acreditar la falta administrativa, al margen de si la misma constituya o no un delito, en cuyo caso el procedimiento sancionatorio debe continuar.

## **8. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LO REGLADO Y LO DISCRECIONAL.**

## **8.1. NOCIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.**

Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos<sup>19</sup>.

En el ordenamiento jurídico administrativo vinculado con la función pública son numerosos los dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios que trasuntan standards o normas en blanco, cuya indeterminación es evidente.

El decoro o prestigio de la institución, la dignidad en el cargo, el mal desempeño, son ejemplos cotidianos, cuya relación con la realidad a la que se refieren, puede impregnarse de mayor o menor imprecisión.

La aplicación práctica de estos supuestos en el variado accionar administrativo, obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo el hecho concreto en la norma.

Veamos un ejemplo: la falta de decoro que afecta el prestigio de la institución, es susceptible de ocasionar tres alternativas distintas:

- a) una opción positiva al no existir dudas que hay falta de decoro;
- b) una opción negativa, ante la seguridad de que la falta de decoro es inexistente
- c) una zona de penumbra que se ubica entre ambas, en cuanto existen razonables dudas sobre si la hipotética conducta constituye o no una falta de decoro.

Las hipótesis a) y b) se denominan respectivamente: zona de certeza positiva y negativa; mientras que la c), "halo del concepto" o "zona de dudas". Esta última es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto.

## **8.2- INTEGRACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO**

La pregunta fundamental que cabe formularse es cómo se integra un concepto jurídico indeterminado cuando se ejerce la función administrativa, si a través de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad. La respuesta es por demás relevante para advertir el alcance del control judicial que corresponde realizar según se utilice uno u otro instrumento integrador del concepto.

Este interrogante ha suscitado diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Lo que en Italia continúa llamándose "discrecionalidad técnica" en el lenguaje ordinario -aunque se lo critique severamente- es objeto de estudio en el derecho alemán con el nombre de "conceptos jurídicos indeterminados".

---

<sup>19</sup> Cfr. SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 68 y 70.

La evolución de la teoría, reduce ostensiblemente el campo de lo discrecional; concibe que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples opciones válidas, sino, una en cada supuesto: la integración normativa se produce, entonces, por medio de la interpretación.

De tal manera, el prestigio o decoro de la institución, la urgencia, el orden público, etc, son supuestos cuya resolución solo admite una posibilidad. La eliminación de la discrecionalidad -como se advierte- parece constituir la meta soñada de esta concepción.

Si esta teoría sustenta que el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas para el derecho<sup>20</sup>.

El concepto jurídico indeterminado pasa a ser estudiado como un problema de interpretación y aplicación de la ley, razón por la cual se lo considera parte de la actividad vinculada o reglada: de allí que la diferencia con la discrecionalidad no sea de cantidad sino de calidad.

Para esta teoría la tarea de subsunción en los determinados, es casi de aplicación automática (conceder la jubilación a los 65 años); en cambio, en los indeterminados exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa. La urgencia existe o no, tal bien es de interés cultural o no. Por esta razón, sólo es admisible para la misma una solución justa donde nada tiene que ver lo discrecional.

Para esta concepción, el control judicial fluye espontáneamente. Este es el objetivo prioritario de la teoría que pretende extender al máximo la revisabilidad de los actos administrativos.

No obstante, la polimórfica, y a veces confusa, realidad estatal presenta en su devenir situaciones en las cuales resulta difícil admitir la existencia de una sola solución justa.

### **8.3- DEBILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.**

En mi criterio, los casos límites hacen criticable la construcción dogmática alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y también dificultan la elaboración de fórmulas teóricas apropiadas para superar la penumbra, ambigüedad y variabilidad de ciertos conceptos ubicados en ámbitos indeterminados entre la zona de certeza "negativa" y "positiva".

---

<sup>20</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *ob. cit.*, p. 386; MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Ed. Montecorvo, Madrid, p. 250; CASSAGNE, J. C., "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista de Derecho Administrativo*, Ed Depalma, N° 3, 1990, p. 98 y ss.; QUIROGA LAVIE, H., *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 226; BARRA, R. C., *Contrato de obra pública*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1980, T. II p. 230 y ss; GRECCO, L. M. "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", en *La Ley, 1980-D*, p. 1306 y ss.

Establecer en una calificación pedagógica, el por qué de un 9 en lugar de un 10, es tan complicado como su revisión judicial ulterior.

Para la concepción tradicional de la teoría analizada los casos difíciles se superan concediendo a la Administración un cierto "margen de apreciación", no susceptible de revisión judicial<sup>21</sup>.

Las dificultades prácticas que genera la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica, el temor de sustituir un criterio administrativo "opinable" por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible, son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza en favor de la Administración.

Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende sólo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar -en teoría- que la integración se efectúa por intermedio de un juicio de naturaleza cognoscitiva<sup>22</sup>.

Creo que tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen otra cosa que confirmar la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así como en muchos casos la aplicación de esta concepción tiene un éxito indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible. Esto último, unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del derecho, confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión. Poco importa quien tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional.

En mi criterio, la discrecionalidad es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa o política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento en su aspecto práctico, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho.

Aún cuando se postule la revisabilidad total de los conceptos jurídicos indeterminados, o se pretenda disfrazar lo discrecional con atuendos de legitimidad, lo cierto es que numerosas hipótesis llevan en su interior un momento subjetivo discrecional que ha menester un trato peculiar; este no puede ser sustituido por el juez quien sólo debe controlar la integración de la libertad dentro del ordenamiento.

Estoy de acuerdo con tales técnicas de control del "ejercicio" de la discrecionalidad pero no con el propiciado "control total" porque altera el principio de división de poderes con el avasallamiento de la "zona de reserva de la administración".

En mi criterio los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, standards objetivos, etc), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables

---

<sup>21</sup> JESCH, Dietrich, *ob. cit.*, p. 212 y ss..

<sup>22</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *ob. cit.*, p. 380.

por un proceso intelectual puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula.

No coincido con quienes afirman que lo aludido por los términos orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, decoro, honorabilidad, son conceptos jurídicos indeterminados que "sólo admiten una solución justa".

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

Hay veces que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede por ejemplo cuando en virtud de la norma, la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos, la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto "idoneidad" y "oferta más ventajosa" se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad, o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir a uno u otro concursante, una u otra oferta en el caso de que la norma nada establezca al respecto, bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

Lo mismo sucede cuando se trata de determinar si tal hecho afecta el decoro o la dignidad del cargo. Aquí intervienen porcentajes de discrecionalidad para apreciar las situaciones fácticas respectivas. Incluso en la apreciación de lo que es mal desempeño pueden existir porciones de discrecionalidad no sólo para encuadrar tal o cual hecho en la norma, sino valorar su gravedad en función de las características pertinentes.

Aceptar entonces que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea sólo intelectual, negando la posibilidad de que éste, según el caso, puede también ser volitivo o discrecional, importa en mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total, lo que es inaceptable.

Asimismo podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuando hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados, son en mi criterio creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad.

#### **8.4.- EL SILOGISMO JUDICIAL QUE OBLIGA A UNA SOLUCIÓN JUSTA NO ES TRASLADABLE CON EL MISMO RIGOR A LA REALIDAD ADMINISTRATIVA**

Considero una confusión histórica pretender trasladar el habitual silogismo judicial que obliga a llegar a una solución justa a la actividad administrativa.

En efecto, si analizamos detenidamente los principios del derecho procesal, los standards jurídicos del derecho privado que en mi criterio influyeron en la creación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y los diversos criterios de la hermenéutica interpretativa, es dable advertir que constituyen valiosas herramientas metodológicas para colaborar con quien realiza la función jurisdiccional a fin de llegar a "una solución justa", pues institucionalmente el juez está obligado a ello (todo tiende a facilitar esta tarea). Por ejemplo cuando tiene que determinar el monto de una cuota alimentaria, la visita a los hijos, etc. Aquí el ordenamiento jurídico le confiere al juez rellenar el concepto con ingredientes a fin de llegar a lo más justo.

Esta orientación pretende aplicarse a la actividad administrativa mediante las teorías analizadas entre otras (discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados), dificultando los límites del juez revisor de la conducta administrativa y la determinación de la verdadera zona de reserva de la administración al no distinguirse con nitidez lo reglado de lo discrecional. A la postre no tienen otro remedio que llegar al control total atento la naturaleza de la función jurisdiccional y el silogismo judicial aplicado.

Empero, la peculiaridad de la Administración y de su revisión ulterior, no concilian con principios indiscutidos aceptados en las otras ramas del derecho. La salvaguarda del interés público, pero fundamentalmente la presencia de una de las partes investida de potestad pública, modifica la pureza de los métodos referidos por lo que es necesario la formulación de un trato diferente.

El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios. La clave reside en interpretar a "quien" se delega, y "como" se integra el contenido de lo delegado.

El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo: el administrador incorpora calificaciones que explicitan: a) la juridicidad mediante un juicio objetivo utilizando la hermenéutica interpretativa, y b) valoraciones subjetivas originales de carácter discrecional relacionadas con la oportunidad y conveniencia.

El juez en cambio utiliza nada más que la interpretación porque sólo puede desarrollar elementos que ya forman parte del derecho, buscando la concreción de lo justo en el caso particular. Por ello, lo que hace el juez es explicitar en el caso concreto el sistema ordinamental; por eso "dice" el derecho, utilizando para ello la mecánica interpretativa que es amplia o reducida según el caso. La Administración "actúa", pero para tal accionar usa tanto la técnica de la interpretación como la de la discrecionalidad creativa en función del interés público en juego. Esto no existe en otras esferas del derecho (penal, civil, etc.), y de allí deviene la confusión.

En definitiva, el silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa porque la Administración no siempre está obligada a llegar a una solución justa mediante la interpretación, porque si un hecho es opinable y admite varias opciones posibles igualmente válidas para el derecho, puede dirimir la cuestión mediante la "discrecionalidad", ejercitando un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el ámbito de la Administración Pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quienes mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

Admitir la unicidad de solución justa en la praxis administrativa forzando las reglas procesales e interpretativas para ello, o aceptando teorías que lo postulen procurando eliminar lo discrecional, es tan disparatado como aceptar el control total.

Si esto ocurriera, implicaría sustituir el criterio opinable del administrador por el no menos opinable del juez con el agravante que tal soberbia judicial infringiría el precepto ordinamental que dispuso que tal margen de libertad lo completara el poder administrador.

En definitiva: a) existe primero quien ejerce la función administrativa que debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma; b) al juzgador entonces sólo le incumbe controlar si la aplicación del concepto encuadra en la juridicidad. Cabe subrayar que la Administración ya realizó la subsunción, que en las otras esferas del derecho le hubiera correspondido directamente al juez; c) el derecho administrativo quiere que sea la Administración quien haga operativo el concepto por lo que los instrumentos reglados como discrecionales no deben ser desvirtuados.

La Administración tiene la forma de dirimir la opinabilidad de supuestos alternativos aplicando un juicio subjetivo en pro de un ideal de oportunidad y conveniencia. ¿Por qué quitarle este cometido que en exclusividad le pertenece, acudiendo a estrategias implementadas para otros ámbitos funcionales? ¿Por qué querer cambiar solapadamente una valoración subjetiva por otras de igual naturaleza, cuando el propio ordenamiento pretende que sea más de mérito que de justicia? (el propio ordenamiento constitucional le da otra herramienta que el resto no tiene).

## **8.5. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL**

Para determinar con precisión hasta donde llega lo reglado y lo discrecional, y por lo tanto, cual es en realidad la intensidad del control judicial, debemos contemplar tres supuestos:

1) Cuando se aplican standars, reglas técnicas, científicas o de experiencia, de "universal consenso": Si la idoneidad, la dignidad o decoro, el mal comportamiento, implican en el caso concreto actuar conforme a pautas ciertas, objetivas y universales, el control judicial es pleno y su operatividad no ofrece dificultad. No queda espacio para una valoración discrecional. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de una regla o pauta de universal consenso y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado.

2) Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad: Cuando el orden jurídico se remite a varias técnicas aceptables, la selección de una de ellas incumbe a la Administración.

3) El control judicial de los casos límites complejos: Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas de oscura comprensión o de difícil reproducción probatoria,

juicios de probabilidad, etc, el juez no declina su jurisdicción. En efecto, la solución dada por la Administración debe ser controlada por el juez quien ha de contentarse con un juicio "tolerable", es decir, una "aserción justificada". La provisoriedad de la ciencia y de la técnica significa que la certeza absoluta a veces no existe, por lo que el juez debe conformarse con una solución técnicamente aceptable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Esta misma opinabilidad pasa a formar parte del orden jurídico e implica que su realización o concreción cristaliza siempre una verdad relativa, razón por la cual quien la ejecute como quien la controle debe conformarse con aproximaciones atendibles, razonables y suficientes. Si existen pequeños márgenes de opinabilidad corresponde a la Administración integrar el concepto. El juez o quien ejerce la función jurisdiccional no puede sustituir un juicio tolerable del administrador por otro igualmente "tolerable" del juez, porque ello implica violar la separación de poderes.

Como consecuencia de lo anterior no sólo es antijurídico el acto administrativo que vulnera las reglas ciertas y universales sino también cuando infrinja los criterios atendibles (falta de coherencia, disparidad de tratamiento, informes técnicos contradictorios, arbitrariedad en la verificación probatoria, etc).

En definitiva, quien ejerce la jurisdicción controla la juridicidad, no sustituye ni valora la discrecionalidad y con ello la oportunidad, mérito o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la Administración. Llegamos así a un justo equilibrio.

Por todo ello, considero en definitiva, que la conducta administrativa en relación con el ordenamiento jurídico puede ser entonces: a) vinculada en forma precisa: cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano; b) vinculada en forma implícita: determinable objetivamente mediante reglas lógicas, técnicas, de experiencia o estandars, que tengan universal consenso o sean al menos tolerables; c) desvinculada: objetivamente indeterminable que puede integrarse con la discrecionalidad.

Las pautas señaladas bien pueden ser aplicadas en la construcción del Consejo de Estado Francés, cuando después de la "verificación" de los hechos existan vacilaciones en cuanto a la "apreciación" de los supuestos técnicos complejos; de igual modo pueden aplicarse en el derecho norteamericano para encauzar la llamada "discrecionalidad guiada" y su distinción con la verdadera discrecionalidad. Incluso podría aplicarse en aquellos ámbitos que admiten la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para frenar su inadecuado uso y la posible aniquilación de la discrecionalidad.

Si actualmente la discrecionalidad forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en

lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio"<sup>23</sup>.

## **9. CAUSALES QUE OCASIONAN LAS FALTAS DISCIPLINARIAS**

No es necesario que las causales que generan la aplicación de una sanción disciplinaria estén previstas detalladamente. Basta una enunciación genérica, esto es, de conceptos jurídicos determinados e indeterminados como: decoro, probidad, idoneidad, mal desempeño, etc. De tal manera, el órgano competente que aplica la sanción, en ejercicio tanto de potestades regladas como discrecionales, realiza el encuadramiento del hecho real en alguna de las hipótesis que en forma amplia o reducida determine la norma. Es indudable que el margen de apreciación realizado por el órgano administrativo competente deberá ejercerse con prudencia, razonabilidad, congruencia, proporcionalidad, buena fe, igualdad y demás requisitos de juridicidad del acto administrativo sancionador.

Consecuentemente, dentro de cada una de las causales que comporten faltas disciplinarias puede existir un margen más o menos amplio para encuadrar situaciones no previstas expresamente siempre que resulten implícitas dentro de alguna de las previstas.

## **10. NUESTRO ORDEN JURIDICO NO ACEPTA LA IMPOSICION DE SANCIONES IMPLICITAS O SOLAPADAS**

Como lo he sustentado en numerosas oportunidades y es reiterada jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>24</sup>, es deber ineludible de quien ejerce la función administrativa en el marco del Estado de Derecho velar permanentemente por la legalidad de su actividad, el correcto desempeño de su personal, y la transparencia en el ejercicio de la función pública. No puede existir ningún impedimento cuando la Administración quiere promover el esclarecimiento de ciertos hechos a fin de resguardar el principio de legalidad en el obrar administrativo. Sin embargo, tal atribución debe realizarse en el marco del orden jurídico vigente, respetando los requisitos necesarios para la emisión de la voluntad estatal como las garantías de los administrados.

En este marco de juridicidad es dable afirmar rotundamente, que:

a) No existen las sanciones implícitas, es decir que sólo deben imponerse las que se encuentren taxativamente señaladas por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal ni en cualquier otra actuación administrativa, inconductas menores no aplicadas en legal forma, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa como de influir en las posibles sanciones y/o promociones.

b) Las sanciones sólo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga cumpliendo las formalidades impuestas por los preceptos constitucionales, la Ley

---

<sup>23</sup> Cfr. SESIN, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, ps. 287 y ss..

<sup>24</sup> Cfr. Sala Contencioso Administrativa, Sent. Nro. 12/1996, "Esteban Elsa c/ Prov. de Córdoba".

de Procedimiento Administrativo y demás normativas específicas aplicables. Ésta es la única forma de expresar la voluntad del Estado. Desde luego que es antijurídico sancionar solapadamente mediante un mero acto interno incorporado a un cuaderno de actuación o al legajo personal que no respete las normativas y principios explicitados supra. El orden jurídico vigente no acepta tales comportamientos administrativos que indudablemente afectan el buen nombre y honor de las personas.

c) El debido proceso como paso previo a la sanción. Al respecto, sabido es que la imposición de una sanción presupone el respeto ineludible del principio fundamental del debido proceso (descargo o sumario, según el caso).

Si el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, éste carácter adquiere especial importancia cuando se trata del trámite cuyo objeto es la imposición de una sanción administrativa. En efecto, la Administración no puede sancionar sin la previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional, y concordantes con las normas legales y reglamentarias aplicables en cada tipo de relación empleo público.

La circunstancia de que a veces las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones, no empece la ineludible obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aún en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio constitucional de obligatorio acatamiento.

El descargo presupone un procedimiento reducido tendiente a tutelar el derecho de defensa y a facilitar nuevos elementos de juicio a la Administración. Empero, si bien no requiere la formalidad propia del procedimiento sumarial, sin embargo, debe resguardar aunque mínimamente el cumplimiento de los siguientes aspectos: derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada. Todo ello en el marco sumarísimo que la naturaleza de ese trámite implica.

El incumplimiento de realizar el sumario o descargo previo, e incluso sus vicios sustanciales, fulminan la juridicidad del acto sancionatorio por cuanto ello contradice el orden jurídico vigente por violación de los principios que informan el procedimiento para su dictado<sup>25</sup>.

d) Los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso previo. Algunos piensan equivocadamente que ante sanciones leves el debido proceso queda asegurado con los recursos administrativos interpuestos por la interesada con posterioridad a la sanción.

El derecho disciplinario moderno enmarcado en los principios constitucionales contemporáneos no consienten el criterio descripto.

En efecto, el recurso es una impugnación de un acto administrativo ante un órgano

---

<sup>25</sup> Cfr. GORDILLO, A., *ob. cit.*, T. II-B, ps. 332 y ss; FIORINI, B., *Derecho Administrativo*, T. I, ps. 511 y ss.; ZANOBINI, G., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, ps. 400 y ss.; SANDULLI, A., *Manuale de diritto amministrativo*, ps. 470 y ss..

de ese carácter que obviamente se interpone a posteriori de la imposición de la sanción. Su objetivo es agotar la vía administrativa como paso previo a la judicial procurando, generalmente sin sustanciación, la revisión de un acto ya dictado. Nada tiene que ver con el debido proceso que procura tutelar una garantía constitucional clarificando la comisión de los hechos y la determinación de las responsabilidades.

Su omisión significaría colocar al los interesados en una evidente situación de indefensión, puesto que le privaría la posibilidad de destruir en el momento oportuno las falsas imputaciones que le pudieran hacer, convirtiendo de esa forma en ilusorias las garantías de acierto y ecuanimidad de la sanción a dictarse.

Las conclusiones referidas en los puntos precedentes, fluyen de los principios de juridicidad expresamente condensados a nivel constitucional. El obrar de quien ejerce la función administrativa está condicionado a que su actividad se ejercite dentro de límites razonables, de modo que no se vulneren las garantías y derechos constitucionales; sin debilitar ni alterar los mismos.

Solo así la actuación de los organismos administrativos y judiciales podrán tener una doble fuerza de convicción: legalidad y razonabilidad. La primera, a través del correcto encuadre normativo de la cuestión. La segunda, por medio de una vivencia de justicia.

## **11. PREJUDICIALIDAD PENAL. INDEPENDENCIA DE SANCIONES**

Sabido es que la sanción penal o incluso contravencional no excluye a la disciplinaria, ni ésta a las otras, pudiendo imponerse las mismas o bien una de ellas por quien jurídicamente corresponda, pues tutelan órdenes jurídicos distintos y persiguen finalidades diferentes. Como bien dice Marienhoff<sup>26</sup> "*en principio las sanciones son independientes y autónomas entre sí*". La potestad administrativa tiene como fin específico el orden y disciplina que deben imperar en la Administración<sup>27</sup>.

Las sanciones administrativas se instituyen como de jurisdicción local porque sancionan antijuridicidades que se refieren a bienes jurídicos de contenido distinto al que custodian las figuras delictivas del Código Penal o las faltas de índole contravencional. Esto impone reconocer que son siempre los contenidos de los bienes jurídicos amparados los que establecen las diferencias entre las figuras delictivas del derecho penal, las infracciones contravencionales y las faltas del derecho disciplinario.

Conceptuamos a este último ordenamiento como la disciplina del poder represivo de la Administración Pública ante la antijuridicidad que afecta los deberes impuestos hacia ella<sup>28</sup>. La sanción disciplinaria se distingue como actividad de la custodia y buen orden de la función y organización de la Administración sobre sus agentes.

El derecho procesal disciplinario tiende a comprobar, verificar, investigar, el

---

<sup>26</sup> MARIENHOFF, M. S., *ob. cit.*, T. III, p. 427.

<sup>27</sup> Cfr. RODRIGUEZ MORO, *Deberes, faltas y sanciones de los funcionarios municipales*, España, ps. 123 y ss..

<sup>28</sup> Cfr. DELPEREE, F., *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Título primero, París, 1979, ps. 53-118.

incumplimiento que ha provocado la falta del agente.

Como principio general, la sanción disciplinaria puede aplicarse en cualquier momento sin esperar la decisión penal o en su caso contravencional, cuando hubieren suficientes elementos de juicio para la determinación de la responsabilidad disciplinaria.

Incluso, la absolución judicial, la prescripción del delito o el perdón del particular damnificado, no eximen la aplicación de la sanción disciplinaria, salvo el supuesto excepcional descrito claramente por el Consejo de Estado Francés, comentado por Claude DURAND<sup>29</sup> en el sentido de que "*no puede la Administración en ejercicio de su potestad disciplinaria imponer una sanción basada en la existencia de unos hechos que la sentencia penal consideró inexistentes*". Esto quiere decir que sólo cuando el juez penal o también contravencional, afirme en su sentencia que el mismo hecho sobre el cual recae la sanción disciplinaria, no se cometió o no fue realizado por el imputado, es obligación de la Administración dejar sin efecto la medida aplicada<sup>30</sup>.

## **12. POTESTAD SANCIONATORIA. DISCRECIONALIDAD Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL**

El control judicial debe analizar todos los aspectos reglados, tales como: competencia, causa, motivación, objeto, forma, procedimiento y fin. Asimismo, como lo dijimos al momento de analizar los conceptos jurídicos indeterminados, también se controla el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

Es decir, que forma parte del pasado la concepción doctrinaria y jurisprudencial que sustentaban -y aún hoy algunos lo siguen sosteniendo-, que sólo es posible analizar si se ha vulnerado el derecho de defensa o bien si existe arbitrariedad, proporcionalidad o razonabilidad, porque el resto entra dentro del amplio campo de la discrecionalidad de la autoridad judicial que aplicó la sanción.

Esta restricción del control judicial es actualmente inadmisibles para el Estado de Derecho, teniendo presente la sujeción de quien ejerce la función administrativa al orden jurídico y el derecho a la tutela judicial efectiva.

En mi criterio la discrecionalidad es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a quien ejerce la función administrativa, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento, seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho.

Se controla judicialmente el ejercicio de la discrecionalidad dentro del orden jurídico, pero no el núcleo interno de lo discrecional (elegir una alternativa u otra) porque ello implicaría avasallar la llamada "zona de reserva de la administración".

En el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas,

---

<sup>29</sup> DURAND, Claude, *Les rapports entre les juridictions administrative et judiciaire*, Paris, 1956, ps. 286 y ss.

<sup>30</sup> Este criterio ha sido reiteradamente sustentado por el Tribunal Superior de Córdoba, Sent. Nro. 10/1996, "Luján Damián c/ Prov. de Córdoba", entre otras.

retomando en parte la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés:

a) Verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) Encuadramiento o calificación jurídica; c) Apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta; y d) Elección de la sanción.

Las etapas a) y b), esto es, la verificación material de los hechos imputados, comprensiva de su investigación y fehaciente acreditación en función de los cargos formulados, como asimismo su calificación jurídica en base a lo previamente normado por la ley, conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio, en las etapas c) y d), la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad.

Ello así, por cuanto la graduación de la sanción que pudiera adoptarse, tal como estableciera la C.S.J.N. pertenece al “ámbito de reserva” de la Administración y como tal no resulta revisable judicialmente<sup>31</sup>, salvo supuesto de arbitrariedad<sup>32</sup>, ya que lo contrario importaría la violación del principio de separación de poderes<sup>33</sup>.

No obstante, aún cuando exista una porción discrecional cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin.

De todos modos, y como lo ha entendido la jurisprudencia, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos que se estiman merecedores de castigo y la sanción elegida entre las varias posibles<sup>34</sup>.

Sabido es que la congruencia se vincula íntimamente con la razonabilidad. La jurisprudencia inglesa con elocuente generosidad considera que una actuación irrazonable se configura cuando ninguna persona de buen sentido la habría adoptado<sup>35</sup>.

*"Es causal de irrazonabilidad del acto administrativo la falta de proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que le dio al Administrador las facultades que éste ejerce en el caso, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta con la consecuencia de que dichas circunstancias en caso de acaecer, tornen nulo el acto. La razonabilidad exige que la actividad estatal se cumpla dentro de un cierto orden, de una cierta justicia. Es un patrón o un standard que permite determinar, dentro del arbitrio más o menos amplio, ordinario o extraordinario de que gozan los órganos del Estado, aquello que es axiológicamente válido. La razonabilidad es un verdadero ideal de justicia, es parte de un derecho natural*

---

<sup>31</sup> Fallos 311:2128.

<sup>32</sup> MARIENHOFF, M. S., *ob. cit.*, p. 438; GOANE, R. M., “El poder disciplinario de la Administración Pública”, en *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al Prof. M. S. Marienhoff*, Bs.As. 1998, p. 1044.

<sup>33</sup> Cfr. Fallos 303-1:1029; 306-2:1792; 307-2:1282; 310-2:2209, entre otros muchos; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 128/1999, “Paez c/ EPOS”.

<sup>34</sup> Cfr. Tribunal Supremo Español del 27 de Octubre de 1982, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 3945.

<sup>35</sup> Cfr. caso Prescott c/ Birmingham Corporation, All E.R., 1954, 3, 698; Borough Council c/ Greater London Council, All E.R., 1982, 3, 129.

*constitucional...*<sup>36</sup>.

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica de control que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, con el siguiente criterio: mitad racional y mitad justo. Es decir, aglutina en su seno valoraciones sobre proporcionalidad y justicia, pudiendo relacionarse con las más diversas modalidades del ejercicio de la función administrativa: actividad vinculada, discrecional, técnica, etc.. Para constituir un vicio de juridicidad también debe ser notoria y fácilmente acreditable.

Las normas estatutarias que regulan la relación de función pública establecen dispositivos flexibles para que la autoridad que debe aplicar la sanción valore las circunstancias concretas de cada caso y resuelva en consecuencia. En ocasiones un mismo hecho puede ser causa para aplicar un apercibimiento o una multa, a partir de la gravedad de la sanción. Consecuentemente su resolución comporta la valoración de ingredientes de discrecionalidad que junto a otras pautas objetivas dirimen el temperamento a adoptar<sup>37</sup>.

### 13. CONCLUSIONES

1) Las sanciones disciplinarias buscan el buen orden del aparato administrativo procurando que el funcionario o agente público cumpla sus deberes reglados e inherentes al servicio. Tienen tres finalidades íntimamente relacionadas entre sí. La más importante es lograr superar la disfunción e introducir las medidas operativas necesarias para el mejor funcionamiento de la Administración. En segundo lugar, se pretende purificar y encauzar al agente público incurso en la falta administrativa esperando que no vuelva a incurrir en infracción. En tercer lugar, tiene un efecto ejemplarizador a fin de prevenir incumplimientos futuros.

2) Las sanciones deben estar claramente precisadas por el legislador (arts. 18 y 19 de la C.N), por lo cual quien aplique o reglamente la sanción no puede crear otra ni sustituir las existentes. Donde en cambio existe mayor flexibilidad es en la determinación de las conductas, faltas o infracciones susceptibles de reproche disciplinario, ya que pueden establecerse requisitos básicos fundamentales que pueden ser complementados y explicitados por quien tiene competencia para reglamentar o aplicar la sanción.

3) Nada impide que por un mismo hecho puedan ponerse en marcha varios tipos de responsabilidades, pues son independientes, sin que medie incompatibilidad entre uno u otro procedimientos. Pero lo que no es posible es que en un determinado tipo de responsabilidad se apliquen dos o más castigos sobre la base de identidad de sujeto, situación fáctica y calificación jurídica. En la potestad disciplinaria rige plenamente el principio *non bis in idem*, razón por la cual por un mismo hecho no pueden aplicarse dos o más sanciones.

---

<sup>36</sup> S.T.J., Neuquén, Mayo 1984, Martínez C. c/ Inst. de Seg. Social de Neuquén, ED, T.116, p.566.

<sup>37</sup> Este criterio también ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sent. Nro. 34/1997, "Guerberoff, Eduardo R."

4) El único supuesto en que debe dejarse sin efecto la sanción disciplinaria es cuando el juez penal diga en la sentencia, que el mismo hecho sobre el cual recae la sanción disciplinaria, no se cometió o no fue ejecutado por el inculpado. En este supuesto excepcional corresponde al interesado interponer un recurso de revisión ante el órgano competente que aplicó la sanción a fin de que en base a los nuevos elementos de juicio (sentencia penal), deje sin efecto la sanción disciplinaria.

5) No es necesario que las causales que generan la aplicación de una sanción disciplinaria, o aún la destitución, estén previstas detalladamente. Basta una enunciación genérica, esto es, de conceptos jurídicos determinados e indeterminados como: decoro, probidad, idoneidad, etc. De tal manera, el órgano competente que aplica la sanción, en ejercicio tanto de potestades regladas como discrecionales, realiza el encuadramiento del hecho real en alguna de las hipótesis que en forma amplia o reducida determine la norma. Es indudable que el margen de apreciación realizado por el órgano administrativo competente deberá ejercerse con prudencia, razonabilidad, congruencia, proporcionalidad, buena fe, igualdad y demás requisitos de juridicidad del acto administrativo sancionador.

6) No existen las sanciones implícitas, es decir que sólo deben imponerse las que se encuentren taxativamente señaladas por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal ni en cualquier otra actuación administrativa, inconductas menores no aplicadas en legal forma, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa como de influir en las posibles sanciones y/o promociones.

7) Las sanciones sólo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga cumpliendo las formalidades impuestas por los preceptos constitucionales, la Ley de Procedimiento Administrativo y demás normativas específicas aplicables.

8) Si el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, éste carácter adquiere especial importancia cuando se trata del trámite cuyo objeto es la imposición de una sanción administrativa. En efecto, la Administración no puede sancionar sin la previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional, y concordantes con las normas legales y reglamentarias aplicables en cada tipo de relación empleo público. La circunstancia de que a veces las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones, no empece la ineludible obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aún en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio constitucional de obligatorio acatamiento.

9) Los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso previo. Algunos piensan equivocadamente que ante sanciones leves el debido proceso queda asegurado con los recursos administrativos interpuestos por la interesada con posterioridad a la sanción.

10) El control judicial debe analizar todos los aspectos reglados, tales como: competencia, causa, motivación, objeto, forma, procedimiento y fin. Asimismo, como lo dijimos al momento de analizar los conceptos jurídicos indeterminados, también se controla

el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Es decir, que forma parte del pasado la concepción doctrinaria y jurisprudencial que sustentaban -y aún hoy algunos lo siguen sosteniendo-, que sólo es posible analizar si se ha vulnerado el derecho de defensa o bien si existe arbitrariedad, proporcionalidad o razonabilidad, porque el resto entra dentro del amplio campo de la discrecionalidad de la autoridad que aplicó la sanción. Esta restricción del control judicial es actualmente inadmisibles para el Estado de Derecho, teniendo presente la sujeción de quien ejerce la función administrativa al orden jurídico y el derecho a la tutela judicial efectiva.

11) La discrecionalidad es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a quien ejerce la función administrativa, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento, seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho. Se controla judicialmente el ejercicio de la discrecionalidad dentro del orden jurídico, pero no el núcleo interno de lo discrecional (elegir entre una alternativa u otra) porque ello implicaría avasallar la llamada “zona de reserva de la administración”.

12) Frente a la posible aplicación de una sanción debe salvaguardarse la plenitud de la garantía del debido proceso, posibilitando la revisión administrativa y judicial de las sanciones.

13) Es mejor preferir y promover un canal de prevención, para lo cual es necesario estimular más las medidas correctivas internas a través de fomentar la imaginación creativa para alcanzar soluciones posibles a los problemas estructurales. Así, ha de preferirse la recomendación oportuna cuando esta conforma un instrumento útil en función de la menor envergadura de la falta observada o de la mayor efectividad para corregir la disfunción endilgada.