

## ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO DEL EMPLEO PÚBLICO.

*Pedro J. J. Coviello*

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza jurídica de las sanciones disciplinarias y sus alcances en determinados tópicos. III. El encuadre reglado o discrecional de las sanciones disciplinarias. IV. El alcance del control judicial de las sanciones disciplinarias. V. El debido proceso en materia sancionatoria. VI. La pérdida de confianza como causal de separación del agente. VII. La incidencia de la absolución o sobreseimiento en sede penal sobre las sanciones disciplinarias. VIII. Conclusión.

### **I. Introducción.**

El empleo público parecía en muchos aspectos una especie de territorio abandonado a la práctica administrativa y judicial, en la que luego de las grandes obras de Bielsa, Marienhoff, Fiorini, Villegas Basavilbaso, Diez o Gordillo, o trabajos memorables como los de Bezzi<sup>1</sup> o Comadira<sup>2</sup>, la doctrina prácticamente había dejado de lado su tratamiento, para enfrascarse en temas más atractivos, quizás, para el momento, como los contratos administrativos, o luego el proceso de las privatizaciones y la regulación económica.

Sin embargo, en los últimos tiempos ha despertado un interés reflejado en autores como García Pullés<sup>3</sup> o Ivanega<sup>4</sup>, aparte de cundir tal interés en otros jóvenes autores

<sup>1</sup> Bezzi, Osvaldo Máximo, “El poder disciplinario de la Administración Pública: Naturaleza, procedimiento y control jurisdiccional”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 43, julio-diciembre de 1982, p. 31 y sigs.

<sup>2</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo” y “La responsabilidad disciplinaria del funcionario público”, en *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, 2ª edición.

<sup>3</sup> García Pullés, Fernando, “Derecho Administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público”, en *JA*, 26-11-2003 (T. 2003-IV).

<sup>4</sup> Ivanega, Miriam M., “Control judicial de las sanciones disciplinarias”, en Cassagne, Juan Carlos (director), *Tratado de derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 583 y sigs.

iusadministrativistas (lo que no quiere decir que los nombrados no sean también jóvenes), lo que muestra que al igual que otros temas —como, por ejemplo, el retorno (no se sabe por cuánto tiempo) de las casi olvidadas empresas públicas— vuelven a adquirir relevancia jurídica.

La exposición se ceñirá a describir sumariamente la jurisprudencia que he considerado más trascendente para tratar en estas Jornadas, con la esperanza de que sirvan a los oyentes en sus distintos menesteres como operadores jurídicos, y también con la esperanza de que sirva para el tratamiento o estímulo de esas investigaciones que nuestra materia necesita.

## **II. Naturaleza jurídica de las sanciones disciplinarias y sus alcances en determinados tópicos.**

**A.** La Corte Suprema, a partir de *Fallos*: 203:399 (“Gardey”; 1945) fijó la doctrina de que las sanciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni el poder ordinario de imponer penas, razón por la que no se aplicaban los principios generales del Código Penal, entre ellos el de la prescripción; criterio que mereció la crítica del Profesor Marienhoff. En igual sentido pueden citarse los precedentes de *Fallos*: 256:97 (“Trimarco”; 1963) y 310:316 (“Pereiro de Buodo”, 1987).

**B.** Empero, la Procuración del Tesoro de la Nación, en un dictamen del 22-11-1991 (Dictamen N° 306/1991, uno de cuyos redactores fue Julio Rodolfo Comadira), sostuvo la doctrina contraria, sustentándose en la doctrina nacional y extranjera, en el sentido de que la sustancia de las sanciones disciplinarias es penal, con la adaptación propia que el régimen disciplinario exigía, aparte de poner de relieve que entre los principios del derecho penal extensibles al campo disciplinario, se encontraba el de la prescripción.

Es de destacar que el propio Marienhoff se había tenazmente opuesto a la idea de la imprescriptibilidad de las sanciones disciplinarias<sup>5</sup>, puesto que su esencia penal significaba la extensión de los principios básicos, entre ellos el debido proceso.

En realidad, si la prescripción se la entiende como un instituto del derecho en general, y por ende, un principio general, no cabe duda de que es extensible al campo disciplinario. Muchas veces se ha dicho que dicha imprescriptibilidad permite que se conozca el concepto que merece el agente en su desempeño, como se lee, por ejemplo, en los citados precedentes de la Corte. Sin embargo, ello queda desvirtuado si se deja constancia en el legajo del agente lo ocurrido, como un antecedente más a tener en cuenta sobre sus méritos<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 4ª edición, p. 451 y sigs.

<sup>6</sup> Lo que no quiere significar que se acepte una costumbre que existía en las Fuerzas Armadas de dejar constancia de la sanción y el monto que hubiera correspondido aplicar al militar, de no haberse operado la prescripción de la acción disciplinaria. Espero que esta lamentable costumbre se haya suprimido.

C. Se ha dicho también que en la relación de empleo público se está frente a lo que se ha denominado “*relación de especial sujeción*”<sup>7</sup>. No dejo de tener en cuenta que autores como el Profesor Gordillo han criticado el uso de tal locución, puesto que su mención conduciría a concebir cierto tipo de relaciones jurídicas como si fueran una servidumbre personal. Empero, ello no es así, porque –aunque llamáramos con otro nombre la relación de empleo público– aquélla sirve para señalar un tipo de relación en la que las prerrogativas de una de las partes (en este caso, el Estado como empleador), se incrementan sobre la libertad de la otra persona (lógicamente, sin avasallarla); por ejemplo, la impartición de órdenes o, en lo que es nuestro tema, la imposición de sanciones disciplinarias.

Ello, ciertamente, no quiere decir que dichas relaciones estén fuera del orden jurídico, sino, antes bien, *dentro* de él, de modo que el principio de legalidad es el norte que guía el derrotero de ellas, en especial dentro del marco disciplinario. Y, precisamente, la propia Corte en distintos casos –no sólo vinculados a sanciones disciplinarias– aplicó la idea de la relación de especial sujeción, pero con sujeción, a su vez, a la ley y al derecho. Así, en “Cambios Teletour” (*Fallos*: 310:203, 1987), respecto a las relaciones de las entidades financieras con el Banco Central de la República Argentina; o en *Fallos*: 319:3040 (“S/N”; 1996), sobre el examen obligatorio de personal de la Policía Federal afectado de *SIDA*; o finalmente, en *Fallos*: 319:1165 (“Gabielli”, 1996), sobre las sanciones disciplinarias aplicadas al personal militar; en esa lista podría agregarse –aunque no lo diga directamente– el precedente de *Fallos*: 308:987 (“Melitón Ferrari”; 1986). Con lo cual tal concepto no significa una vía libre al ejercicio de las potestades estatales, ni justificación del uso abusivo de las atribuciones conferidas, sino un *encuadre jurídico* de una relación, siendo ejemplo, a mi juicio, la relación de especial sujeción del los órganos públicos al ordenamiento jurídico. En efecto, no existe relación de especial sujeción más rígida al ordenamiento jurídico que la de las propias autoridades estatales a éste.

### III. El encuadre reglado o discrecional de las sanciones disciplinarias.

A. La idea que ha campeado en la materia es que las sanciones disciplinarias importan el ejercicio de una potestad discrecional por parte de las autoridades competentes para ello. Pero, al lado de esa idea amplia, se ha hablado también de que los tipos represivos disciplinarios encierran *conceptos jurídicos indeterminados*, ante los cuales el margen de discrecionalidad es mucho más acotado.

<sup>7</sup> Tuve oportunidad de referirme a ellas en “La responsabilidad del funcionario militar”, en AA VV, *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2001, p. 541 y sigs., disponible en [www.rapdigital.com](http://www.rapdigital.com), Sección Biblioteca Digital –Libros Electrónicos–; y en “Policía de las profesiones liberales”, en AA VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2004, p. 565 y sigs.

En ese sentido, si bien los hechos constituyentes de faltas están volcados en conceptos genéricos, sobre todo cuando se hace remisión al incumplimiento de las obligaciones de los agentes, lo cierto es que la sanción no es imponible a voluntad del funcionario competente, sino cuando el presupuesto normativo se dé, aunque no sea aplicable la clásica tipicidad penal. Es decir, hay un mayor acotamiento sobre el ejercicio de la potestad estatal, de modo que lo discrecional resulta mucho más estrecho.

**B.** La Corte, en *Fallos*: 259:266 (“Nassif Eybel”; 1964), fijó una doctrina basilar en el tema, que no ha perdido vigencia. Allí dijo que el control de legalidad (el del entonces Artículo 24 del Decreto Ley N° 6.666/1957, que regulaba el Estatuto del Personal Civil de la Nación) supone el de la debida aplicación del estatuto, de manera que los hechos se configuren y clasifiquen adecuadamente, y que las sanciones se ajusten al texto legal. Es decir, la Corte aquí avanzaba y no se autolimitaba en el control.

Tiempo después, en una disidencia del Juez Risolía en *Fallos*: 270:398 (“Fernández”, 1968), había dicho: “[...] la Administración pública –que es parte de la actividad del Estado– debe siempre manifestarse y obrar con sujeción a las formas jurídicas”; y agergó más adelante: “[...] es de buena doctrina que el control de legitimidad se cumple ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades regladas del Poder Administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas facultades”.

Precisamente, poco tiempo antes, en la causa de *Fallos*: 267:67 (“Grichener”; 1965), la Corte validó la anulación judicial de una sanción, en la medida en que se había ajustado la sentencia a los hechos de la causa y no a una mera interpretación de la normativa en juego.

**C.** Con ese criterio, y otros, como el precedente de *Fallos*: 304:1335 (“Garibaldi”; 1982), la Corte dio quizás un sentido al encuadre administrativo de la sanción cuando la cuestión pudiera ser opinable.

Es decir, aparece lo que puede interpretarse como un respeto al ejercicio de las competencias propias de la Administración cuando lleva a cabo la facultad que el legislador le atribuyó la potestad sancionatoria y de interpretar las conductas a la luz de la norma que se la asignó. Pero ello no supone arbitrariedad, sino ejercicio razonable de esa potestad, aunque pudiera ser opinable para el Poder Judicial.

Valgan como ejemplo las sanciones que aplican los colegios públicos de abogados: en el tribunal que integro hemos reiteradamente sostenido la doctrina de que ellos son quienes como pares de los colegiados son los llamados primariamente a juzgarlos por voluntad del legislador, correspondiendo al Poder Judicial ejercer el control en caso de ilegitimidad o arbitrariedad<sup>8</sup>. Pero también se ha dicho que es necesaria la

<sup>8</sup> Causa “K”, del 18-12-2003. Ver también mi trabajo “Policía de las profesiones liberales”, en AA VV, *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2004, p. 565 y sigs.

descripción clara y precisa de la conducta reprochada, y corresponde requerir que se diga por el experto primario, mediante un análisis de la conducta imputada, qué aspecto de ella es reprochable y cómo encuadra en el tipo genérico disciplinario<sup>9</sup>.

**D.** Lo opinable, en ese sentido, supone corrección en el obrar. Lógicamente, lo arbitrario o caprichoso no es algo opinable, sino opuesto al orden jurídico. Hay aquí un respeto a las respectivas incumbencias de los distintos Poderes del Estado, lo que no significa ausencia de control judicial. Como enseñó Comadira, el control de la discrecionalidad se realiza a través de un juicio de valor en el cual se mide el grado de adecuación de la conducta administrativa a la juridicidad<sup>10</sup>.

#### IV. El alcance del control judicial de las sanciones disciplinarias.

Es éste en realidad el punto clave donde se muestra la actualidad jurisprudencial del tema en desarrollo. Y ello es lógico, porque si no hay control judicial, o si los jueces lo retacean, no hay realmente un Estado de Derecho. Si no se aboca en el control judicial de los actos de la Administración y de los otros Poderes Públicos, pierde razón de existencia el derecho administrativo.

**A.** Como muestra de decisiones opuestas, traigo como ejemplo un viejo precedente de *Fallos*: 172:396 (“Crespo de Godoy”, 1936), donde en una cesantía impuesta a un profesor universitario, la Corte dijo, citando el precedente de *Fallos*: 166:266 (“Pedro Bergés”; 1932), que todo pronunciamiento de las universidades, en el orden interno, disciplinario, administrativo y docente de su instituto, no puede ser revisto por juez alguno del orden judicial, sin que éste invadiera atribuciones inconfundibles de otras autoridades con autonomía propia.

A ello agregó: “[...] careciendo de facultades la justicia para rectificar procedimientos de la Universidad [...] no puede entrar a apreciar la *razón o sinrazón* de un decreto de cesantía de los profesores de aquella” (el énfasis me pertenece).

Considero que ello es una clara manifestación de la *autolimitación* (o “*self restraint*”) judicial que realmente inhibía la actuación del juez de una manera dramática frente a los valores constitucionales en juego.

**B.** La Corte sin embargo, en la sentencia de *Fallos*: 306:820 (“Marra de Melinchoff”, 1984), en un caso de una cesantía dispuesta por la Universidad de Buenos Aires, dejando de lado tal doctrina, retomó la de *Fallos*: 259:266 (“Nassiff”), junto con la disidencia del Juez Risolía en *Fallos*: 270:398 (“Fernández”), en una fórmula que hasta la actualidad ha sido constante.

Así, retomó en primer lugar lo dicho en la disidencia del Juez Risolía cuando sealó que el control de legitimidad sobre las medidas disciplinarias que adopten los órganos

<sup>9</sup> CNCAF, Sala I, *in re* “López”, del 21-5-2002.

<sup>10</sup> “La actividad discrecional de la Administración pública. Justa medida del control judicial”, en *Derecho Administrativo*, *op. cit.*

administrativos debe cumplirse ponderando, entre otras cosas, el prudente y razonable ejercicio de las facultades del Poder Administrador, porque no es admisible una actuación discrecional e irrevisable de aquellas potestades.

Y, en segundo lugar, hecha esa advertencia, amplió la línea de “Nassif” al sostener que si bien es cierto que la atribución jurisdiccional no puede llegar a establecer el control de los jueces sobre cualquier sanción disciplinaria impuesta a los servidores del Estado, ya que es sin duda indispensable que el órgano administrativo cuente con una facultad de libre apreciación de las faltas, corresponde, sin embargo, admitir que procede la intervención de la justicia cuando se ciñe a investigar si en la imposición de las medidas que se adopten, se hizo uso legítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas, agregando la fórmula de “Nassif” que el control de legalidad supone la debida aplicación por el órgano administrativo de las normas estatutarias, de manera que tanto la descripción como la clasificación de los hechos sea correcta.

C. Un tema estrecho a éste es el del *poder de sustitución* del juez de la sanción impuesta. La Corte en los casos de *Fallos: 267:77* (“Molinelli”; 1967), y hasta en la propia causa “Nassif”, sustituyó sanciones de exoneración por cesantía. Expuse mi desacuerdo con tal doctrina, entre otras, en la causa “London Supply”, del 1-2-2001<sup>11</sup>, en la medida en que se estarían afectando atribuciones propias de la Administración. Esta idea ha sido antes sostenida reiteradamente por Sesin a través de distintos trabajos y exposiciones<sup>12</sup>.

Una cosa es anular una sanción por exceso de punición y otra muy distinta es modificar –sin atribución legal– el tipo o monto de la sanción. Por ejemplo, cuando se trata de la anulación de sanciones aplicadas por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados, lo que en el tribunal que integro hemos hecho es anular por exceso de punición y devolver a dicho órgano colegiado<sup>13</sup>.

Una sentencia de la Corte dice al respecto que la jurisdicción es revisora y no sustitutiva<sup>14</sup> (lógicamente, cuando se ejercen atribuciones en las que existe un marco de discrecionalidad).

D. Un tema que es fundamental aquí es que por más que pretenda que las sanciones disciplinarias están insertas en el marco de la discrecionalidad, lo cierto es que no por ello dejan de estar exentas del control judicial. Ya en otras oportunidades ha dicho

<sup>11</sup> LL, 2001-D-419.

<sup>12</sup> La obra principal donde el Profesor Domingo Juan Sesin ha expuesto esta doctrina es *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, 2ª edición, *passim*; y en “El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política”, LL, 2003-E-1264.

<sup>13</sup> Causa “K”, citada, del 18-12-2003.

<sup>14</sup> *Fallos: 304:721* (“El Panamericano”, 1982)

la Sala que integro que en estos casos “existe control”, pero varía su alcance<sup>15</sup>. Pero siempre el juez lo controla todo, como decía Bidart Campos<sup>16</sup>. El solo hecho de abrir el expediente significa un principio de control. Por ello el principio, repetido como *clisé* de que el ejercicio de atribuciones discrecionales está exenta del control judicial salvo ilegalidad o arbitrariedad, es un principio mal formulado: el juez controla todo, variando el alcance cuando se está ante actos en los que se ejercen atribuciones discrecionales. Mejor viene recordar que como ya la propia Corte reconoció, receptando la doctrina, no existe la discrecionalidad pura, sino que siempre hay un marco mayor o menor de aspectos reglados en la actividad<sup>17</sup>.

## V. El debido proceso en materia sancionatoria.

Si el derecho de defensa (Art. 18, CN), que en el procedimiento administrativo se ha rotulado como *debido proceso adjetivo*, reviste trascendencia liminar, ello es así aún más en materia disciplinaria. Por lo demás, no es vano recordar que este principio es viejo como la humanidad, y no sólo lo vemos, como muchos podemos creer, en la Carta Magna, sino en la Biblia<sup>18</sup>, y hasta en la propia literatura grecolatina, como en *Antígona* de Sófocles o en *Medea* de Séneca<sup>19</sup>.

**A.** Valga citar casos de mi Sala en donde, por ejemplo, se dispuso la cesantía de un empleado al que sólo se le había tomado declaración testimonial (caso “Tonarelli”, del 25-10-1996). Dicho acto lo anulamos. En otro caso, un profesor fue sancionado con cesantía sin que se le tomara declaración indagatoria (“Soaje”, del 8-3-2001<sup>20</sup>), y el tribunal hizo lugar a la medida cautelar, ordenándose la reincorporación hasta que se llevara en forma el sumario.

**B.** Pero en esta materia se dan posiciones distintas emanadas de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando obra en el marco del ejercicio de sus atribuciones administrativas de superintendencia.

Ejemplo típico es el caso de *Fallos*: 323:3672 (“Dragonetti de Román”; 2000), donde la Corte aplicó “de plano” una sanción de multa a dicha jueza sin haberse instruido sumario en el que ella pudiera oponer sus defensas, rechazando luego el recurso

<sup>15</sup> Sala I, causas “Edelmann”, del 11-4-1997 (*LL*, 1997-F-713), “Abadía”, del 7-5-1997 (*LL*, 1998-B-514) y “Sandez”, del 17-7-97 (*LL*, Suplemento Jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 6-4-1998; registro 96.952; aunque allí figura erróneamente como “Sánchez”).

<sup>16</sup> Bidart Campos, Germán J., “Materias no justiciables en la Administración”, *ED* 78-703, citado en mi voto *in re* “Marenco”, del 16-4-1998, *ED* del 17-7-1998.

<sup>17</sup> *Fallos*: 315:1361 (“Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derechos Humanos”; 1992).

<sup>18</sup> Así lo vemos en el Deuteronomio, I-16 y 17, y en Juan VII-51.

<sup>19</sup> Esos y otros antecedentes, los mencioné en “El debido procedimiento adjetivo y el procedimiento administrativo”, en AA VV, *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 587 y sigs.

<sup>20</sup> *ED* Derecho Administrativo, 2001/2002-108-109.

de reconsideración. Iniciada la demanda judicial, la Corte requirió la causa y allí dispuso su archivo por no corresponder el juzgamiento, con sustento en la doctrina de que por ser un tribunal de justicia, sus decisiones no son revisables por tribunal alguno. Según esa doctrina, la revisión ulterior requiere garantizar una instancia judicial, “lo cual no es exigible si las facultades de referencia son ejercidas por tribunales de justicia (*Fallos*: 307:1779 y sus citas)”. El precedente citado es el lamentable caso “Guardia”.

Considero que esta doctrina es nefasta, y que hiere todo buen sentido jurídico. Es de esperar que varíe. Recientemente, en el caso “Charpin”, del 8-4-2008<sup>21</sup>, la Corte podría, quizás, haber abierto una puerta de entrada al control de dichos actos. En la especie, lo habilitó respecto a una cuestión pecuniaria referente a diferencias de haberes de un funcionario judicial; pero no hizo referencia directa a una modificación del criterio de revisión judicial de sus medidas disciplinarias.

Puede ser que dicha doctrina de la Corte hubiera podido ser invocada en tiempos del *self restraint*, o de poco avance de los principios del derecho administrativo, pero pretender continuar con ella en la actualidad constituiría algo que ofende todo buen sentido jurídico y los valores del Estado de Derecho.

## VI. La pérdida de confianza como causal de separación del agente.

En el caso “Nassif”, ya citado, se hizo mención a la “pérdida de confianza” como causal de cesantía, lo cual tenía su fuente en lo dispuesto en el viejo Estatuto del Personal Civil de la Nación –Decreto N° 6.666/1957–, cuando el Artículo 37 sancionaba con cesantía, entre otras faltas, el incumplimiento de las obligaciones prescriptas en el Artículo 6° del Estatuto, que no estuvieran comprendidas como motivo de la imposición de otras sanciones.

Y, así, en el Artículo 6°, inciso b), se imponía al agente “observar en el servicio y fuera de él una conducta decorosa y digna de la consideración y *confianza* que su estado oficial exige”. Tal referencia a la confianza no se reiteró en el ulterior Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, aprobado por la Ley N° 22.140, ni en el actual Marco Regulatorio de la Función de Empleo Público, instituido por la Ley N° 25.164.

En el tribunal que integro, hemos tenido ocasión de oponernos a tal criterio. Una de esas ocasiones fue el resonado caso “Spinosa Melo”, del 29-8-2002<sup>22</sup>, que la Corte revocó<sup>23</sup>, pero en el que, sin embargo, dijimos que no era aquella causal de cesantía, respecto a la cual consideramos que era, en todo caso, un concepto que resumía la situación general del agente, luego de configuradas las faltas que se le atribuían. Pero en modo alguno era una causal autónoma, ni accesoria. Podría en todo caso ser el “resumen” de lo demostrado, y nada más; no una causal, ni siquiera en conjunto con las otras, de sanción.

<sup>21</sup> *ED* Derecho Administrativo, del 30-6-2008, con comentario de Juan Cruz Azzarri.

<sup>22</sup> *ED* Derecho Administrativo, 2006-339.

<sup>23</sup> *Fallos*: 329:3617, 2006; *ED* Derecho Administrativo, 2006-351, con nota de Ivanega, Miriam M., “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la Administración”.



Destaco al respecto un interesantísimo trabajo de Fabián Canda donde con profundidad trató este tema (“La denominada pérdida de confianza como causal de remoción en la relación de empleo público”, *ED*, del 29-11-2002).

La Corte, empero, sostuvo el criterio de la pérdida de confianza para justificar la aplicación de dicha causal, y, aun, en materia de superintendencia, como ocurrió en el caso “Fégoli” (*Fallos*: 312:1973, 1989), en el que justificó la cesantía de una secretaria, sin invocar causal normativa alguna.

## **VII. La incidencia de la absolución o sobreseimiento en sede penal sobre las sanciones disciplinarias.**

Este tema que dejo para el final tiene importancia porque muchas veces hemos visto en la experiencia que pese a que al agente se lo absuelve o sobresee, la Administración afirma la independencia de ambas esferas: la punitiva judicial y la administrativa.

**A.** Ello, para explicarlo fácilmente, es cierto en principio. Un hecho puede no ser punible en sede judicial, mas sí en sede administrativa, de acuerdo al enfoque que técnicamente se le dé, como podría ser el incumplimiento de un deber no merecedor de pena del Código Penal.

Sin embargo, cuando en sede penal se afirma que la conducta u otros hechos no se configuraron, no puede en sede administrativa sostenerse lo contrario.

**B.** Ejemplo de ello es la causa “Abadía”, más arriba citada, que se trataba de un miembro del Servicio Penitenciario Federal que había sido dado de baja por, supuestamente, castigar de modo indebido a un recluso, que había fallecido como consecuencia de ello, “provocándole la muerte”, decían los considerandos.

En sede penal fue absuelto en primera y segunda instancia, comprobándose que el actor no había para nada participado en el hecho. Cuando solicitó la reincorporación, el Ministerio de Justicia sostuvo la independencia de ambas esferas. La negativa fue anulada al considerarse que la Administración no había señalado qué aspectos eran relevantes para justificar la baja desde el punto de vista técnico de la forma de prestación del servicio (así, pese a que era cosa juzgada que no había provocado la muerte del recluso, bien podría haber señalado en la decisión separativa otros aspectos relevantes para justificar la sanción). La sentencia quedó firme.

## **VIII. Conclusión.**

El empleo público reviste una importancia sin duda relevante, sobre todo porque en él están involucradas personas y la defensa de sus derechos. Mucho se ha ocupado la doctrina de otros contratos como la obra pública, los servicios públicos u otros temas relevantes en materia empresarial. El empleo público aparecía en los últimos tiempos como el hermano pobre de los contratos administrativos, cuando en realidad debería ser el primero, porque en ellos están involucrados personas que hacen de él su forma de vida, y que con él mantienen a sus familias.

El número de empleados públicos en todos los órdenes (nacional, provincial y municipal) justifica que profundicemos y volvamos a su estudio. Pero sobre todo, porque allí hay –insisto– personas y sus derechos. Los nuevos estudios que están apareciendo en la materia mueven a la esperanza de que se renueve la trascendencia que tiene y debe tener el instituto, constituyendo, entonces, una forma más de coadyuvar a la afirmación en todos los sectores de la actuación pública de los valores del Estado de Derecho.

El ejercicio de la potestad disciplinaria es necesario para el orden administrativo, aunque sólo como último recurso para asegurar el buen servicio. Precisamente, lo importante es ejercer prudencialmente tal potestad: ni temor a ejercerla, ni usarla como medio de infundir el miedo más que el respeto y la lealtad hacia los superiores. Una autoridad que sólo se ejerce por el temor que infunde es una triste figura que, a la larga, produce pena cuando deja de ejercer la función y vuelve a ser un ser humano más que hace la cola para cobrar su jubilación.

Comadira enseñaba que el ejercicio de la potestad disciplinaria no era facultativo sino obligatorio cuando la norma contemplaba la falta. Es decir, allí no habría discreción sino competencia reglada. Creo que aquí está, sin embargo, en juego otro principio fundamental en el derecho administrativo, que es el de equidad. Entiendo que no todos los casos de faltas disciplinarias pasan por un mismo rasero, sino que cada caso puede merecer un tratamiento especial, de modo de no quebrar la igualdad, pero al mismo tiempo no dejar de lado la justicia y su aplicación concreta que es la equidad, o justicia del caso.

Bastan para sentar algunas pautas sobre ello las directivas que tenía un viejo manual del Ejército sobre ejercicio del mando (que no sé si estará vigente), que daba una serie de pautas en punto a la aplicación de sanciones disciplinarias, tales como:

- administrar justicia con equidad;
- considerar cada caso dentro de su propia situación ambiental;
- no ser reconocido como el hombre que sólo nota lo malo y nunca lo bueno;
- en cuanto a los pasos para la aplicación de sanciones:

- *Antes de la sanción*: prevenir las faltas; asegurarse que la sanción está justificada; pesar los hechos; pensar anticipadamente en la medida correctiva aplicable a ese subalterno.

- *Durante la imposición*: mantenerse calmo; señalar el error y lo que se debió hacer, induciendo a reconocer la falta.

- *Después*: a menos que se repita el error, olvidarlo y continuar con el trato normal.

La experiencia personal en la milicia y en la justicia me ha hecho apreciar la verdad que encierran esas frases, que son una guía para todo aquel que o bien tenga el triste deber de imponer una sanción –que no es una grata tarea, salvo que se tenga una personalidad sádica o perversa– o de juzgarla ulteriormente, por vía de recurso administrativo o en la instancia judicial. Pienso que si se siguieran esas directivas habría muchos menos problemas de autoridad (por defecto o por exceso) y de nulidades.