

DERECHO SANCIONADOR Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL EMPLEO PÚBLICO

FERNANDO GARCÍA PULLÉS

INTRODUCCIÓN

El tema convocante, en mi caso, es el del Derecho administrativo sancionador y su relación con las potestades disciplinarias en el ámbito del empleo público. En beneficio del tiempo de todos, trataré de sintetizar el acceso a la cuestión y limitar los aspectos a los que he de referirme pues la amplitud de los temas es, como siempre, incompatible con la exigüidad de la paciencia y la rapidez del aburrimiento.

Les propongo abordar tres aspectos de la problemática del Derecho disciplinario, a saber: I. El modo de su aparentemente especial inserción en el Derecho administrativo sancionador y las consecuencias de tal postulado; II. El carácter discrecional de la potestad disciplinaria de la Administración y III. El recaudo de debido proceso adjetivo en el marco de los sumarios administrativos disciplinarios.

I. FACULTAD DISCIPLINARIA Y POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

Abordar el tema del Derecho sancionador en el ámbito de la relación de empleo público exige, como recaudo previo, dilucidar si la facultad disciplinaria de la Administración constituye o no una de sus potestades.

Justamente, en este medio, Goane¹ ha postulado que la organización resulta inherente a la condición social del hombre y a su tendencia necesaria al bien común; que toda organización sólo puede lograr sus cometidos en un marco de disciplina y que ello implica necesariamente la aptitud, virtualidad o poder para su efectiva preservación frente a la posibilidad de que cada miembro, absorbido por su propio interés, descuidara el general y accionara discordantemente, concluyendo que ese poder es el poder disciplinario.

Inmediatamente, el profesor indica que la Administración pública, en su acepción objetiva y material, es la organización a través de la cual el Estado procura, de modo directo, práctico, concreto y permanente, satisfacer su fin específico, esto es, el bien común y que, por ello, debe concluirse que hace a su propia esencia el poder disciplinario. De allí que, a su juicio, el poder disciplinario no se fundamenta en el poder político ni constituye una potestad, pues su fundamento no es el que sustenta a esta última. En las potestades los órganos del Estado, entre ellos la Administración, concurren a crear la conexión sistemática de las actividades de

¹ Goane, René Mario, "El poder disciplinario de la Administración Pública. Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional", *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 1013.

todos los habitantes del país en orden a la realización del bien común, mientras que en el poder disciplinario no existe tal objetivo, ya que su fundamento no es otro que el orden o unidad de la Administración en tanto organización y no su condición de órgano estatal.

El profundo respeto que inspira el estudio del eximio profesor tucumano² y la lúcida explicación de los límites del poder disciplinario para llevarlo a la juridicidad no impiden advertir que el planteo responde a la base sociológica de la cuestión administrativa y disciplinaria, pero demora su consideración más estrictamente jurídica.

Es incontestable que el hombre tiende a la organización y que ésta requiere de un orden que exige el régimen disciplinario. Pero esa aptitud de la organización para disciplinar a sus miembros surge conectada al Derecho. La organización no adquiere su poder disciplinario de su condición de tal, sino del reconocimiento de esa facultad por la ley, sea que esta última se funde en el reconocimiento de su correlato con la propiedad y consecuente habilidad para gobernar los recursos por sus titulares –en el ámbito del Derecho privado– o de la atribución de una facultad a un órgano con una finalidad específica –en el ámbito público–. La organización, por sí, no adquiere aptitud disciplinaria alguna cuando no se la otorga el Derecho.

Pero además, la organización de la Administración y su unidad no es un fin en sí, sino sólo un medio que permite la consecución de su objetivo: el bien común. Por ende, el supuesto poder disciplinario para mantener su cohesión no es un objetivo que pertenezca a la Administración, sino que la trasciende e interesa a todos los individuos que han forjado o consentido jurídicamente tal organización para la obtención de un fin externo a ella, sabiendo que el camino más adecuado para ello pasa a través de los indicados valores de orden, jerarquía y unidad, que sólo son medios para la consecución de aquel fin.

En mi criterio, la idea de postular el orden y la unidad de la Administración como un fin que le es propio y del que, en consecuencia, ella podría «disponer» a voluntad en materia disciplinaria es fuente de los más importantes errores en la materia, pues pareciera destinado a encaminar a un vasto campo de relaciones jurídicas, en que «va la vida» de cientos de miles de personas, a las «tinieblas de la no juridicidad» o, más precisamente, al paisaje de la indebida reivindicación que los gobernantes de turno suelen hacer de esos poderes que el Estado sólo les confiere provisionalmente y bajo el límite del principio de legalidad, para el desarrollo de sus particulares visiones sobre cómo debería ser el interés público.

² No podría negarse que la construcción encuentra apoyatura en las ideas de Hariou, quien postulara que la institución, en particular las que se caracterizan como personas, precede al Derecho positivo, pues su finalidad –de bien común– es una de las fuentes jurígenas. Sin embargo, no podría desconocerse que el autor citado exige que el bien común de la institución participe del bien común general, de modo que no podría aceptarse que la organización se adueñara de los principios de orden y jerarquía más allá de los lineamientos exigidos por el interés público comprometido en ellos. Cfr. Hariou, Maurice, *La teoría de la institución y la fundación. Ensayo de vitalismo social*, Traducido y prologado por Arturo Enrique Samapay, Bs. As., Abeledo Perrot, 1968.

Admitida, pues, esa pertenencia al interés público, y no a la Administración, de los valores orden y jerarquía administrativa como causas eficientes de la organización, no queda más remedio que asociar la facultad disciplinaria al ámbito de las potestades, en cuanto –para seguir las palabras de Goane– verdaderamente concurre a crear la conexión sistemática de las actividades de los habitantes del país (en este caso algunos de ellos que se vinculan con el Estado a través de un típico contrato administrativo de colaboración) en orden a la realización del bien común, en el caso a través de la herramienta del orden y la unidad de la Administración, reprimiendo las conductas de quienes comprometen tal finalidad.

Adviértase que el propósito de discutir si el poder disciplinario de la Administración pública debe inscribirse en el ámbito de las potestades o entenderse como una “[...] virtualidad jurídica, de la que está munida la Administración pública [...]”³ es trascendente, en especial cuando se atribuye a esta última caracterización la calificación “jurídica” para reconocer su pertenencia a los poderes de derecho.

Ello es así, pues el principio de legalidad, en este ámbito, se expresa a través de la atribución de potestades a la Administración, entendidas como un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones que obliguen a otros sujetos. Así, la potestad, originada directamente en el ordenamiento, enuncia una facultad limitada y condicionada, tasada en su extensión que se enfrenta con el ejercicio de derechos subjetivos de los particulares.⁴

Es claro, pues, que la “virtualidad jurídica” parte del criterio interpretativo de la “[...] preeminencia de la organización respecto de sus agentes o colaboradores [...]”, mientras que la potestad lo hace de la jerarquía superior de la legalidad –entendida en sentido formal– o aun de la normatividad –si se quisiera aludir al sector como un ámbito de la zona de reserva de la Administración–, espacio en el que los principios generales del Derecho, como la igualdad, la razonabilidad, la publicidad y la proporcionalidad, tienen su asiento específico, pues se oponen a derechos subjetivos concretos de los particulares, reconocidos en el ámbito constitucional, que no pueden invocarse siquiera disminuidos con invocación de aquella preeminencia.

García de Enterría y Fernández describen la facultad disciplinaria de la Administración como una de sus potestades, a la que ingresan en la clasificación de potestad conservativa –frente a las innovativas– y de supremacía especial –frente a las potestades de supremacía general– e incorporan a la más amplia noción de potestad sancionatoria de la Administración.⁵

³ Goane, op. cit., loc. cit., p. 1019.

⁴ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 7ª edición, pp. 122 y sigs., con cita de Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 420.

⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Civitas, 7ª edición, pp. 431 y sigs.

En este marco, la generalidad de la doctrina admite que existe una potestad estatal de castigar, entendida como la facultad de privar de un derecho a una persona a raíz del incumplimiento a una obligación normativa a su cargo.⁶

La afirmación de la unicidad del *ius puniendi* estatal se halla dirigida a subordinarlo, en lo más esencial, a un régimen jurídico común, que abrevie fundamentalmente en el Derecho público, en cuanto se relacione con el ejercicio de la potestad de castigar, pero no pierda de vista las garantías del Derecho penal, en cuanto se examine desde la perspectiva de la situación jurídica del destinatario del eventual castigo.

Todos sabemos que la prístina unidad del *ius puniendi* en el Estado Absoluto se oscurece cuando triunfa el principio republicano de la separación de poderes, pues si bien se plantea ideológicamente el monopolio legislativo de la tipificación de las infracciones y la determinación de las sanciones y el correlativo monopolio judicial de su imposición concreta, la realidad impone una situación diversa: la Administración no cede sus anteriores prerrogativas en materia sancionatoria, los legisladores no tienen aptitud para resolver la totalidad del campo infraccional administrativo, los jueces no pueden atender materialmente a semejante universo aplicativo sancionador y la sociedad reclama un orden práctico cuya custodia no es congruente con los tiempos legislativos y judiciales.

Sin ingresar frontalmente en la cuestión, para no escaparnos del destino, recordemos con Nieto⁷ que algunos postularon que el poder que quedó en sede de la Administración es recibido desde aquel monopolio judicial en nombre de quien se ejerce, mientras que otros sostienen que resulta inherente a las facultades de la Administración, al punto de hablarse del Derecho natural de policía.⁸

A partir de ese reconocimiento inicial, las formas en que puede expresarse la potestad sancionatoria de la Administración han sido entendidas de modo muy diverso.

⁶ Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 1994 2ª edición, pp. 21 y sigs.; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, op. cit., loc. cit.; Travi y Sanzioni, *Amministrative e pubbliche amministrazione*, Padova, Cedam, 1983; Suay Rincón, José, *Sanciones Administrativas*, Bolonia, 1989; Rocha Pereyra, Gerónimo, "Sobre el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, N° 43, pp. 123 y sigs.; Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ediciones de Derecho Reunidas, 2ª edición, pp. 7 y sigs.; De la Morena, Luis, "De nuevo sobre la potestad sancionadora de la Administración en materia de infracciones al régimen horario aplicable en los espectáculos públicos", Boletín de documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior Español, N° 117; Antonio Domínguez Vila, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Marcial Pons, 1997; Licht, Miguel Nathan, "La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa", *El Derecho*, T. 193, p. 702.

⁷ Nieto, Alejandro, op. cit., pp. 85 y sigs., quien menciona a García de Enterría como sostenedor principal del poder derivado y convoca la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 8 de junio de 1981 como declaración de reconocimiento del unificado ordenamiento punitivo del Estado.

⁸ Otto Mayer, *Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1949-1951, p. 3.

Los autores italianos⁹ intentan diferenciar entre las sanciones penales y las meramente administrativas argumentando que aquéllas tienen un fin eminentemente represivo, mientras que éstas representan un factor coercitivo para el cumplimiento de un ordenamiento administrativo. El criterio no luce atinado, pues en el régimen jurídico toda norma que amenaza con una sanción tiene, como primera prioridad y justificativo de su existencia, un fin didáctico y de prevención, que no es otro que lograr el cumplimiento del ordenamiento que lleva implícito el mandato, de modo que no debería admitirse la idea de normas meramente represivas. Es oportuno recordar también aquí a Nieto, cuando señala: “[...] el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto.”¹⁰

La doctrina, por lo general, se ha volcado por una caracterización bipartita o tripartita de las sanciones administrativas. Para García de Enterría¹¹ debe distinguirse entre las sanciones de autoprotección o de policía doméstica, que se refieren a los casos en que el bien protegido es el orden administrativo interno, y las llamadas de protección del orden general, que tienden a asegurar el orden externo, mientras que Parada¹² ha intentado una clasificación tripartita que, en nuestro medio, ha seguido Gerónimo Rocha Pereyra¹³ con algunas salvedades, distinguiendo entre las sanciones de policía general o de orden público, las sanciones sectoriales o derivadas de la regulación especial de ciertas actividades y, finalmente, las sanciones derivadas de una relación especial de sujeción, o de una relación contractual o convencional.

Si bien se ha criticado la extensión atribuida al ámbito de las sanciones de autoprotección, esos mismos críticos señalan las facultades disciplinarias como insertas en esa especie de potestad doméstica de la Administración y las proclaman ajenas al ámbito sancionatorio general –como ocurre con Blanca Lozano–,¹⁴ extremo que en mi opinión debe replantearse.

Para autorizar esta escisión diferenciadora del poder disciplinario frente a la necesaria juridicidad en el ejercicio de la restante potestad sancionatoria general, los doctrinarios acuden, por lo general, a la invocación de la existencia de relaciones de sujeción especial,¹⁵ a la admisión del régimen jurídico por parte del destinatario de la potestad disciplinaria y a caracterizarla como instrumento para obtener el cumplimiento del contrato de empleo público, criterios que han seguido varios

⁹ Entre ellos, Travi, *Sanzioni amministrative e pubbliche amministrazione*, Pádova, Cedam, 1983.

¹⁰ Nieto, Alejandro, op. cit., p. 30.

¹¹ García de Enterría, Eduardo, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, REDA, N° 10, pp. 400 y sigs.

¹² Parada, Ramón, *Derecho Administrativo*, T. I, Marcial Pons, 1999, pp. 533 y sigs.

¹³ Rocha Pereyra, Gerónimo, “Sobre el Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, N° 43, pp. 123 y sigs.

¹⁴ Lozano, Blanca, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, 1990, p. 44.

¹⁵ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, Max Limonad, 1998, pp. 30 y sigs.

dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, entre los que pueden citarse el del 5 de mayo de 1970¹⁶ y el del 30 de enero de 1992¹⁷ y algunos otros.¹⁸ A su vez, la jurisprudencia hubo de decidir, en el ámbito de un servicio de inteligencia, que es aplicable en la especie la regla que impide a una persona impugnar la constitucionalidad de disposiciones a las que se sujetó voluntariamente sin reserva, máxime cuando lo que está en juego es la estabilidad en el empleo, derecho que no reviste carácter de irrenunciable.¹⁹

A) LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y LA POTESTAD DISCIPLINARIA

A riesgo de introducir una reiteración innecesaria valga recordar que la Administración se presenta frente a los ciudadanos, en tanto custodia del bien común y encargada de su realización práctica e inmediata, como calificada por una relación de preeminencia o jerarquía que se manifiesta en las relaciones jurídicas y que caracteriza también a sus potestades, en cuanto nacidas del ordenamiento y encaminadas a generar una situación abstracta de subordinación que le permite establecer obligaciones en todos los ciudadanos.

En este panorama, de modo ordinario, los habitantes se relacionan con la Administración bajo una relación de subordinación general, relación que puede ser comprendida cuando se piensa en la dirección que aquélla ejerce respecto del orden público, la salubridad y la moralidad, algunas reglas económicas básicas, etc. De modo diverso, otros ciudadanos se relacionan con la Administración a partir de actos voluntarios –contrataciones, realización de actividades sometidas a un régimen de policía calificado o que se realizan bajo régimen de permisos o licencias, ingreso y desarrollo de actividades en escuelas o universidades públicas, adopción de una carrera militar, etc.– o bien de las consecuencias de otros actos que los integran a situaciones jurídicas especiales –los condenados, los internados en hospitales públicos comunes o psiquiátricos, los destinatarios de una carga pública, etc.–. En estos casos, las prerrogativas de la Administración parecieran potenciarse y, según postulara inicialmente la doctrina alemana, relajarse el principio de legalidad al que está sometido el accionar administrativo, de modo que pareciera que la organización se manejara sobre la base del principio de libertad o de la interpretación de la legalidad en su virtualidad negativa. Estas situaciones se identificaron como de especial sujeción o de sujeción especial, clasificación que tuvo importante recepción en Alemania, Italia y España durante buena parte del siglo XX.

Luciano Parejo Alfonso nos dejó un importante trabajo sobre el particular,²⁰ recordando el nacimiento y desarrollo de esta categoría en Alemania hasta la sentencia

¹⁶ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 121:166.

¹⁷ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 200:63.

¹⁸ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 199:175, citado por Alfredo Repetto en su trabajo "Sobre el procedimiento administrativo disciplinario", publicado en *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, N° 38, pp. 7 y sigs.

¹⁹ CN Cont. Adm. Fed., Sala III, 18-10-1988, *El Derecho*: 132:601, con cita de *Fallos* de la CSJN 285:410; 291:372; 293:221; 294:220; 297:236; 298:383; 302:904.

²⁰ Parejo Alfonso, Luciano, "La categoría de las relaciones especiales de sujeción", *Problemática de la administración Contemporánea*, Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, Ad Hoc, Mayo de 1997, pp. 132 y sigs.

del 14 de marzo de 1972 del Tribunal Federal Constitucional Alemán, que advirtió sobre la vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales de los ciudadanos aun en el marco de relaciones de sujeción especial; así como la aceptación que tuvo en España, bien que con una inserción distinta en el orden jurídico, hasta algunas sentencias del Tribunal Constitucional, entre las que cabe destacar las del 29 de marzo y 15 de noviembre de 1990, esta última con aplicación explícita al ámbito del régimen disciplinario de los empleados públicos, que recordaron también que las relaciones de sujeción especial no son un ámbito en que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa, pues estas relaciones no se dan al margen del Derecho sino dentro de él.

En nuestras tierras, Salomoni²¹ puso en duda la compatibilidad de la categoría con el orden jurídico argentino, a la luz de los principios de separación y equiparación de poderes, los derechos y garantías de los particulares en la Constitución Nacional y el principio de legalidad, especialmente calificados y ampliados con la incorporación de derechos que introdujera la reforma de 1994 vía la incorporación de Tratados Internacionales que dispone el actual Artículo 75, inc. 22 de la Ley Suprema. Este autor advirtió igualmente sobre la laxitud del uso de la categoría por la doctrina y la jurisprudencia.

En este último ámbito y después de pronunciamientos signados por la amplitud, merece destacarse la sentencia del 18 de mayo de 1999, dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos "Ponchón, Jesús Antonio c/ Policía Federal", ocasión en que, más allá de la distinta opinión de los vocales, el Tribunal destacó que la invocación de la existencia de una relación especial de sujeción no autoriza la violación de las garantías constitucionales en juego en el ámbito de la potestad sancionatoria, aun en las relaciones de sujeción especial. La disidencia del Dr. Licht, en dicho fallo, invocó en particular la jerarquía constitucional de las normas de los Artículos 8º y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Art. 52 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Artículo 23 de la Convención sobre la eliminación de discriminación contra la mujer.

Desde la perspectiva que ilustran estas decisiones judiciales, es oportuno marcar que las relaciones de sujeción especial, independientemente de la validez de las críticas que se han hecho sobre su extensión a supuestos claramente extraños a los principios que les dieran origen, parecen destinadas a encauzarse por el ámbito del Derecho, de modo que no podrá invocarse su existencia para separar al ámbito disciplinario de la vigencia de los principios constitucionales más trascendentes, sino sólo para otorgarle el "matiz" que le exige su inserción en relaciones calificadas por la impronta de su pertenencia al Derecho público.

²¹ Salomoni, Jorge Luis, "La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino", *Problemática de la administración Contemporánea*, Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, Ad Hoc, Mayo de 1997, pp. 153 y sigs.

B) Y C) LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS Y LAS CLÁUSULAS VIRTUALES EN EL CONTRATO DE EMPLEO PÚBLICO.

En cuanto al voluntario sometimiento al régimen jurídico, ha sido también un lugar común de nuestra doctrina y hasta de la jurisprudencia de la Corte Suprema, acudir, en último término, a la doctrina de los actos propios para justificar la amplitud de la potestad disciplinaria, afirmando que el empleado público ha adherido a un régimen jurídico cuya constitucionalidad y legalidad no puede más tarde cuestionar sin entrar en contradicción con su anterior conducta, jurídicamente eficaz,²² mientras que Marienhoff²³ hubo de sostener que la potestad disciplinaria de la Administración constituía un medio específico para lograr el cumplimiento del contrato administrativo de empleo público.

En mi opinión, la pretensión de enrostrar al empleado público la adhesión a un régimen jurídico sin impugnación previa, para hacer valer en su perjuicio la arbitrariedad administrativa que ninguna norma habilita, o la postergación de los derechos fundamentales que los preceptos esenciales del régimen constitucional han establecido a favor de los ciudadanos –aun en el marco de relaciones de sujeción especial o de adhesión a regímenes jurídicos– parece una composición lírica de otras épocas, que se enfrenta a la situación actual de los criterios jurídicos. Así, la Procuración del Tesoro de la Nación²⁴ ha sostenido que corresponde reconocer en esta materia el principio “nulla poena sine periva lege”, pero reconociendo la pareja necesidad de admitir una razonable discrecionalidad en la gradación de la sanción como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas infraccionales, extremos sobre los que habré de ocuparme más adelante.

La pretensión de invocar en la especie la doctrina de los propios actos me parece francamente inadmisibles, pues parece claro que el sujeto no ha adherido voluntariamente al régimen que ahora impugna, pudiendo no haberlo hecho, sino que aquella adhesión le fue inevitable. Todavía deberá considerarse cuál es el efecto que pretende predicarse de la adhesión, pues si sólo se trata de la aceptación de una mera relación de preeminencia, que respete lo sustancial de los principios jurídicos, todavía podrá valorarse la conducta anterior, postulación que me parece inadmisibles si se pretende utilizarla para desterrar los fundamentos básicos del principio de legitimidad en el accionar estatal y su sustitución por el criterio de la libre elección administrativa para la determinación de la existencia de la falta, la imposición de la sanción, la clase de medida sancionatoria y la administración del procedimiento disciplinario sin un adecuado respeto a las reglas del debido proceso adjetivo.

No es éste el caso de impedir que un vacío legal pueda ser cubierto por los principios generales del Derecho administrativo y las nociones que protegen al interés público, sino de señalar que cuando la ley define el comportamiento explícito ante

²² Fallos: 305:826; 307:358; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*: 189:72; 200:209 y sus citas.

²³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, T. III-B, 4ª edición, p. 411.

²⁴ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 139:337 y sus citas.

una situación dada, la Administración no puede soslayar la conducta debida con sustento en supuestas cláusulas virtuales incompatibles con aquella consecuencia jurídica de la norma positiva y general.

Por otra parte, no puede dejarse de lado que la equivalencia de las prestaciones, en el contrato de empleo público, no pasa por la mera voluntad de la Administración, como lo han demostrado las recientes soluciones jurisprudenciales a las reducciones salariales. ¿Por qué, luego de esa respuesta judicial, seguimos pensando en un Derecho disciplinario que maneje sólo la supremacía de la Administración y los valores de orden, jerarquía y unidad como si pertenecieran a esta última y no al orden constitucional que exige la supremacía de la legalidad?

Aun admitiendo la tesis de la zona de reserva de la Administración, ¿por qué suponer que el ejercicio de la potestad atribuida por las normas constitucionales, una vez establecida en normas generales, pudiera ser soslayada con agravio al principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, cuyo valor no es el de una mera regla de Derecho administrativo, como algunos han creído, sino la concreción del principio constitucional de igualdad ante la ley?

D) EL PODER DISCIPLINARIO ES UNA POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN, QUE ÉSTA EJERCE EN RESGUARDO DEL INTERÉS PÚBLICO

Los criterios que presiden estas nociones, que también se hallan en la admisión de los fundamentos últimos de la "policía doméstica", son el residuo actual de las doctrinas de la irrevisibilidad judicial de los actos atinentes al orden público, que contuviera la Ley Santamaría de Paredes de 1888, y que intentan conservar algunas porciones de poder en las tinieblas de la "ajuridicidad".

Comadira ha señalado respecto de las acciones administrativas no restrictivas de la libertad, que después de la regulación de la delegación legislativa, en principio prohibitiva y excepcional y taxativamente admitida, no parece posible habilitar potestades administrativas sin sustento normativo expreso, implícito o excepcionalmente inherente.²⁵

La liviandad con que se invita a tratar el ejercicio del poder disciplinario de la Administración pareciera estar encaminada a autorizar el ejercicio de la potestad desde la perspectiva del supuesto consentimiento del sujeto pasivo, extremo que según se ha visto parece dudoso a esta altura de la evolución jurídica. De modo contrario, juzgo que no puede soslayarse que ante la potestad sancionatoria del Estado, que tiene en lo disciplinario una de sus expresiones, es imprescindible considerar dos aspectos, a saber: a) aquel relacionado con las reglas que deben presidir el ejercicio de la potestad de castigar por parte de quien la tiene a su cargo y b) el que examina los derechos del sujeto pasivo del *ius puniendi*.

Estas dos caras califican marcadamente una misma realidad, que no es sólo del Derecho disciplinario en el empleo público sino de todo el Derecho sancionador,

²⁵ Comadira, Julio, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", *El Derecho*, T. 186, pp. 600 y sigs.

y permiten comprender la base de la discusión entre los cultores del Derecho administrativo sancionador y los del Derecho penal administrativo, o la diversa interpretación de la doctrina española sobre el modo de la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, esto es: privilegiando la “matización”, como hace Alejandro Nieto, o privilegiando la traspolación como ha recomendado Tomás Ramón Fernández.

Merece la pena, pues, volver a la opinión de García de Enterría y Fernández, en lo que interesa al caso, cuando señalan que es importante notar que las potestades administrativas pertenecen, en su inmensa mayoría (todas menos las puramente organizatorias –afirman–) a la especie llamada potestad función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular, queriendo significar con ello que las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el de la comunidad.

Como he dicho antes, tengo para mí que la afirmación debe predicarse aun para las potestades llamadas puramente organizatorias, pues la organización de la Administración también es de interés público, como el valor de su “orden” y “buen funcionamiento”, y no cabe duda que ellas son dos condiciones instrumentales para el logro de su cometido más específico, esto es: la consecución del bien común. Así, debe afirmarse que todas las potestades que la Administración ejerce, aun en el ámbito disciplinario, pertenecen a la especie potestad función, en cuanto deben cumplirse en beneficio del interés público, criterio que debe también presidir la hermenéutica en el ejercicio de la potestad disciplinaria y su control.

II. EL TEMA DE LA DISCRECIONALIDAD

El segundo capítulo de esta charla está dirigido al examen de la pregonada discrecionalidad sancionatoria.

En el ámbito de la potestad disciplinaria de la Administración pareciera sostenerse que la discrecionalidad alcanza a cada una de las hipótesis que ordinariamente se exponen sobre la discrecionalidad:

1. Explícate: “[...] en materia de derecho disciplinario no rige el sistema de la ‘obligatoriedad’ según el cual la conducta ilícita prevista en la ley impone al órgano jurisdiccional el deber ineludible de aplicar una sanción determinada, pues en lo que hace al derecho disciplinario gobierna el ‘criterio de la oportunidad...’ de donde resulta, a la postre, que aunque una norma determinada del cuerpo legal pertinente establezca que determinada conducta de un agente pueda ser sancionada con una cesantía, ello no impide que la Administración según su libre, discrecional y prudente arbitrio considere que debe atenuar esa sanción [...]”.²⁶

2. Se asegura asimismo que el sistema del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública –sustancialmente asimilable al de la Ley Marco para la Regulación del Em-

²⁶ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 109:353.

pleo Público– no es de aplicación rígida, pero cuando se analizan los términos de esta supuesta falta de rigidez, se indica “[...] que sólo se trata de límites máximos impuestos a la potestad sancionatoria de la Administración [...]”.²⁷

3. Se considera como propio de la discrecionalidad administrativa la concreción, en cada caso y a través de la resolución aplicada al sumario de que se trate, del carácter abierto de los tipos que describen las conductas infraccionales.²⁸

4. Reconócese la discrecionalidad administrativa en la graduación de las sanciones que la admiten, como ocurre en la determinación del quantum de la suspensión disciplinaria.²⁹

5. Se reclama la discrecionalidad administrativa, como tal o en nombre de una elección de mérito, oportunidad y conveniencia –según se verá más adelante– para los casos en que razones del caso particular invitan al perdón de la falta.³⁰

En resumen, se invoca discrecionalidad para: 1. sancionar o no hacerlo; 2. concretar la conducta infraccional; 3. determinar la especie de sanción; 4. establecer el quantum sancionatorio y 5. condonar la pena. Veamos:

1. DISCRECIONALIDAD PARA SANCIONAR O NO HACERLO. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se afirma que media autorización legal para que, ante la existencia de una infracción administrativa en el curso de la relación de empleo público, la Administración pueda optar entre sancionarla o no, como soluciones igualmente admitidas por la juridicidad, cuando la no punición resulte necesaria para proteger su correcto y normal funcionamiento, con base en la primacía del principio de la oportunidad por sobre el de la obligatoriedad de la sanción,³¹ afirmándose que el mandato legal sólo enumera las sanciones y en qué supuestos pueden aplicarse, pero no dice que la Administración deba necesariamente hacerlas efectivas.³²

Para analizar la postura, deberá recordarse que los Artículos 27 y 30 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (en adelante Ley Marco), aprobada por el Artículo 1º de la Ley N° 25.164, establecen:

“Art. 27: El personal vinculado por una relación de empleo público regulada por la presente ley y que revista en la planta permanente, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas y en las condiciones que expresamente se establecen. Al personal comprendido en el régimen de contrataciones y de gabinete se le aplicarán los preceptos del presente capítulo, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones.”

²⁷ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 93:269; 104:187; 181:158; entre otros.

²⁸ CSJN, *Fallos*: 316:855.

²⁹ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 130:374 y Art. 39 “in fine” del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, hoy 28 de la citada Ley Marco.

³⁰ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 199:175 y sus citas.

³¹ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 109:353 y sus citas.

³² Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 84:344; 93:269; 175:37, entre otros.

“Art. 30: El personal podrá ser objeto de las siguientes medidas disciplinarias: a) Apercibimiento. b) Suspensión de hasta treinta días en un año, contados a partir de la primera suspensión. c) Cesantía. d) Exoneración [...]”.

La inclusión del nexos verbal “podrá” en el último de los artículos trascritos, que reitera el modo en que estuviera redactado el artículo de igual número en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública aprobado por la Ley N° 22.140, llevó a la doctrina y a la Procuración del Tesoro a afirmar que la Administración quedaba autorizada para sancionar o no, como alternativas igualmente legítimas ante una falta disciplinaria.

Sin embargo, estimo que tal aserto no encuentra sustento jurídico, desde la perspectiva de una interpretación armónica de la totalidad del régimen del empleo público y, en particular, de su inserción en el ordenamiento jurídico restante a la luz de los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional.³³

Adquiere aquí particular relevancia la caracterización del poder disciplinario como potestad, pues obliga a su consideración como una facultad limitada y tasada por la ley, que se enfrenta a los derechos subjetivos de los ciudadanos, y que se ejerce en defensa del interés público y no del mero orden o unidad de la Administración.

La pretensión de otorgar a la Administración la facultad de elegir entre sancionar o no la comisión de una infracción administrativa, cuando la ley ha previsto esa conducta como falta, es tanto como facultarla a incumplir la ley, extremo que supondría la subversión de los principios básicos del sistema republicano, impidiendo al legislador determinar los bienes jurídicos que deberían protegerse en el ámbito de la relación de empleo público y haciendo además superflua toda enunciación legislativa sobre las infracciones.³⁴

No ha de merecer mejor suerte la tesis desde la perspectiva de la regulación positiva del empleo público, pues la mención de las especies de sanción a través del verbo “podrá”, que realiza la Ley Marco, sólo puede entenderse como una descripción de las variedades sancionatorias, en especial cuando los Artículos 31, 32 y 33 enumeran las causa para imponer cada una de esas variedades, sin dejar espacio para una supuesta elección alternativa de la Administración.

³³ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, p. 298. Si bien el profesor Marienhoff sostiene el carácter reglado de la facultad para el caso de las sanciones expulsivas, entiendo que debe extenderse la aplicación de iguales principios a toda la facultad disciplinaria.

³⁴ Tengo especialmente en cuenta que Carretero Pérez y Carretero Sánchez admiten la existencia de una facultad discrecional de la Administración para optar entre sancionar o no una falta, distinguiendo los casos en que la norma marca la conducta administrativa –hipótesis en que la Administración debe limitarse a la aplicación de la ley a la conducta punible– y cuando falta esa norma –supuesto en el que consideran media autorización legal para decidir si corresponde sancionar o no, elección que se halla limitada por los principios de igualdad, razonabilidad, e interés público. Entiendo, sin embargo, que la postulación suscita fundados reparos, pues la atribución de facultades discrecionales no puede surgir de una interpretación extensiva de las normas, especialmente en materia sancionatoria y cuando se trata de la protección de bienes que hacen al interés público, como es el orden administrativo. Entiendo, por otra parte, que el modo de formulación de las normas de la Ley Marco no permite arribar a esa conclusión en nuestro medio.

Pero, por encima de lo antes expresado, existe otro fundamento que justifica la interpretación que se postula y que se afianza en el principio de igualdad ante la ley, ya que según surge del Artículo 18 de la propia Ley Marco, el personal tiene derecho a la igualdad de oportunidades en el desarrollo de la carrera administrativa y a que las promociones a cargos vacantes sólo procedan mediante sistemas de selección de antecedentes, méritos y oportunidades. Siendo ello así, parece claro que la decisión de la Administración de no sancionar una conducta infraccional de un agente viola el principio de igualdad de oportunidades de todos los demás que pudieran concurrir con el no sancionado en un posterior sistema de selección, y que no hubieran cometido tal infracción.

Beltrán Gambier hubo de destacar que un análisis más profundo del principio de "oportunidad" en materia disciplinaria, obligaría a considerar que se trata de una cuestión vinculada a un análisis de mérito, oportunidad y conveniencia,³⁵ afirmando: "[...] la administración nunca pierde la facultad de valorar en cada caso si existen particulares razones vinculadas con criterios de oportunidad, mérito o conveniencia, que permitirían soslayar la aplicación de la norma. El órgano debe tener la posibilidad de realizar un juicio de valor, un proceso intelectual con la finalidad de revisar si el mandato legal se ajusta a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que será aplicado [...]". Y presenta el caso de la suspensión de empleados que no pueden ser reemplazados y tienen a su cargo el manejo de sistemas cuya interrupción podría causar un grave perjuicio al interés público.

Aun comprendiendo la dificultad que presentan los ejemplos que se brindan, entiendo que la solución que se postula es incorrecta. A mi juicio, ninguna apreciación sobre el mérito, oportunidad y conveniencia podría permitir a la Administración decidir no cumplir con el mandato del legislador, que en el caso del Derecho disciplinario surge no sólo de los contenidos de los citados Artículos 31, 32 y 33 de la Ley Marco, sino también de la exigencia derivada del principio de igualdad de trato y oportunidades en la carrera que se ha visto más arriba. La consideración de este último aspecto no es menor, en el marco de los límites a la potestad organizativa que reclama para sí la Administración pues, como ha señalado la doctrina, existen ciertos derechos que, por estar garantizados por un carácter absoluto de la reserva legal³⁶, no pueden ser desconocidos sin un precepto expreso de jerarquía legal que sustente su privación.

Estimo que a falta de una autorización legal explícita para dejar de sancionar, ninguna valoración del mérito, oportunidad y conveniencia podría autorizar a la Administración a revocar un acto sancionatorio, luego de la comprobación de la existencia de una conducta calificada como infracción por la ley. No se me oculta

³⁵ Gambier, Beltrán, "La potestad sancionatoria de la Administración en materia disciplinaria. Actividad reglada o discrecional. Lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto", *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación (1863-1993)*, con cita de Cassagne, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 3, p. 94 y sigs.; Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, Tomo II, p. 219 y sigs.; Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cap. VIII, Bs. As., 1977, p. 34 y sigs.

³⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op.cit., T. I, p. 170.

que podría invocarse la norma del Artículo 18, última parte, de la Ley N° 19.549 para pretender fundamentar positivamente tal solución. Sin embargo, entiendo que para justificar tal postulación sería preciso demostrar que el interés público está enderezado precisamente a que no se aplique la sanción y no a opciones diversas que podrían cobijarse con soluciones jurídicas no violatorias del principio de legalidad.

2. DISCRECIONALIDAD PARA LA SELECCIÓN DEL TIPO DE SANCIÓN

Manifiesto igual divergencia con el criterio que postula la posibilidad de optar entre distintas sanciones como si se tratara de una de varias alternativas igualmente legítimas.

Tengo en cuenta que la Procuración del Tesoro de la Nación hubo de sostener: “[...] el carácter taxativo que se asigna, por vía de principio, a la enunciación de sanciones disciplinarias contenidas en los regímenes estatutarios de los agentes públicos (cfr. Marienhoff, *op.cit.*, T. III-B, p. 416; Diez, *op.cit.*, T. III, p. 437; Francis Delperée, *L’Elaboration du droit disciplinaire de la Fonction Publique*, Paris, 1969, p. 115) impide la adopción de medidas materialmente punitivas (por su contenido aflictivo y finalidad represiva) o atribuir los efectos jurídicos de la sanción a otras, fuera de lo establecido en el texto legal [...]”³⁷, y que comentando este pronunciamiento de la Procuración del Tesoro, ha señalado Alfredo Repetto: “[...] ante la ausencia o inexistencia de una norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica, cualquier sanción que se les impusiera resultaría violatoria del principio de legalidad consagrado por el Artículo 18 de la Constitución Nacional [...]”³⁸.

No obstante, el criterio expuesto implica –a mi entender– sostener que no es jurídicamente admisible la atribución de un tipo de sanción a una conducta para la cual la ley prevé una consecuencia jurídica distinta, regla de la que no puede excepcionarse sosteniendo el beneficio del infractor, no sólo porque está en juego el ejercicio de una potestad conforme a como fue atribuida por la ley, sino también pues no puede olvidarse que están igualmente en juego el interés público y los derechos de terceros que podrían competir con ese mismo infractor en promociones en la carrera administrativa.

Estos principios generales, que son consecuencia de lo expresado en el apartado 1. de este capítulo, tienen, en el caso de la elección entre varias especies de sanción, un fundamento normativo más preciso.

En efecto, el Estatuto para el Personal Civil de la Nación, aprobado por el Decreto Ley N° 6666 del 17 de junio de 1957, establecía en su Artículo 34 que el personal sería pasible, por las faltas o delitos que cometiera, de las siguientes sanciones: a) Apercibimiento, b) Suspensión, hasta de un mes, c) Postergación en el ascenso,

³⁷ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*: 157:166.

³⁸ Repetto, Alfredo, “Sobre el procedimiento administrativo disciplinario”, *op. cit.*, p. 10.

d) Retrogradación de categoría en el empleo, e) Cesantía y f) Exoneración. A renglón seguido, su Artículo 36 disponía como “[...] causas para aplicar las medidas disciplinarias enunciadas en los incisos a), b), c) y d) del Artículo 34, según corresponda [...]” y describía las conductas que podían justificar tales sanciones. Trataba luego, en los Artículos 37 y 38 las causas justificantes de la cesantía y de la exoneración.

Tal redacción normativa autorizaba, justificadamente, a entender que el legislador daba a la Administración la facultad de elegir, discrecional y razonablemente, entre algunas de las especies de sanción identificadas en los apartados a), b), c) y d), ante cualquiera de las hipótesis fácticas previstas en el Artículo 36. Ello hacía posible postular la existencia de una suerte de “vasos comunicantes” entre tales variedades sancionatorias, predicación no extensible a la cesantía ni a la exoneración.

Al sancionarse el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública y más tarde la Ley Marco, el legislador limitó a cuatro las especies de sanción y si bien unificó las conductas que podrían dar lugar a apercibimiento o suspensión, continuó tratando de modo separado las infracciones que daban lugar a la cesantía y a la exoneración.

Es claro, pues, que la supuesta opción discrecional sólo podría argumentarse respecto de la elección que se otorga a la Administración entre las variedades del apercibimiento y de la suspensión, pero no entre éstas y las medidas expulsivas, o entre una u otra medida segregativa, a cuyo respecto es aplicable el principio.³⁹

3. DISCRECIONALIDAD EN LA CONCRECIÓN DE LA CONDUCTA INFRAACCIONAL

Otra afirmación típica del Derecho disciplinario es que, al describirse las infracciones de modo genérico y a través de tipos abiertos, la ley ha atribuido a la Administración la facultad discrecional de concretar el tipo en el caso concreto, doctrina en la que se inscriben algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los que se ha sostenido que en el ámbito administrativo disciplinario existe la necesidad de una razonable discrecionalidad tanto en la graduación de la sanción como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas ilícitas.⁴⁰

Marienhoff hubo de sostener que si bien en algunos ordenamientos legales no existe una enumeración de lo que ha de considerarse falta y, por ello, es la propia autoridad administrativa quien decide si un hecho determinado debe o no ser objeto de sanción, “En nuestro país las cosas no ocurren así, pues el estatuto para el personal civil de la Administración Pública Nacional establece ‘taxativamente’ qué hechos o actos constituyen faltas disciplinarias [...]”,⁴¹ criterio replicable ante los textos de la Ley Marco.

³⁹ En el mismo sentido: Gambier, Beltrán, op. cit., loc. cit.

⁴⁰ Fallos: 16: 855.

⁴¹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado*, op. cit., T. III-B, p. 415.

Entiendo que la concreción del carácter abierto de los tipos infraccionales en el ámbito disciplinario no es una cuestión de discrecionalidad, sino del uso por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados, que deben ser seguidos de operaciones y procedimientos lógicos necesarios para la determinación de su alcance, en un ámbito que no implica la elección de alternativas igualmente legítimas, sino la determinación de un concepto jurídico, como ocurre con la prestación del servicio "personalmente" con "eficiencia, eficacia y rendimiento laboral", "actos de servicios compatibles con la función", "deber de fidelidad", "reserva absoluta", "imparcialidad", "vía jerárquica", "beneficios", vinculaciones", entre muchos otros.

Tengo para mí, a partir de los criterios vertidos por la doctrina más autorizada, que no existe en tales casos la supuesta actividad discrecional, sino una actividad que requiere de la concreción del alcance de conceptos jurídicos indeterminados,⁴² de modo que la indeterminación del enunciado no implica un indiferente jurídico ante la variedad de aplicaciones igualmente legítimas o justas, sino que sólo habilita una solución justa en cada caso. De allí que la integración del concepto jurídico indeterminado sea una actividad sometida al pleno control y aun a su sustitución por la decisión judicial, extremo que no podría postularse sin más en el control de la actividad discrecional.⁴³

4. DISCRECIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM SANCIONATORIO

Existe una especie de sanción, la suspensión, que reclama del aplicador una valoración sobre las circunstancias de hecho, para hacer posible el ejercicio de una opción que integra una clara facultad discrecional, cual es la de determinar la extensión del castigo.

No es dudoso que el ejercicio de esta facultad discrecional estará calificado por la razonabilidad y la proporcionalidad, así como por los demás medios de control de este tipo de decisiones administrativas (los principios generales del Derecho, las partes regladas del acto, los hechos determinantes, etc.), pero tampoco que –como ha sostenido la doctrina– el control sobre esta materia es de carácter negativo.⁴⁴

5. DISCRECIONALIDAD EN EL PERDÓN DE LA SANCIÓN

Marienhoff sostuvo que el perdón de la Administración pública extingue la sanción disciplinaria, pues ninguna razón obsta a que el perdón extinga una falta disciplinaria en tanto no constituya una infracción penal, agregando que esta decisión pertenece a la actividad discrecional de la Administración pública.⁴⁵

⁴² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., T. I, pp. 445 y sigs.; Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1995; Comadira, Julio, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", op. cit., loc. cit.; Grecco, Carlos M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados", en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ad hoc, 2000, pp. 719 y sigs.

⁴³ Comadira, Julio, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", op. cit., p. 615.

⁴⁴ Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993, pp. 23 y sigs.

⁴⁵ Marinehoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, p. 441.

También aquí el tema obliga, a mi juicio, a formular algunas aclaraciones trascendentes para su compatibilización con el orden jurídico.

Por cierto, se ha visto más arriba que la potestad disciplinaria no es ejercida por la Administración en su mero interés sino en interés público, como también que la cuestión interesa a los demás empleados públicos, en cuanto altera el derecho a la igualdad de trato en la carrera administrativa, caracterizada por ascensos resueltos con base en los antecedentes personales y de mérito o demérito.

¿Quiere ello decir que la Administración carece del poder de perdonar una infracción o una sanción?

En mi opinión, no existe el poder de perdonar una infracción, pues esta se consuma por una actividad del infractor y su existencia es independiente de cualquier acto de la Administración. De allí que, en rigor, se trate de considerar la pertinencia de un perdón de la sanción.

En este último sentido pueden considerarse dos aspectos distintos, a saber: a) el contenido directo de la sanción y b) sus aspectos reflejos, entendido aquél como la sanción en sí, y éstos como los efectos mediatos en la relación de paridad del sancionado con sus pares en la carrera administrativa. Entiendo que la Administración puede perdonar el contenido directo de la sanción, pero no sus aspectos reflejos, pues estos últimos se integran a una relación más compleja, de modo que su eliminación podría provocar la alteración del principio de igualdad al que se ha hecho referencia más arriba.

Entiéndase, como bien aclara el Profesor Marienhoff, que el perdón no implica una revocación del acto por razones de ilegitimidad, ni la admisión sobre la inexistencia de falta disciplinaria, sino que supone la regularidad del acto sancionatorio.

III. DOS CUESTIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN SU FAZ INICIAL. EL SECRETO Y LA DISCRECIONALIDAD EN LA PROVISIÓN DE LAS PRUEBAS

He reservado para el final de esta exposición la consideración de dos aspectos típicos del procedimiento disciplinario: me refiero al secreto y a la discrecionalidad en el tratamiento probatorio que califican a la primera parte del procedimiento sumarial, ordinariamente llamado "de investigación".

Respecto del primer tema, recuérdese que el Artículo 46 del Reglamento de Investigaciones aprobado por el Decreto N° 467/1999 establece como norma obligatoria que "El sumario será secreto hasta que el instructor dé por terminada la prueba de cargo [...]".

Estimo que el precepto citado contiene una generalización del secreto del trámite, que agravia el derecho a ser oído sin justificación que lo avale.

Veamos: El Artículo 29 de la Ley Marco establece que el personal comprendido en el ámbito de aplicación del régimen disciplinario tiene "[...] derecho a que se le

garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del Artículo 1º, inciso f) de la Ley Nº 19.549 o la que la sustituya [...]”, afirmación que supone atribuir al empleado público destinatario de la potestad disciplinaria el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada.

Es importante retener que la alusión al derecho a ser oído no puede agotarse con la mera admisión de un plazo para manifestarse en el procedimiento, cuando esa oportunidad no es acompañada del previo derecho a informarse sobre los hechos que se endilgan al encartado, los cargos que se le imputan y las pruebas que se tienen a su respecto. Esta exigencia no es sólo una cuestión de razonabilidad en la interpretación de la garantía, es también una exigencia de los pactos internacionales que se han incorporado al texto de la Constitución Nacional, con fundamento en su actual Artículo 75, inciso 22.⁴⁶

No se me oculta que la tramitación de algunas investigaciones exige el secreto para evitar que se perjudiquen pruebas o la aclaración de aspectos que pudieran vincular a terceras personas, pero ello no puede predicarse como una regla del procedimiento de investigación.

Entiendo que el citado Artículo 46 del Reglamento contiene una alteración del espíritu que preside el Artículo 29 de la Ley Marco y que correspondería sustituir aquella norma por una autorización reglamentaria al instructor para que, cuando la investigación lo hiciera estrictamente necesario y por resolución fundada, decrete el secreto del trámite por el plazo expreso que fije al efecto.

Igual trato merece el argüido derecho del instructor a no pronunciarse siquiera sobre el ofrecimiento de pruebas que el sumariado podría realizar durante el desarrollo de esta primera etapa investigativa del sumario, según lo dispuesto por el citado Artículo 46 que sólo alude a la solicitud de medidas de prueba y no a su producción.

Hay aquí otra perversión del principio contenido en el Artículo 1º, inc. f), de la Ley Nº 19.549, esta vez respecto de su apartado 3, al que también se refiere el Artículo 29 de la Ley Marco, ya que es evidente que reconocer el derecho a ofrecer pruebas supone que todo rechazo a tal ofrecimiento debe fundamentar debidamente las razones del desconocimiento de la prerrogativa legal.

En tal sentido, se ha sostenido que por aplicación de esta garantía, el ciudadano tiene la prerrogativa de probar los extremos de hecho que sustentan su pretensión y, correlativamente, la Administración tiene el deber de producir la prueba necesaria, entendiéndose por tal no sólo la ofrecida por aquél –salvo rechazo justi-

⁴⁶ Podremos discutir de modo bizantino sobre el aspecto meramente penal o general de las previsiones de los Artículos XXVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8º de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica); entre otros. De todos modos, no podrá ocultarse que todos ellos revelan una corriente que impedirá sostener por mucho tiempo más la existencia de una parte del proceso –o del procedimiento sancionador en nuestro caso– que se realice en secreto cuando no exista una motivación especial para ello.

ficado– sino aun aquella tendiente al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva.⁴⁷

Tal criterio orientador es plenamente aplicable al trámite sumarial, aun en la llamada primera etapa investigativa. No se me oculta que muchas pruebas ofrecidas en esta primera etapa del sumario pueden ser superfluas o meramente dilatorias, pero este vicio admite la respuesta del propio instructor, a través de un acto que las rechace indicando las causas de tal decisión. Por lo demás, no puedo dejar de considerar que la realización de pruebas en ese estadio inaugural podría significar un avance importante en la investigación que significara una resolución del caso más inmediata o una actuación más eficiente y eficaz, con beneficio de la economía procesal.

La atribución de una facultad discrecional al instructor para no considerar el ofrecimiento de pruebas del sumariado vulnera el derecho al debido proceso adjetivo garantizado por el Artículo 29 de la Ley Marco, en orden al derecho a ofrecer y producir pruebas, establecido en el Artículo 1º, inc. f) de la Ley N° 19.549.

EPÍLOGO

No podría cerrar estos minutos sin el recuerdo de ese maestro que nos ha dejado, al que nos empeñamos en llamar “nuestro”, porque a todos nos regaló su ejemplo de humanidad irrepetible, mientras nos contagiaba su pasión por la libertad y la independencia. Dios no nos quita a los referentes, sólo los hace inmarcesibles.

⁴⁷ Canosa, Armando, *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, pp. 135/136.