

EL PODER DISCIPLINARIO EN URUGUAY

Ruben Flores Dapkevicius*

Sumario – I - Concepto de Poder Disciplinario; II - Elementos; A. Sujetos; B. Objeto; C. Motivo; D. Fin; III - La Relación con el Derecho Penal, Otros Aspectos; IV - Características; V - Principios del Poder Disciplinario; A. Protección del Honor y Dignidad del Funcionario; B. Presunción de Inocencia; C. Necesidad de Resolución Firme y Motivada Que Establezca la Culpabilidad; D. *Non Bis In Idem*; E. Debido Procedimiento: Principio de Defensa; F. Proporcionalidad Entre la Sanción y la Falta; G. Principio de Progresividad (Preclusión) y Congruencia; H. *Reformatio in Pejus*; I) Principio de la Ley más Benigna; J) Inmediatez; K) Gradualidad; L) Igualdad; M. No Autoincriminación; Conclusiones; Bibliografía

I - Concepto de Poder Disciplinario

Cuando analizábamos el Derecho Disciplinario¹ decíamos que es, tal vez, una de las ramas más antiguas del Derecho como expresión ética y sociológica del hombre. El derecho de la disciplina se reconoce en todas las esferas de la relación humana, desde la "corrección paterna", permitida sobre los hijos, hasta el severo régimen en los cuarteles².

Respecto del Poder debemos decir que, también, es tan antiguo como el hombre.

Aquí se lo entiende como el deliberado que se ejerce sobre las personas, en este caso por la Administración, dejándose al margen el poder de la naturaleza o usado contra ella o las cosas. El poder es el que ejerce una madre sobre su hijo, un Organismo de Crédito, perteneciente a la ONU, sobre un Estado que necesita dinero en efectivo, etc. Ese poder, en sí mismo, no es ni bueno, ni malo, y se materializa, esencialmente, de acuerdo a los instrumentos del poder: fuerza, riqueza, conocimiento³, relación, origen, etc.⁴

Partiendo de estos conceptos meramente introductorios, podemos definir el Poder Disciplinario como la facultad de la Administración para aplicar sanciones, mediante un procedimiento especialmente establecido a esos efectos, con el fin de mantener el orden

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República. Prof. de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Prof. del Máster de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. rflores@montevideo.com.uy, floresdapkevicius@hotmail.com

¹ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Manual de Derecho Público, tomo II, administrativo, Buenos Aires 2007

² BALLEEN, Rafael: Derecho Administrativo Disciplinario, p. 3, Temis, Bogotá, 1998,

³ TOFFLER, Alvin: El Cambio del Poder, p. 37, 36, 25 y 593, Plaza & Janes, España 1994

⁴ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Derecho Penal Administrativo, El Procedimiento Disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2004, segunda edición

y correcto funcionamiento del servicio a su cargo.-

Es un poder 5 De Principio y Discrecional porque surge del poder de mando y de la facultad de vigilancia que corresponde al jerarca de todo servicio⁶

Por ello debemos recordar que la jerarquía es una relación técnica de carácter interno y naturaleza administrativa, regulada jurídicamente, para asegurar la unidad estructural y funcional mediante subordinación⁷.

El Poder Disciplinario Administrativo no es, la única forma de disciplinamiento, que existe en el Derecho.

Así, existe el Poder Disciplinario Laboral, de derecho privado, que tiene algunos puntos en común con el que nos convoca en esta obra⁸:

a) El empleador, en general, tiene discrecionalidad respecto de la relación laboral en general. Así acontece respecto a la aplicación de sanciones disciplinarias y al despido sin explicitar causal, etc.

b) Sin embargo se ha entendido que ese poder no puede ejercerse sin determinados límites, los cuales emanan, nítidamente, de la finalidad del Derecho Disciplinario Laboral, similar al que motiva el Disciplinario Administrativo, esto es, el correcto funcionamiento de la empresa, su imagen, etc⁹.

c) El Derecho Laboral Disciplinario está tomando la sabia decisión de observar que los sumarios o investigaciones disciplinarias laborales son, no sólo un derecho del empleador, sino también un deber que obra en beneficio del trabajador. Se admite en estos supuestos, la suspensión preventiva, con características similares a las que informan el Derecho Administrativo, esto es, duración limitada, necesario sumario disciplinario, etc.¹⁰

d) El Derecho Laboral se informa de principios propios también similares, diríamos extremadamente similares al Derecho Público, entre otros, proporcionalidad de la sanción respecto al hecho punible, non bis in idem, gradualidad, inmediatez, igualdad de trato en similares situaciones, presunción de inocencia, prueba de la falta por el empleador, y, por último, derecho de defensa y respecto de la dignidad del trabajador

e) Lo expuesto no significa desconocer las particularidades y diferencias, naturales y obvias, entre las dos ramas del Derecho. Las mismas surgen de la naturaleza de las mismas, por ejemplo la relación del funcionario público y su empleador es diversa a la

⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: Derecho Administrativo, Tomo III p. 529, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1951. El autor entiende que el fundamento del Poder Disciplinario es la aceptación del régimen jerárquico al consentir la designación para el ejercicio de la función pública.- Por ello el poder disciplinario de la Administración es, según su entender, un derecho subjetivo que no puede estar subordinado al consentimiento del agente. Obsérvese como se destaca nuestro concepto de poder desarrollado al comienzo de este capítulo.-

⁶ SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente: Curso de Derecho Administrativo, p. 72, España 1888. El autor nos habla de potestad correctiva que es la facultad que tiene la Administración para corregir las infracciones de sus mandatos y, disciplinar, que es el nombre que adopta la potestad correctiva cuando refiere al poder del funcionario superior, para sancionar las faltas de los inferiores que de él dependen.-

⁷ MÉNDEZ, Aparicio: La Jerarquía, p. 23, Amalio Fernández, Mdeo. 1973

⁸ Debemos partir de un concepto importado y aceptado unánimemente desde hace décadas: existe un Derecho General del Trabajo y, dentro del mismo, el Derecho Laboral propiamente dicho y el Derecho Laboral Administrativo, que se nutren de los conceptos generales que surgen de aquel género.-

⁹ Por otra parte se exige, para ejercer el poder disciplinario laboral, la existencia de falta laboral, similar a la que informa al derecho administrativo: acción u omisión dolosa o culpable que altere, o pueda llegar a alterar el correcto funcionamiento de la empresa o su imagen

¹⁰ Ver La Justicia Uruguaya (LJU) caso 12291

similar del Derecho Laboral

II - Elementos

Los elementos esenciales del Poder Disciplinario son: los sujetos, el objeto, el motivo y el fin¹¹.

A) Sujeto

Corresponde distinguir el sujeto activo del pasivo.-

El sujeto activo es quien ejerce el Poder Disciplinario y siempre lo será el Estado, en sentido amplio, pudiendo actuar en forma directa o indirecta¹². Es una competencia De Principio del jerarca del sistema, salvo que el Derecho objetivo disponga expresamente otra cosa. Esta conclusión se ve reforzada porque el jerarca designa a sus funcionarios y, por ello, tiene la potestad de sancionarlos¹³.

En el Derecho Comparado encontramos dos grandes sistemas:

- a) El mayoritario que es el que acabamos de describir y,
- b) El que atribuye la potestad sancionatoria a un Organismo Independiente, o ajeno, al sistema en el que el funcionario ejerce función pública.-

Se han señalado ventajas e inconvenientes en uno y otro caso.

En favor del sistema mayoritario se dice que es el jerarca quien mejor conoce su sistema y al sujeto pasivo. Es él quien responderá del funcionamiento eficaz y eficiente del servicio siendo su decisión más rápida. Asimismo, el poder disciplinario parecería ser un atributo natural, exclusivo y posiblemente indelegable, del jerarca.

Con respecto al segundo sistema, adoptado en Alemania, se dice que un órgano independiente, autónomo y general para toda la Administración juzgaría con Uniformidad de criterio, evitando soluciones diferentes para casos análogos.

No parece oportuno, en este momento, inclinarse por una u otra solución. Sí corresponde decir que nuestro sistema afilia al mayoritario y, de alguna manera, se desvirtúa la crítica de la falta de uniformidad por la eventual intervención jurisdiccional a cargo de un órgano Único e Independiente: el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la inexistencia de un régimen disciplinario único aplicable a todas las personas públicas estatales puede hacer propicio adoptar una solución diversa.

El sujeto pasivo es, de principio, un servidor público porque, si no existe el vínculo funcional, resulta imposible sancionar, art. 169 del Decreto 500/91 que refiere a funcionario.

B) Objeto

b.1) Concepto

Parece interesante partir de lo que los autores del Derecho Penal dicen respecto al concepto de pena, que es, esencialmente, la sanción que impone el Estado ante la violación de un precepto penal. En sentido estricto es la imposición de un mal

¹¹FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Decreto 500/91, anotado y concordado. Incluye jurisprudencia, Mdeo. 2006 3ra Edición. El Decreto 500/91 regula el procedimiento administrativo común y disciplinario

¹²En Colombia, la ley 200/95, Art 1º dice: "El Estado es el titular de la potestad disciplinaria"

¹³Sin embargo, éste, podría cometer la tarea de instrucción, propiamente dicha, a un particular mediante un contrato de arrendamiento de obra

¹⁴MEZGER, Edmund: Derecho Penal, p. 353, DIN, Bs. As. 1989, traducción de la 6ta. Edición alemana

proporcionado al hecho¹⁴

La pena es, o debería ser, un factor que tienda a igualar, no a marginar a los individuos que componen la sociedad. Lo expuesto significa que el Derecho, en general, no es el Derecho de determinado grupo¹⁵. El fin de la pena es la prevención.

Ingresando a nuestro tema el objeto del Poder Disciplinario es la aplicación de una medida disciplinaria, esto es una sanción.

Méndez define la sanción administrativa, general, como el medio jurídico destinado a asegurar el orden administrativo¹⁶.

Específicamente sanción disciplinaria es la que la Administración aplica, de principio, única y exclusivamente a los servidores públicos, cuando se produzca una falta administrativa.

El concepto de pena, penal, no coincide necesariamente con el que se desarrolla en sede administrativa.

b.2) Tipos

Las sanciones disciplinarias pueden ser de diversos tipos:

a) Morales: observación y, el apercibimiento que es una amonestación con prevención de una sanción mayor para el caso de reiterarse la falta.

b) Profesionales: suspensión laboral con privación de haberes. Esa suspensión no puede ser superior de seis meses al año. Hasta tres meses será sin goce de sueldo o con la mitad del mismo, según la gravedad del caso. La que exceda los tres meses será siempre sin goce de sueldo, art. 22 del D-Ley 10388; art 224 del D.500/91. La privación del sueldo sólo corresponde por el no ejercicio de la función, art. 225 del D.500/91.

Se menciona otras sanciones profesionales: la postergación o pérdida del derecho del ascenso durante cierto lapso; retrogradación en el respectivo escalafón; multas aunque la afectación patrimonial que implica requiere ley formal¹⁷. El traslado sancionatorio está vedado de acuerdo al art. 1º del Decreto de 22/9/921, aunque debe tenerse presente la hipótesis mencionada en el art. 19 del D-Ley 10388 que permitiría imponer traslados... para cargos de análoga función y de igual grado jerárquica.

A lo expuesto debemos agregar lo dispuesto por el Decreto reglamentario de la Ley 3147, art. 36, donde encontramos tipificada la censura.

En todo caso debe tenerse presente que las sanciones deben anotarse en el legajo personal de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18 del Decreto Ley 10388,

c) Expulsivas: esto es, entre nosotros la denominada Destitución, que es la separación a uno de su cargo como corrección o castigo.

En la República Argentina se distingue la exoneración de la remoción¹⁸

¹⁵Es un hecho que los que visitan las Sedes Penales tienen determinadas características, de acuerdo a su origen, relación, poderío económico, acceso a una defensa técnicamente adecuada, que influyen, inclusive en el tipo delictual que cometen. En el Derecho Disciplinario pueden trasladarse estos conceptos, con particularidades de acuerdo a su especialidad.

¹⁶MÉNDEZ, Aparicio: "Las sanciones administrativas" L.J.U. t. 1 p. 12

¹⁷La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981, Art. 100 establece que: "El funcionario público responsable del retardo de actuaciones puede ser sancionado con multa del 5% a 50% del salario del mes que cometió la falta, de acuerdo a su gravedad"

¹⁸BIELSA, Rafael: Principios de Derecho Administrativo, p. 597, Depalma, Bs. As. 1963, nos dice que la sanción de remoción importa "revocación" del nombramiento (por ilegal, supresión del empleo, etc. acotamos) y la destitución o exoneración es la separación definitiva del cargo. Esta última tiene, a diferencia de la remoción, un carácter en cierto modo "infamante" e inhabilita para el ejercicio del cargo o de todo empleo en la Administración e implica la pérdida del derecho de jubilación

Respecto de los derechos jubilatorios debe considerarse que de acuerdo al apartado 1 del art.39 de la ley 9940 en la redacción dada por el art. 14 de la ley 12381, sólo los delitos cometidos contra la Administración Pública o conexos a la función Podrían traer aparejada la pérdida de la causal jubilatoria. La sentencia N° 59/987 del T.C.A. se pronunció por la vigencia de la medida. Asimismo, de acuerdo al art. 42 de la ley 9940 debería resolverse, expresamente, la pérdida o no en el acto destitutorio.

b.3) Nulla poena sine lege

En materia de sanciones debe tenerse presente que existen dos posiciones, parcialmente diversas, respecto a la aplicación del principio penal "nulla poena sine lege".

Para algunos, en sede de Procedimiento Disciplinario, rige el referido principio¹⁹. El mismo resulta una garantía imprescindible para los funcionarios porque las sanciones obrarían en una lista previa, jerarquizada.

El principio no debe entenderse con la acepción penalista. En esa rama la expresión "ley" es interpretada en sentido formal, esto es, el acto que surge de acuerdo al procedimiento establecido en los arts. 133 y siguientes de la Carta. En el Derecho Disciplinario la expresión Ley debe entenderse en sentido material y el reglamento es, en ese sentido, un acto legislativo por su naturaleza general y abstracta²⁰. Por lo expuesto, los reglamentos pueden establecer sanciones que no transgredan los límites fijados por normas de carácter superior y no violen la finalidad que el Derecho persigue.

La segunda posición entiende que, en principio, siendo el Poder Disciplinario una facultad discrecional, la determinación de las sanciones está librada a la apreciación del jerarca, dentro de los límites en que puede desenvolverse. No sería necesario, pues, que la ley material enumere cuáles sanciones se puede aplicar, aunque por razones de conveniencia sería oportuna una enumeración no taxativa que se perfilaría como una garantía para los funcionarios²¹.

Existen algunos límites impuestos al jerarca que impiden aplicar sanciones privativas de la libertad personal, como el arresto, o que afecten el patrimonio particular del

¹⁹JÈZE, Gartón: Principios Generales del Derecho Administrativo: La técnica jurídica del derecho público francés, pag., 151, Depalma, Bs. As. 1948. El autor entiende que el principio nulla poena sine lege es un principio de carácter absolutamente general, que no se halla limitado a las penas propiamente dichas sino que se aplica a todas las caducidades, a todas las situaciones jurídicas desfavorables, organizadas por una ley nueva.

²⁰FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Manual de Derecho Público, tomo II, administrativo, Buenos Aires 2007

²¹Bielsa, Rafael: La Función Pública, p. 170, Depalma, Bs. As., 1960. El autor admite que las sanciones disciplinarias pueden establecerse, inclusive, ex post facto, circunstancia que las diferencias de las penas.

²²La Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México, publicada el 4/8/994, art. 70 dice: "Las sanciones administrativas deberán estar previstas en las leyes respectivas y podrán consistir en: I. Amonestación con apercibimiento; II. Multa; III. Multa adicional por cada día que persista la infracción; IV. Arresto hasta por 36 horas; V. Clausura temporal o permanente, parcial o total; y VI. Las demás que señalen las leyes o reglamentos" Se destaca la mención del reglamento.- El Artículo 70 A dice "Es causa de responsabilidad el incumplimiento de esta Ley y serán aplicables las sanciones previstas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos" Se refiere a funcionarios.

funcionario como las multas, sin texto legal que autorice a hacerlo²².

El art. 9 de la Constitución de España establece el principio de legalidad diciendo:

"1. (...)

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

b.4) Proporcionalidad entre la sanción y la falta

Sin perjuicio de la indudable discrecionalidad del jerarca en sede sancionatoria, ella encuentra su límite en el Principio De Proporcionalidad.

b.5) Repetición

Especial atención merece la posibilidad de Repetir otorgada a la Administración de acuerdo al art. 25 de la Constitución de la República, reglamentado directamente por el D. 701/91 aplicable a la Administración Central.

b.6) Non bis in idem

Asimismo merece una consideración detallada y de contenido práctico la vigencia del principio general de Derecho de Valor Constitucional (derivado del art. 72): "Non Bis In Idem". El Dec. 500/91 en su art. 173 lo establece disponiendo que ningún funcionario será llamado a responsabilidad disciplinaria más de una vez por un mismo y único hecho que haya producido²³. La norma dispone que una misma falta no puede ser sancionada dos veces, sin perjuicio de la responsabilidad que genere en sede penal, civil o política²⁴.

La doctrina minoritaria entiende que el principio Non bis in idem es un Un Principio De Procedimiento y, por ello, una infracción no puede ser juzgada en más de una oportunidad²⁵.

La importancia práctica del tema es relevante porque de las doctrinas comentadas se derivan conclusiones diversas.

Los que consideramos al principio Non bis in idem como un principio general de Derecho sostenemos que un hecho sólo puede merecer Una Sanción Administrativa. Lo expuesto es sin perjuicio de que el funcionario pueda ser sancionado por un solo hecho en diversas sedes, esto es administrativa, penal, civil, política. Insistimos, el principio Non bis in idem prohíbe, en Sede Disciplinaria, aplicar más de una sanción

²³El Art. 3 del Código del Proceso Penal (CPP) dice: "Ninguna persona puede ser procesada dos veces por un mismo hecho constitutivo de infracción penal, excepto cuando la conclusión del primer proceso no extinga la acción penal".

²⁴VANOSI, Jorge: Teoría Constitucional, p. 358; Depalma, Bs. As

²⁵¿Qué sucedería si aplicada una sanción se observa que hubo una notoria incorrecta apreciación del motivo o tipificación? ¿Y si el error hubiese sido provocado y se descubre, luego de dictado el acto, que lo fue por el imputado? ¿Ese hecho es nuevo o sancionable?

administrativa.

La doctrina que entiende al principio como un principio procesal sostiene que un mismo hecho, puede dar lugar a sanciones acumulativas. Ello permite imponer más de una sanción.

El autor entiende que el derecho de los funcionarios de no sufrir más de una sanción disciplinaria emerge del art. 72 de la Carta.

En ese sentido aplicar una suspensión de seis meses en el área financiera es una única sanción. Pero con múltiples consecuencias: necesario traslado por inidoneidad para cargos de ese tipo; evaluación del desempeño sólo por el período trabajado; no generación de haberes y licencia (por su objetivo fisiológico) durante el período de la suspensión, etc. Esas consecuencias no son sanciones. Emanan, inevitablemente, de la naturaleza de las cosas, en su sentido objetivo y subjetivo.

b.7) Extinción de las sanciones

La reglamentación administrativa, que se está estudiando, nada dice respecto a la prescripción de la pena. Esta circunstancia es idéntica a la que acontece en Argentina. En ese sentido se dice "Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni del poder ordinario de imponer penas. Por esta razón no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal, ni las disposiciones del mismo en materia de prescripción (fallos 203:339, y sus citas)". "... En mérito de lo expuesto, al no existir norma expresa que establezca expresamente la prescripción de la pena, la Corte Suprema de la Nación parece pronunciarse por la no vigencia de aquel instituto"

Respecto de este tema parte de la doctrina ha expuesto su oposición²⁶.

En Uruguay, ante el silencio del legislador, de ese poder, y del administrador, teniendo presente la vinculación de las ramas que se están cotejando y, especialmente, de la remisión al Código Penal en el supuesto de la prescripción de las faltas, puede resultar aplicable, en lo pertinente, las disposiciones del Código Penal.

C) Motivo²⁷

c.1) Concepto

Como en el análisis anterior corresponde partir de un concepto general de delito.

Más aún porque en nuestro Derecho es una causal de destitución que surge de la normativa constitucional, art. 168 ord. 10.

El delito es la infracción de un deber ético-social o, desde un punto de vista contrario es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. De allí que se trata de la infracción a un deber ético social o la lesión (o puesta en peligro) de un interés social²⁸.

Se lo entiende, también, en definición clásica como una conducta típica, antijurídica

²⁶APESTEGUÍA Carlos A: Sumarios Administrativos, p. 36, La Rocca, Bs. As. 1998

²⁷El Art. 25 de la Constitución Española dice: "1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Tipificar post acto no corresponde por lo que se dirá infra.

²⁸BACIGALUPO, Enrique: Manual de Derecho Penal, p. 69, Temis, Bogotá 1989

y culpable que trae aparejada como consecuencia la aplicación de una pena a su autor

Se ha discutido acerca de la existencia de delitos abiertos y cerrados²⁹.

El tema importa, porque en el estudio de los Delitos Dolosos de Comisión, podrían existir ciertas formas abiertas³⁰ y, nosotros, tenemos que considerar que partimos, necesariamente, de la aseveración de que en el proceso penal se aplican las leyes penales donde las figuras delictivas se encuentran especificadas o cerradas. En el procedimiento disciplinario Nacional la situación es diversa. Se aplican normas o principios genéricos, esto es, infracciones que no siempre se encuentran tipificadas en forma cerrada.

Obviamente, si exigimos que la tipificación de las faltas disciplinarias estuviese en ley formal, podríamos hablar de tipos cerrados. Esta circunstancia es imposible de acuerdo al actual desarrollo de los cometidos del Estado y de la función administrativa.

El motivo es el "por qué" del acto administrativo y en sede disciplinaria constituye la constatación de una falta administrativa.-

El art. 169 del D. 500/91 la define como todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo³¹ que vicia los deberes funcionales. Obsérvese que el hecho pasible de sanción puede ser cometido con culpa simple, circunstancia trascendente si se observa que el art. 25 de la Constitución exige, en su supuesto, culpa grave o dolo.

c.2) Nullum crimen sine lege

En esta materia No Rige, en Uruguay, el principio "nullum crimen sine lege"³² porque no se requiere una tipificación de las faltas y, si existe no es limitativa³³. Esta es una de las principales diferencias con el Derecho Penal en donde rige plenamente el principio enunciado que exige, para que un acto sea punible, su definición legal expresa³⁴.

c.3) Prescripción

Con respecto a la prescripción de las faltas el art. 172 del D. 500/91 establece que las mismas prescriben: a) Cuando además constituyen delito, en el término de prescripción

²⁹ROXIN, Klaus: Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y elementos del Deber Jurídico, p. 4, Depalma 1979. El profesor de Munich comenta la teoría de Hans Welzel. En ese sentido debe considerarse que no deberían existir delitos sin verbo nuclear. El tema se discute en Derecho Penal y en el Derecho Disciplinario

³⁰BACIGALUPO, Enrique: Manual de Derecho Penal, cit. p. 90,

³¹DUGUIT, León: Las transformaciones del Derecho Público, p. 358, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926. La responsabilidad de los funcionarios es por culpa

³²La Sent. 88/99 del TCA dijo: "La inasistencia sin previa autorización, es claramente una transgresión del deber funcional, y como tal constituye una falta sancionable, independiente de una previsión normativa que así la tipifica puesto que como es de general recibo, en el ámbito administrativo no tiene aplicación las limitaciones específicas del Derecho Penal (arts. 1º y 85 Código Penal)"

³³El Código Unico Disciplinario, ley 200 DE 1995, de Colombia dispone: "Art 4º - Legalidad. Los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas solo serán juzgados y sancionados disciplinariamente cuando por acción u omisión de funciones incurran en las faltas establecidas en la ley".

³⁴Código Penal, art. 1: "Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción". La norma no define "delito", establece el principio

³⁵FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Decreto 500/91, anotado y concordado. Incluye jurisprudencia, Mdeo. 2006 3ra Edición

del delito. b) Cuando no constituyen delito, a los ocho años³⁵.

El plazo empieza a correr de la misma forma que el previsto para la prescripción de los delitos en el art. 119 del Código Penal.

La prescripción se suspende por la resolución que disponga una investigación administrativa o la instrucción de un sumario por la falta en cuestión³⁶.

D) Fin³⁷.

Constituye el "para qué" del Poder Disciplinario. El objetivo que se persigue con la potestad disciplinaria es la custodia del orden administrativo a través de correctivos a las conductas desviadas de los deberes funcionales. Las medidas motivarán al funcionario a no incurrir nuevamente en las mismas y que éstas no se generalicen³⁸.

III - La Relación con el Derecho Penal, Otros Aspectos

Indudablemente siempre será preferible que en el supuesto de vacíos en el Derecho Disciplinario, el legislador administrativo establezca, en forma expresa, los principios de que se dará cuenta en este apartado, o de los que se estudian en las áreas temáticas correspondientes, esto es, falta y delito, sanción y pena, prescripción, etc. En esta rama del Derecho Administrativo la remisión al Derecho Penal es inevitable³⁹.

Cualquier desarrollo debe partir de la existencia o no de tipificación cerrada, tipo penal de las faltas disciplinarias. Algunos autores del Derecho Penal (Hans Welsel) estudian y desarrollan lo que denominan tipos abiertos y elementos del deber jurídico⁴⁰.

El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida y, la adecuación típica, denuncia la contradicción de una conducta con una norma particular

Welsel postula que en los delitos de comisión dolosos no todos los tipos son cerrados, porque la prohibición no siempre está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos. En estos casos el tipo es abierto, y, por ello, la realización del tipo no puede indicar la antijuridicidad. Un ejemplo lo encontramos en esta norma, propia del Derecho Alemán "A quien se resista a un funcionario en el ejercicio de sus funciones adecuadas a derecho" se le aplicará⁴¹.

Según Welsel las expresiones "en el ejercicio adecuado a derecho de sus funciones" no pertenecen al tipo, porque no describen la conducta prohibida, sino que refiere a un deber de omitir toda resistencia sólo si el funcionario obra conforme a derecho. El juez sólo podrá declarar el hecho como antijurídico cuando haya comprobado "positivamente" si el funcionario obró ejerciendo sus funciones conforme a derecho, comprobando los llamados elementos del deber jurídico. Obviamente la adecuación es diferente a aquellos

³⁵El Art. 38 de la ley 22140 de la República Argentina dice "El personal no podrá ser sancionado después de haber transcurrido tres años de cometida la falta que se le impute, con las salvedades que determine la reglamentación".

³⁷Se destaca el valor ínsito de las normas contenidas en las disposiciones que tipifican faltas disciplinarias. Ese valor se resume, esencialmente, en el fin, que mediante el procedimiento disciplinario se persigue

³⁸COMADIRA, Julio Rodolfo, con la colaboración de Monti Laura: El acto administrativo, p. 46, La Ley, Bs. As. 2003 nos ilustra sobre la finalidad que debe perseguir todo acto administrativo, inclusive el que resuelve la realización de un sumario administrativo

³⁹A veces se hace en forma expresa como en la prescripción de las faltas administrativas.

⁴⁰ROXIN, Klaus, Teoría del Tipo Penal, p. 6, Depalma, Bs. As. 1979

⁴¹WELSEL; Hans: Derecho Penal Alemán, Santiago de Chile 1976

⁴²ROXIN, Klaus, Teoría del Tipo Penal, cit., p. 8

supuestos de tipos cerrados donde el juez actúa en forma negativa, que es la habitual⁴²

Roxin descarta las ideas que se vienen desarrollando⁴³. Desde nuestra perspectiva no corresponde ingresar al análisis de lo expuesto por los autores alemanes que nos ilustran. Su simple presentación lo fue con la intención de observar, que los propios autores penalistas, no son unánimes en el tema de que se está tratando. Ello subraya las dificultades que existen en el Derecho Penal Disciplinario en el mismo sentido teniendo presente, además, la inexistencia legal calificatoria, de principio, en lo que respecta a las faltas disciplinarias. Si se admite, como se hace en nuestro derecho, la existencia de discrecionalidad y, además, que las tipificaciones, son a título enunciativo, el problema desaparece. Por ejemplo, puede existir no consumación pero, si estamos frente a una irregularidad tentada de una conducta tipificada que, a su vez, no lo éste, el hecho podrá sancionarse si se considera una falta disciplinaria independiente.

En el Derecho Comparado existen intentos de cerrar la tipificación. Ello acontece por ejemplo en, Colombia que tipifica supuestos por ley.

Así la justificación de la conducta en el Código Disciplinario Colombiano, art. 23 aprobado por ley, establece que "La conducta se justifica cuando se comete: 1) Por fuerza mayor o caso fortuito. 2) En estricto cumplimiento de un deber legal. 3) En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria". En este supuesto, del Derecho Colombiano, no corresponde relevar las normas penales sobre el tema.

De no existir previsión expresa, no puede aplicarse, o descartarse, sin más, la afeita y elaborada legislación penal, que nace con el hombre civilizado, o más o menos civilizado. Preferimos la remisión, con autonomía, en beneficio del hombre, a la posible violación de los Derechos del funcionario, por inexistencia de normas. Por lo expuesto, creemos que corresponde que el lector pueda, en este momento, tener a su disposición las normas más importantes que al tema refieren, con un breve comentario.

En primer lugar debe considerarse, en esta área temática, las causas de justificación regladas en los art., 26 a 29 del Código Penal

También deben considerarse, en lo pertinente, las causas de inimputabilidad regladas en los arts 30 a 35 del Código Penal uruguayo el que se pone disposición.

Respecto de las causas de impunidad podrían aplicarse los arts. 42 y 43 del Código Penal⁴⁴.

Acaecida, y encuadrada la falta disciplinaria, deben observarse las circunstancias que rodearon la misma.

Esto es, deben verificarse los hechos y características que, sin ser parte del tipo, pueden haber influido en su causación.

Esas circunstancias podrán alterar en forma creciente o decreciente, la peligrosidad administrativa del agente, lato sensu, y hacer necesario disminuir o aumentar la sanción.

La reglamentación de los diversos órdenes administrativos, en las Personas y Organos, con potestad reglamentaria, crean su propio derecho interno en virtud de esa potestad que, en nuestro orden jurídico, es de principio.

Así, en ocasiones, en algunas de las diversas Personas de Derecho Público Estatal, las circunstancias externas del tipo, pueden estar reglamentadas por normas de ese valor.

Sin embargo, de no existir esa reglamentación expresa, pueden trasladarse las normas del Derecho Penal, con el análisis exhaustivo y sin preconceptos que merece toda

⁴³ROXIN, Klaus, Teoría del Tipo Penal, cit., p. 295

⁴⁴Correos del autor: rflores@montevideo.com.uy y floresdapkevicus@hotmail.com

remisión y consideración al derecho sancionatorio por especialización y por su naturaleza. El Derecho Penal es el que debería encontrarse en la vanguardia de la aplicación de sanciones, por los hombres, para vivir y convivir en sociedad.

Entonces, las atenuantes y agravantes, no pueden trasladarse, sin más, del Derecho Penal, al Derecho Disciplinario Administrativo, como principio general.

Lo expuesto no obsta, como se dijo, a que siempre sean válidas para resolver en el supuesto de oscuridades que surjan de ese orden interno.

Así la reincidencia es una alteratoria aplicable en todo el Orden Sancionatorio

Respecto de las atenuantes debe llegarse a la misma conclusión. Es decir, existen alteratorias, del tipo de que se trate, que tienen vigencia en todo el orden jurídico por su calidad de principios generales de valoración de la conducta en la sociedad.

En ese sentido, las atenuantes son de singular importancia en la dosificación de la sanción porque permiten aplicar sanciones menos rigurosas a los sujetos que posean buenos antecedentes, reparen el mal, u otras circunstancias que hagan necesaria la consideración especial del sujeto en la consumación del ilícito de que se trate.

Respecto del disciplinamiento en el supuesto de tentativa, que significa esforzarse hacia un fin que, en definitiva no es alcanzado, se han desarrollado conceptos preliminares y, estando nuestra ciencia en evolución, no puede darse una solución general, que en algunos supuestos ni siquiera los penalistas aportan⁴⁵. El tema es así observando, en general, en el derecho comparado que se cita.

Se reitera que debe partirse de la existencia o no de tipificación cerrada. Si se admite, como se hace en nuestro derecho, la existencia de discrecionalidad y, además, que las tipificaciones, son a título enunciativo, el problema desaparece. Puede existir no consumación pero, si estamos frente a una irregularidad tentada de una conducta tipificada que, a su vez, no lo éste, el hecho podrá sancionarse si se considera, discrecionalmente en lo pertinente, falta disciplinaria independiente.

Parte de la doctrina entiende que la sanción de la tentativa no existe, porque la consumación del ilícito acaece cuando la conducta tipifica. Sin embargo, en el supuesto de delitos dolosos, que necesitan ciertamente, una labor intelectual, existe un iter criminis que podría ser observado.

Como se ha dicho en todo este estudio, en el supuesto de vacío, la aplicación de los principios y normas del Derecho Penal debe analizarse en cada caso.

Obviamente, de existir un disciplinamiento de las conductas previas, en forma expresa⁴⁶, la independencia del tipo haría innecesario este desarrollo ya que nos encontraríamos con faltas independientes.

También la situación no merece comentarios cuando el propio legislador administrativo expone, concreta y expresamente, la tentativa.

Las mismas soluciones pueden sostenerse respecto al acto preparatorio, generalmente no punible, teniendo presente las dificultades que los autores penalistas reconocen para distinguir cuando nos encontramos con la tentativa.

El concepto de autor, coautor y cómplice efectuado por el Derecho Penal pueden trasladarse, en lo pertinente, al Derecho Disciplinario. El autor principal del delito es aquel que ejecutó el acto consumativo de la infracción. Aquellos que tomaron parte en

⁴⁵MEZGER, Edmund: Derecho Penal, p. 230, DIN, Bs. As. 1989. El maestro de Munich dice, "son impunes, fundamentalmente, las meras acciones preparatorias; no lo son las auténticas acciones de tentativa". Sin embargo, en el desarrollo surgen las dudas, inclusive porque la expresión "auténticas acciones de tentativa" deben determinarse en cada caso

⁴⁶Y si es por ley como sucede en el Derecho Colombiano, nada se discutiría

los actos consumativos son coautores o correos, pero todos son delincuentes principales. Los demás, que participaron en el designio criminoso o en otros actos, pero no en los de la consumación, son delincuentes accesorios o cómplices en sentido lato⁴⁷

Respecto a la reiteración real y formal debe decirse que debe estarse en primer lugar, obviamente, a lo que disponga el Derecho Administrativo. De no existir previsión deberá observarse cada caso concreto teniendo presente el margen de discrecionalidad que la normativa permita al sancionante.

IV - Características

De acuerdo a lo expuesto, las características fundamentales que informan el Poder Disciplinario son las siguientes:

- a) Es represivo en tanto su objeto es aplicar una sanción disciplinaria.-
- b) Es administrativo, circunstancia que no debe olvidarse, porque es ejercido por la autoridad administrativa en ejercicio de función administrativa⁴⁸.

V - Principios del Poder Disciplinario

Como se expresara oportunamente son aplicables al Procedimiento Disciplinario los principios enunciados en el D. 500/91 para el Procedimiento Administrativo Común. Pero, sin perjuicio de ello, el Procedimiento Disciplinario se informa de principios propios que surgen de su carácter de secuencia administrativa especialmente punitiva⁴⁹.

A) Protección del Honor y de la Dignidad del Funcionario

El principio se encuentra consagrado en el art.170 del D. 500/91 al que nos remitimos y, especialmente, art. 223 que establece un plazo máximo de dos años para la caducidad del sumario. Asimismo el secreto del procedimiento es una garantía del honor e intimidad del disciplinado que es protegido, también, por el Hábeas Data⁵⁰.

B) Presunción de Inocencia

Surge de la disposición citada en el apartado anterior y se materializa en el principio "in dubio pro reo"⁵¹. Se destaca que de acuerdo a este principio es la Administración quien debe recabar la prueba necesaria para establecer, indubitablemente, la culpabilidad del disciplinado

C) Necesidad de Resolución Firme y Fundada que Establezca la Culpabilidad

También emana del art. 170 al que debemos agregar que, para incurrir en falta, se

⁴⁷CARRARA, Francesco: Programa del curso de Derecho Criminal, p. 281, Depalma, Bs. As. 1944

⁴⁸FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Manual de Derecho Público, tomo II, administrativo, Buenos Aires 2007

⁴⁹Flores Dapkevicus, Rubén: Derecho Penal Administrativo, El Procedimiento Disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2004, segunda edición

⁵⁰FLORES DAPKEVICIUS, Ruben: Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, B de F, Buenos Aires, 2004

⁵¹MORELL OCAÑA, Luis: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, cit. p. 465

necesita una conducta intencional o culposa del agente que viole los deberes funcionales. art. 169 del D. 500/91. De acuerdo al Decreto 500/91, art. 123, todo acto debe ser motivado y, en el tema que nos convoca, deben expresamente motivarse, entre otros, el acto cabeza de procedimiento, la suspensión preventiva, traslados y otras medidas cautelares posteriores al dictado de aquél, y el acto principal que resuelve el fondo del asunto.

D) Non Bis In Idem

Como ya lo expresáramos, creemos que el principio tiene valor constitucional, aunque se encuentra expresamente establecido en el art. 173 del D. 500/91. El tema fue tratado supra cuando se analizó el elemento “objeto” del Poder Disciplinario.

E) Debido Procedimiento: Principio de Defensa

El debido procedimiento disciplinario surge del art. 66 de la Carta. Se traduce en el principio de defensa que obliga a la Administración a permitir que el administrado pueda articular su defensa y, para ello, puede estar asistido por un profesional en Derecho, tomar vista de las actuaciones para efectuar sus descargos, ofrecer y diligenciar prueba, etc.⁵².

F) Proporcionalidad⁵³ Entre la Sanción y la Falta

Significa que la sanción debe guardar relación con la falta y su inadecuación es causal suficiente para que en etapa jurisdiccional el T.C.A. anule la medida dispuesta.

Es decir que la posibilidad de adoptar, de acuerdo a la oportunidad, más de una medida o cuantificación de la misma, (discrecionalidad sancionatoria), que es de principio en el Derecho Disciplinario Administrativo Nacional, se encuentra limitada por los conceptos jurídicos determinables, el principio de razonabilidad, la obligación de motivar el cambio de precedente, las únicas medidas autorizadas⁵⁴, etc. Se destaca el límite que el principio impone a la Administración en el ejercicio de su Poder Disciplinario⁵⁵.

G) Principio de Progresividad (Preclusión) y Congruencia

Mediante el mismo se establece la necesidad de sancionar de acuerdo a lo que se ordena investigar, teniendo presente que el procedimiento no se puede retrotraer a etapas ya superadas. Lo expuesto permite a la defensa ejercer su cometido acorde a la

⁵²BIELSA, Rafael: La Función Pública, p. 169, Depalma; Bs. As., 1960. “Todo régimen disciplinario debe ser imperativo y claro, y puesto que se trata de sanciones, las garantías del funcionario deben estar bien determinadas.

⁵³DE BECCARIA, Cesare De los delitos y de las penas, con el comentario de Voltaire, p. 15 y 35, original de 1764, Alianza Editorial, Madrid 1968. Por aquel entonces afirmaba “las penas deben ser proporcionadas a los delitos” penales. “La verdadera medida de los delitos es el daño a la sociedad”

⁵⁴Las únicas medidas autorizadas por las normas serán “A”, “B”, “C”, etc. si se cumple el supuesto de hecho (motivo) autorizante “S”. No se puede decidir “D” si no está autorizado. Por ejemplo, una norma podría disponer: “Si se desobedece, sin motivo, al jerarca podrá sancionarse, con suspensión de tres a seis meses o retrogradación”. Entonces el funcionario no debería ser arrestado o castigado físicamente.- Si seguimos a Welsel el tipo es abierto

⁵⁵FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Decreto 500/91, anotado y concordado. Incluye jurisprudencia, Mdeo. 2006 3ra Edición. El Decreto 500/91 regula el procedimiento administrativo común y disciplinario

calidad humana del disciplinado. Los hechos nuevos, que surjan en la investigación, deberían, de principio, ser objeto de otro procedimiento, si el sumariado no pudo ejercer su defensa.

H) Reformatio In Pejus

La reformatio in pejus es una máxima derivada del principio de defensa y se traduce en la imposibilidad de que la Administración revoque un acto recurrido por el interesado para agravar la sanción. Razonar de una forma diversa sería un medio para coaccionar la presentación de recursos administrativos bajo la amenaza cierta de aplicar una sanción mayor. Lo expuesto debe entenderse sin perjuicio de que la Administración debe cumplir el Derecho y revisar, en algunos supuestos, aún en sede recursiva, sus actos ilegales. Por ejemplo notoria invalidez del acto original revisable, aún, sin interposición de medios impugnativos⁵⁶.

I) Principio de la Ley mas Benigna

La aplicación retroactiva de la ley más benigna, en sentido material (incluye el reglamento), es inmediata en nuestro derecho, en virtud de ser un principio de derecho represivo general⁵⁷. El mismo emana de la filosofía jus naturalista de nuestro ordenamiento y pertenece a todo el orden jurídico, arts. 1, 7, 72 de la Constitución. Lo expuesto no contradice el principio de no aplicación retroactiva de las leyes. Este último refiere a otros supuestos y es, también, de naturaleza tuitiva del ser humano. La Ley 200 de 1995, de Colombia; establece: “Art 15 En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Por otra parte no corresponde tipificar post acto, como algunos autores de Derecho Administrativo citados lo sostienen, porque contradice los más elementales principios naturales del hombre, entre otros la libertad y seguridad y, además, la creación del tipo puede llevar nombre y apellido encubierto.

J) Inmediatez

La inmediatez significa la necesaria relación de proximidad entre la consumación de la falta disciplinaria y su sanción. De allí, junto con el valor seguridad jurídica, se extrae la necesaria prescripción de la falta y sanción disciplinaria.

K) Gradualidad

Se materializa de la siguiente manera. De existir mínimos y máximos, aplicables a un hecho punible, debería comenzarse por aplicar una sanción que no roce el máximo

⁵⁶MORELL OCAÑA, Luis: Curso de Derecho Administrativo, tomo II, p. 260, Aranzadi, España 1999. El autor dice, apoyando en texto que: “En ningún caso podrá la decisión agravar la situación inicial del peticionario, sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento si es oportuno”

⁵⁷En contra Apesteguía Carlos A: Sumarios Administrativos (en Argentina), cit. p. 45

⁵⁸FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Derecho Penal Administrativo, El Procedimiento Disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2004, segunda edición

permitido, salvo las posibles alteratorias que rodeen la consumación del ilícito⁵⁸.

L) Igualdad

Es un principio de todo el orden jurídico⁵⁹. En el Derecho Disciplinario determina la igual graduación de la sanción, cuando la conducta es similar. Como en el principio que antecede se hace la salvedad respecto de las posibles alteratorias que rodeen la consumación del ilícito.

M) No Autoincriminación

El principio permite al imputado no declarar en su contra, o favor, de acuerdo a su elección y libertad.

Conclusiones

1. Existe una especialización dentro del Derecho Administrativo Sancionador denominada Derecho Disciplinario Administrativo.

2. El Derecho Disciplinario Administrativo es el conjunto de principios y normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el Poder y el Procedimiento Disciplinario de la Administración.

3. Le son aplicables los principios del Procedimiento Administrativo Común, en lo pertinente, sin perjuicio de los propios que se derivan de su especialidad.

4. Respecto de la relación entre el Derecho Disciplinario y el Penal existen diversas opiniones. Nosotros entendemos que el Derecho y el Procedimiento Disciplinario son autónomos respecto del Derecho Penal.

5. El Poder Disciplinario es la facultad otorgada a la Administración, para aplicar sanciones, mediante un procedimiento, con el fin de mantener el orden y correcto funcionamiento del servicio.

6. Es un poder de principio y discrecional porque surge del poder de mando y de la facultad de vigilancia que corresponde al jerarca de todo servicio.

7. El fundamento del Poder Disciplinario es la aceptación del régimen jerárquico al consentir la designación para el ejercicio de la función pública.

8. Los elementos del Poder Disciplinario son: los sujetos, el objeto, el motivo y el fin.

9. El sujeto activo es quien ejerce el Poder Disciplinario y siempre lo será el Estado, en sentido amplio, pudiendo actuar en forma directa o indirecta.

10. La mayoría entiende que el poder disciplinario es una competencia de principio del jerarca del sistema, salvo que el derecho objetivo disponga expresamente otra cosa.

11. Existe otro sistema que atribuye la potestad sancionatoria a un órgano independiente, o ajeno, al sistema en el que el funcionario ejerce función pública.

12. El sujeto pasivo es, de principio, un servidor público porque, si no existe el vínculo funcional, resulta imposible sancionar.

13. El objeto del poder disciplinario es imponer una sanción. El tema se vincula íntimamente con el concepto de pena. Pena, en sentido estricto, es la imposición de un mal proporcionado al hecho.

14. La pena es, o debería ser, un factor que tienda a igualar, no a marginar a los

individuos que componen la sociedad.

15. Las sanciones disciplinarias pueden ser de diversos tipos:

- a) Morales: observación y, el apercibimiento que es una amonestación con prevención de una sanción mayor para el caso de reiterarse la falta.
- b) Profesionales: suspensión laboral con privación de haberes.
- c) Expulsivas, esto es la destitución
- d) Retrogradación en el cargo.

16. En materia de sanciones debe tenerse presente que existen dos posiciones, parcialmente diversas, respecto a la aplicación del principio penal "nulla poena sine lege".

17. Para algunos, en sede de Procedimiento Disciplinario, rige el referido principio. El mismo resulta una garantía imprescindible para los funcionarios porque las sanciones obrarían en una lista previa, jerarquizada.

18. Pero el principio no debe entenderse con la acepción penalista. En esa rama la expresión "ley" es interpretada en sentido formal, esto es, el acto que surge de acuerdo al procedimiento establecido en los arts. 133 y siguientes de la Carta.

19. La segunda posición entiende que, en principio, siendo el Poder Disciplinario una facultad discrecional, la determinación de las sanciones está librada a la apreciación del jerarca, dentro de los límites en que puede desenvolverse.

20. Existen algunos límites impuestos al jerarca que impiden aplicar sanciones privativas de la libertad personal, como el arresto, o que afecten el patrimonio particular del funcionario como las multas, sin texto legal que autorice a hacerlo.

21. La doctrina minoritaria entiende que el principio Non bis in idem es un principio de procedimiento y, por ello, una infracción no puede ser juzgada en más de una oportunidad.

22. Los que consideramos al principio Non bis in idem como un principio general de Derecho sostenemos que un hecho sólo puede merecer una sanción administrativa.

23. La doctrina que entiende al principio como un principio procesal sostiene que un mismo hecho, puede dar lugar a sanciones acumulativas.

24. El autor entiende que el derecho de los funcionarios de no sufrir más de una sanción disciplinaria emerge del art. 72 de la Carta.

25. Sin perjuicio de ello aplicar una sanción puede tener múltiples consecuencias.

26. La reglamentación administrativa, que se está estudiando, nada dice respecto a la prescripción de la pena. Esta circunstancia es idéntica a la que acontece en Argentina.

27. En Uruguay, ante el silencio del legislador, de ese poder, y del administrador, teniendo presente la vinculación de las ramas que se están cotejando y, especialmente, de la remisión al Código Penal en el supuesto de la prescripción de las faltas, puede resultar aplicable, en lo pertinente, los arts 129 y 130 del Código Penal.

28. El motivo es el "por qué" del acto administrativo y en sede disciplinaria constituye la comisión de una falta administrativa.

29. La falta es similar al delito penal. A éste se lo entiende como una conducta típica, antijurídica y culpable que trae aparejada como consecuencia la aplicación de una pena a su autor.

30. Se ha discutido acerca de la existencia de delitos abiertos y cerrados, tema trasladable, parcialmente y en forma ilustrativa, al derecho penal administrativo.

31. Falta administrativa es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo que viole los deberes funcionales.

32. En materia de responsabilidad disciplinaria no rige el principio del Derecho penal nullum crimen sine lege, por lo que no es necesario que las faltas disciplinarias vengán determinadas por ley o por el reglamento.

⁵⁹FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, anotada y concordada Amalio Fernández, Mdeo. 2004, segunda edición. Nota al art. 8

33. Por otra parte si existe tipificación reglamentaria no es limitativa.

34. Sin perjuicio de lo expuesto, en determinados servicios rige el sistema de tipificación enunciativa de las faltas, con su respectiva sanción mediante ley ordinaria.

35. Con respecto a la prescripción de las faltas el art. 172 del D. 500/91 establece que las mismas prescriben:

a) Cuando además constituyen delito, en el término de prescripción del delito.

b) Cuando no constituyen delito, a los ocho años.

36. El fin que se persigue con la potestad disciplinaria es la custodia del orden administrativo a través de correctivos a las conductas desviadas de los deberes funcionales. Las medidas motivarán al funcionario a no incurrir nuevamente en las mismas y que éstas no se generalicen.

37. Siempre será preferible que en el supuesto de oscuridades en el Derecho Disciplinario, que el legislador administrativo establezca, en forma expresa, los principios aplicables al tema.

38. De no ser así, en esta rama del Derecho Administrativo, la remisión al Derecho Penal es inevitable.

39. Preferimos la remisión, con autonomía, en beneficio del hombre, a la posible violación de los Derechos del funcionario, por inexistencia de normas.

40. Acaecida, y encuadrada la falta disciplinaria, deben observarse las circunstancias que rodearon la misma. Esto es, deben verificarse los hechos y características que, sin ser parte del tipo, pueden haber influido en su causación. Nos referimos a las alteratorias de conducta, esto es, a las atenuantes y agravantes.

41. El concepto de autor, coautor y cómplice efectuado por el Derecho Penal pueden trasladarse, en lo pertinente, al Derecho Disciplinario, Código Penal, arts. 59 a 64.

42. El principio de protección del honor y de la dignidad del funcionario es una máxima fundamental del derecho penal administrativo.

43. El principio de presunción de inocencia surge de todo el orden jurídico, incluida su norma máxima, y se materializa en el principio "in dubio pro reo"

44. El principio de necesidad de resolución firme y fundada que establezca la culpabilidad es de la esencia del Estado de Derecho personalista.

45. El debido procedimiento disciplinario surge del art. 66 de la Carta. Se traduce en el principio de defensa que obliga a la Administración a permitir que el administrado pueda articular su defensa y, para ello, puede estar asistido por un profesional en Derecho, tomar vista de las actuaciones para efectuar sus descargos, ofrecer y diligenciar prueba, etc.

46. Un principio fundamental en sede disciplinaria es el de proporcionalidad entre la sanción y la falta.

47. El principio "non bis in idem". dispone que ningún funcionario será llamado a responsabilidad disciplinaria más de una vez por un mismo y único hecho que haya producido, sin perjuicio de la responsabilidad que genere en sede penal, civil o política.

48. De acuerdo al principio de progresividad, preclusión, se consagra la necesidad de sancionar de acuerdo a lo que se ordena investigar, teniendo presente que el procedimiento no se puede retrotraer a etapas ya superadas. Lo expuesto permite a la defensa ejercer su cometido acorde a la calidad humana del disciplinado. Lo expuesto debe entenderse razonablemente si existen hechos nuevos y se concede el derecho de defensa.

49. El principio congruencia ordena que los hechos nuevos, que surjan en la investigación, debieran, de principio, ser objeto de otro procedimiento, si el sumariado no tuvo oportunidad suficiente, dentro del mismo, de ejercer su defensa.

50. La reformatio in pejus es una máxima derivada del principio de defensa y se traduce en la imposibilidad de que la Administración revoque un acto recurrido por el

interesado para agravar la sanción.

51. La aplicación retroactiva de la ley más benigna, en sentido material (incluye el reglamento), es inmediata en nuestro derecho, en virtud de ser un principio de derecho represivo general.

52. La inmediatez significa la necesaria relación de proximidad entre la consumación de la falta disciplinaria y su sanción. De allí, junto con el valor seguridad jurídica, se extrae la necesaria prescripción de la falta y sanción disciplinaria.

53. El principio de gradualidad ordena, de existir mínimos y máximos sancionatorios, aplicables a un hecho punible, que debería comenzarse por aplicar una sanción que no roce el máximo permitido, salvo las posibles alteratorias que rodeen la consumación del ilícito.

54. En el Derecho Disciplinario el principio de igualdad se materializa en la igual graduación de la sanción, cuando la conducta es similar. Como en el principio que antecede se hace la salvedad respecto de las posibles alteratorias que rodeen la consumación del tipo.

55. Por el principio de no autoincriminación el funcionario público no puede ser obligado a declarar en su favor o en su contra⁶⁰.

56. El Procedimiento Disciplinario Administrativo es un procedimiento Administrativo especial, punitivo e interno, instrumentalmente destinado a conservar el orden y correcto funcionamiento de la Administración.-

57. "Como dice la palabra, puesto que proceder significa ir adelante, tiene su aspecto temporal..." "...cada acto debe tener su tiempo, éste es otro de los principios fundamentales del proceso"⁶¹. De allí que, más allá de determinadas declaraciones de buena fe, debe considerarse establecer el tiempo necesario para cada acto.

El procedimiento disciplinario administrativo es punitivo e interno, se desarrolla 58. de oficio, e implica regular el ejercicio de los poderes disciplinarios de la Administración respecto a sus agentes. Existe con el fin de conservar el buen orden en el desarrollo de la función pública.

59. Se desarrollará cuando existan irregularidades que violen los deberes funcionales y mientras exista relación funcional.

60. Como todo procedimiento es una secuencia de actos y hechos materiales.

61. Existen diversos procedimientos disciplinarios administrativos. Los más importantes son la Investigación y el Sumario Administrativo General.

62. El sistema de regímenes diversos, de acuerdo al sistema orgánico de que se trate, crea la falta de unidad del mencionado Derecho que podría ser parcialmente eliminada mediante ley nacional. La misma, respetando la autonomía y especialización de las Personas Públicas Estatales, podría regular los aspectos generales del procedimiento de acuerdo a los arts. 64 y 204 de la Carta. De esta manera lograríamos una mayor coherencia eliminando diferencias que no tienen motivo en la especialización.

63. Esa ley nacional, o Código de Disciplina de los Servidores Públicos, podría tipificar las faltas, causas de justificación, alteratorias, causas de inimputabilidad, etc. y sus respectivas sanciones, mediante tipos abiertos que permitan cierta discrecionalidad, esencialmente limitada, en la aplicación de las mismas, por la Administración.

64. Podría establecerse un órgano con competencia nacional, que no pertenezca a ningún Poder del Estado, para desarrollar el procedimiento disciplinario, a semejanza de lo que acontece en el derecho disciplinario alemán, colombiano o venezolano. De no ser así, como solución parcial, podría establecerse la hipótesis del denominado derecho

⁶⁰FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: El procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2009, 3ra edición ampliada

disciplinario preferente, externo, esto, es con fuero de atracción.

65. De no existir regulación clara y precisa aplicable a un tema concreto en el Derecho Disciplinario, se estima que la añeja y desarrollada rama del Derecho Sancionatorio por naturaleza puede aplicarse, en lo pertinente, en el Derecho Penal Administrativo teniendo presente los principios propios de esta rama del Derecho Público⁶¹.

Bibliografía

- BONNARD, Roger, Précis de Droit Public, Recueil Sirey, Paris 1946
- BOQUERA OLIVER, José María: Derecho Administrativo, Civitas, Madrid 1996
- COMADIRA, Julio Rodolfo: El acto Administrativo, La ley, Buenos Aires 2003
- DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. Tome Deuxième. Ancienne Librairie Fontemoing & C^a, Editeurs. Paris 1923
- ESCOLA, Héctor Jorge: Compendio de Derecho Administrativo, Vol. II, Depalma, Bs As, 1984
- FIORINI, Bartolomé, A: Manual de Derecho Administrativo, La ley, Bs. As. 1968
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Manual de Derecho Público, tomo II, administrativo, Euros B de F editores, Buenos Aires 2007
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Manual de Derecho Público, tomo I, constitucional, Euros B de F editores, Buenos Aires 2007
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Decreto 500/91 anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2006, 3ra edición actualizada y ampliada
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Derecho Penal Administrativo, el procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2004, 2da edición ampliada
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Constitución de la República Oriental del Uruguay, anotada y concordada, Amalio Fernández, Mdeo. 2004
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Amparo, Hábeas Corpus y *Habeas Data*, B de F, Buenos Aires, 2004
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: Manual de contrataciones administrativas, incluye el TOCAF, anotado y concordado, B de F, Buenos Aires 2003
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: La acción de nulidad y responsabilidad del Estado, Carlos Alvarez Editor, Mdeo. 2008
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás y Fernández, Ramón: Curso de Derecho Administrativo

⁶¹Carnelutti, Francesco: Derecho Procesal Civil y Penal cit., p. 176 y 177

I, Civitas, Madrid 1983
GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Vol I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976

GIORGI, Héctor: El contencioso administrativo de anulación, Mdeo. 1958

HAURIOU, Maurice: Précis de Droit Administratif, et de Droit Public, Recueil Sirey, Francia 1921

La Justicia Uruguaya soporte papel y vía MODEM

LANDI, Guido y Potenza, Giuseppe: Manuale di Diritto Amministrativo, Giuffrè editore, Milano, 1978

LOEVENSTEIN, Karl: Teoría de la Constitución, Ariel, España 1976

MORELL OCAÑA: Luis. Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Aranzadi, España 1999

PARADA, Ramón: Derecho Administrativo, tomo I, Marcial Pons España 2000

PRAT, Julio A: Derecho Administrativo, T. 3 Vol 2, Acali, Mdeo. 1978

RIVERO, Jean: Droit Administratif, Dalloz, París 1980

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique y otros: Manual de Derecho Administrativo tomo I, Colex, España 1997.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente: Curso de Derecho Administrativo, Edit. Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1888

SARMIENTO, García, Jorge director: Derecho Público, Ediciones ciudad argentina, España 1997.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, FCU, Mdeo. 1991

SAYAGUÉS LASO, Enrique: La licitación pública, tesis original de 1940, actualizada por los Profs. Rubén Flores – Dapkevicius y Daniel Hugo Martinis, B de F Euros Editores, Buenos Aires 2005

TARIGO, Enrique: Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación, FCU, Mdeo. 1999

Se consultó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo vía MODEM y el repertorio de jurisprudencia informatizada 1990-1999 del mismo órgano

CORREO DEL AUTOR: rflores@montevideo.com.uy floresdapkevicius@hotmail.com (Footnotes)