

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

MARIANO R. BRITO

Rector de la Universidad de Montevideo
Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de la República
Profesor Titular de Deontología Jurídica en la Universidad Católica del Uruguay

SUMARIO

I. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL TEMA: SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. II. EXPLICITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

I. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL TEMA: SU RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. Hacia 1977 comenzábamos nuestras reflexiones sobre el régimen disciplinario de la función pública intituyendo el primer párrafo "Las debilidades del derecho disciplinario"¹. "El examen del régimen disciplinario – anotábamos entonces – con la presencia del procedimiento, la infracción y la sanción disciplinarios en su estructura – nos adentra en uno de los capítulos más intensos, dinámicos y cargados de sentido del Derecho Administrativo"².
Se veía cómo en él se mostraban palpitantes los dos polos de su desarrollo: "la actuación estatal expansiva, en permanente operación para la satisfacción del bien común más general cuya custodia y alcance competen al Estado, y la esfera de derechos del individuo, inherentes a su personalidad". Y agregábamos: "La armónica conjugación de ambos – también el último, de interés público – jamás producto acabado, siempre en constante proceso de persecución de meta, se muestra con caracteres de singular tensión en el derecho disciplinario".
2. Muchas de las dificultades apuntadas reconocieron en Uruguay un significativo y valioso aporte para su superación mediante el Decreto del Poder Ejecutivo N° 640/973 de 8.VIII.1973. A éste hubo de seguir, más próximamente, el Decreto del Poder Ejecutivo N° 500/991 de 27.IX.1991; aquél fruto en muy buena medida del esfuerzo intelectual del Prof. Dr. Héctor Frugone Schiavone, ya fallecido, a quien rindo homenaje, y el segundo, del Prof. Dr. Augusto Durán Martínez, estimadísimo colega.
3. A la elaboración normativa se sumó una decantada y creciente labor doctrinaria³ y jurisprudencial⁴.

1 Mariano R. BRITO, en Régimen Disciplinario. Procedimiento disciplinario, ob.col., Montevideo, 1977, p. 119-153.

2 Ibidem, p. 119.

3 Héctor Hugo BARBAGELATA, Jorge SILVA CENCIO, Constancio LEVRERO BOCAGE, Héctor SARTHOU, Washington BADO, Horacio CASSINELLI MUÑOZ, José KORZENIAK, Carlos PITTAMIGLO, Julio PRAT, Manuel IBÁÑEZ y Juan Pablo CAJARVILLE, en Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos, Biblioteca de Derecho Laboral, N° 5, Montevideo, 1977.

También: Julio PRAT, Daniel Hugo MARTINS, Mariano R. BRITO, Héctor FRUGONE y Juan Pablo CAJARVILLE, ob. cit. supra nota 1. Julio PRAT, Derecho Administrativo, T.3, Vol. I, Montevideo, 1978.

Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE, Eduardo ESTEVA, Alberto SAYAGUÉS, Augusto DURÁN MARTÍNEZ y Héctor FRUGONE, en Procedimiento Administrativo, publ. Universidad Católica del Uruguay, Revista de Derecho Constitucional y Política, Diciembre 1999.

Ruben CORREA FREITAS, Los principios constitucionales de la función pública y el estatuto de la función pública y el estatuto del funcionario, en Manual de Derecho de la Función Pública, Montevideo, 1998.

Ibidem, Cristina VÁZQUEZ, Régimen de la evaluación del desempeño y ascensos, y Derechos y garantías de los funcionarios.

José KORZENIAK, Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional, Montevideo, 2001, p. 525 ss.

4 V. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración (v. Repertorios), y Anuario de Derecho Administrativo (TI a VIII): Derecho Disciplinario y Funcionarios Públicos. Se recoge en ambas publicaciones una extensa elaboración jurisprudencial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

4. Hacia la década de los 80 podía afirmarse: "No sólo el derecho público influye al derecho del trabajo. A la inversa, el derecho de la función pública evoluciona hacia el derecho común del trabajo"⁵. Se producía entonces aquel fenómeno que Brewer Carías denominaba "laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos..."⁶. En Uruguay, ya antes, se postulaba la aproximación o aún más, la reducción a una zona común o de Derecho General del Trabajo - comprensivo de todas las manifestaciones del trabajo humano (ya a cargo de funcionarios públicos o de trabajadores privados), precisamente por ser tal, el propio del hombre que trabaja - "aplicable indiscriminadamente a los sectores públicos y privados"⁷.
5. No obstante, hoy y ahora, contemporáneamente, se puede advertir que la coyuntura política, social y económica incide produciendo cierta innovación en el ámbito del régimen disciplinario. El estado del derecho nos informa que la reforma del Estado y la globalización de la economía, y con ellas la problemática común a los países emergentes (en la realidad de un desarrollo que les es esquivo), alcanza también a la función pública para introducir las técnicas de reducción de la plantilla de funcionarios públicos, a través de regímenes de reestructura, y reinserción laboral y empresarial⁸. Cabe destacar que los últimos mencionados reconocen un denominador común: la colocación laboral de los funcionarios públicos en el sector privado⁹, para lo cual se instrumentan mecanismos y sistemas de apoyo (técnico, financiero y capacitación para desarrollar una pequeña y mediana empresa)¹⁰, facultándose también al Poder Ejecutivo a adjudicar y destinar fondos de cooperación internacional orientados a la reforma del Estado, la promoción y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa y la promoción del empleo en el sector privado¹¹. A igual objetivo se orientan previsiones legales de tercerización, facultando al Poder Ejecutivo y los órganos jerarcas de los demás entes públicos y órganos comprendidos en el Presupuesto Nacional a contratar con terceros la prestación de actividades no sustanciales o de apoyo, así como la configuración de situaciones jurídicas de personal excedentario, cuyos cargos y funciones contratados - una vez declaradas tales - "serán suprimidos..."¹² y "se dará de baja al crédito habilitado al efecto..."¹³. Agréguese a lo expuesto la incorporación de un régimen de redistribución de funcionarios conducente, en suma, al abandono (alejamiento) definitivo de la función pública por el funcionario¹⁴. Se constata, en suma, que la nueva regulación de la función pública abona la sustitución del régimen estatutario, con la presencia concurrente con él de las importantes notas de la laboralización mencionada antes, para adentrarse ahora en las soluciones de la contratación privada de trabajo, o la inserción abierta en las categorías de derecho privado (v. gr. también con el desarrollo de los sistemas de contratación de personal, régimen de remuneración de personal con incentivos por rendimiento y dedicación¹⁵, condiciones de permanencia sin estabilidad en el empleo, a través de contratación de arrendamiento de obra) y la modificación del modelo burocrático tradicional de la Administración estatal "basado en el control de actividades y procedimientos, hacia uno más gerencial centrado en los resultados de la gestión pública..."¹⁶.
6. Hacia 1980, el administrativista uruguayo Jorge Silva Cencio, podía decir, comentando la concepción norteamericana: "Se considera que el vínculo entre el agente y la Administración es contractual y no estatutario. El monto de las remuneraciones y el objetivo de la productividad juegan el mismo rol que en las empresas privadas"¹⁷. Contemporáneamente se observa análogo comportamiento cara al régimen jurídico de la función pública en Uruguay.
7. No obstante lo reseñado, se vuelve necesario anotar algunos límites a la mentada conducta privatizadora (virtual o real).

5 Jorge SILVA CENCIO, en Biblioteca de Derecho, cit. supra nota 3, p. 28.

6 Allan R. BREWER CARÍAS, La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, en Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", Caracas, 1996, p. 35 ss.

7 Horacio CASSINELLI MUÑOZ, Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T. 58, P. 232.

8 V. Anexo, TOFUP (Texto Ordenado de las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de funcionarios públicos), arts. 500 a 542.

9 Ibidem, arts. 503 y 504.

10 Ibidem, arts. 503 y 504.

11 Ibidem, art. 505.

12 Ibidem, art. 534.

13 Ibidem, art. 534.

14 Ibidem, arts. 536 a 542.

15 Decreto del Poder Ejecutivo N° 261/991, de 15.V.1991, art. 5.

16 Decreto N° 186/996, de 16.V.1996, Cons. V.

17 Autor y publ. cit., supra nota 5, p. 50.

- a) Ante todo, es de tener presente que "Ontológicamente el trabajo (también el trabajo función pública) pertenece al orden entrañable de la persona humana"¹⁸. Por esto, "A su respecto, no cabe la determinación estatal absoluta de conductas u opciones laborales, su abandono forzoso o la nueva elección con idéntico carácter. Antes bien, procede la conducta (estatal) tuteladora o protectora del derecho a la libertad de trabajo"¹⁹. A su respecto la ley, por la segunda parte del art. 7º de la Constitución, tiene la posibilidad, *por razones de interés general*, de privar a los habitantes del derecho a ser protegidos en el goce de la libertad (en la especie, de trabajo), pero no del derecho inherente a la condición humana, "de acuerdo con lo que prevé el art. 63 (actual 72) de la misma sección II de la Constitución"²⁰. Y aquel interés general – habilitante para la ley de la supresión del derecho a la protección – "deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad"²¹. Por otra parte, "De todas maneras, conviene establecer que el juego de otras disposiciones constitucionales en cierta medida contiene o limita la noción del interés general y pone una valla a las normas que el legislador dicte en función de este concepto".
- "No debe olvidarse, por ejemplo, que la Constitución consagra el derecho a la igualdad. Por tanto, una restricción de derechos en vista del interés general, estará limitada, al mismo tiempo, por el principio de que todos los hombres son iguales ante las leyes. De tal manera, no será conforme a la Constitución la ley que, para defender el interés general, pueda herir de distinto modo, en distinto grado, con diferente intensidad, los derechos fundamentales de los habitantes"²².
- También son habitantes los funcionarios públicos y parece procedente concluir en la posible lesión del régimen constitucional citado cuando el goce de la libertad se vea alcanzado o menoscabado por una solución legislativa que lleve a la decisión de alejamiento del empleo público ante la consagración de desventajas o prejuicios tales o de tal intensidad, si se permanece en el empleo público, que se vuelvan gravemente reductores de la realidad de la opción que se pretende plantear.
- b) El régimen de la función pública afianza el carácter estatutario del vínculo de la Administración con sus funcionarios (particularmente, su régimen disciplinario), en virtud del carácter supraordenado del bien jurídico tutelado²³. Y esto obra como límite a la procurada privatización porque el bien público exige para su servicio la actuación de quienes estén sometidos a un régimen jurídico con obligaciones, prohibiciones, constreñimientos o restricciones peculiares, que en cambio, son anodinas o improcedentes cuando se está en la relación de empleo privado. También, frecuentemente, la situación jurídica del funcionario requiere una peculiar estabilidad o permanencia²⁴, constitutiva también de garantías para el funcionario²⁵.
8. Sin embargo, parafraseando aquel fenómeno jurídico que Brewer Carías llamara "La laboralización progresiva del régimen de los funcionarios públicos"²⁶, podríamos hablar o al menos comenzar a aludir claramente a la "privatización del régimen de los funcionarios públicos".
9. Pero lo que vinimos de referir (párrafo 1.7, especialmente límites señalados) muestra que la función pública reclama para los servidores públicos "el afianzamiento de su estatuto"²⁷, y particularmente, en el campo del procedimiento disciplinario y sus principios, y con ello, la ineludible presencia del Derecho Administrativo; de éste, antes que de "huida" deberá hablarse aquí de "permanencia"²⁸.
- Con tales criterios – guía, como piedra de toque para la búsqueda y encuentro de las soluciones correctas, cabe adentrarse en el examen de los principios del procedimiento disciplinario.

18 Constitución uruguaya, arts. 7, 33, 36 y 72.

19 Mariano R. BRITO, Vigencia de la estimativa jus naturalista en el Estado Uruguayo de Derecho y la sanción de la Ley Nº 15.783, en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, T. II, p. 217. Vide art. 7º de la Constitución.

20 Justino JIMÉNEZ DE ARECHAGA, La Constitución Nacional, Montevideo, 1946, T. II, p. 17.

21 Ibidem, p. 23.

22 Ibidem.

23 Constitución de 1967, art. 58, primer párrafo: "Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política", y art. 59.1: "La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario".

24 Constitución, art. 60.2 y 3, 61, 62, 63.2, 168.10, 239.7º, 275.5º.

25 Edgardo AMOZA ANTÚNEZ de OLIVERA, Régimen jurídico aplicable a los funcionarios contratados, Anuario de Derecho Administrativo, Montevideo, T. IV, p. 325 ss.

26 Allan R. BREWER CARÍAS, La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, en Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carías", Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, p. 35.

27 Ibidem.

28 Mariano R. BRITO, ¿Derecho Público y Derecho Privado? ¿Opción adversativa o regulación concurrente?, en III Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, Montevideo, 25.X.2000.

II. EXPLICITACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

1. *Fin del procedimiento disciplinario.* El procedimiento disciplinario y también la infracción y la sanción, han de desenvolverse respondiendo a las exigencias ontológicas del sistema jurídico uruguayo: el funcionario en cuanto persona humana, persona que trabaja, y el Estado, ente para el bien común del más alto rango.
2. *El procedimiento disciplinario es sólo un medio jurídico para el ejercicio de los poderes disciplinarios,* por lo cual es desarrollo del poder estatal, y como tal, sujeto a los límites y condiciones que conforman su juridicidad en el Estado de Derecho. A éstas no es extraña la afirmación de las "posiciones jurídicas en la que el ciudadano tiene derecho a confiar"²⁹, o doctrina de la confianza legítima, que también para el sector que nos ocupa vendría a "constituir el necesario contrapunto de la flexibilidad exigible en estos campos"³⁰.
3. *Principio de la legalidad objetiva: su sentido.* Pero la legalidad objetiva es aquí una legalidad cargada de sentido: se orienta al fin supremo (el bien común, la buena administración en la especie), pero se defiende ante cuanto le es ajeno (especialmente le está vedada la actuación de los medios de investigación e instrucción, y el empleo de las técnicas que le son propias, para introducirse en la zona de la intimidad del funcionario).
Pero hecha esta salvedad, la naturaleza del bien público comprometido es de tal jerarquía que bien afirmó el constituyente la base fundamental del estatuto funcional: "el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario"³¹.
4. *El principio de impulsión de oficio.* Esta regla de derecho³², frente al principio clásico del proceso civil *nec procedat iudex ex officio*, se vigoriza en el procedimiento disciplinario por cuanto se trata – nada menos – que de asegurar el orden de la función pública³³.
5. *Principio de instrucción.* Es aplicable aquí el principio del procedimiento administrativo general, conocido con igual nombre³⁴. En él se revela como conducta debida de la Administración que debe cooperar, y es por ello responsable, en la reunión de elementos de juicio para decidir. El adquiere en el procedimiento disciplinario la trascendencia de su objeto y fin: éste se dirige a la comprobación de la falta, la determinación de la responsabilidad del funcionario, y la aplicación de la sanción disciplinaria correspondiente, para salvaguardar la función pública^{35 36}.
Pero la instrucción se desarrolla observando un principio fundamental: la presunción de inocencia del funcionario investigado, de tal modo que a la Administración incumbe la carga de la prueba³⁷. Es que todo hombre – también el funcionario – debe ser presumido inocente hasta la prueba en contrario.
6. *Principio de verdad material.* La normativa vigente consagra este principio³⁸. Ese deber de buscar la verdad y ajustarse a ella obliga a la Administración en los términos de buena fe. El desconocimiento vicia insubsanablemente sus decisiones.
7. *Principio de tutela del funcionario en el procedimiento disciplinario. El derecho de defensa. Derecho de producir prueba.* La regla de legitimidad impone a la Administración la observancia del derecho de defensa, inherente a la persona humana que el funcionario es³⁹. En su virtud, debe darse al imputado la oportunidad de producir prueba de descargo⁴⁰, sin menoscabo de la regla de principio de apreciación de la pertinencia de la prueba⁴¹.

29 Decimos así, parafraseando la afirmación de Gaspar ARIÑO ORTIZ, cuando cita la reciente doctrina alemana, en su obra *La regulación económica*, Buenos Aires, 1996, p. 152-3, aunque refiriéndola él al objeto de su estudio en la obra citada.

30 *Ibidem*.

31 Constitución, art. 59.

32 Constitución, art. 309 y Decreto-Ley N° 15.524, de 9.I.1984, art. 23 a).

33 Decreto N° 500/991, arts. 180 y 181.

34 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Principios del procedimiento disciplinario, en A.A. V.V. *Procedimiento administrativo*, publ. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 1991, p. 81 estableciendo que "Como procedimiento administrativo que es, resultan aplicables todos los principios enumerados en el art. 2 del Decreto N° 500/991".

35 Daniel Hugo MARTÍNS, *El estatuto del funcionario*, Montevideo, 1965, p. 123

36 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, *El régimen disciplinario en la Administración Central*, Montevideo, 1975, p. 15. También del mismo autor, Principios del procedimiento disciplinario, en A.A. V.V. *Procedimiento administrativo*, Universidad Católica del Uruguay, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1991, N° 5, p. 82 ss.

37 Decreto N° 500/991, art. 170: "El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, y se presumirá su inocencia, mientras no se establezca, legalmente, su culpabilidad por resolución firme dictada con las garantías del debido proceso (Convención Americana de Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", art. 8, numeral 2 y 11).

38 Decreto N° 500/991, art. 2º, lit. d) y arts. 182 y 183.

39 Constitución arts. 66 y 72 y Decreto N° 500/991, art. 171.

40 Decreto N° 500/991, arts. 71, inc. 2 y art. 171.

41 *Ibidem*, art. 71, inc. 2.

Las soluciones vigentes en el Derecho uruguayo han asegurado lo que es regla prístina del Estado de Derecho: el funcionario puede acceder al expediente administrativo, para hacerse oír y probar sus dichos aportando los medios conducentes. Correlativamente, la Administración debe recibir la prueba propuesta. Pero también debe comprender en igual régimen de garantías y oportunidades procedimentales al tercero administrado denunciante de irregularidades imputadas al funcionario: también éste puede acceder al expediente, para hacerse oír, probar sus dichos y aportar los medios conducentes. Correlativamente, la Administración *debe* recibir la prueba propuesta y decidir si se dan los supuestos que hacen preceptivo tal pronunciamiento⁴².

El derecho de defensa entraña el de acceder al expediente. Esta regla halla en el procedimiento disciplinario la peculiaridad de su carácter secreto⁴³, de intensidad marcada al punto que su violación será considerada falta grave⁴⁴. El carácter atribuido se ve levantado cuando se alcanza la etapa de vista⁴⁵. Con Gordillo concluimos que a partir de ese momento será ya indubitablemente ilegítima toda restricción que pretenda hacerse a la intervención del sumariado, de sus representantes o letrados⁴⁶.

8. *Principio de decisión expresa y fundada.* Con Augusto Durán afirmamos que "El debido procedimiento impone también una resolución expresa que concluya las actuaciones⁴⁷ y que a su vez esté fundada⁴⁸."
9. *Principio de la naturaleza administrativa de la infracción y la represión disciplinarias.*

9.1 El ordenamiento jurídico uruguayo lleva consigo la distinción entre la infracción y la represión disciplinarias, para las que reconoce sustancia administrativa, y los ilícitos y sanciones penales. Al respecto, es explícito el Código Penal, art. 91, inc. 4º y 5º. A idéntica conclusión conducen las disposiciones de la sección IV del Libro II, del Decreto N° 500/991⁴⁹.

9.2 Con entera armonía del principio citado, se afirma: "Las disposiciones que anteceden no obstan al necesario ejercicio de la competencia administrativa independiente de la judicial, para instruir sumarios y disponer las cesantías que correspondan con arreglo a derecho y mediante el procedimiento debido, sin esperar fallos judiciales, en los casos claros de conducta incompatible con la calidad de funcionarios públicos, la que será juzgada como grave falta disciplinaria..."⁵⁰.

- 9.3 Pero ¿cuál es la naturaleza misma de la represión disciplinaria y, consiguientemente, los principios aplicables?

La cuestión no es objeto de explícita decisión por el Decreto N° 500/991, como tampoco antes por el Decreto N° 640/973, a nuestro modo de ver acertadamente, porque ello escaparía a la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo. Por su art. 231 se limita a consagrar la independencia de la competencia disciplinaria administrativa respecto de la justicia penal. Pero nada resuelve sobre la naturaleza misma de la infracción y sanción respectivas.

- 9.4 ¿Está radicalmente excluida de la sanción disciplinaria la sustancia penal y, en consecuencia, los principios respectivos, en virtud de la "independencia" de la competencia y procedimiento administrativo respecto de la competencia y el proceso penal por las infracciones imputables al funcionario público?

Cuestión previa: las dificultades de la cuestión planteada no deben llevar a la asimilación de las faltas disciplinarias con las contravenciones administrativas comunes o generales por violación de normas prohibitivas u omisión de deberes de los administrados. La radical distinción se advertirá a partir del elemento moral, subjetivo e intencional. Como bien enseñaba Zanobini, la regla para las contravenciones es que cada uno responde de la propia acción u omisión, aunque no se demuestre que él haya querido cometer un hecho contrario a la ley: "El dolo es elemento intencional requerido sólo por el derecho penal; el derecho común público o privado, para declarar a una persona responsable de un evento contrario a la ley, exige que este hecho sea efecto de una conducta voluntaria, esto es libre, de ella; no exige, en cambio, que la persona haya actuado además

42 E. COBREROS MENDAZONA, El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador, A.A.VV. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo), Coord. Francisco Sosa Wagner, Valencia, 2000, T. II, p. 1437-1468. El trabajo citado contiene una ilustrativa exposición de su objeto y culmina con la consideración de la Ley Vasca de la potestad sancionadora admitiendo expresamente la figura del denunciante interesado.

43 Agustín GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, T. IV, 4ª Ed., Cap. IV-23, examina la cuestión con el título "Limitaciones a la vista".

44 Decreto N° 500/991, art. 174.

45 Ibidem, art. 216.

46 Agustín GORDILLO, Procedimientos y Recursos Administrativos, Buenos Aires, 1971, 2ª Ed., p. 94.

47 Decreto N° 500/991, art. 223, inc. 1º.

48 Ibidem, arts. 123 y 124.

49 Decreto cit., arts. 227 a 231.

50 Ibidem, art. 231.

intencionalmente, también con la conciencia, y por lo tanto con la voluntad, de producir el evento que viola la norma”.

Ejemplo claro de lo expuesto constituyen las contravenciones a las normas de policía de tránsito, por violación de deberes formales (omisión de declaraciones juradas, etc) para la determinación de obligaciones fiscales, algunas contravenciones por violación de obligaciones tributarias, infracciones aduaneras, etc.

La falta disciplinaria reclama, en cambio, no sólo el actuar voluntario, libre del agente, sino también el dolo o culpa. Y aquí cabe destacar la trascendencia de la regla del art. 169 del Decreto Nº 500/991: “La falta susceptible de sanción disciplinaria es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales”, recogiendo así la solución que la doctrina adelantara”.

Superada la cuestión preliminar referida, procede el reenvío a la relativa a decidir si la infracción y sanción disciplinarias tienen o no naturaleza penal, en suma la relación misma entre derecho disciplinario y derecho penal.

- 9.5 Sin perjuicio de la diversidad de opiniones en el campo de la doctrina que van desde la afirmación de la antinomia entre derecho penal y derecho disciplinario hasta la autonómica, pasando por la pretensión de asimilación de ambas, por nuestra parte hemos creído posible advertir la última ratio de la relación en el común carácter represivo, sin perjuicio de la diversidad de fundamento y objeto que le son propios⁵¹.

Al respecto reconocemos ciertas *diferencias fundamentales*:

- a) El bien jurídico tutelado mediante la represión disciplinaria es la función pública (opera ante la violación de los deberes del agente).
- b) El derecho disciplinario se refiere a los deberes especiales resultantes de la relación funcional.
- c) La sanción disciplinaria compromete la actuación funcional, pero no afecta la libertad del funcionario, salvo previsión legal expresa.

Aquí concluimos que la infracción y sanción disciplinarias constituyen fenómenos jurídicos autónomos del delito y pena penales. Pero, como dijimos antes, esto no excluye las relaciones a partir de la común sustancia represiva.

Varela, con total precisión afirmaba: “La responsabilidad disciplinaria es, por consecuencia, una institución jurídico administrativa de carácter autónomo, destinada exclusivamente a garantizar los intereses de la Administración y de los servicios que le están confiados, y el cumplimiento de los deberes impuestos a los que han contraído con ella una relación de dependencia, fundándose como dice Romano en los poderes que corresponde a la administración pública para su conveniente organización y el buen funcionamiento de los servicios que le están confiados⁵².”

- 9.6 La respuesta expresada reporta consecuencia a las dos cuestiones siguientes:

- a) ¿Rige para el derecho disciplinario el principio *nullum crimen sine lege*, tan firmemente arraigado en la caracterización del ilícito penal?

El debate doctrinario, en nuestra opinión, debe ceder ante la constatación de la naturaleza misma de las situaciones objeto de investigación. El desconocimiento de esas exigencias ontológicas sólo puede producir cuadros de normas luego vulneradas con interpretaciones casuísticas. *Se trata de un auténtico principio o atributo del ser mismo de la actividad administrativa: la ley de su dinámica interna de manifestaciones múltiples. Ella vuelve imposible alcanzar su encuadre normativo total.* Consiguientemente, para la responsabilidad disciplinaria, hecha efectiva a través del poder disciplinario, no puede pretenderse la previsión normativa de todos los hechos incriminables. Aquella aparece cuando el agente comete una falta que trasgrede reglas propias de la función pública⁵³. ¿Pero, es que entonces hemos de concluir en la incertidumbre absoluta que repugna a toda conciencia jurídica bien formada en el respeto a los derechos y garantías de los funcionarios? Antes bien, múltiples serán los límites que la sujeción de la Administración al derecho impondrán a ésta para su actividad de juzgamiento – valoración – de concretas conductas de sus agentes para determinar si medió violación de deberes funcionales.

51 Mariano R. BRITO, publ. cit., nota 1, p. 140.

52 Luis VARELA, Derecho Administrativo, Montevideo, 1906, T II, p. 662.

53 Miguel S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, T. III-B, p. 403, Nº 1047.

54 Así, cuando se hubiera tipificado por el Estatuto las faltas disciplinarias, y, correlativamente, las sanciones, la Administración deberá ajustarse a las normas de acuerdo a la regla “tu patere legem quam fecisti” (respetar la ley que tú has hecho), y sería antijurídica la pretensión de aplicar una sanción más grave, que aquella reglamentariamente prevista.

Ya se han examinado las reglas o principios procedimentales que, aunque formales, custodian auténticas garantías sustanciales de los derechos de los funcionarios. A ellas se agregan los principios y límites generales de la competencia – actuación, poderes y fines – de la Administración⁵⁴, así como la vigencia de los sistemas de impugnación y contralor, también jurisdiccional.

b) ¿Rige para el derecho disciplinario el principio del derecho penal *nulla poena sine lege*?

La misma naturaleza de las infracciones disciplinarias y sus variedades vuelven singularmente difícil la determinación casuística de las sanciones. ¿Cómo establecerla, por otra parte, sin la descripción de la infracción correlativa? En esos términos sólo tendrán el valor de tabla o lista de sanciones posibles determinando la limitación de la discrecionalidad en la materia, y por propia naturaleza importarán nada más que la consagración de un criterio general de gravedad de la conducta ilícita. Todo lo cual no excluye las ventajas que puedan señalarse en orden a la categorización de las sanciones. Pero esa consideración es ajena a la que nos ocupa.

No obstante el criterio arriba enunciado, debe hacerse una fundamental excepción que subrayamos: *las sanciones disciplinarias de obvia e inequívoca sustancia penal* (multas y penas disciplinarias privativas de libertad) *requieren norma anterior* que las establezca.

Esa norma debe revestir los siguientes caracteres:

a) debe ser anterior al hecho,

b) debe tratarse de ley (formal). En el punto seguimos la doctrina nacional.^{55 56 57}

No obstante, el último criterio no es uniforme en el derecho comparado, advirtiéndose corrientes de opinión para las cuales las “normas” pueden revestir la forma de un estatuto o de otra regla de derecho⁵⁸.

La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con especial referencia a la imposición de multas, ha alcanzado las siguientes conclusiones: No es ineludible la exigencia de ley (formal) para imponer multas, pudiendo tener fuente normativa diversa, por ejemplo estatutos de los funcionarios de los entes autónomos.

Inciden en la cuestión la naturaleza publicística y estatutaria del empleo público y del sueldo, de tal manera que “el tratamiento económico del empleo público y del sueldo se verá afectada por su indicada naturaleza... y en su virtud sometido a las alteraciones que el orden o las necesidades públicas hagan indispensables”⁵⁹.

No obstante la alta autoridad de la que emana el criterio expuesto, mantenemos la adhesión a la opinión doctrinal antes citada. El constituyente asignó a la ley (ley formal) la potestad para “establecer normas especiales que por su generalidad o naturaleza sean aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de todos los Entes Autónomos, o de algunos de ellos, según los casos”, y también a la ley cometió establecer reglas “fundamentales” aplicables a los funcionarios de entes de enseñanza⁶⁰. El contenido mínimo de la referida ley debe ser, precisamente, cuanto en las coordenadas del sistema constitucional constituye la reserva de la ley: en ésta hállanse, precisamente, las limitaciones y afectaciones del patrimonio de las personas, porque, con Cassinelli, cabe reiterarlo: “El contenido del Estatuto material de los funcionarios está necesariamente condicionado por el régimen jurídico de las personas en cuanto tales, desde que los funcionarios son personas...; por el régimen jurídico de los trabajadores en todo aquello que resulte del trabajo hecho (y no en lo que resulte del vínculo contractual laboral), desde que los funcionarios trabajan...; en fin, por el régimen jurídico que ampara a los habitantes del país”. Y agrega el autor citado: “Ante todo, debe recordarse que las normas aplicables a los funcionarios en cuanto personas, trabajadores, etc, integran en principio la reserva de la ley ordinaria, en virtud de los artículos 7 a 57”. “La materia del estatuto formal ha de ser todo aquello que integre el estatuto material, excluida la reserva de la ley y la materia presupuestaria”⁶¹.

En nuestra opinión, pues, resultarían afectadas en su regularidad jurídica aquellas disposicio-

55 Eduardo SAYAGUÉS LASO, ob. cit., T.I, p. 328.

56 En igual sentido, Daniel HUGO MARTINS, ob. cit., p. 190 y 191.

57 Augusto DURÁN MARTÍNEZ, El régimen disciplinario en la Administración Central, Montevideo, 1975, p. 13 y 14, indicando: “tienen que estar taxativamente indicadas por la ley o el reglamento”. La segunda posibilidad, sin duda, porque alude genéricamente a las sanciones y no sólo a las de sustancia penal.

58 Miguel MARIENHOFF, ob. cit., T.III-B, p. 405, N° 1050.

59 T.C.A. Sent. N° 143, de 29.VI.1970 – R.D.J.A., T.71, p. 205-207.

60 Constitución, art. 64 y 204.

61 Horacio CASSINELLI MUÑOZ, El régimen de los funcionarios en la Constitución uruguaya, R.D.J.A., T.65, N° 11-12, p. 277-293.

nes de estatutos especiales que faculden la imposición de multas a los funcionarios, sin ley en la materia.

El Poder Ejecutivo, por su parte, reiteró la doctrina expuesta, citando a Sayagués Laso para afirmar que esa doctrina "no admite la existencia de sanciones que afecten el patrimonio del funcionario sin texto expreso"⁶² y la necesidad de ley autorizante para la imposición de multa a los funcionarios porque "afecta el derecho de propiedad"⁶³.

9.7 *Non bis in idem*.

La sustancia penal que hemos reconocido en las sanciones disciplinarias, a partir de su común carácter represivo, conducen a la afirmación de la vigencia del principio *non bis in idem*. Conforme a él a una falta disciplinaria no puede corresponder sino una sola sanción⁶⁴, o por el cual "ninguno puede ser llamado a responder más de una vez de un mismo y único hecho que haya producido"⁶⁵. El principio referido no obsta – en virtud del principio de autonomía de las responsabilidades disciplinaria y penal – a que, obrando cada uno en su ámbito, el mismo hecho dé lugar al concurso de ambas.

Non bis in idem actúa también, en nuestra opinión, como límite temporal para la revisión de la decisión sancionatoria. Dictada la sanción disciplinaria, planteaba el Dr. Cajarville: ¿puede la Administración revisar el acto punitivo para agravar la sanción?⁶⁶

Así como hemos invocado la regla *tu patere legum quam fecisti* para informar la conclusión excluyente de las sanciones que exceden los límites y cuadros de la tarifación legal o reglamentaria, también – ahora en virtud del principio *non bis in idem* – concluiremos en la exclusión de la revisión en el sentido apuntado, aunque con ciertas precisiones. Es que, en suma, el principio *non bis in idem* no es sino confirmación de una regla, suprema garantía de todo sistema de derecho: la seguridad jurídica.

La cuestión podría plantearse en virtud de un nuevo examen que, de oficio, dispusiera la autoridad administrativa, o en virtud de un recurso deducido por el agente agraviado por la decisión sancionatoria.

Distinguimos:

a) *Revisión de oficio de la decisión sancionatoria firme.*

El acto es firme respecto de una persona cuando ésta no tiene derecho a que se decida sobre ninguna impugnación suya del acto, ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional.

Para él el principio de inmutabilidad sólo puede invocarse por la Administración, nunca por el interesado en los efectos del acto. Según esto, la Administración podría de oficio rever el acto sancionatorio firme y aplicar una sanción mayor.

Se ve así cómo el principio de inmutabilidad por sí solo, frente al acto firme, no confiere seguridad al funcionario.

Ese principio referido al acto firme, decía Cassinelli, "satisface el valor eficiencia de la actividad administrativa, en cuanto permite al administrador no tomar en cuenta los vicios de un acto anterior y apoyarse en él para continuar administrando los intereses que se le han confiado"⁶⁷.

¿Pero, hemos de concluir entonces en la solución afirmativa de la cuestión planteada; podrá la Administración rever la decisión sancionatoria dispuesta por acto firme para hacerla más severa? Como siempre que se trata del poder de modificación por la Administración hay que estar al derecho aplicable al caso. Este, en el campo de nuestro tema, régimen disciplinario, resulta de la vigencia del principio general enunciado: *non bis in idem*, expresión en la especie del principio de seguridad jurídica, como quedó dicho. El aumento o aplicación de una sanción más grave no importaría otra cosa que violar el principio enunciado: el infractor sería sancionado más de una vez por el mismo hecho.

b) *Revisión de la decisión sancionatoria en virtud de recurso administrativo.*

Como enseñaba Cassinelli, en nuestro derecho, la interposición del recurso de revocación permite a la Administración reconsiderar plenamente el acto recurrido, apreciando su legalidad y conveniencia con el mismo grado de discrecionalidad de que gozaba al emitir el acto originario.

62 Decreto Nº 289/973, de 26.IV.1973, considerando II.

63 Miguel MARIENHOFF, ob. cit., T.III-B, p. 422-423, Nº 1059.

64 Manuel M. DIEZ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1967, T.III, p. 437.

65 Guido ZANOBINI, ob. cit., p.153.

66 Juan Pablo CAJARVILLE, *Recursos administrativos*, en A.A.VV., ob. cit., nota 1, p. 107-8. Del mismo autor, v. *Recursos Administrativos*, Montevideo, 2000, 3ª Ed., p. 251.

67 Horacio CASSINELLI MUÑOZ, *Recurso erróneo contra un acto administrativo firme*, R.D.J.A., Año 55, Nº 1-2, p. 36-40.

Otro tanto puede decirse del recurso jerárquico: la devolución al jerarca de la competencia para decidir es plena, aunque hubiere desconcentración. "La interposición del recurso de anulación, en cambio, sólo permite al tutor extinguir el acto recurrido por ilegitimidad"⁶⁸.

¿Podría, entonces, la Administración, conociendo el recurso, agravar la sanción disciplinaria dispuesta? Una vez más, en nuestra opinión, obra el principio *non bis in idem* atento a la naturaleza penal de la represión disciplinaria. El aumento o la aplicación de una sanción más severa importaría llamar al infractor a responder más de una vez por el mismo hecho. Obraría así a la manera del principio procesal *reformatio in pejus*, por el cual no es posible reformar la sentencia apelada por una parte en perjuicio de la misma.

68 Ibidem.