

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO.

En particular, sobre el principio de legalidad y sus diversas manifestaciones

Lucía OBLIGADO

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. La regulación legal y constitucional de los principios del Derecho Penal en el ámbito disciplinario.- 3. La aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho disciplinario.- 4. El principio de legalidad. a. Reserva de ley. b. Tipicidad. c. Irretroactividad y ley penal más benigna.- 5. Conclusión

1. Introducción

El *ius puniendi* del Estado es único, siendo el Derecho sancionatorio y el Penal, simples manifestaciones de aquél ¹. La potestad sancionatoria de la Administración Pública actúa tanto interna como externamente, lo que permite clasificarla en dos especies: correctiva y disciplinaria. La última de las especies nombradas tiene por objeto sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes jurídicos funcionales y nace de la misma relación de empleo público. En efecto, se dice que los empleados públicos se encuentran en un estatus de especial dependencia con respecto al Estado, al que algunos llaman “relaciones de especial sujeción”, no pudiendo con fundamento en esta categorización relajarse la vigencia de los prin-

1 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 4ª ed. reformada, Madrid, p. 25 y ss.; BALBÍN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 1ª ed., 1ª reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 801 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 283 y ss., IVANEGA, Miriam, “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial”, JA 2006-II-1364- SJA 3/5/2006; NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, t. I –Parte general, Lerner, Buenos Aires, 1976, p. 29 y ss.

cipios constitucionales, sino que sólo podrá otorgárseles un matiz ².

Sentado ello, corresponde recordar que las garantías constitucionales no son absolutas, lo que implica que la estabilidad del empleado público consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional pueda ser reglamentada, en tanto no se altere su esencia ³. El régimen disciplinario dispuesto en la Ley Marco de Empleo Público Nacional y su reglamentación constituyen la regulación de esa garantía y, para su protección, el régimen allí impuesto debe ser ejercido de manera razonable.

Así las cosas, y sin perjuicio de la pertenencia del poder disciplinario al administrativo, en virtud de razones históricas, de las circunstancias en las que nació el Derecho disciplinario, del hecho de que no cuente con una construcción propia de principios que protejan al agente público y que, en cambio, el penal tenga garantías suficientes a esos efectos, se pretende la aplicación de esos principios al Derecho disciplinario. Con ello se procura resguardar la garantía de estabilidad a la que hacemos referencia, buscándose otorgar elementos suficientes para su protección en el marco del procedimiento disciplinario. Pero, como señala NIETO, el Derecho disciplinario no debe ser construido con los materiales y técnicas del Derecho Penal, sino desde el propio Derecho Administrativo y, principalmente, desde su matriz constitucional ⁴.

En términos generales, se considera que la aplicación de los principios del Derecho Penal, varía en su intensidad, según se transite por uno u otro de los derechos involucrados. En ese contexto, su empleo se realizaría plenamente en el Derecho Penal, pero comenzaría a atenuarse al pasar al Derecho sancionador, hasta llegar al Derecho disciplinario con menor ímpetu. La situación precedentemente descripta se vuelve todavía más imprecisa cuando se añade el concepto antes señalado de relaciones de especial sujeción, puesto que,

2 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 201 y ss.; GARCÍA PULLÉS, Fernando, "El Procedimiento Administrativo y el Ejercicio de la Potestad Sancionatoria de la Administración", RAP 361:77 y "Derecho Sancionador y Régimen Disciplinario del Empleo Público", RAP 309:353. Ver también SC del 29/03/1990 y 15/11/1990 y CNACAF, Sala I, *in re* "Ponchón, Jesús Antonio c/Policia Federal" del 18/5/1999.

3 CN, art. 28.

4 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 91 y ss.

quienes admiten dicha categorización, sostienen que a los sujetos comprendidos en aquéllas se les aplican los principios del Derecho disciplinario, pero no los del Derecho Penal ⁵. En definitiva, con ese argumento se pretende negar la aplicación de principios que, si bien nacieron en el Derecho Penal, como veremos más adelante, hoy encuentran resguardo constitucional.

2. La regulación legal y constitucional de los principios del Derecho Penal en el ámbito disciplinario

Como se advirtió precedentemente, la garantía de la estabilidad del empleado público sentada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como todas, no es absoluta, sino que debe ejercerse de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio ⁶. En tal sentido, se emitió la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164 ⁷ que regula el régimen disciplinario, previendo los principios aplicables, los hechos reprochables, las sanciones imponibles, el procedimiento a seguir y su posterior revisión judicial. Además, debe hacerse referencia a su decreto reglamentario N° 1421/02, así como también al Reglamento de Investigaciones Administrativas N° 467/99 y a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y su decreto reglamentario N° 1759/72 (T.O. por el Decreto N° 984/17).

Las referidas normas junto con las disposiciones constitucionales que analizaremos seguidamente constituyen el marco jurídico que reglamenta los principios que aquí examinamos. Ahora bien, lo cierto es que ninguna de ellas contempla acabadamente su regulación, por lo que deben estudiarse en su conjunto para poder definir qué principios y garantías se encuentran efectivamente reconocidos constitucional o legalmente a los efectos de resguardar a los agentes

⁵ USLENGHI, Alejandro, "Control judicial de la potestad sancionatoria de la Administración", Ediciones especiales Control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 221 y ss.

⁶ *Fallos*, 250:418; 266:159; 307:388 (disidencia del Dr. Belluscio); 307:539 y 307:906.

⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen de Empleo Público...*, op. cit., p. 283 y ss. y FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 811 y ss.

públicos de posibles prácticas arbitrarias. Ello, en la medida en que no puede continuar sosteniéndose que los agentes de la Administración Pública se encuentran en peores condiciones frente al proceso disciplinario que los ciudadanos comunes ante un proceso penal.

Ello así, cabe destacar que si bien en nuestro país no existe una norma constitucional que regule expresamente a las infracciones, faltas o contravenciones administrativas ⁸, lo cierto es que ciertos principios, garantías y derechos se encuentran contemplados en la Carta Magna.

En tal sentido, debe remarcarse que el artículo 18 de la Constitución Nacional establece el derecho de defensa, el artículo 19 el principio de legalidad y el art. 28 el principio de razonabilidad.

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 incorporó en su art. 75, inc. 22, diversos Tratados internacionales que regulan los principios en estudio. En ese orden, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8 contempla las garantías judiciales, es decir: el derecho de defensa, el debido proceso, el principio *non bis in idem* y la presunción de inocencia. A su vez, en el art. 9 establece los principios de legalidad, irretroactividad y ley penal más benigna. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14 y 15 reglamenta idénticos derechos.

Pero además de la consagración constitucional de los principios, derechos y garantías señalados, también hallamos su reglamentación en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional antes mencionada, la que agrega a los principios citados, el instituto de la prescripción. Con ello se logró zanjar las discusiones surgidas en relación a su aplicación al orden en cuestión, aunque en la actualidad se cuestione la exigüidad de los plazos por aquélla dispuestos ⁹.

Por otro lado, cabe resaltar que el debido proceso adjetivo, la razonabilidad y proporcionalidad de los actos administrativos se encuentran -al mismo tiempo- consagrados en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, junto con otros principios,

8 ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación de la infracción administrativa*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 59 y ss.

9 CANDA, Fabián, “El Régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, EDA 2003-565 y Dictámenes PTN N° 241:298 y 243:620.

tales como: la verdad objetiva, la instrucción de oficio, el principio de eficacia, economía y celeridad, entre otros; todos los cuales son plenamente aplicables al Derecho disciplinario.

Finalmente, debe destacarse que, si bien en el Derecho disciplinario la culpabilidad del agente público no se encuentra regulada expresamente en la Constitución Nacional, en la Ley Marco o en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, lo cierto es que puede derivarse de la presunción de inocencia prevista en el art. 8.2 de la Convención Americana. Por lo demás, constituye un presupuesto esencial para la configuración de la responsabilidad, de indudable aplicación a todos los ámbitos represivos, por ser una garantía esencial del Estado de Derecho, cuya violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona ¹⁰.

3. La aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho disciplinario

De todo lo precedentemente expuesto surge que, si bien los principios estudiados nacieron de la mano del Derecho Penal, hoy se encuentran consagrados en la Constitución Nacional, en la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y/o en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

En efecto, como se diera cuenta en el considerando anterior, se encuentra constitucional y legalmente establecida la aplicación de los siguientes principios del Derecho Penal al Derecho disciplinario, a saber: derecho de defensa, debido proceso, legalidad (y sus distintas manifestaciones: reserva legal, prohibición de analogía, tipicidad, irretroactividad y ley penal más benigna), razonabilidad, presunción de inocencia, *non bis in idem*, prescripción y culpabilidad.

En consecuencia, no puede sostenerse válidamente a la fecha que aquellos principios no sean aplicables al ámbito disciplinario, toda vez que ya fueron receptados por la Constitución Nacional o por la normativa disciplinaria y administrativa específica, más allá de su origen histórico. De ello se concluye necesariamente que las posturas negatorias de la aplicación de todos o algunos de estos principios hayan perdido sustento, al encontrarse aquéllos regulados específi-

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal- Parte General*, Ediar, ed. 2003, p. 132 y ss.

camente en la normativa nacional referida.

En ese contexto, debe resaltarse que la doctrina mayoritaria actualmente acepta la aplicación de estos principios al Derecho disciplinario, a pesar de que -en su generalidad- destaquen la necesidad de hacerlo en forma matizada. Ahora bien, debe reconocerse que las mayores objeciones en cuanto a su aplicabilidad se centraron siempre en relación al principio de legalidad y sus diversas manifestaciones. En consecuencia, cabe analizar la medida en que aquéllos se aplican en el Derecho disciplinario, en cuanto su falta de precisión y previsibilidad afectan sin dudas la libertad y seguridad jurídica de los empleados públicos.

4. El principio de legalidad

Así las cosas, cabe resaltar que el principio en estudio establece que toda pena debe fundarse en ley y constituye un rasgo esencial del Estado de Derecho, al implicar que la voluntad que impera es la de la ley y garantizar la seguridad jurídica de los individuos ¹¹.

Está recogido en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y en el art. 19, según el cual nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Asimismo, se relaciona con los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional que disponen que la reglamentación de los derechos constitucionales será establecida por ley, no pudiendo ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

También se encuentra contemplado en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como se advirtiera precedentemente, las mayores objeciones a la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito disciplinario se focalizan en el principio de legalidad. En tal sentido, cabe recordar la postura de MARIENHOFF, quien advirtió que las distintas manifestaciones del principio de legalidad no tienen la misma rigidez en materia disciplinaria, llegando -incluso- a considerar que

¹¹ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. 1, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 476 y ss.

ante la falta de norma expresa que establezca la aplicación de una sanción, no es posible admitir que la Administración Pública haya renunciado a su poder disciplinario, porque éste siempre está ínsito en la relación de empleo público ¹².

En sentido similar, se expidieron DIEZ y VILLEGAS BASAVILBASO ¹³. FIORINI también alerta sobre la dificultad de emplear el principio de legalidad y sus diversas manifestaciones en este ámbito, salvo en lo que hace a la irretroactividad, la que entiende que rige, no por su analogía con el Derecho Penal, sino por aplicación del valor humano justicia, que prohíbe sancionar una falta que no fue previa y legalmente calificada al tiempo de su comisión ¹⁴.

En ese mismo orden, BIELSA destaca que el principio de legalidad no es de aplicación absoluta al Derecho disciplinario ¹⁵.

Por último, BALBÍN sostiene que en el campo sancionador deben aplicarse los principios del Derecho Penal, aun cuando sea con los matices propios del Derecho Administrativo, pero advierte que en las relaciones de especial sujeción el legislador puede matizar -precisamente- el principio de legalidad y el principio de tipificación ¹⁶.

Sin perjuicio de las posturas reseñadas, lo cierto es que la Corte Interamericana de Justicia, con referencia al artículo 9º antes citado, señaló que, si bien los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente al orden penal, debe tomarse en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es pre-

12 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

13 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. III, Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1965, p. 431 y ss. y VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 524 y ss.

14 FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 811 y ss.

15 BIELSA, Manuel, *Derecho Administrativo*, t. III. La Ley, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 346 y ss.

16 BALBÍN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 801 y ss.

ciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas ¹⁷.

Por su parte, el propio art. 27 de la Ley Marco de Empleo Público establece que “el personal vinculado por una relación de empleo público...no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas y en las condiciones que expresamente se establecen”.

Aclarado ello, corresponde resaltar que el principio de legalidad tiene varias manifestaciones, la primera de ellas es la de la irretroactividad de la ley, cuya excepción permite aplicar retroactivamente la ley penal más benigna, conforme al art. 2º del Código Penal ¹⁸.

A esa primera manifestación se sumó más tarde el mandato de la tipificación, que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma, y determina que las infracciones y sanciones tienen que estar previstas con anterioridad a la comisión del hecho imputado, pero -además- que deben estarlo con un grado de precisión tal, que priven al operador jurídico de desviarse de la ley.

Luego, se exigió también que esa norma previa y cierta tenga rango de ley, lo que constituye el principio de reserva legal.

Además de las manifestaciones indicadas, este principio tiene otras, tales como: a) la veda de la analogía; b) la prohibición del *non bis in idem*; c) la proporcionalidad de las sanciones, etc.; pudiéndose agregar otras en el futuro, por cuanto, como lo indica NIETO, los principios jurídicos son flexibles.

Volviendo al principio de legalidad en sí mismo, corresponde mencionar cómo es utilizado en la práctica, debiendo resaltarse que la realidad indica que su aplicación al Derecho Administrativo sancionador es realizada con ciertos matices, pero como esos matices no se encuentran bien definidos, la inseguridad es en definitiva la nota característica de este principio constitucional.

17 CIDH, “Baena, Ricardo y otros v. Panamá” del 2/2/01 y GARCÍA PULLÉS, “El Procedimiento...” op. cit.

18 ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal- Parte General*, Ediar, ed. 2003, p. 107 y ss.; *Fallos*, 211:443; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, Lexis N° 1502/000203; SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 2, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 660 y ss.

Los problemas surgen especialmente porque no se definieron los alcances con los que se pretenden aplicar dos de sus manifestaciones más importantes: la reserva de ley y la tipificación ¹⁹.

En particular, se afirma que la aplicación del principio de legalidad es susceptible de menores exigencias en los casos de remisión de la ley a normas reglamentarias, en las relaciones de sujeción especial y en los supuestos de infracciones y sanciones leves ²⁰.

MALJAR critica la ligereza con la que se pretende prescindir del principio de legalidad, a pesar de lo cual entiende que su vigencia no excluye la colaboración reglamentaria cuando la ley se remite expresamente a ésta, siempre que no altere su contenido y espíritu; advirtiendo que nadie cuestiona en Derecho Penal la vigencia del principio de legalidad y sin embargo el propio Código Penal remite a los reglamentos como elemento complementario para la definición del tipo del injusto. Si el auxilio reglamentario es posible en el Derecho Penal, con mayor razón debería serlo en el sancionador ²¹.

Pero una cuestión es unánime respecto de este principio, y es que el ejercicio de la actividad administrativa debe enmarcarse en el principio de legalidad analizado. En efecto, la Administración Pública debe ajustarse en todo su actuar a la legalidad, obrando de conformidad con la competencia que le hubiera sido asignada y no más allá de ella. Para aplicar una sanción, el órgano administrativo debe encontrarse previamente facultado para hacerlo y la sanción prevista previamente en el ordenamiento jurídico, como consecuencia de un incumplimiento a un deber o de una lesión a una prohibición determinados ²².

19 NIETO, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 201 y ss. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 7ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 136 y ss; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit.

20 NIETO, *Derecho Administrativo...*, op. cit. p. 201 y ss.

21 MALJAR, Daniel E., *El Derecho Administrativo Sancionador*, Ad Hoc, 1ª edición, Buenos Aires, 2004., p. 265 y ss.

22 COMADIRA, Julio R., "La Responsabilidad disciplinaria del funcionario público" en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, 2001; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen...*, op. cit. p. 283 y ss.; IVANEGA,

En ese orden, a los efectos de concretizar la aplicabilidad de este principio al Derecho disciplinario, corresponde analizar sus principales manifestaciones: reserva de ley, tipificación e irretroactividad, con su excepción ley penal más benigna.

a. *Reserva de ley*

Este principio constituye una de las antes citadas manifestaciones del principio de legalidad e implica que la ley penal en el sistema argentino debe emanar de los órganos constitucionalmente habilitados, esto es, del Congreso de la Nación, además de ser promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante los requisitos constitucionalmente establecidos ²³.

La reserva legal no tiene el mismo significado que en el Derecho Penal, por cuanto en el Derecho disciplinario se aplica con matices, a tal punto que se llegó a señalar que el poder disciplinario podría ejercerse en ausencia de norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción y que -en caso de ausencia de regulación normativa- se podría incluso acudir a la analogía. Esas conclusiones se justificaron en argumentos tales como que: a) la Administración cuenta con poderes inherentes; b) no cabe limitar las facultades que le permiten el desenvolvimiento del poder jerárquico en el marco de la organización; y c) no puede admitirse que la Administración haga renuncia de su poder disciplinario, por cuanto siempre está ínsito en la relación de empleo público ²⁴.

Miriam, Miriam, “Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa”, SJA 2/6/2010, Lexis N° 0003/014998.

23 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 282 y ss.

24 COMADIRA, “La Responsabilidad disciplinaria del funcionario público” en la obra colectiva *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Jornadas de la Universidad Austral, op. cit.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit.; GOANE, René Mario, “El Poder Disciplinario de la Administración Pública (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)” en *Derecho Administrativo* (Homenaje a Miguel S. Marienhoff), dirigido por CASSAGNE, Juan C., LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; ZAFFARONI, Eugenio R., *Derecho Penal...*, op. cit. p. 107; SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, TEA, Buenos Aires, 1951, p. 4 y ss.; BALBÍN, Carlos,

Sin perjuicio de los diferentes matices que se quisiera otorgar a este principio, la doctrina destaca que siempre deberán respetarse ciertos límites, a saber: si las sanciones se encuentran taxativamente previstas en la norma, no pueden imponerse otras; y ciertas sanciones, como la multa o el arresto, sólo proceden si resultan de la ley formal, sea porque se les asigna obvia sustancia penal o porque se considera que implican incursionar en materia reservada al Poder Legislativo ²⁵.

Compartimos la postura de COMADIRA, quien entiende que -además- otras sanciones disciplinarias también deben preverse por ley formal, en la medida en que determinan la extinción del vínculo o pueden conducir a ello, ya que estas situaciones comprometen la garantía de estabilidad del funcionario público establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional ²⁶.

Asimismo, BALBÍN sostiene que este principio debería aplicarse plenamente, ya que la regulación del Derecho disciplinario constituye una limitación de derechos consagrados constitucionalmente, motivo por el cual esa reglamentación debería emanar del Congreso de la Nación ²⁷.

En ese contexto, puede entenderse que se dictó la Ley Marco de Empleo Público Nacional que constituye la reglamentación del derecho de estabilidad contemplado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, consagrando legalmente el régimen disciplinario que contempla las faltas y sanciones aplicables al caso.

Llegado a este punto, aceptada la aplicación de este principio al Derecho disciplinario, más allá de los matices que se le pretenda

Curso..., p. 801 y ss.; SESÍN, Domingo, "Alcances del control judicial de la potestad disciplinaria y sus elementos discrecionales", publicado en <http://www.colegiodederechodisciplinario.com/djs2.html>; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 524 y ss.; DIEZ, Manuel, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 431 y ss.

²⁵ GOANE, René Mario, "El Poder Disciplinario...", op. cit.; COMADIRA, "La Responsabilidad...", op. cit. y MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit. Ver asimismo *Fallos*, 268:152; 303:629; 303:1211.

²⁶ COMADIRA, "La Responsabilidad...", op. cit.; Dictámenes PTN N° 121:166; 139-337 y 221-124. GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen...*, op. cit. p. 283 y ss.

²⁷ BALBÍN, Carlos, *Curso...*, op. cit., p. 801 y ss.

otorgar, debe aclararse que la reserva legal no excluye la utilización de los reglamentos, habida cuenta de que la ley por sí sola no puede alcanzar la precisión necesaria de aquéllos, ni prever de antemano de forma precisa y exhaustiva toda una serie de circunstancias, las cuales -además- muchas veces van a ser objeto de múltiples correcciones a lo largo del tiempo para adecuarlas a la dinámica de la propia materia social.

La colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva de ley, sino una modalidad de su ejercicio, pero los citados reglamentos deben encontrarse siempre subordinados a la ley ²⁸.

Afirmando esta postura, MALJAR advierte que la reserva legal admite la colaboración reglamentaria incluso en el ámbito penal, por lo que no cabe duda de que también es aplicable al Derecho sancionador ²⁹.

GARCÍA MACHO remarca que no se discute la aplicación de la reserva de ley a las relaciones de sujeción especial, desplazándose la discusión a la delimitación de la normativa específica que corresponde que dicte el legislador y cuál puede ser emitida por la Administración. En ese sentido, se considera que se aplica la doctrina de la esencialidad, en virtud de la cual la regulación de lo más importante de una materia compete al legislador, pudiendo la reglamentación explicitar los detalles necesarios, en tanto las remisiones no son libres, sino que se limitan a aquellas cuestiones que sean indispensables por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley ³⁰.

Al respecto, el Tribunal constitucional español manifestó que la reserva de ley no sólo implica la necesidad de una ley, sino también que ésta tenga un mínimo contenido material; se admite la colaboración reglamentaria siempre que la habilitación concedida por la ley

28 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 251 y ss., con cita a STC 16/2004 del 23/2/04; FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit.; IVANEGA, Miriam, *Cuestiones...*, op. cit., p. 92 y ss. En materia contravencional y cambiara la Corte entendió que son aplicables en punto a la prescripción las normas del Código Penal, ver *Fallos*, 287:76; 289:336; 290:202; 295:307; 300:717 y 301:426.

29 MALJAR, Daniel E., *El Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 197 y ss.

30 SESÍN, Domingo, "Alcances...", op. cit.

no la sitúe en el lugar de la ley, la regulación ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante, no siendo viables las remisiones que supongan auténticas deslegalizaciones, en la medida en que el reglamento tiene que ser un complemento de la ley ³¹.

En efecto, como regla general, se considera que el núcleo de la materia sancionadora reservada constitucionalmente al legislador es el relativo a la predeterminación de las infracciones, de las sanciones y la correspondencia entre ambas. Pero cabe aclarar que estos requerimientos no son exigidos como deberían, y a los efectos de justificarse esa realidad se construyó la “teoría de cobertura legal”, que supone una regulación mínima en la ley de los tipos y sanciones ³², lo que no puede ser válidamente aceptado.

SESÍN resalta que si bien las sanciones deben estar claramente precisadas por el legislador, por lo que quien aplique o reglamente la sanción no puede crear otra ni sustituir las existentes, existe una mayor flexibilidad en la determinación de las conductas, faltas o infracciones susceptibles de reproche disciplinario, ya que pueden establecerse requisitos básicos fundamentales que pueden ser complementados y explicitados por quien tiene la competencia para reglamentar o aplicar la sanción ³³.

En definitiva, y más allá de lo que se realice en la práctica, las infracciones y sanciones deberían tener la cobertura legal más detallada posible, restringiéndose el uso del reglamento a los detalles que por las razones indicadas sean necesarios, los que en ningún caso podrían contradecir la ley ³⁴.

b. Tipicidad

La tipicidad es otra de las manifestaciones del principio de legalidad nombrado, siendo entendida como la exigencia de que las conductas ilícitas se basen en tipos y no en vagas definiciones genéricas.

31 STS 6/1994 del 17 de enero de 1994 y STC 42/1987 del 7 de abril de 1987.

32 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 251 y ss.

33 SESÍN, Domingo, “Alcances...”, op. cit.

34 IVANEGA, Miriam, *Cuestiones...*, op. cit., p. 91 y ss.

La necesidad de especificar la conducta a tipificar viene dada por el principio general de libertad -que impone que las conductas sancionables sean su excepción y por tanto precisamente delimitadas- y la correlativa exigencia de seguridad jurídica -que exige que la descripción de lo sancionable tenga un grado de certeza tal que permita a los ciudadanos predecir las consecuencias de sus actos-³⁵.

Este principio requiere tanto de la descripción de los hechos que definen cada infracción, como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico, de modo que el conjunto de normas permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta³⁶.

Supone los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, lo que aparece tres funciones: a) *nulla poena sine lege praevia*, esto es, que la pena es nula sin ley previamente promulgada; b) *nulla poena sine lege scripta*, lo que implica que la pena será nula si no existe una ley escrita; y c) *nulla poena sine lege stricta*, o sea, que no hay pena sin mandato expreso textual de la ley, lo que prohíbe en definitiva la analogía³⁷.

En el Derecho disciplinario, este principio resulta de difícil aplicación, puesto que las posibilidades de infracción a las normas evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales³⁸. Por lo demás, las posibles infracciones aumentan inevitablemente como consecuencia del crecimiento de la gestión administrativa.

Por otro lado, el repertorio de infracciones administrativas es literalmente indomitable, a diferencia del Derecho Penal, donde

35 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, p. 201 y ss.

36 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 1ª edición con notas de Agustín GORDILLO, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 163 y ss., con cita a SC del 29/3/1990; COVIELLO, Pedro, "Actualidad jurisprudencial en el Régimen Sancionatorio del Empleo Público", RAP 361: 219.; BALBÍN, Carlos, *Curso...*, op. cit., p. 801 y ss. y *Fallos*, 259:266.

37 IVANEGA, Miriam, *Cuestiones...*, op. cit., p. 94 y ss., con cita a FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, op. cit. y ZAFFARONI, Eugenio R. y otros, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 415 y ss.

38 IVANEGA, Miriam, "Control judicial de la potestad disciplinaria de la Administración", RAP del 01/05/2003, Ediciones Especiales- Control de la Administración Pública, p. 777 y ss.

los delitos penales se encuentran cuantitativamente limitados, siendo el Código Penal y las demás leyes penales fácilmente cognoscibles.

Además, mientras que la enumeración de los delitos es autónoma, toda vez que no remite a otras normas, por lo que no puede haber más delitos que los tipificados directamente, el ordenamiento jurídico administrativo se integra con mandatos y prohibiciones, cuyo incumplimiento lleva aparejada una consecuencia que se señala en un precepto jurídico distinto ³⁹.

Por todo ello, una ley auténticamente tipificadora de la actividad administrativa sería interminable y debería ser alterada constantemente, no existiendo más remedio que recurrir a reglamentos por no poder preverse legalmente todas las infracciones posibles ⁴⁰.

De forma similar a lo indicado en torno al principio de la reserva de ley, se ha dicho que este mandato tiene un alcance muy distinto que en el Derecho Penal, siendo suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra ⁴¹.

Pero en la práctica, la ley disciplinaria suele proceder de una manera genérica y no concreta, así, la norma subsume el repertorio de infracciones en un breve escalado de clases genéricas y les atribuye a cada una de estas clases, una correlativa clase de sanción; librando a los operadores jurídicos un amplio margen de elección. A eso se suma que el legislador, convencido de la imposibilidad de lograr una enumeración exhaustiva de los tipos, suele cerrar su lista con una cláusula general en la que define como infracciones todos los incumplimientos a la normativa, con el objeto de no dejar sin tipificar ninguna infracción ⁴².

En tales condiciones, y frente a la innegable realidad, el arbitrio judicial y la discrecionalidad administrativa constituyen el saluda-

39 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 297 y ss.

40 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 201 y ss.

41 COMADIRA, Julio R., "La Responsabilidad...", op. cit. y CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 438 y ss.

42 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 297 y ss. y *Fallos*, 259:268.

ble contrapeso de los rigores del principio de legalidad ⁴³.

En este punto, no puede dejar de mencionarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “López Mendoza”. Allí, recordó que la Corte Europea ha establecido que las normas deben ser: i) adecuadamente accesibles, ii) suficientemente precisas; y, iii) previsibles. Sobre este último aspecto, destacó que su par europeo utiliza el denominado “test de previsibilidad”, el cual emplea tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado; y iii) el estatus de las personas a las que está dirigida. En base a ello, la Corte Interamericana sostuvo que los problemas de indeterminación no generan *per se* una violación de la Convención, en la medida en que la atribución de algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad, con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca ⁴⁴.

Posteriormente, la referida Corte Interamericana volvió a pronunciarse en “López Lone”, señalando que la precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal. Sin perjuicio de lo cual, su aplicación debe ser previsible, sea porque la conducta sancionable está expresa y claramente establecida en la ley -de forma precisa, taxativa y previa- o porque la ley delega su asignación al juzgador o a una norma infra legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad. En ese contexto, remarcó que, si bien en materia disciplinaria es imposible codificar todos los supuestos, por lo que al final se suele recurrir al empleo de una cláusula relativamente abierta, lo cierto es que ante el uso de tipos disciplinarios abiertos o indeterminados, la motivación es fundamental, pues corresponde al juzgador disciplinario interpretar dichas normas respetando el principio de legalidad. En suma, advirtió que aun cuando puede aceptarse que la precisión

43 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 201 y ss. y *Fallos*, 316:855.

44 CIDH, “López Mendoza vs. Venezuela”, de 1/09/11. Ver asimismo, ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación...*, op. cit., p. 160 y ss.

requerida en materia disciplinaria sancionatoria sea menor que en materia penal, el uso de supuestos abiertos requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación que debe dársele a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones ⁴⁵.

Siguiendo el criterio sentado por la citada Corte Interamericana en los mencionados precedentes, la Corte Suprema en “Colegio de Escribanos” advirtió que el art. 19 de la Constitución Nacional exige para el debido resguardo del principio de legalidad, que las normas tengan el mayor grado de previsibilidad posible, lo que debe ser analizado atendiendo razonablemente el ámbito de aplicación concreto de la disposición y la capacidad de conocimiento de los sujetos a los que se dirige. En tal sentido, señaló que la garantía de “ley anterior” demanda la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. En efecto, advirtió que tratándose de materias que presentan aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente en concreto, no puede juzgarse inválido el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable de la Administración; aclarando que dicho ámbito será razonable y compatible con los artículos 18 y 19 en la medida en que la norma sancionatoria resulte precisa y previsible ⁴⁶.

Sentado ello, debe reconocerse que las sanciones administrativas importan el ejercicio de una potestad discrecional por parte de las autoridades competentes, pero además los tipos disciplinarios encierran conceptos jurídicos indeterminados, tales como decoro, dignidad, honorabilidad, mal desempeño. Ante estos conceptos, el margen de discrecionalidad es más acotado, toda vez que no admiten múltiples opciones válidas sino una en cada caso, por lo que la integración normativa se produce -en definitiva- por medio de la interpretación.

45 CIDH, “López Lone y otros vs. Honduras”, del 05/10/15. Ver asimismo ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación...*, op. cit., p. 160 y ss.

46 CSJN, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/ PEN s/sumarísimo” del 4/09/18, *Fallos*, 341:1017.

El fundamento de su utilización se basa en que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una precisión y claridad absolutas, motivo por el cual, en ocasiones es necesario dejar un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos, lo que no entra en conflicto con el principio de legalidad. Su empleo es válido siempre que su concreción sea razonablemente posible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la conducta regulada.

En sentido contrario, cabe criticar la posibilidad de que la Administración Pública imponga sanciones en base a conceptos como ser el “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario” o la “pérdida objetiva de confianza”, dada su extrema indeterminación para la aplicación de sanciones disciplinarias. Asimismo, otras causales que impliquen una interpretación moral pueden ser complicadas, toda vez que dependen de circunstancias de tiempo y lugar, prestándose a arbitrariedades. Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia aceptó el criterio de la “pérdida de confianza” para justificar la aplicación de una sanción, aunque en otro caso revocó la decisión tomada en base a un tipo legal genérico como lo es el de “honorabilidad”⁴⁷, indicando que a pesar de que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descriptas, en el sentido en que lo son los delitos del Derecho criminal, no resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del juicio formulado *a posteriori* por el órgano sancionador⁴⁸.

En definitiva, la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle la creación de figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma. No caben cláusulas generales o indeterminadas de la infracción que permitan al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio, no pudiendo librarse todo a su

47 COVIELLO, Pedro, “Actualidad...”, op. cit., con cita a *Fallos*, 312:1973 y 329:3617.

48 *Fallos*, 329:3617.

discrecionalidad. Lo difícil es encontrar en el uso de los conceptos jurídicos indeterminados un punto de equilibrio entre su inevitabilidad y el riesgo de deteriorar los niveles de seguridad jurídica que pretende garantizar el mandato de tipificación ⁴⁹.

Por lo demás, el razonable margen de discrecionalidad que se le reconoce a la autoridad en materia disciplinaria no significa que esté exenta de proporcionar explícitamente las razones concretas de ello, y si bien los conceptos jurídicos indeterminados habilitan cierta discrecionalidad, su ejercicio exige una adecuada motivación, como lo advirtiera la Corte Interamericana en “López Lone” ⁵⁰.

En palabras de IVANEGA, resulta indudable que las normas del Derecho disciplinario deben garantizar una predicción razonable de las consecuencias jurídicas de las conductas cuando éstas no puedan ser definidas con absoluta certeza, toda vez que no cabe admitir definiciones de conductas con una amplitud e indefinición tal, que impidan todo juicio de previsibilidad ⁵¹.

En tal sentido, reviste especial importancia el test de previsibilidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la medida que otorga pautas concretas para definir el alcance de este principio.

c. Irretroactividad y ley penal más benigna

La irretroactividad de la ley se basa en el art. 18 de la Constitución Nacional, según el cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y en el art. 19

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 163 y ss., con cita a SC del 29/3/1990; además ver SESÍN, Domingo, “Alcances...”, op. cit.; NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 201 y 297 y ss., con cita a STS del 20/1/1987; del 11 de junio de 2000; SSTC 122/1987, 133/1987, 69/1989, 219/1989 y 149/1991; BALBÍN, Carlos, *Curso...*, op. cit., p. 801 y ss.; COMADIRA, Julio R., “La Responsabilidad...”, op. cit.; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 438 y ss.; COVIELLO, Pedro, “Actualidad...”, op. cit., con cita a *Fallos*, 259:266; GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen...*, op. cit., p. 310 y ss.; MALJAR, Daniel E., *El Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 197 y ss.

50 CANDA, Fabián, “Cuestiones...”, op. cit. y *Fallos*, 319:1034.

51 IVANEGA, Miriam, *Cuestiones...*, op. cit., p. 98.

que prescribe que todo lo que no se encuentra prohibido se considera permitido.

Significa que las leyes sólo rigen para el futuro y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas nacidas al amparo de una ley anterior. En ese sentido, la irretroactividad de la ley es un presupuesto básico para la libertad y seguridad jurídica.

Autores como BIELSA y BULLRICH se pronunciaron a favor de la posibilidad de aplicar una sanción disciplinaria establecida en una ley posterior al hecho, FIORINI y BADENI se manifestaron en contra y para MARIENHOFF algunas sanciones pueden ser aplicadas aun a falta de norma expresa que las consagre, en tanto que otras no ⁵².

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en reiteradas oportunidades la vigencia del principio de inexistencia de pena sin previa ley respecto del Derecho disciplinario ⁵³.

En este punto, cabe mencionar el caso “Volcoff” en el que la Corte Suprema remarcó que, si bien el Derecho administrativo penal puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en relación a determinados aspectos, jamás puede apartarse de la garantía constitucional de la ley previa o penarse a quien no pueda serle reprochable la conducta. En ese marco, destacó que el carácter infraccional no obsta a la aplicación de las garantías constitucionales básicas que se fundan en la necesidad de que exista una ley para que una persona pueda incurrir en la comisión de una falta pasible de sanción ⁵⁴.

También se expidió sobre la cuestión la Corte Interamericana en “Baena”, señalando que es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurra la acción o la omisión que la contraviene y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y

52 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit. y BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 1076 y ss.

53 Dictámenes PTN N° 231:156.

54 *Fallos*, 334:1241.

las consecuencias de éste. Agregó que, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente en el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a las personas: la represión ⁵⁵.

Cabe remarcar que este principio tiene una excepción, la aplicación del principio de la ley más benigna, cuya consagración constitucional obedece a los fundamentos de la seguridad jurídica y la libertad.

El principio de la ley penal más benigna implica que deba aplicarse con retroactividad la ley posterior que favorece la situación del acusado y entenderse su irretroactividad en caso de que aquélla sea desfavorable.

Esta excepción -previamente a la Reforma Constitucional de 1994- surgía del art. 2º del Código Penal. La Corte Suprema se manifestó en contra de su aplicación, indicando que la regla de la ley penal más benigna rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario ⁵⁶. En ese mismo sentido, se pronunció la Procuración del Tesoro; pero también ha dicho en otras oportunidades que este principio era aplicable al ámbito en análisis ⁵⁷.

Pero lo cierto es que en la actualidad, al haberse incorporado a la Constitución Nacional pactos internacionales que contemplan esta garantía, más allá de cualquier discusión doctrinaria o jurisprudencial, el principio de la ley más benigna debe ser aplicado sin distinciones en todas las ramas del Derecho argentino ⁵⁸. Cabe señalar,

55 CIDH, “Baena, Ricardo y otros v. Panamá” del 02/02/01.

56 *Fallos*, 310:316; 307:1282; 256:97; 312:779; DOCOBO, Jorge, “La aplicación de los principios y normas penales al Derecho Administrativo Disciplinario”, publicado en JA 1996-IV-785.

57 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Régimen...*, op. cit., p. 372 y ss., con cita a *Fallos*, 308:301; CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal”, ED 143-939.y Dictamen PTN N° 243:620; 166:361 y 178:157.

58 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15; BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 1079 y ss., MALJAR, Daniel E., “La ley

empero, que hay quienes afirman que la ley penal más benigna rige en cuanto a la normativa de fondo, pero no a la procesal o procedimental, advirtiendo IVANEGA que esa postura es viable en el marco del procedimiento disciplinario en tanto no se lesione el debido proceso del imputado ⁵⁹.

5. Conclusión

Como se indicara al inicio del presente trabajo, difícilmente pueda negarse en la actualidad la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo disciplinario, sin perjuicio de la posibilidad de otorgarles algún matiz, en función de las características propias de este ámbito.

Ello no obstante, se continúa discutiendo particularmente el alcance de dicha aplicabilidad respecto al principio de legalidad. En efecto, y si bien la propia dinámica regulatoria del Derecho Administrativo sancionador se encuentra atada a circunstancias cambiantes que demanda modificaciones constantes de las reglamentaciones y dificultan la aplicación del principio de tipicidad del mismo modo que en el Derecho Penal ⁶⁰, lo cierto es que su falta de precisión y previsibilidad afectan a los empleados públicos, quienes podrían llegar a desconocer las conductas que constituyen infracciones pasibles de sanción.

En definitiva, la sanción disciplinaria debe ser elaborada en forma clara, precisa y taxativa, lo que alcanza a la descripción de los hechos punibles y de la pena aplicable. En ese sentido, la Corte Suprema en “Spinosa Melo” sostuvo que aun cuando se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descriptas, tampoco resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción con-

más benigna es aplicable al derecho administrativo sancionador después de la reforma constitucional de 1994”, publicado en JA 2003-II-438. En sentido contrario, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en decisión del 4/10/1999.

59 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos...*, op. cit., p. 658 e IVANEGA, Miriam, *Cuestiones...*, op. cit., p. 107 y ss.

60 ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación...*, op. cit., p. 123 y ss.

creta depende exclusivamente del juicio formulado *a posteriori* por el órgano sancionador, según su libre arbitrio ⁶¹.

En este punto, se destacan las sentencias de la Corte Interamericana en “López Mendoza” y “López Lone” al establecer pautas concretas para determinar el alcance de la discrecionalidad de la Administración, necesaria para el ejercicio de una actividad tan compleja como es la disciplinaria. En efecto, en el primero de los casos referidos, advirtió que los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación de la Convención, en la medida en que la atribución de algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca ⁶². Y, en el segundo, advirtió que si bien la precisión de una norma disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, su aplicación debe ser previsible. En efecto, y aun cuando puede aceptarse que la precisión requerida sea menor que en materia penal, el uso de supuestos abiertos requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación que debe dársele a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones ⁶³.

Localmente, la Corte Suprema en “Colegio de Escribanos” advirtió que el art. 19 de la Constitución exige para el debido resguardo del principio de legalidad que las normas tengan el mayor grado de previsibilidad posible, lo que debe ser analizado atendiendo razonablemente el ámbito de aplicación concreto de la norma y a la capacidad de conocimiento de los sujetos a los que se dirige. Además, agregó que la garantía de “ley anterior” exige la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de

61 ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación...*, op. cit., p. 152 y ss.

62 CIDH, “López Mendoza vs. Venezuela”, del 01/09/11. Ver asimismo, ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación...*, op. cit., p. 160 y ss.

63 CIDH, “López Lone y otros vs. Honduras”, del 5/10/15. Ver asimismo ASCÁRATE, Andrés, *Tipificación...*, op. cit., p. 160 y ss.

las penas dentro de un mínimo y un máximo. En definitiva, tratándose de materias que presentan aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente en concreto, no puede juzgarse inválido el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable de la Administración; aclarando que dicho ámbito será razonable y compatible con los artículos 18 y 19 en la medida en que la norma sancionatoria resulte precisa y previsible ⁶⁴.

En conclusión, si bien la reglamentación del derecho de estabilidad sentado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional debe ser establecida por ley emanada del Congreso de la Nación, se discuten los alcances y la precisión que debe tener esa ley en materia disciplinaria.

En tales condiciones, y más allá de cualquier discusión doctrinaria, lo cierto es que el principio de legalidad y sus diversas manifestaciones se encuentran consagrados en la Constitución Nacional, la Ley Marco y la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, habiendo fijado las jurisprudencias nacional e internacional pautas concretas para definir los matices que pueden otorgárseles.

Así, con este trabajo pretendimos aclarar la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal al Derecho disciplinario, aportando reglas claras especialmente en relación al principio de legalidad y sus diversas manifestaciones, para contribuir a la previsibilidad de las infracciones y sanciones disciplinarias, en la medida en que los empleados públicos no pueden válidamente encontrarse en peor situación frente a un procedimiento disciplinario que los ciudadanos ante un proceso penal.

64 CSJN, “Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/ PEN s/sumarísimo” del 04/09/18.