

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Conceptos Jurídicos Indeterminados en la tipificación de faltas disciplinarias y su implicancia en sanciones arbitrarias.

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTORA

Maggaly Patricia Chamilco Reyes

ASESORA:

Janeyri Boyer Carrera

CÓDIGO DE LA ALUMNA:

20183605

**AÑO
2018**

RESUMEN

El objeto fundamental de este trabajo se centra en analizar el uso de conceptos jurídicos indeterminados en la tipificación de faltas administrativas y su relación con las sanciones arbitrarias. Inicialmente abordaremos categorías conceptuales como poder disciplinario, conceptos jurídicos indeterminados, principio de tipicidad, discrecionalidad, arbitrariedad, para lo cual se ha recurrido a la doctrina y a sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. Posteriormente, analizaremos la falta “negligencia en el desempeño de sus funciones” como concepto jurídico indeterminado que genera que la Administración realice acciones de cognición y de experiencia para completar el concepto, en la necesidad de determinar lo indeterminable. Para el análisis de la falta nos hemos remitido a la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 2192-2004-AA/TC y luego cómo viene siendo analizado por el Tribunal del Servicio Civil.

La investigación se justifica en los efectos negativos de una sanción administrativa arbitraria en los servidores públicos.

Luego del análisis presentamos nuestras conclusiones siendo la principal la que señala que la tipificación con conceptos jurídicos indeterminados se justifica en la diversidad de funciones que cumplen los servidores civiles, en consecuencia, no vulnera el principio de tipicidad, pero sí exige de la administración la obligación de precisar el tipo; según lo indicado, el uso de conceptos jurídicos indeterminados no debería tener como consecuencia la imposición de sanciones arbitrarias.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	
I.	FUNCIÓN PÚBLICA Y PODER DISCIPLINARIO 1
	1.1 PODER DISCIPLINARIO 1
	1.2 ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 4
II.	EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD 4
	2.1 CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD 4
	2.2 CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y ARBITRARIEDAD 10
	2.3 FALTAS ADMINISTRATIVAS 15
	2.4 SANCIONES ADMINISTRATIVAS 16
III.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL 17
	3.1 CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO “NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES” PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 18
	3.2 CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO “NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES” PARA EL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL 19
IV.	CONCLUSIONES 26
V.	BIBLIOGRAFÍA 28

INTRODUCCIÓN

La potestad disciplinaria de la Administración sobre sus trabajadores se fundamenta en brindar servicios de forma eficiente a la población, para lo cual se requiere el cumplimiento de los servidores públicos de las funciones asignadas en una organización.

En ese contexto, las normas que regulan el régimen disciplinario de los servidores públicos así como a la actuación de los órganos que intervienen el procedimiento disciplinario, deben orientarse a dicha finalidad,

Sin embargo, de no observarse las garantías necesarias, el poder disciplinario podría constituirse en una forma de hostilidad hacia el servidor público, concluyendo inclusive en la imposición de una sanción arbitraria.

El régimen disciplinario regulado por la Ley N° 30057, regula como sanciones disciplinarias desde la amonestación, la suspensión y la destitución acompañada de inhabilitación para el ejercicio de sus funciones, hecho que conlleva la su inscripción en el Registro Nacional de Destitución y Despido.

Estas sanciones disciplinarias generan en la vida del servidor público y la de su familia, un gran impacto, siendo su trabajo la forma de realización personal así como el ingreso económico que sirve de sustento para él y para su familia.

En ese sentido, es necesario que el procedimiento mantenga las medidas necesarias a fin de limitar la discrecionalidad de la administración pública, que teniendo la facultad de determinar las infracciones y sanciones pueden ejercerlas de forma arbitraria y bajo motivaciones distintas a las del interés general expresada en servicios públicos eficientes.

Asimismo, en aplicación del principio del predictibilidad el servidor público debe tener una comprensión cierta de las infracciones disciplinarias así como de los resultados posibles a dicha infracción, en esa medida resulta importante la

investigación respecto a los principios de tipicidad y proporcionalidad en el procedimiento disciplinario, a fin de evitar la imposición de sanciones arbitrarias.

En ese escenario el presente trabajo aborda la tipificación de faltas administrativas con conceptos jurídicos indeterminados, analizando las Resoluciones del Tribunal de Servicio Civil, con el objetivo de determinar si el uso de dichos conceptos tiene implicancia con la imposición de sanciones arbitrarias, vulnerando el principio de tipicidad.

Luego del proceso de investigación realizado hemos llegado a la conclusión que la tipificación con conceptos jurídicos indeterminados se justifica en la diversidad de funciones que cumplen los servidores civiles por lo que las conductas consideradas infracciones no podrían ser enumeradas en su totalidad; en ese sentido, no vulnera el principio de tipicidad, más aun si exige de la administración la obligación de precisar el tipo; según lo indicado, el uso de conceptos jurídicos indeterminados no debería tener como consecuencia la imposición de sanciones arbitrarias; sin embargo, de la revisión de las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, podemos señalar que la administración no cumple con la remisión a la normas y no diferencia entre funciones e incumplimiento de obligaciones en general, lo que conlleva a que el Tribunal del Servicio Civil declare su nulidad por vulneración al principio de tipicidad.

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA TIPIFICACIÓN DE FALTAS DISCIPLINARIAS Y SU IMPLICANCIA EN SANCIONES ARBITRARIAS.

I. FUNCIÓN PÚBLICA Y PODER DISCIPLINARIO

1.1 PODER DISCIPLINARIO

Cuando nos referimos al poder disciplinario, es ineludible referirnos a la función pública, entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado en razón de que el “régimen disciplinario constituye un corolario necesario de las medidas establecidas en garantía de la eficacia administrativa”. (Jalvo 2006: 49)

Es evidente que para que las entidades logren sus objetivos institucionales requieren de un poder disciplinario que mantenga un orden y respeto entre los servidores; y se logre la eficiencia que debe caracterizar a las entidades públicas para satisfacer necesidades de la población; sin embargo, es necesario que existan también determinadas garantías para los servidores con la finalidad de evitar arbitrariedades.

El vínculo del cual nace esta potestad disciplinaria, entre la Administración y el servidor, se genera por la denominada relación de sujeción especial, por la cual “el administrado debe soportar niveles más intensos de intervención administrativa por cuanto estamos en ámbitos que son ordenados por la Administración Pública y su ius puniendi, que sin este privilegio sería imposible organizarlos. Las notas características de esta relación especial de sujeción son la presencia de deberes específicos de cumplimiento a cargo del administrado, su rol esencial de subordinación en función de los objetivos públicos, y una regulación dada por las autoridades en forma estatutaria. (...) Pero debe tenerse presente que estamos frente a una legítima atenuación de las garantías en favor de los cometidos del servicio público, que no implica su indefensión, puesto que su régimen privativo siempre va a dar vía a la protección a su debido procedimiento” (Morón 2018:387)

Ahora, la aplicación en nuestra legislación del poder disciplinario no solo abarca regímenes estatuarios sino también se genera por contratos de trabajo bajo el régimen del Decreto Legislativo 728 – Régimen de la actividad privada, aplicable a algunas entidades del estado, y el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, regulado por Decreto Legislativo 1057, conforme lo establece la Ley N° 30057 y su Reglamento.

Según lo indicado, si bien dicho el poder de organización que el Estado ostenta regulando la conducta de los servidores e imponiendo sanciones ante su incumplimiento, con la finalidad de lograr sus objetivos, no puede ser un poder absoluto, los servidores conservan derechos que se materializan en el respeto de los principios de procedimiento sancionador que como garantías limitan del poder disciplinario del Estado.

Haciendo un recuento histórico de la forma como la doctrina ha desarrollado el concepto de “poder disciplinario”, considerándolo de naturaleza administrativa, Gómez Pavajeun, señala que se han presentado tres fases: a) fase de arbitrariedad, b) fase moderada y c) fase de legalidad. La primera fase denominada “Fase de la arbitrariedad” se caracteriza por un poder excesivo de la entidad quedando a su arbitrio que conductas deberían ser consideradas como faltas establecer el procedimiento y determinar la sanción. Para el autor, en esta fase, “la negligencia, torpeza, e inoportunidad son faltas disciplinarias, términos valorativos sin referencia legal librados a la interpretación del operador jurídico, es la vivencia más cruda de la arbitrariedad, a lo cual se suma su apreciación discrecional, pudiendo entonces ir el intérprete irse más allá o apartarse incluso del significado natural de las expresiones”. En esta fase, no existe numeración de faltas, por lo que se caracteriza “por la no vigencia en términos absolutos del principio de legalidad y su consecuente de tipicidad, así como todas sus demás expresiones, toda vez que en ella regía la “cultura de las reglas no escritas, que no significa sino arbitrariedad”. (2006:44)

La siguiente fase desarrollada por Gómez, corresponde a la fase moderada, en la que se reconocen algunas garantías, y se meritúa la necesidad de una

facultad reglada, acotando la discrecionalidad para evitar la arbitrariedad, por lo que las infracciones se describen de manera amplia para que puedan encajar diversas conductas. Esta fase se caracteriza por buscar el reconocimiento del principio de legalidad y su consecuente de tipicidad, o al menos, implantar la legalidad de las sanciones. (2006:53)

Finalmente, la fase de legalidad, en la cual se exige el cumplimiento del principio de legalidad y la prohibición de la analogía, siendo la ley quien define el conjunto de derechos y obligaciones de los servidores. Al respecto, Gómez señala que “Para Lafuente Benaches, (...) la reserva legal en materia disciplinaria se cumple cuando hace una remisión de una ley a otra ley, en donde figure una enumeración de obligaciones cuyo incumplimiento la ley de remisión disponga constituye infracciones dignas de sanción. Pero también es válido y no desvirtúa el principio de reserva de ley cuando la ley remite al reglamento y este se limita a particularizar, el tipo genéricamente descrito en la ley”. (2006:58).

De este desarrollo doctrinal sobre el derecho disciplinario podemos apreciar en primer lugar, la relación que existe entre el poder disciplinario de la Administración, los actos discrecionales y la tipicidad. Además, podemos señalar que en efecto, el poder disciplinario ejercido dejando de lado o menoscabando en principio de tipicidad, nos conducirá a actos arbitrarios, siendo este principio una garantía de control del poder disciplinario.

Por otro lado, es importante enfatizar que en nuestra legislación podemos encontrar como faltas administrativas, conductas descritas de forma lata, como es el caso de la negligencia, en la que puede presentarse innumerables conductas del servidor que se puedan encuadrar, tal como se desarrolla en la fase moderada; sin embargo, al margen de lo que pueda establecer la normativa, parecería ser que las acciones de las entidades se desarrollan como en la fase de arbitrariedad, en la que el jefe tiene la posibilidad y el derecho de determinar a su libre arbitrio que conductas se sancionan y como se sancionan. Dicha presunción es la que pretendemos determinar en el presente artículo.

1.2 ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nos parece importante señalar que siendo la finalidad de la Administración Pública el cumplimiento de objetivos que inciden en el bienestar de la colectividad, es necesario que los servidores estén comprometidos con dichos objetivos y que en el cumplimiento de sus obligaciones su comportamiento sea ético.

El Derecho Disciplinario incorpora este componente ético en la conducta de los servidores, determinado deberes que incorporan valores como respeto, probidad, eficiencia, referida estrictamente al cumplimiento de sus funciones.

Es así que tenemos la Ley del Código de Ética de la Función Pública que determina principios, deberes y prohibiciones, cuyo incumplimiento conlleva a responsabilidad pasible de sanción, ello con la finalidad de obtener eficiencia en la prestación del servicio, pero además en la búsqueda de un comportamiento digno de los servidores públicos. Es así que, el Código de Ética de la función pública no se limita señalar deberes en relación a la actividad que desarrolla, sino que va más allá, como por ejemplo cuando señala como prohibición “Presionar, Amenazar y/o Acosar”, que si bien no está relacionada con el cumplimiento de sus funciones como si lo hacen los principios, permite sancionar una conducta contraria a la probidad con la que deben contar los servidores públicos.

Ahora bien, como se ha indicado, la trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones conllevan responsabilidad administrativa, en ese sentido, comprenden faltas administrativas pasibles de sanción, en ese sentido, corresponde el análisis de su tipificación y sus efectos.

II. PRINCIPIO DE TIPICIDAD

2.1 CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y PRINCIPIO DE TIPICIDAD

En primer lugar, abordaremos las diversas definiciones de la doctrina a establecido para el “concepto jurídico indeterminado”, así tenemos que

podemos encontrar diferentes definiciones de lo que es un concepto jurídico indeterminado, incluso posiciones contradictorias y que se sobreponen, como por ejemplo cuando se le considera cláusula general, como concepto abierto o estándar.

Tamayo desarrolla un listado de definiciones de los conceptos jurídicos indeterminados señalando que “Así, se ha hablado de “normas jurídicas abiertas”, “conceptos ampliables”, “conceptos imprecisos”, “conceptos válvula”, “disposiciones de caucho”, “fórmulas de goma”, “órganos respiratorios del derecho”, “conceptos incluidos en el esquema de la ley a manera de ventanas”, “robots jurídicos que sirven para formar normas en ausencia de reglas fijas”, “recetas sacadas de la práctica”, y un largo etcétera que podría continuar (2009:36)

Por su parte para García de Enterría son conceptos en los que: “la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata” (2004:43).

Para otros como Martín existen conceptos jurídicos determinados e indeterminados, siendo que los primeros se subdividen en conceptos directamente determinados y los indirectamente determinados. Asimismo, señala que “los conceptos jurídicos indeterminados son más numerosos en la normación primaria (Leyes formales), y la función de muchos reglamentos (al desarrollarla o al regular la esfera discrecional que aquella confiere a la Administración) es justamente la conversión de conceptos indeterminados en otros directa o indirectamente determinados. Pues bien, solo cuando examinado el bloque jurídico en su conjunto subsiste la indeterminación del concepto (y consecuentemente la habilitación a la Administración para que «discrecionalmente» lo determine, al aplicarlo) nos encontramos con la categoría” (1967:252-253)

Lo cierto es que el derecho plantea conceptos determinados e indeterminados, siendo el primero aquellos que otorgan certeza, y el segundo donde existe

ambigüedad, son de textura abierta cuyas características es la adaptabilidad y deben ser completados con criterios de experiencia y cognición.

El Tribunal Constitucional en sentencia Callegari, respecto a los conceptos jurídicos indeterminados indica que:

“La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.”¹

En ese mismo sentido, Desdentado Daroca señala que el uso de conceptos jurídicos indeterminados responde a que el legislador no puede regularlo todo y no puede conocer de antemano lo que pasará en el futuro; por otro lado, su uso puede ser intencionado en el sentido que las normas rígidas son inadecuadas para situaciones cambiantes (citado por Zegarra 2006:42)

¹ Fundamento 10 de la Sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA-TC

Sin embargo, existen también desventajas “que pueden concretarse en que cuando se opta por una regulación vaga con exceso de conceptos jurídicos indeterminados, la consecuencia inevitable es el desplazamiento del centro de poder hacia los cuerpos de aplicación de la ley. (Zegarra 2006: 42).

García de Enterría, señala que en la estructura del concepto jurídico indeterminado es identificable un núcleo fijo o “zona de certeza” configurado por datos previos y seguros; una zona intermedia o incertidumbre o halo de concepto; más o menos precisa, y finalmente “una zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión de concepto (2005: 468).

Como se puede apreciar la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados requiere la obligación, en ese caso, por parte de la Administración de completar el concepto y determinar lo indeterminado caso por caso, por lo que cada una de las conductas deberían tener análisis como el que se ha desarrollado, lo que no es una tarea fácil.

Ahora bien, sobre el principio de tipicidad, como una de las manifestaciones del principio de legalidad se encuentra reconocido en la Constitución, cuando señala que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad no solo corresponde al ámbito penal sino que se hace extensiva al derecho administrativo sancionador prohibiendo la aplicación retroactiva de la ley sancionatoria (lex pravia), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea escrito (lex praevia), la prohibición de la analogía (lex scripta) y la

prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*, taxabilidad o tipicidad).²

Es así que, en virtud de la exigencia de *lex certa* las conductas consideradas como faltas disciplinarias han de estar definidas con un nivel de precisión suficiente, de manera que el administrado pueda comprender sin dificultad o estar en condiciones de conocer y predecir las consecuencias de sus actos. Un precepto es totalmente indeterminado si las palabras en las que se encuentra expresado adolecen de la claridad o la precisión suficiente, lo cual dificulta su aplicación a un hecho concreto, pues el órgano competente o bien se encuentra frente a la presencia de un gran número de opciones de aplicación, o bien simplemente no le es posible conocer ninguna de las opciones de aplicación.”³

Sin embargo, constituyendo las faltas disciplinarias un incumplimiento de las obligaciones del servidor público sería imposible especificar cada conducta que se oponga a dichas obligaciones, considerando que las funciones de los servidores públicos son diferentes dependiendo de cargo y materia en la que se desarrollan, por lo que “por la naturaleza del objeto regulado tendrá que contentarse con intentar aprehender con algunos tipos disciplinarios las conductas posibles y de mayor ocurrencia. Las demás tendrá que recogerlas en fórmulas supremamente abstractas” (Gómez 2004: 287).

Para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el principio de legalidad impone la exigencia material absoluta de predeterminación que afecta la tipificación de las infracciones; sin embargo, “La tipificación con conceptos jurídicos indeterminados responden a determinadas realidades que no permiten una determinación precisa, pero a la que le corresponde una única solución justa, en ese sentido o se da o no se da el concepto, o hay o no hay negligencia, o buena fe, o beneficio; siendo esta técnica utilizada en las

² Fundamento 214 de la Sentencia Caso Ley del Servicio Civil (expediente 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-pi/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C)

³ Fundamento 214 de la Sentencia Caso Ley del Servicio Civil (expediente 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-pi/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C)

diferentes ramas del derecho, a través de actividades de cognición y no de volición. es así que vemos conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Civil, Penal, Procesal, Mercantil, etc” (2005: 465).

Para García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en los conceptos jurídicos indeterminados «La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación». (citado por Nuñez 2013: 20)

Sobre el particular, Morón Urbina señala que la exhaustiva tipificación permite una menor discrecionalidad en la autoridad sancionadora evitando arbitrariedad, así se señala que “Con una tipificación exhaustiva no solo los administrados tienen mejor posibilidad de decidir suficientemente informados sobre la regularidad de su actuación, sino que también estarán menos expuestos a autoridades administrativas con amplia discrecionalidad para determinar aquello que es lícito o típico. Por el contrario, la ausencia de tipificación o una tipificación no exhaustiva, conlleva inseguridad jurídica para el ciudadano y mayor exposición a arbitrariedades administrativas.” (2005: 8)

Asimismo, señala que “no sería contrario al principio, por si misma la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de la experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (Morón 2005:9)

Como ya se había señalado, la tipificación con la técnica de conceptos jurídicos indeterminados, desplaza el centro del poder del legislador a la administración, y en el caso específico del régimen disciplinario a los que

intervienen en los procedimientos para calificar la conducta como infracción, toda vez que para ello corresponde dotarle de un contenido al concepto en cada situación concreta que no se encuentra en la norma.

En ese sentido, por ejemplo, en el caso de las infracciones contenidas en la Ley del Código de Ética de la Función Pública, como incumplimiento a los principios de “Eficiencia”, “Respeto”, “Probidad” etc, será necesario que la administración especifique para cada caso concreto que conductas serán las que comprendan el tipo de acuerdo al contexto, vale decir de acuerdo a las características del servidor, sus funciones contenidas en instrumentos de gestión.

En consecuencia, no se vulnera el principio de tipicidad con el uso de conceptos jurídicos indeterminados; toda vez que como ya se ha señalado la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados obliga a la entidad a realizar actividades cognoscitivas caso por caso para determinar lo indeterminado, y establecer para ello, los extremos, vale decir: el núcleo fijo y zona de certeza negativa.

2.2 CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y ARBITRARIEDAD

En el Régimen Disciplinario, se manifiesta la potestad discrecional tanto en el nivel más amplio ejercido por los legisladores y por la Administración al reglamentarla, cuando se describe infracciones y determina sanciones, como en el momento en que la Administración Pública, ejerciendo la potestad disciplinaria, determina la sanción aplicable ante la subsunción de la conducta en la infracción tipificada, toda vez que le corresponde a la Administración dotarle de contenido al concepto jurídico indeterminado, es decir determinar qué conducta completa el tipo y de acuerdo a ello, calificar dicha conducta como infracción debiendo evidentemente motivar su elección, bajo un razonamiento jurídico y dentro del ordenamiento jurídico, para evitar actos arbitrarios.

De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales (citado por Zegarra 2006:37)

De lo indicado, podemos afirmar la trascendencia de la discrecionalidad que ostenta la administración, en razón de que permite a ésta evaluar aspectos diferentes que cada caso concreto presenta, que de ninguna manera podrían ser abordados en su totalidad por la ley. No obstante, esta potestad no corresponde a una libertad absoluta de la administración, por cuanto debe sujetarse a una motivación que la justifique dentro de los límites del interés público.

Sobre esto último Víctor Baca Oneto señala que la discrecionalidad implica la atribución a la Administración de la facultad de escoger entre diversos criterios o motivos para, finalmente, decidir en uno u otro sentido.” Además, considera necesario “poner el énfasis en que la Administración escoge los criterios que van a guiar su actuar, elige las motivaciones concretas que concluyen en su actuación” (2012:187)

María José Alonso Mas en el Libro Titulado “La solución justa en las resoluciones administrativas” define la discrecionalidad señalando que es “libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser de esa libertad sea distinta de la existencia de límites en el razonamiento jurídico y del legítimo ámbito de las pretensiones de las partes, de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas. Asimismo, señala que no existe potestad discrecional sino ejercicio de ciertas potestades. (1998: 223).

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha referido a la potestad discrecional, entre otros, en la Sentencia Callegari,⁴ en la que se precisa que por la discrecionalidad los entes administrativos gozan de “libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en un sentido lato, no determina lo que deben hacer o cómo se debe hacer”, ello presume un vacío normativo que para Hart constituye una “zona de penumbra” imprecisión e indeterminación jurídica. (citado por Zegarra 2006: 35)

Asimismo, la sentencia Callegari precisa grados de discrecionalidad en razón a la mayor o menor libertad que tiene el ente administrativo⁵ para optar por diferentes opciones.

Cabe referirnos, en este punto a la diferencia sutil entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, a la que hace referencia la doctrina, es así que, por ejemplo, Baca señala que “La diferencia entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa es uno de los temas más interesantes que puedan encontrarse en la doctrina ius-administrativa (...) Así, el criterio de diferencia que ha gozado de más difusión en el derecho Español quizá sea el planteado por García de Enterría Y Fernández Rodríguez, para quienes los conceptos jurídicos indeterminados admiten una única solución justa, a la que se llega mediante actividades de cognición, a través de juicios disyuntivos, de modo que la conducta objeto de enjuiciamiento encajará o no encajará en el concepto, (...) mientras que el ejercicio de potestad discrecional se caracteriza por permitir optar por

⁴ Expediente N° 0090-2004-AA-TC

⁵ En el Expediente N° 0090-2004-AA-TC, el Tribunal Constitucional establece grados de discrecionalidad, siendo los siguientes:

“La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.”

soluciones igualmente justas, a través de una actividad de volición”. (2012:190).

Es oportuno indicar que la teoría de la única solución justa admitida para los conceptos jurídicos indeterminados establece que en ellos solo se admite dos opciones, no múltiples opciones como en el caso de la discrecionalidad; permite a través de juicios disyuntivos determinar si las conductas encajan o no en el concepto, es decir, nos permitirá saber si nos encontramos ante una negligencia en el cumplimiento de las funciones o si existió o no el beneficio ilícitamente obtenido.

Ahora revisemos el concepto de arbitrariedad, y podemos señalar que “arbitrario (...) es todo aquello que es o se presente como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido o ajeno a toda razón capaz de explicarlo” (Férrandez 2006:140)

El Tribunal Constitucional en la sentencia Callegari hace un desarrollo del concepto “arbitrariedad” señalando que:

“(...) apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad. (...) Por lo tanto, en la discrecionalidad de grado intermedio y menor, el órgano jurisdiccional tiene como cuestión crucial la motivación –elemento inherente al debido proceso, que desarrollemos más adelante–, de la que depende esencialmente la legitimidad de ejercicio de todo poder, y es, por ello, inexcusable e irrenunciable, tal como lo prueba la categórica prohibición constitucional de todo uso arbitrario de aquél. Asimismo, dada una motivación, es decir, una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas. (...)”

En esa línea, podemos señalar que es fundamental la motivación para que un acto no sea considerado arbitrario, “optar por uno u otro es su derecho, pero razonar el porqué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero El mero «*porque sí*» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto.” (Fernández 2006: 143).

En consecuencia, la importancia de que la tipificación se complete y se dote de contenido al concepto jurídico indeterminado, radica en que el servidor pueda tener conocimiento de las conductas que generarían su responsabilidad administrativa disciplinaria, y que le permite de ser el caso cuestionar una sanción que considere arbitraria, en el supuesto de ser opuesta a los hechos y al ordenamiento jurídico, en salvaguarda de su derecho de defensa y del debido procedimiento.

Por otro lado, respecto a la motivación como característica esencial de un acto arbitrario, es oportuno señalar importante precisión realizada por Baca

cuando señala que un acto podría no tener la motivación debida y por consiguiente será declarado nulo por falta de un elemento esencial del acto administrativo, pero no así se puede afirmar que este acto sea arbitrario. Vale decir, que subsanada la ausencia de motivación el mismo acto pueda emitirse en el mismo sentido. (2012:194). Para otra parte de la doctrina, el emitir un acto no motivado es de por si arbitrario, sin que la motivación sea solo un elemento del acto administrativo, sino determinante para que el acto sea considerado arbitrario.(2012: 193)

2.3 FALTAS ADMINISTRATIVAS

En principio entendemos como faltas administrativas, a aquellas conductas contrarias a ley, relativas al incumplimiento de las funciones que se le asigna a los servidores públicos y a las conductas éticas que debe conducir el actuar de todo servidor público. El presente trabajo busca analizar aquellas faltas que se han tipificado con conceptos jurídicos indeterminados, y los efectos que esta tipificación genera.

Tenemos en nuestra legislación que las faltas disciplinarias están enumeradas en el artículo 85 de la Ley N° 30057 y su Reglamento, en la Ley del Código de Ética de la Función Pública y en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.

En ese marco, podemos indicar que las faltas contenidas en la Ley N° 30057 comprenden conceptos jurídicos indeterminados como es el caso de “negligencia en el cumplimiento de las funciones”, “el abuso de autoridad”, que a diferencia de faltas como “Ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos por más de cinco (05) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendario , o más de quince (15) días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta (180) días calendarios” o “la utilización o disposición de los bienes de la entidad pública en beneficio propio o de terceros”, las primeras requerirán una precisión, correspondiendo al órgano sancionador concretar dichos tipos, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto, y con criterios lógicos, técnicos o de experiencia.

En cuanto a las faltas administrativas que derivan de la trasgresión de los principios, deberes e prohibiciones establecidas en la Ley del Código de ética de la función pública, el problema es mayor, ya que determina como principios: Respeto, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, lealtad y obediencia, justicia y equidad; y como deberes: neutralidad, transparencia, discreción, responsabilidad; de igual forma requiere una concreción de acuerdo a las circunstancias, siendo que en la práctica, sin la obligatoria concreción, cualquier conducta podría incluirse dentro del tipo, por lo que menoscabando la tipicidad, nos encontraríamos ante actos arbitrarios.

2.4SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Las sanciones administrativas son consecuencias de las conductas tipificadas como faltas disciplinarias que afecta al servidor civil y que puede llegar hasta la destitución con la consiguiente inhabilitación, que al igual que las faltas deben estar tipificadas por ley.

La Ley N° 30057 establece en el artículo 85 y el Reglamento en el artículo 102, que las sanciones administrativas son: amonestación verbal o escrita, suspensión sin goce de remuneraciones de un día hasta doce meses, y destitución que acarrea inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública y para el caso de los exservidores la sanción que le corresponde será la de inhabilitación.

Ahora bien, siendo que el principio de legalidad, importa la obligación del legislador para describir la conducta considerada como falta y de las sanciones a imponer, la exigencia de la lex certa conlleva a que el legislador determine qué faltas serán consideradas, leves, graves y muy graves y su correspondencia con las sanciones de amonestación, suspensión y destitución, toda vez que dicha determinación comprende el tipo, ya que permitiría al servidor tener pleno conocimiento de cuáles serían las consecuencias de su conducta.

La no diferenciación entre faltas leves, graves y muy graves en la Ley del Servicio Civil fue cuestionada en la acción de inconstitucionalidad por contravenir el principio de legalidad y tipicidad referido anteriormente siendo el criterio del órgano colegiado que “si bien no se conmina determinada sanción para cada falta administrativa, ello tampoco la hace inconstitucional, más aun si se establece un conjunto de criterios para la gradación de la sanción a imponer: la naturaleza y gravedad de la infracción, la posición del servidor, los antecedentes del trabajador, etc. Así pues, i) las faltas previstas en el artículo 85 solo podrán ser sancionadas con la suspensión o destitución del servidor civil; ii) la determinación de la sanción aplicable a las faltas debe ser proporcional y obedecer a condiciones tales como la grave afectación de los intereses generales o a los bienes jurídicos protegidos, si concurrieron o no actos de ocultamiento de la falta, el grado de jerarquía y especialidad del servidor, las circunstancias en que se cometió la infracción, la reincidencia en la comisión de la falta, etcétera (artículo 87); y iii) la sanción impuesta se debe corresponder con la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad. Su aplicación no es necesariamente correlativa ni automática. En cada caso la entidad pública debe contemplar no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor (artículo 91)”.⁶

No compartimos los argumentos señalados del Tribunal, toda vez que como se ha señalado la calificación de leves, graves y muy graves y su correlato con las sanciones, cumplen con la exigencia de *lex certa* y otorgan certeza jurídica reduciendo la discrecionalidad, lo contrario no hace sino otorgarle un excesivo poder al órgano sancionador, quien tiene la atribución de realizar la graduación de la sanción.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL

⁶ Fundamento 218 de SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Del 26 de abril de 2016 Caso Ley del Servicio Civil

3.1 CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO “NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES” PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de analizar las resoluciones emitidas por el Tribunal del Servicio Civil, resulta importante revisar las Sentencias del Tribunal Constitucional en relación a una de las faltas administrativas que generan la obligaciones por parte del órgano sancionador de completar su significado, como lo es: “ la negligencia en el cumplimiento de sus funciones.”

Así, tenemos que el Tribunal en la Sentencia recaída en el expediente N°2192-2004-AA/TC considera que tanto la falta de carácter disciplinaria: incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento y la negligencia en el desempeño de las funciones del Decreto Legislativo N° 276, “son cláusulas de remisión que requieren, de parte de la administración, el desarrollo de reglamentos normativos que permiten delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,° inciso 24, literal d), de la Constitución, conforme a los criterios desarrollados en los fundamentos precedentes.”⁷

Asimismo, la Sentencia indicada señala que “El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.”⁸

⁷ Fundamento 6 y 7 de la Sentencia recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC

⁸ Fundamento 5 de la Sentencia recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC

Podemos entonces indicar que el Tribunal Constitucional no señala expresamente que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, pero sí señala que es indeterminada e imprecisa; sin embargo, se limita a indicar que constituye una cláusula de remisión que requiere un desarrollo de reglamento normativos que permiten delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, ello en función que la falta comprende específicamente en negligencia en el cumplimiento de sus funciones.

La necesidad de reglamentación a la que alude el Tribunal Constitucional consiste en que las disposiciones de desarrollo (reglamentos ejecutivos) pueden especificar o graduar previsiones legales previas con el fin de mejor identificar las conductas constitutivas del ilícito, pero sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente. (...). Consideramos necesario reiterar la necesidad que la remisión de la ley al reglamento deba a su vez, determinar lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, pues tampoco sería admisible por imperfecta, una remisión en blanco, al Poder Ejecutivo para determinar aquello que será sancionable y aquello que no lo sea, originariamente por medio de un reglamento.” (Morón 2005: 11)

Ahora bien, en este punto la pregunta sería y ¿cómo determinamos el concepto indeterminado?, si dentro de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesario completar el concepto y analizar su estructura en función del núcleo fijo, del halo del concepto y de la zona de certeza negativa, sería importante que para cada caso concreto, vale decir, cada conducta que se pretenda considerar como falta y por ende de una sanción, resultaría necesario realizar este análisis, con lo cual podríamos acercarnos a la determinación en el caso concreto del concepto jurídico indeterminado “negligencia”.

3.2 CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO “NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES” PARA EL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL

En primer lugar, corresponde señalar que el Tribunal del Servicio Civil tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al

interior del Sistema Administrativo de Recursos Humanos en el régimen disciplinario, siendo la última instancia.⁹

En ese contexto, las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil que se han revisado corresponden a la segunda instancia del procedimiento disciplinario iniciado por las entidades correspondientes, en la que los servidores han sido sancionados con suspensión y destitución, tanto de la Primera Sala como de la Segunda Sala, respecto a negligencia en el desempeño de las funciones y de las faltas por incumplimiento de los principios, deberes y obligaciones contenidas en la Ley del Código de Ética de la Función Pública.

De la revisión de las Resoluciones podemos señalar en primer lugar, que el uso del concepto jurídico indeterminado “negligencia” se justifica toda vez que sería imposible enumerar cada una de las conductas consideradas como contrarias a la diligencia necesaria en el ejercicio de las funciones y que estas dependerán de cada actividad que se le haya encargado a cada uno de los organismos del Estado. Es así que recurren al Tribunal del Servicio Civil, servidores de los tres niveles del gobierno, municipalidades distritales, provinciales, gobiernos regionales, y organismos pertenecientes al gobierno nacional, cuyos servidores han sido sancionados por incumplir sus funciones, que pueden ser de todo tipo, desde la obligación de los operadores dentro de un procedimiento de selección, pasando por todas las actividades de los sistemas administrativos.

Según lo señalado en las secciones anteriores el uso de un concepto jurídico indeterminado en la tipificación de infracciones administrativas conlleva a la

⁹ Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos

“Artículo 17º.- Tribunal del Servicio Civil El Tribunal del Servicio Civil - el Tribunal, en lo sucesivo - es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema. El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia. Conoce recursos de apelación en materia de: (...) d) Régimen disciplinario; (...). El Tribunal constituye última instancia administrativa. Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contenciosa administrativa. Por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, previa opinión favorable de la Autoridad, se aprobarán las normas de procedimiento del Tribunal”.

obligación de la entidad de completar el concepto y para ello como lo establece la doctrina le corresponde analizar caso por caso y con criterios cognoscitivos y de la experiencia si una conducta puede ser considerada o no negligencia, para ello corresponde considerar el núcleo fijo, el halo del concepto y la certeza negativa.

De la revisión de las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, podemos señalar que no se realiza este análisis, solo se limita a analizar el concepto de negligencia a partir del deber de diligencia. Así señala que, “si bien el término diligencia es un concepto jurídico indeterminado, para los efectos del caso se puede concebir como la forma en la que el trabajador, realiza la prestación laboral, la cual lo obliga a ejecutar las actividades o labores asignadas con el debido cuidado, interés, preocupación, exactitud, empeño y dedicación. Esto conlleva lógicamente a que el trabajador tenga que realizar todas aquellas acciones que sean mínimamente necesarias para cumplir oportunamente las labores que deriven de su cargo, las mismas que contribuirán a su vez a la consecución de los objetivos institucionales planteados.”¹⁰

Sobre en análisis relativo a los conceptos jurídicos indeterminados sugerido, a manera de ejemplo podemos citar el desarrollado por Cassagne cuando señala que: “Supongamos que se expropia un terreno para hacer una obra pública cuya valuación mínima se calcula en un millón de dólares (el núcleo fijo), pero cuya valuación máxima está en una cifra que supera dicha estimación en un treinta por ciento (aquí aparece la zona de incertidumbre o halo conceptual), aunque nunca podría superar el máximo valor establecido (es la denominada zona de certeza negativa). (Cassagne 2009:88)

Otro ejemplo desarrollado ahora por Ravetllat y Pinochet consiste en el concepto jurídico indeterminado interés superior del niño, donde se señala que “la zona de certeza positiva del interés superior del niño radica en la circunstancia de que a la persona menor de edad le interesa, ante todo,

¹⁰ Fundamento 27 de la Resolución N° 000823-2018-SERVIR/TSC Primera Sala

preservar su integridad física y moral, así como garantizar el desarrollo integral de su personalidad (condicionante absolutamente mínimo según las estimaciones comunes); por lo que a la zona de imprecisión (halo del concepto) se refiere, esta daría pie a diversas posibilidades. Así, por ejemplo, en un caso de atribución del cuidado personal de un menor, cabría atribuir ese cuidado a su padre o a su madre si ambos presentaran buenas condiciones para atenderlo, en igual medida sucedería a la hora de decidir la extensión de un régimen de relacionamiento a favor del progenitor no custodio, de los abuelos o de otros parientes (solo festivos, una vez al mes, con o sin pernoctaciones, y múltiples posibilidades más). Como podemos comprobar en este segundo nivel se requiere de una estimación o juicio de valor, tanto más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural o valorativo; por último, la zona de certeza negativa, haría referencia al punto o margen a partir del cual desaparece el valor implícito en el concepto, en nuestro caso deja de haber “interés del menor”. (2015:921-922)

Como lo señala el Tribunal en la Sentencia Calllegari, los conceptos jurídicos indeterminados implican un margen de apreciación, que sería este espacio que tiene el operador jurídico para que en la zona penumbra determine el concepto. Para García de Enterría “el margen en cuestión no es sinónimo de discrecionalidad y expresa solo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa” (2005:500)

De lo indicado, tenemos ni la primera ni la segunda instancia aplica alguna teoría para determinar el concepto en el caso específico, muy por el contrario se resuelve en función de una plantilla que comprende en el mejor de los casos lo citado por el Tribunal Constitucional, luego señala la necesidad de remitirse a las normas donde están establecidas las funciones para concluir que existe o no responsabilidad.

Por otro lado, respecto a ser considerado cláusula de remisión, como se había adelantado el Tribunal Constitucional considera la falta administrativa negligencia en el desempeño de sus funciones, como cláusulas de remisión, en ese marco el Tribunal realiza la diferenciación entre funciones obligaciones, deberes señalando que solo las conductas que pueden encuadrar dentro de estas faltas se refiere a las funciones, las mismas que pueden estar contenidas en una norma carácter nacional (como la Ley de contrataciones del estado que determina funciones de los que intervienen en los procedimientos de selección) de normas internas (tales como los documentos de gestión ROF, MOF). Entiéndase por funciones aquellas tareas, actividades o labores inherentes al cargo que ostenta el servidor sometido a procedimiento disciplinario, descritas usualmente en algún instrumento de gestión o cualquier otro instrumentos institucional que puedan haber sido asignadas por los superiores jerárquicos.”¹¹

Sin embargo, de las Resoluciones del Tribunal del Servicio Civil podemos señalar que existen casos en los cuales la primera instancia sanciona por incumplimiento de deberes y obligaciones y no en funciones, generando que el Tribunal del Servicio Civil declare su nulidad, bien porque no se determinó en que documento estaba contenida la función, o porque no se sustentó en incumplimiento de obligaciones, deberes prohibiciones en algunos casos establecido en la Ley del Código de Ética de la función pública, vulnerándose el principio de tipicidad y debido procedimiento, al no existir certeza en el tipo. (lex certa).

Además, también se ha podido verificar que en primera instancia, se sanciona por vulneración al principio de Responsabilidad y Eficiencia; sin embargo, de la descripción de la conducta ésta está referida al incumplimiento de funciones, por lo cual debió ser tipificada dicha conducta como negligencia y no como vulneración al Código de Ética de la función pública. Ello no solo

¹¹ Fundamento 29 de la Resolución N° 000823-2018-SERVIR/TSC Primera Sala

vulnera el principio de tipicidad, sino que va en contra de lo señalado Décima disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057.

Recordemos que “el mandato de tipificación, (...) no solo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino a la autoridad cuando realiza la subsunción de una conducta de los tipos legales existentes. (...) Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad de las infracciones todas las normas administrativas que pretendan calificar conductas sancionables, sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor; al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo, la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas”. (Morón 2005: 8)

Por lo que, de acuerdo a su competencia tanto el órgano sancionador en primera instancia como en segunda instancia corresponde determinar que conductas puedan completar la falta administrativa “Negligencia” como se ha señalado, a efectos de darle un contenido y una extensión, que permite analizar la conducta del servidor público y si esta encaja en el contenido de la falta.

Por otro lado, el artículo 91 de la Ley N° 30057 señala que los actos que impongan sanciones deben estar debidamente motivados de modo expreso y claro, identificando la relación entre los hechos y las faltas; en ese sentido, la norma ordena a la administración fundamentar dicha relación, para lo cual es indispensable conocer el contenido y alcance de la falta, para la subsunción de la conducta del servidor, caso contrario, nos encontraríamos ante una sanción nula.

Al respecto la Sentencia recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC recoge lo señalado en la sentencia 090-2004-AA/TC en la que el Tribunal Constitucional ha expresado que: “(...) el deber de motivación de las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones”. En la medida que una sanción administrativa supone

la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes.”¹²

En ese sentido, el ejercicio de la potestad sancionadora en “la negligencia en el desempeño de sus funciones”, sin una motivación que permita la subsunción de la conducta con la falta, constituiría un acto arbitrario por parte de la Administración Pública; por lo que, si bien el concepto jurídico indeterminado permite un margen de discrecionalidad, existe la obligación legal de la administración de completar el concepto, por lo que de no realizar dicha actuación se vulnera el principio de tipicidad al encuadrar la conducta del servidor en una falta sin contenido.

Cabe anotar en este punto, que de la revisión de las Resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, podemos advertir que el órgano sancionador de primera instancia inicia procedimientos disciplinarios y sanciona inclusive con destitución, utilizando las infracciones contenidas en la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815.

Dichas infracciones son muy usadas por los órganos en primera instancia inclusive en lugar de especificar la faltas administrativa que pudiera estar precisada en la Ley N° 30057, prefieren usar estos conceptos generales para iniciar y sancionar a los servidores, generando sanciones arbitrarias que evidentemente acarrearán nulidad.

¹²Fundamento 11 de la sentencia recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC

CONCLUSIONES

1. De la revisión de las Resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, podemos determinar que acogen lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 2192-2004-AA/TC respecto a la negligencia, considerándola como un precepto de remisión, por lo que para la precisión de la infracción se hace indispensable la revisión de normas de carácter nacional y de normas internas, en la que se establezcan las funciones del servidor público, dirigidas al cumplimiento de los objetivos institucionales.
2. El Tribunal del Servicio Civil, en sus resoluciones respecto al concepto jurídico indeterminado “negligencia en el desempeño de sus funciones” diferencia entre funciones, deberes y prohibiciones, considerando que esta infracción se refiere específicamente a funciones inherentes a su cargo, por lo que cual no puede considerarse el incumplimiento de obligaciones de los servidores como conducta para esta infracción.
3. El Principio “Responsabilidad” y “Probidad” establecidos en la Ley del Código de Ética cuya transgresión es pasible de sanción, es frecuentemente usado por la Administración en conductas que corresponde a falta “negligencia en el desempeño de sus funciones”, sin considerar que las infracciones contenidas en la Ley del Código de Ética de la función pública se aplican en supuestos no previsto en la Ley N° 30057. (Décima disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057)
4. La tipificación con conceptos jurídicos indeterminados se justifica en la diversidad de funciones que cumplen los servidores civiles por lo que las conductas consideradas infracciones no podrían ser enumeradas en su totalidad; en ese sentido, no vulnera el principio de tipicidad, más aun si exige de la administración la obligación de precisar el tipo; según lo indicado, el uso de conceptos jurídicos indeterminados no debería tener como consecuencia la imposición de sanciones arbitrarias; sin embargo, de la revisión de las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, podemos señalar que la administración no cumple con la remisión a la normas, no diferencia entre

funciones e incumplimiento de obligaciones en general, y tampoco realiza el análisis en cada caso concreto, si la conducta constituye negligencia, vulneración al principio de tipicidad.

5. Finalmente, es importante en atención al principio de tipicidad que la Administración, en ejercicio de la potestad disciplinaria realice el análisis de cada conducta que pretende sancionar bajo la falta administrativa de negligencia en el ejercicio de sus funciones, para lo cual la doctrina ofrece la teoría de la unidad de solución justa, así como el ejercicio de establecer caso a caso el núcleo fijo, el halo del concepto y la certeza negativa, a fin de determinar que dicha conducta corresponde al concepto de negligencia.



BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, María José
1998 La solución justa en las resoluciones administrativas. Valencia: Tirant lo Blanch Univesitat de Valencia
- BACA, Víctor
2012 “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano” Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2012 número 11, pp 181-202.
2007 “La Potestad Disciplinaria y el Control por el Tribunal Constitucional” Revista de Derecho de la Universidad de Piura. Piura. 2007, Número 08 [http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_el_control_de_las_decisiones_del_consejo_nacional_de_la_magistratura_\(version_con_bibliografia\).pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_el_control_de_las_decisiones_del_consejo_nacional_de_la_magistratura_(version_con_bibliografia).pdf)
- BREWER, Allan
2004 “La Técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismos de control judicial de la actividad administrativa” Gaceta Oficial. 2004, número 37.971, pp 97-115
- CASSAGNE, Juan Carlos
2009 “La Discrecionalidad administrativa” Foro Juridico N° 09. pp 82-91
- FERNANDEZ, Tomas Ramón
2006 Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional. Primera Edición Lima: Palestra Editores
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo
2004 Democracia, ley e inmunidades del Poder. Lima: Palestra
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomas FERNANDEZ
2005 Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Duodécima Edición. Madrid: Thomson Civitas
2002 Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Octava Edición. Madrid: Civitas Ediciones SL
- GÓMEZ, Carlos
2004 Dogmática del Derecho Disciplinario. Tercera Edición Lima: Editorial Cordillera SAC
- JALVO, Belén
2006 Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos Tercera Edición. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- LIZARRAGA, Víctor
2013 El Régimen Disciplinario en la Función Pública. Lima: Gaceta Jurídica

MARTIN, Manuel

1967 “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos” Revista de Administración Pública, N° 54, pp 197-292

MARTINEZ, Antony

2014 Manual del Servicio Civil y Régimen Laboral Público. Lima: Gaceta Jurídica

MORENO, Carmen

2009 “Poder Disciplinario, proporcionalidad y Discrecionalidad en la imposición de las sanciones” Temas laborales, N° 10, Córdoba, pp 255-265

[file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetPoderDisciplinarioProporcionalidadYDiscrecionalidad-3081645%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetPoderDisciplinarioProporcionalidadYDiscrecionalidad-3081645%20(1).pdf)

MORÓN, Juan

2005 “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana” Advocatus N° 13, Lima, pp 227-252

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_los_principios_de_la_potestad_sancionadora_de_la_administracion_en_la_ley_peruana.pdf

2018 Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica

RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto

2015 “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno” Revista Chilena de Derecho. n°3, Santiago pp 903-934

RODRIGUEZ, JAIME

2011 “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo” Derecho PUCP. N°67, Lima pp 207-229

ROTONDO, Felipe

2016 “Poder Disciplinario y Discrecionalidad”. Revista de Derecho Público N° 25, Lima pp 135-148

TAMAYO, Sergio

2009 Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional Primera Edición. Lima: ARA EDITORES EIRL

TIRADO, José

2011 “Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional” Derecho PUCP. N° 67, Lima pp 457-467

ZEGARRA, Diego

2006 Control Judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y excursus (sus alcances en la Doctrina Española) Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2006 número 1, pp 33-62

VIGNOLO, Orlando

2012 Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa. Primera Edición. Lima: Palestra Editores

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2016 Expediente 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-pi/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C. Sentencia: 26 de abril de 2016

<http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/LEY30057.pdf>

2004 Expediente N°2192-2004-AA/TC Sentencia: 11 de octubre 2004

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

2004 Expediente N° 0090-2004-AA-TC Sentencia 5 de julio 2004

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

