

EL SUMARIO ADMINISTRATIVO: LOS PLAZOS ORDENATORIOS Y EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

Tesis de Derecho Aplicado

Alumno: Esteban Vicente Bernal

Director: Dr. José R. SAPPÀ

Ushuaia, 21 de Febrero de 2017



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

Facultad de Derecho

MAESTRIA EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

INDICE

Capítulo I.

I a) Introducción.....	4
I b) Propuesta de análisis.....	4
I c) El Derecho Administrativo Sancionador.....	5
I d) Principios que sustentan la Potestad Sancionadora del Estado.....	6

Capítulo II.

II a) Derecho Administrativo sancionatorio – Derecho penal.....	15
II b) Desemejanzas entre uno y otro ámbito del derecho.....	19

Capítulo III.

III a) La potestad disciplinaria de la administración.....	21
III b) El procedimiento sumarial y el derecho de defensa.....	23

Capítulo IV.

IV a). Los plazos de caducidad en el procedimiento disciplinario.	27
IV b) Extinción de la Instrucción por vencimiento del plazo	29

Capítulo V.

V a). El principio de verdad material	33
V b) El alcance del principio de verdad material	34
V c) La relación con la oficialidad e informalismo a favor del administrado	35
V. d) Consecuencias del principio de verdad material.	37
V e) Verdad material y buena fe.	39

V f) Reflexiones sobre la aplicación del principio en materia disciplinaria.....42

Capítulo VI.

VI a). Conceptos y consideraciones de hecho y de derecho44

VI b) Teoría de la Subsanación en el procedimiento disciplinario.....45

VI. c) Peligros que conlleva la teoría de la subsanación.....47

Capítulo VII.

VII a) Presentación del caso.....47

VII b) Consignas planteadas por el agente cesanteado.....52

Capítulo VIII.

VIII a). Conclusiones.....53

Reflexión final 59

BIBLIOGRAF'IA..... 62

CAPITULO I

I a) Introducción:

La presente tesis de Derecho aplicado abordará los argumentos teóricos y prácticos pertinentes para resolver un planteo jurídico concreto de la realidad profesional, de especial complejidad. Ello, desde el punto de vista del abogado que cumple la función de instructor sumariante en un ente autónomo de contralor externo y del abogado que tiene que defender, en sede judicial, los argumentos vertidos por el mismo ente al haber cesanteado al agente público sumariado.

I. b) Propuesta de análisis:

A partir de una reflexión sobre la existencia de un derecho administrativo sancionador y de los principios que sustentan la Potestad sancionadora del Estado, abordaré las diferencias o desemejanzas entre el mencionado derecho administrativo sancionador y el derecho penal para luego referirme a la potestad disciplinaria de la administración y la aplicación de una sanción, por cuanto dicha potestad presupone un procedimiento como garantía del derecho de defensa de todo ciudadano (artículo 18 de la Constitución Nacional).

A continuación analizaré los plazos de caducidad en el procedimiento administrativo disciplinario y los efectos de la demora en su tramitación para luego referirme fundadamente al principio de verdad material o verdad jurídica.

Seguidamente desarrollaré algunas consideraciones de hecho y de derecho sobre la teoría de la subsanación en el procedimiento disciplinario y el peligro que conlleva dicha teoría.

Finalmente y tomando como base lo desarrollado en los capítulos que anteceden, narraré un caso práctico y sobre la aplicación de lo investigado y plasmado a lo largo del presente trabajo dilucidaré interrogantes, consignas y dificultades concretas relacionadas principalmente con los plazos en los reglamentos de investigaciones administrativas disciplinarias y la importancia del principio de verdad material o verdad jurídica objetiva en la resolución de un sumario administrativo disciplinario.

I c) El Derecho administrativo sancionador:

Previo a acometer con el meollo de las cuestiones señaladas, resulta de buen orden reseñar que el derecho administrativo sancionador tiene por objeto sancionar aquellas conductas del agente público que lesionan el buen funcionamiento de la administración pública y que se originan en la inobservancia de los deberes inherentes a su calidad de tal.¹

Su fundamento y fin consiste en prevenir o evitar que el agente incumpla con sus obligaciones (o quebrante las prohibiciones) y, de ese modo, asegurar y mantener el normal funcionamiento de la Administración Pública; pues sin orden no se puede concebir el eficaz desarrollo de la actividad administrativa.²

En sus orígenes, el denominado derecho administrativo sancionador formó parte del derecho penal, en razón de la esencia misma de dicha materia. Es que ambos, al tener por fin la investigación de hechos, en principio ilícitos, determinando la existencia o no de los mismos y el reproche que de esa conducta pueda efectuarse a un sujeto determinado, demostraba que se trataba en sendos casos de la aplicación de la última *ratio* del ordenamiento jurídico positivo.

Sin embargo, la evolución que ha tenido a lo largo del tiempo nos sitúa. actualmente, ante un nuevo paradigma que bien sintetiza Nieto García al decir que: *“En definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el derecho administrativo sancionador es, como su mismo nombre indica, derecho administrativo, engarzado directamente en el derecho público estatal y no un derecho penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad ajena a toda potestad atribuida a la administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo derecho penal administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de derecho administrativo sancionador”*.³

En tal sentido, corresponde afirmar que el derecho administrativo sancionador concretado a través del procedimiento disciplinario es una garantía

¹ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, T. III-B, n° 1201, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, p. 369.

² Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación (RPTN), n° 19, p. 297; el fundamento de la sanción disciplinaria reside en lo expuesto: cfr. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, Derecho administrativo, T.III, n° 356 y 359, Tea, Bs. As. 1951, ps. 525/526 y 533. Dictámenes, 199:175.

³ NIETO GARCIA, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 2° edic., Madrid, Tecnos, 1994, p. 23.

fundamental de un Estado de Derecho. Este procedimiento se materializa en una serie de actos y actividades que tienden a determinar la existencia de infracción, falta o incumplimiento de parte del agente estatal. Por ello, al mismo tiempo que es una garantía de un Estado de Derecho también es un resguardo fundamental para el agente; quien podrá ejercer su defensa sin el asedio de persecución arbitraria de sus superiores.

Esto nos sitúa ante ramas jurídicas autónomas, aunque -como se dijo- se encuentran vinculadas porque su función es hacer respetar las normas sociales y además, en ciertas ocasiones, el derecho penal puede prevalecer respecto del disciplinario.

La Procuración del Tesoro de la Nación, ha diferenciado estas disciplinas señalando que mientras el Derecho Penal reprime las conductas tipificadas en el Código Penal, el derecho administrativo disciplinario sanciona a los agentes por la violación de sus deberes como tales, en pos del buen funcionamiento de la administración pública. Son distintas las finalidades de uno y otro, y también distintas las conductas que se penan. Por tanto, el sumario administrativo disciplinario es, en principio, independiente de la causa penal que se origine en los mismos hechos.

Todos los días, es posible observar -en diferentes medios- enunciada la realización de una investigación sumaria o sumario administrativo y -en algunos casos- erradamente se condena por la opinión pública antes de la finalización del procedimiento. Sin embargo, el sumariado es inocente, hasta que se demuestre lo contrario, por aplicación del principio de inocencia, que irradia de la Constitución Nacional, cuando -el artículo 18- dice: "*...ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*", además de las garantías llamadas "principio de legalidad" y "principio de juicio previo", contiene por implicación una tercera, llamada "principio de estado de inocencia".

I d) Principios que sustentan la Potestad Sancionadora del Estado:

Tal como se expuso, desde sus orígenes el derecho administrativo sancionador formó parte del Derecho Penal, de allí que -antes- no se lograra distinguir un procedimiento administrativo por sí mismo. Sin embargo, gracias al grado de desarrollo alcanzado por el Derecho Administrativo, con el aporte de la doctrina y la

6

interpretación jurisprudencial, actualmente resulta posible hablar de un procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho, con principios y preceptos que le son propios.

Sin perjuicio de ello, es fundamental comprender que en cualquier etapa del procedimiento se deberán respetar los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona, de forma tal que estos no resulten lesionados por actuaciones arbitrarias de la Administración.

Por eso, más allá de su autonomía, ésta debe velar además (del respeto de los derechos subjetivos) para que todo procedimiento administrativo que pueda culminar con la imposición de algún tipo de sanción, se efectúe de forma objetiva, teniendo como finalidad determinar la verdad real de los hechos investigados.

Ello, por la naturaleza esencialmente punitiva de su finalidad que -determinan que el contenido del acto que ponga fin a la serie concatenada de actos- tendrá como consecuencia la aplicación de una sanción que producirá efectos directos, sea sobre el patrimonio, sea sobre la persona, o en su caso sobre la carrera administrativa del agente público.

En este sentido, la cuestión relativa a los principios aplicables al procedimiento administrativo sancionador, debe ser especialmente aquilatada, en tanto -al margen de los principios que son comunes a ambos tipos de procesos- existen otros que cobran -respecto de este- especial relevancia.

Así es que, además de los principios de legalidad, de tipicidad, y del debido proceso, cobran relevancia principios tales como el “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine preavia lege*”, “*non bis in idem*”, “*in dubio pro imputado*”, principio de la ley más benigna, principio de razonabilidad y proporcionalidad, principio de exceso de punición, principio de presunción de inocencia, principio de oportunidad -entre otros- que trasuntan una cercana relación del Derecho Administrativo al Derecho Penal sustantivo y ritual, y donde se manifiestan mas claramente las similitudes entre ambas disciplinas, como expresiones todas del poder punitivo estatal.

No obstante estas aparentes similitudes, y dada la sustancia propia del derecho administrativo sancionador, se torna imprescindible un breve análisis tendiente a establecer cual es el gradiente de aplicación a este último, de los principios que rigen

en el proceso penal; y -en su caso- si es dable acudir analógicamente a los mismos, para ser aplicados al mentado procedimiento administrativo sancionador, a saber:

1) Principio de Legalidad: El principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en las Leyes.⁴

Sin duda alguna este principio es el pilar fundamental del derecho sancionatorio del Estado no solo histórica, sino jurídicamente; de allí que trascienda plenamente.⁵

2) No hay crimen sin ley previa (*nullum crimen sine lege; nulla poena sine preavia lege*) la ley puede incriminar conductas -esa ley debe ser previa al hecho punible- y éstas deben contemplarse de acuerdo a tipos autónomos; es decir está vedada la analogía. El tipo se define como la descripción precisa de una conducta sancionable.

Sin perjuicio de ello, el principio en estudio -*nullum crimen sine lege*- tiene tres manifestaciones: la exclusividad: sólo la ley formal puede incriminar conductas; la irretroactividad: la ley formal debe ser previa al hecho punible; la veda de la analogía: las conductas se deben contemplar con arreglo a tipos autónomos no comunicables.⁶

Se afirma, respecto de la analogía, la relatividad de su aplicación en el ámbito del derecho disciplinario administrativo, tal como lo afirma, con sus matices al brindar asesoramientos, la Procuración del Tesoro de la Nación.⁷

Así, el poder disciplinario administrativo podría ejercerse en ausencia de norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción; siendo incluso posible, acudir a la analogía en los casos de falta de regulación normativa.⁸

⁴ Corte Constitucional española, Sent. T-072 de 2008, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. “La Corte ha sostenido que este principio puede concretarse en dos aspectos, a saber: que exista una ley previa que prevea la hipótesis o situación de que se trate, y que tal tipificación sea precisa en la determinación y consecuencia de dicha situación o conducta, aspecto que buscan limitar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio de sus prerrogativas”

⁵ OSSA ARBELAEZ, Jaime, Derecho administrativo sancionador, 2º Ed. 2009, Legis, Bs. As. p.187.

⁶ COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo, Acto administrativo, Procedimiento Administrativo, otros estudios, 2º Ed., LexisNexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2003. p. 569.

⁷ Dictámenes 139:337; 221:123.

⁸ GOANE, René, “El poder disciplinario de la Administración Pública”, en AAVV, Derecho administrativo, Homenaje al Prof. Miguel Marienhoff, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1998, cit. P. 423/ 1039.

Cabe destacar, sin embargo, que aun las posiciones más flexibles en materia de analogía, se formulan dos salvedades: a) si las sanciones están taxativamente previstas en la norma, no pueden imponerse más que ellas⁹; b) ciertas sanciones -de otros regímenes- como la de multa o arresto, sólo proceden si resultan de la Ley formal, sea porque se les asigne obvia sustancia penal, o bien porque se considere que ellas implican incursionar en la zona de reserva legal.¹⁰

3) Principio de la tipicidad: entendido como la exigencia que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas, tampoco posee acogida absoluta en el derecho administrativo disciplinario, pues las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica, propia de las figuras penales.

De todos modos, resulta exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del solo juicio del superior, o fundables, exclusivamente, en la norma que otorga la atribución sancionatoria.¹¹

Con razón apunta Alejandro NIETO¹² que: *“No basta simplemente que la ley aluda a la infracción. Lo que se requiere es que esa ley contenga una descripción de los elementos necesarios y esenciales de la transgresión y si realmente eso no ocurriese, se produce un incumplimiento al mandato de la tipificación”*.

El mismo autor al señalar las diferencias del derecho penal con el derecho administrativo sancionador, ha resaltado la distinta operatividad que en ellos tiene el principio de la legalidad, con su corolario de la tipicidad, señalando que en el derecho administrativo sancionador existe una tipicidad relativa y un amplio margen de discrecionalidad y no hay más que un tipo de infracción: el incumplimiento de deberes o prohibiciones generales o concretas, previamente establecidas.

Si la tipicidad, en el derecho penal es, como afirmó Jiménez de Asúa¹³ antes que una pieza técnica, una garantía de libertad que se presenta como secuela del principio de legalidad; ella está llamada a ser, en el derecho disciplinario, razonablemente interpretada -una garantía formal de justicia- como límite jurídico de la

⁹ GOANE, ob. cit., p.1039; MARIENHOFF, Tratado...cit. t. III-b, p.423.

¹⁰ GOANE, ob cit., p.1039.

¹¹ COMADIRA, Julio R. - Derecho Administrativo ... ob cit. p. 571.

¹² NIETO GARCIA, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 2º edic. Madrid, Tecnos, 1994, p.41.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y el delito. Ppios. de derecho penal, 2º Ed., Bs. As., 1954, p. 285.

discrecionalidad administrativa.

4) Principio del debido proceso (*legale iudicium*): Según establece la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (LNPA), uno de los requisitos generales a los que deben ajustarse las normas de procedimiento administrativo es el respeto del derecho de los interesados al “debido proceso adjetivo”, configurado con los elementos descritos por su artículo 1° inciso f) como un requisito basal del mismo.

A su vez, el artículo 7° inciso d), de la ley citada, contempla como un requisito esencial del acto administrativo, al cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico, considerando esencial al dictamen previo, proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.¹⁴

Si bien, éste rige en el ámbito del derecho penal y en el del derecho administrativo disciplinario, no tiene el mismo alcance; pues -como mas adelante se expondrá- sobre éste último, a su vez, opera mitigándolo la teoría de la subsanación.

En tal sentido, abarca -principalmente- el derecho a ser oído, obtener vista de las actuaciones, al patrocinio letrado, ofrecer y producir prueba, a controlar la prueba producida por la administración, a presentar descargos, a que la decisión que en definitiva se tome sea fundada y se ajuste a derecho, a interponer los recursos correspondientes, etc.

Sin perjuicio, de ello, puede aceptarse -en ciertos casos- que la aplicación de sanciones leves no requiera la instrucción previa de sumarios o informaciones sumarias¹⁵; aunque, es siempre requisito de validez la concesión al imputado de la posibilidad de ser oído.

Sin embargo, dicho principio, es de aplicación estricta en los procedimientos por faltas graves que requieren sustanciación de sumario¹⁶.

Nuestro mas Alto Tribunal, sobre el particular ha resuelto en reiteradas oportunidades que es nulo el acto de cesantía dispuesto -en el marco de un procedimiento- sin que se ordene formalmente instruir sumario, sin designarse

¹⁴ COMADIRA, Julio R, ob. cit., p. 142.

¹⁵ artículo 34, primer párrafo, Ley 22.140.

¹⁶ artículo 34, segundo y tercer párrafo, Ley 22.140

instructor sumariante, sin que se de vista al inculpado para que efectúe su defensa y proponga las medidas de prueba pertinentes, sin dar traslado al sumariado para que alegue sobre el mérito de las actuaciones una vez concluidas. Se considera que tales falencias importan tanto como la existencia del debido sumario previo.

5) Principio *non bis in idem*: Es un límite a la potestad sancionadora estatal, que veda la aplicación de una sanción más de una vez por la misma causa.¹⁷

Dicha prohibición, rige sólo en tanto se trate de faltas cometidas en el ámbito disciplinario, pues no obsta a la aplicación, por un mismo hecho -simultáneamente- de sanciones administrativas y penales, lo cual se fundamenta en que ambas clases de reproche se basan en causas y fines distintos.

En tal sentido, la sanción disciplinaria tiene su causa en la relación de empleo que se cumple y agota su sentido en la protección del interés público secundario involucrado en el buen funcionamiento de la Administración; la sanción penal, en cambio, se basa en la potestad de imperio del Estado y persigue un fin que trasciende la mera protección del bien jurídico singular afectado.¹⁸

6) Principio de la ley penal más benigna: este principio, aplicable de manera irrestricta en el ámbito del derecho penal, no opera del mismo modo para el procedimiento administrativo, pues existen al respecto posiciones encontradas.¹⁹

Sin embargo -cada vez con más ahínco- la aplicación de los principios del derecho penal, que se hallan en la Constitución Nacional, trascienden al derecho administrativo sancionador, tal como -actualmente- ocurre, respecto a la ley aplicable a un caso, que es la vigente al momento de los hechos, pero esta regla debe ceder cuando

¹⁷ Ley 25.164, artículo 28 -antes artículo 39, Ley 22.140-.

¹⁸ COMADIRA, Julio R., ob .cit, p. 573.

¹⁹ Procuración del Tesoro de la Nación: "*El principio de la ley mas benigna, propio del Derecho Penal, no es aplicable en el ámbito disciplinario administrativo*" Dict. 209:40 ; 235:214, 219. "La falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito, después del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario administrativo, en el que prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público que conviene con el adecuado mantenimiento de la disciplina. La doctrina que condujo a proscribir la prescripción de la acción en materia disciplinaria, lleva por las mismas razones a la interpretación estricta de los preceptos que la admiten". Dr. Osvaldo Cesar Guglielmino - Procurador del Tesoro de la Nación (PTN): Dictamen 356/2004 - Tomo: 250, Página: 330 - Expediente 2921/2000.

con posterioridad se dicta una norma más benigna.

En tal sentido, este principio adquirió rango constitucional en nuestro medio, a partir de la reforma de 1994 que otorgó esa jerarquía a distintos tratados internacionales que lo incluyeron.

De allí que el principio de la ley mas benigna está vigente en el derecho positivo argentino, conforme lo establecen los arts. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas con rango constitucional de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22, C.N..

7) Principio de inocencia o, en la duda, a favor del imputado: la presunción de inocencia, que es una de las reglas básicas del derecho punitivo y que fuerza a probar de manera cumplida o satisfactoria la realización efectiva por el inculpado de la acción o la omisión reprochables, es de rigurosa aplicación al derecho sancionatorio administrativo.

La principal consecuencia de este principio es que la apreciación de la prueba y de las demás circunstancias que surjan de las actuaciones, en caso de duda, debe estarse a favor del administrado; de la misma manera -se debe proceder- si la administración no hubiese practicado prueba convincente para demostrar la responsabilidad del agente por los hechos que motivaron la investigación.

8) Principio de razonabilidad y proporcionalidad: el principio de razonabilidad, que se extrae del artículo 28 de la Constitución Nacional, alude a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas que el acto involucra y la finalidad que el mismo persigue, y constituye uno de los límites del obrar discrecional, operando así como medio de interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la Administración Pública.

No cabe duda que es difícil definir, o siquiera conceptuar qué es lo razonable; pues alguien puede pensar que se trata nada más que de una pura apreciación subjetiva. Sin embargo, aunque la cuestión es sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. Es decir la apreciación subjetiva debe estar fundada en hechos y normas.

9) Exceso de punición: existe cuando la sanción aplicada no guarda

proporción con la falta cometida. En tal sentido, nuestro máximo tribunal ha dicho: *"Aún cuando el acto administrativo impugnado sea vulnerable por haberse excedido en la sanción imponible aplicando la exoneración, corresponde dejar sin efecto esta, pero no ordenar la reincorporación, dado que la sentencia ha comprobado infracciones que autorizan la cesantía"*.²⁰

Como fácilmente se colige del fallo, si bien, la falta disciplinaria existió y fue debidamente acreditada en el expediente, la gravedad de la misma autorizaba la aplicación de la sanción de cesantía, pero no la de exoneración. Es decir el decisorio no pasó el examen de proporcionalidad de la sanción aplicada, al confrontarla con los hechos comprobados.

10) El criterio de discrecionalidad: Es de pacífica doctrina, como principio general, el de que el derecho disciplinario se diferencia del penal en que, respecto de este último, rige el sistema de "obligatoriedad", según el cual la conducta ilícita prevista en la ley impone al órgano jurisdiccional el deber ineludible de aplicar una sanción determinada.

En cambio, por lo que hace al derecho disciplinario, gobierna el criterio de "discrecionalidad", o sea la facultad del Estado de apreciar la conveniencia circunstancial de castigar al agente en la medida que la Administración estime necesario para proteger su correcto y normal funcionamiento.

Tal criterio -en el cual también subyace- el reconocimiento del derecho del empleado a impugnar eventualmente por ilegalidad la medida expulsiva dispuesta, lo es, sin perjuicio que la Administración no tenga el deber jurídico de aplicar dicha sanción, dejando librado a su discrecional y prudente arbitrio la necesidad o conveniencia de hacerlo.

Es decir que en este aspecto del problema rige el criterio de la discrecionalidad.

En efecto, contrariamente a lo que ocurre en materia penal, el mandato legal no es imperativo, pues sólo enumera cuáles son las sanciones y en qué supuestos pueden aplicarse, pero no dice que la Administración deba necesariamente hacerlas efectivas.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "NASSIF, EYBEL O." (agosto 19-1964. LL 11 7-185).

Finalmente cabe observar que luego de establecido el catálogo de medidas disciplinarias y sus causales posibles, en el Estatuto para el Personal Civil de la Administración se dispone que “Toda sanción se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta o infracción, los antecedentes del agente y en su caso, los perjuicios causados”.²¹

Es decir que dicho cuerpo legal se decide con acierto por la individualización y elasticidad del castigo, según sea la personalidad del subordinado, la importancia del hecho, el interés de la Administración, o la necesidad del ejemplo.

Por su parte, en lo referente al régimen disciplinario, la Procuración del Tesoro de la Nación, opina que gobierna el criterio de la discrecionalidad o sea, la facultad del Estado para apreciar la conveniencia circunstancial de castigar al agente en la medida en que la Administración estime necesario para proteger su correcto y normal funcionamiento y que “contrariamente a lo que ocurre en materia penal, el mandato legal no es imperativo, pues sólo enumera cuales son las sanciones y en qué supuestos pueden aplicarse, pero no dice que la Administración necesariamente deba hacerlas efectiva”.²²

En tal sentido, las causas y las sanciones disciplinarias están fijadas (predeterminadas) por la ley -es una actividad reglada- que al respecto establece: “El personal podrá ser objeto de las siguientes medidas disciplinarias”.²³

El empleo del término “podrá” señala que es facultativo o potestativo de la autoridad el atenuar las medidas disciplinarias.

Cuando Marienhoff se refiere a los actos emitidos en ejercicio de la actividad reglada y discrecional, indica que el empleo de ciertas expresiones como *facúltase*, *permítase*, *podrá* y otras equivalentes, pueden decidir la cuestión en favor de la discrecionalidad.²⁴

Asimismo, expresa que en ejercicio de la actividad discrecional, la Administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por normas

²¹ Artículo 42.

²² Dictámenes, 109:353; 113:73; 172:395; entre otros: 109:353; 84:344, se expresó: “...*que aunque una norma determinada del cuerpo legal pertinente establezca que determinada conducta pueda ser sancionada con cesantía, ello no implica que la administración según su libre discrecionalidad y prudente arbitrio, considere que debe atenuar esa sanción*”; idem en 113:71 y 199:374, pto. III.2.a.

²³ artículo 30, LMREP; a su vez las sanciones se enuncia en el artículo 30 RJBFP.

²⁴ Tratado de derecho administrativo, t. II, n° 456, p. 418 (ed. 1975).

legales, sino por la finalidad legal a cumplir.

Consecuentemente, la Administración tiene la facultad de elegir -no se encuentra constreñida por la norma a adoptar determinada decisión- en presencia de determinados hechos o situaciones. Es decir, queda facultada para valorarlos o apreciarlos, y resolver. Luego si, de acuerdo a tales hechos o situaciones se cumple o no la finalidad perseguida por la norma hará lugar a lo solicitado, o lo desestimaré.

Capítulo II.

II a) Derecho Administrativo Sancionatorio -

Derecho Penal:

Partiendo de la base de que tanto el derecho penal como el sancionatorio administrativo forman parte de la unidad punitiva del Estado, la doctrina acuerda distanciamientos jurídicos entre ambas disciplinas.

El derecho administrativo sancionador es más derecho administrativo que penal, según la más avanzada teoría, contrario a lo que sucedía hace relativamente poco tiempo que la consideraba no sólo una especialidad penal, sino una dependencia de este. Se está hablando de la década de los años 80.

La anterior concepción se deriva del hecho de ser la ciencia penal una disciplina autónoma, con características bien definidas, que utiliza sus propios materiales e instituciones para cimentar su categoría y en cambio, la disciplina sancionatoria administrativa, además de ser una enseñanza novel, construye su propia metodología y doctrina con postulados penalistas. Estas circunstancias, tal como antes se dijo, no implican subordinación o dependencia que aminoren las legítimas pretensiones autonomistas del emergente derecho, pero le resiente un tanto su autenticidad y cohesión.

Por lo demás, el derecho administrativo sancionador tiene un escalafón valorativo de sanciones diferentes al utilizado por el derecho penal. En este, la privación de la libertad es la pena más socorrida y casi única en la escala de dosificación diseñada por la ley. En el administrativo está proscrita por la Constitución.

La diferencia principal entre las sanciones que imponen ambos órdenes estriba en que para el administrativo está vetada la privación de libertad, que es de fuero

exclusivo de la norma penal. La mayor gravedad de la pena en materia penal se debe a que los bienes jurídicos que tutela este ordenamiento son más importantes para la sociedad y el Estado que los protegidos por el derecho Administrativo, de manera que necesitan una intervención más eficaz y agresiva. Para explicarlo mejor, las penas administrativas son más leves porque la función de la norma que las origina es disciplinar a sus dependientes y corregir a los administrados infractores, como una forma de asegurar el cumplimiento de los fines estatales. En cambio, las sanciones penales son más graves porque la función de la norma penal es protectora y motivadora, es decir busca la sumisión de los ciudadanos al estado mediante el respeto al ordenamiento jurídico, lo que se logra mediante fines preventivo generales, esto es intimidando al ciudadano con la pena privativa de libertad para que no cometa delitos y, al mismo tiempo, educándolo en el ejercicio de sus derechos dentro de un estado social y democrático de derecho. De allí que una simple sanción administrativa no sería suficiente para cumplir estos propósitos, por lo que el Estado recurre al derecho penal para castigar y lograr su cometido final, la paz social.

El principio del debido proceso, que en el ámbito del procedimiento administrativo constituye una prolongación del derecho de defensa en juicio plasmado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, o como garantía incluida en el artículo 33 de la Carta Magna, surgió luego de la Revolución Francesa, afianzando los derechos del individuo frente al Estado, recibiendo amplia consagración en los ordenamientos constitucionales republicanos, y consecuencia de otro gran principio -del mismo origen- como es la presunción de inocencia de todo imputado de un delito.

De todas formas, este principio significa que aquella persona que presuntamente haya cometido una falta pasible de sanción, goce de la posibilidad de un debido proceso, que garantice el ejercicio de todos los derechos constitucionalmente reconocidos.

Por otra parte el repertorio de los ilícitos que el administrativo sancionador contempla, tiene un sin número de categorías, campos y variedades tales que sorprenden la imaginación por su considerable y nutrida abundancia. No tienen catálogo específico. En cambio la tabla de los delitos es fácilmente cuantificable y se localiza en el código penal.

De otro lado, la descripción normativa de los delitos tiene técnicas

jurídicas que exigen la tipificación exacta del acto transgresional, ajena a lineamientos generales. La pena correspondiente, que tiene carácter represivo, se fija de inmediato entre un máximo y un mínimo.

En el derecho sancionatorio administrativo se utiliza la prohibición, el mandato, la observancia, el cumplimiento de determinadas obligaciones, para luego tipificar como ilícito el desobedecimiento a las mismas o el desconocimiento a dichas especificaciones.

De todas formas es de anotar que en el derecho sancionatorio administrativo las disposiciones modulares del ilícito se estructuran con frases “advertivas”²⁵, con patrones de prevención a quienes violen los deberes, o a quienes vulneren las prohibiciones y a quienes no cumplan con ciertas obligaciones, etc.

El Código Penal no utiliza las advertencias. No echa mano de las prohibiciones. No se prohíbe matar ni hurtar. Pero se castiga a quien mate o hurte.

El delito está conectado con la lesión al bien jurídico protegido.

El ilícito administrativo está ligado con el incumplimiento y la desobediencia, independientemente con la lesión que se causa, aunque no pasa al descuido el bien jurídico lesionado.

En el derecho penal el bien jurídico debe estar plenamente identificado.

En el derecho administrativo sancionador el bien jurídico no tiene la rigidez de la especificidad individual, puede ser el bien jurídico general, el colectivo o público, el de la comunidad.

El derecho penal es represivo.

El administrativo sancionador es preventivo y sus cláusulas son “advertivas”.

El derecho administrativo sancionador es administrativo y es penal.

El derecho penal es único, es criminal.

El derecho sancionador administrativo es tributario del penal.

²⁵ El término no es muy ajustado al rigor lingüístico, pero revela la exacta dimensión que sugiere el vocablo.

Dentro del derecho penal no se albergan principios distintos a los de su propia naturaleza.

En el derecho sancionatorio administrativo tienen cabida los principios reguladores de los derechos fundamentalmente propios del área penal.

El derecho administrativo sancionatorio tiene en su catálogo infraccional conductas que subvierten el orden administrativo de carácter jurídico, castiga el desconocimiento a su normativa administrativa. Por eso se dice que las faltas administrativas son las llamadas faltas de cooperación con la administración.

El derecho penal censura los actos y las omisiones que tienen carácter penal.

El derecho administrativo sancionador no está codificado. Tampoco existe unidad procedimental sancionatoria.

El derecho penal está codificado y su área procesal también lo está.

En el derecho penal son los jueces y magistrados los encargados de su aplicación. El componente global de sus funcionarios competentes es bien reducida.

En el sancionatorio de la administración, son los funcionarios de esta categoría, adscritos a sus diversos órganos, los componentes para conocer y fallar al ilícito. La competencia está distribuida en un muy crecido y abundante número de funcionarios.

En el derecho penal una vez dictada la sentencia definitiva no procede la revisión ante funcionario que no sea judicial.

En el derecho sancionatorio, la decisión administrativa está sujeta a la revisión jurisdiccional del contencioso administrativo.

En el derecho penal la figura del dolo juega papel de primer orden, es uno de los personajes del entorno delictual.

En el derecho sancionatorio de la administración la culpa es la protagonista (alcanza con ella). El dolo es irrelevante.

En el derecho penal la personalidad del infractor es factor vital de la

sanción.

En el derecho administrativo sancionador la individualidad del autor es indiferente.²⁶

II b) Desemejanzas entre uno y otro ámbito del derecho:

Continuando con el análisis del distanciamiento jurídico entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo podemos decir que las desemejanzas entre ambas disciplinas son tanto materiales (la Administración no podrá imponer pena privativa de libertad) como formales (como la diferencia de competencia o procedimiento).

En este sentido, como disciplina autónoma, resulta necesario que el derecho administrativo sancionador adquiera independencia y perfil propio.

Una de las razones fundamentales de la distinción entre una y otra rama del derecho se encuentra en que en el derecho penal sanciona el juez y en el sancionador el órgano administrativo.

Así, por una parte, el juez integra un poder del Estado, está investido de independencia e imparcialidad y es su función primordial el juzgamiento de los casos sometidos a su jurisdicción y por la otra, el órgano administrativo sanciona infracciones, se halla sujeto a instrucciones directas o indirectas del poder político y se encuentra unido, además de la potestad punitiva, por la reglamentaria y fiscalizadora.

En una primera aproximación, las desemejanzas más manifiestas son:

a) existencia de dos clases diferentes de normas, las penales y las administrativas; en las primeras se describen y castigan delitos y en las segundas, infracciones administrativas.

b) en el derecho penal se encomienda el castigo de los delitos a los jueces, mientras que en el derecho sancionador la imposición de sanciones corresponde a órganos administrativos cuyas decisiones están sujetas a un control judicial suficiente, análisis posterior que paradójicamente en ningún caso es realizado por un juez penal;

²⁶ OSSA ARBELAEZ, Jaime, Derecho administrativo sancionador - Una aproximación dogmática - Segunda Edición - Legis, Bs. As., 2009, p. 155/157.

c) existen procedimientos distintos: el procedimiento penal (judicial) y el sumarial (administrativo);

d) en cuanto a las sanciones, los jueces tienen el monopolio absoluto de las penas privativas de la libertad.

e) las normas penales se nuclean en torno al Código Penal, mientras que las infracciones administrativas están dispersas en todo el ordenamiento jurídico.

Las desemejanzas entre uno y otro ámbito del derecho fue expuesta por la CSJN en estos términos: “las sanciones que el Banco Central puede aplicar de acuerdo al art. 32 de la Ley de Bancos tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza represiva del Código Penal.”²⁷

También afirmó reiteradamente que “las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha, ni el poder ordinario de imponer penas”, ya que “no es de la esencia de las sanciones disciplinarias que se impongan las reglas del derecho penal, ya que éstas no participan de las medidas represivas del Código Penal...”²⁸

En ese mismo sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en sentencia del 19/2/1998²⁹, sostuvo que los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al derecho disciplinario en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y subsistencia existentes entre ambas ramas del derecho, expresando al respecto que “el ejercicio de la potestad sancionadora es administración y el de la potestad criminal es justicia...debiendo puntualizarse que aquélla no tiene el rigor ni la inflexibilidad de las normas del derecho penal sustantivo...” y que “...no es de su esencia que se apliquen las reglas del derecho penal, ni se requiere el dolo, ya que las sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión (Sala III, ‘Bunge Guerrico’ y ‘Banco Serrano Coop. Ltda.’ del 31/5/1984 y 15/10/1996, respectivamente, citado en el fallo).

Expresó René M. Goane³⁰ en materia de potestad sancionadora en el

²⁷ Conf. CSJN, 7/11/1969, ‘Banco Israelita del Río de la Plata’, ED, 29-552 y Fallos, 275:265; en igual sentido, CNFed.Cont. Adm., Sala II, 18/11/1976, en autos “Banco Tornquist S.A.”, e idéntico tribunal, Sala I, 5/10/1970, “Buata, Alfredo y otros c/ Banco Central de la República Argentina”.

²⁸ Conf. Fallos, 19:231 : 116

²⁹ CNFed. Cont. Adm., Sala II, 19/2/198, en ‘Banco Alas Cooperativo Limitado (en liquidación) y otros c/ Banco Central de la República Argentina. Resol. 154/9’.

³⁰ Vocal Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

empleo público, que “...la naturaleza jurídica del poder disciplinario, es administrativa, porque tal es la del deber cuyo incumplimiento determina su ejercicio:.. por ende, la sanción imputada a su incumplimiento no es de carácter penal, sino administrativa”.³¹

Como señala Alejandro Nieto: “La matización, en suma, no debe realizarse en la fase de aplicación del Derecho Penal al Derecho Administrativo sino en la fase de concreción del nivel constitucional al administrativo (y al penal). La aplicación que actualmente se viene realizando de principios y criterios del Derecho Penal es absolutamente incorrecta, aunque haya que aceptarla de manera transitoria mientras se van elaborando unos principios constitucionales punitivos, que todavía distan mucho de estar perfilados”³².

Agrega este autor que: I) existen dos clases de normas, unas describen y castigan unos ilícitos que se denominan delitos, y en las segundas se denominan infracciones administrativas -ello sin perjuicio de que eventualmente las normas penales aludan ocasionalmente a las infracciones administrativas, de la misma forma que las leyes administrativas se pueden remitir a delitos y faltas-; II) en unas y otras se encomienda el castigo de cada uno de estos grupos de ilícitos a órganos diferentes: delitos y faltas a tribunales penales, infracciones administrativas a los órganos administrativos, cuyas decisiones son recurribles ante órganos jurisdiccionales no penales; III) la represión ha de ajustarse a procedimientos distintos, según el tipo de ilícito de que se trate; IV) los castigos impuestos por los distintos órganos son también distintos -aunque en algunos casos materialmente coincidan-; V) los regímenes jurídicos son materialmente distintos para cada grupo de ilícitos (en materia de reincidencia, prescripción, dolo, etc.); VI) las normas penales son aceptablemente concretas y se nuclean en torno al Código Penal, no así las normas administrativas, que son incompletas y dispersas³³.

Capítulo III.

III a) La potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial. La potestad disciplinaria y las sanciones:

La potestad es un poder atribuido por la ley, que lo delimita y construye.

³¹ MALJAR Daniel E. - El Derecho Administrativo Sancionador, 1º Ed, Ad-Hoc, Bs As, 2004, p. 82/87.

³² NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 2º Ed, Tecnos, Madrid, 1994, p. 175.

³³ NIETO, *ob. cit.* p. 160/61.

Apodera y habilita a la Administración, para ejercer su acción³⁴. Por ende, no se genera en una relación jurídica, ni en pactos, negocios jurídicos, actos o hechos singulares, ni consiste en una pretensión particular como el derecho subjetivo; la potestad se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas y a la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos de “donde eventualmente puedan surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares”³⁵. Es decir, ocupa una situación preliminar respecto de la relación jurídica.

Por eso, frente a la potestad nadie está en una situación de deber u obligación, sino en una abstracta sujeción que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad y una eventual incidencia en la propia esfera jurídica. Los que están sometidos a la sujeción potestativa no son personas determinadas, sino el conjunto de ciudadanos³⁶. Por ser derivación de un status legal y no tener origen negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables.

La potestad disciplinaria, específicamente, encuentra su fundamento en la autoprotección de la organización administrativa, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con la Administración Pública. Ésta se protege a sí misma y a su orden interno. La imposición de las sanciones es en consecuencia una derivación lógica del poder de administrar. Sin embargo, si bien su finalidad primordial es la de asegurar el correcto funcionamiento administrativo, también lo es la naturaleza de la actividad que despliegan los funcionarios, pues las transgresiones legales en las que incurran trascienden la esfera de la organización y afectan a la sociedad.

Su ejercicio implica la utilización de poderes inherentes de la Administración Pública; la preexistencia de una relación de función pública; una conducta violatoria de deberes o prohibiciones por parte del agente que justifica el ejercicio de la facultad disciplinaria; y un fin: asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

En realidad, toda organización supone un marco de disciplina lo cual

³⁴ VILLAR PALASI, José, Principios de Derecho Administrativo T.II, UCM, Madrid, 1993, p. 17; De Esteban, J. y Gonzales-Trevijano, P., Curso de derecho constitucional, Ed. UC, Madrid, 1992, p. 93.

³⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, en curso de derecho administrativo, Civitas, Madrid 2000, p. 442.

³⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, op.cit., p.443. señala que la clasificación más importante de las potestades es la que distingue entre “innovativas” y “conservativas”. Las primeras traducen la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes, obligaciones, normas (ej. las potestades reglamentarias, de policía). Las segundas pueden dar lugar a la conservación y tutela de las mismas, sin modificarlas o extinguirlas (potestad certificante), p. 443/444.

implica la existencia de una facultad para preservarla.

Ahora bien, es indudable que las sanciones administrativas poseen naturaleza jurídica represiva y aunque se encuentran fuera del campo del derecho penal común, se considera la eventual aplicación analógica de los principios de esta rama del derecho.³⁷

Están alcanzadas por esos principios, pues tanto éste como el derecho administrativo sancionador son manifestaciones del poder punitivo del Estado y en consecuencia, en “ambos casos se autoriza al Estado a restringir derechos cuya titularidad corresponde a los particulares, en la medida en que se compruebe la comisión de un ilícito o de una infracción, según el caso”.³⁸

Por ello para que el ejercicio de estas facultades de contenido sancionador resulte válido, es necesario que se hayan respetado los principios y garantías constitucionales; entre ellas el debido proceso y la defensa en juicio.

III b) El procedimiento sumarial y el derecho de defensa:

El ejercicio de la potestad disciplinaria y en consecuencia la aplicación de una sanción, presupone un procedimiento administrativo como garantía del derecho de defensa.

Ésta es de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, de ahí que resulta indispensable que el sancionado haya sido notificado de la existencia del procedimiento que se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo.³⁹

En efecto, la Administración no puede sancionar sin previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la Constitución Nacional.

En el marco del procedimiento administrativo, el reconocimiento del debido proceso adjetivo, es la reglamentación procesal administrativa de la garantía de

³⁷ COMADIRA Julio R., Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, en Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Ediciones RAP; mayo 2001, p. 594.

³⁸ “Plácido Rita c/ GCBA Impugnación actos administrativos- CACAyTCBA, 6-2004; voto Dr. C. Balbín.

³⁹ Fallos: 308:191 y 316:2043.

defensa del artículo⁴⁰. Este derecho encuentra reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8.1.) y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos.⁴¹

La sustanciación del sumario administrativo disciplinario tiene por finalidad la aplicación de algunas de las sanciones previstas en la ley 25.164 (ley 22.140, artículo 30) suspensión en algunos casos, cesantía y exoneración).⁴²

Este sumario, es independiente de la causa penal que, eventualmente, se origine en los mismos hechos. Si bien la Administración no puede prescindir de las conclusiones a las que se arribe en el ámbito judicial; ella puede ejercer sus facultades disciplinarias por causas no involucradas en un proceso judicial y aplicar sanciones, por ejemplo, en resguardo de la moral, el decoro y el prestigio de su actividad. De allí que las resoluciones penales no pueden considerarse óbice para la aplicación de sanciones disciplinarias. Ello es conforme al artículo 34 de la Ley 25.164.⁴³

El Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobada por el decreto 467/99 (igual el decreto 1798/80) prevén dos etapas en la sustanciación del procedimiento sumarial: a) de investigación, que se inicia con la resolución que manda a iniciar el sumario y finaliza con su clausura; b) contradictoria, que se configura si hay sumariados, que se abre luego de la requisitoria, y consiste en conferir vista del informe del instructor para que el sumariado haga su descargo, ofrezca prueba y, en su caso, alegue.

a) En la etapa de investigación el instructor efectúa una tarea que le va a permitir emitir opinión sobre la existencia o inexistencia de una falta disciplinaria y de los eventuales responsables. De ahí que, goza de una amplia discrecionalidad para determinar las diligencias que deben cumplirse, la convocatoria de testigos, todo ello en pro de dilucidar los hechos.⁴⁴

La declaración del sumariado es la primera ocasión que tiene el agente

⁴⁰ COMADIRA Julio R., Ley de Procedimiento administrativo, anotada y comentada (colaboración Laura Monti), Edit. LL, Bs As 2002, p. 62.

⁴¹ En el ámbito nacional, el artículo 29 de la Ley 25.164 establece expresamente que “el personal comprendido en el ámbito de aplicación del presente régimen tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo, en los términos del artículo 1º inciso f) de la Ley 19.549 o la que la sustituya”.

⁴² Dictámenes 252:383 ; 253:456.

⁴³ Dictámenes 254:374.

⁴⁴ Dictámenes 241:298.

para ser oído, oportunidad en la que ejerce la denominada defensa material, consistente en refutar la incriminación y proponer diligencias para neutralizarla.

La no concurrencia, su silencio o negativa a declarar no hacen presunción en su contra, justamente porque está amparado por la garantía constitucional del artículo 18⁴⁵. b) Clausurada la fase investigativa, el instructor debe emitir un informe con el cual se inicia otra etapa, estrictamente contradictoria, en la que hay distintos plazos, algunos de los cuales pueden ampliarse y otros están supeditados al tiempo que insuma la producción de las pruebas.

En el régimen nacional, el artículo 108 del Decreto 467/99 establece los requisitos que debe contener el informe del instructor (artículo 83 del Decreto Nacional 1798/80). Es indudable que la finalidad que se persigue al fijar ese contenido, es la de posibilitar el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Ese informe se asimila a la acusación en un proceso penal; se ha entendido aplicable el criterio de la Corte Suprema en el sentido de que las garantías constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio exigen que la acusación contenga un detalle preciso de la conducta imputada, a efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como el de hacer valer todos los medios que conduzcan a su defensa conforme a las leyes de procedimientos.⁴⁶

La relación circunstanciada de los hechos obliga al sumariante a describir cada uno de los hechos investigados, apreciar la prueba producida según la sana crítica, los fundamentos que llevan a tener por acreditada la materialidad de la falta investigada y los agentes que han cometido la presunta irregularidad. La requisitoria para ser válida debe contener la doble determinación, objetiva y subjetiva, del objeto procesal.⁴⁷

Este requisito es esencial, en la medida que es característica de los

⁴⁵ Ver artículo 63 del Decreto 467/99. Respecto a esta etapa del procedimiento, coincidimos con García Pullés en el sentido de cuestionar la calidad de secreto de sumario hasta que el instructor dé por terminada la prueba. Ello surge del artículo 46 del RIA, y no parecería estar acorde con el principio del referido artículo 29 de la Ley 25.164. Es necesario que el sumariado esté informado de los hechos y cargos que se le imputan y las pruebas que existen al respecto y si bien -como señala el referido autor- algunas investigaciones exigen el secreto a efectos de evitar que se perjudiquen pruebas, ello no justifica que deba predicarse al secreto como regla o principio. Sí correspondería que la reglamentación autorizara al instructor a disponer el secreto del trámite, por un plazo determinado, si las circunstancias lo hacen necesario. Ver García Pullés Fernando, Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público, XXIX, Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ediciones RAP N° 309, p.353 y ss.

⁴⁶ Ver Boletín de Actualización-Dictámenes PTN Mayo-Junio, p. y ss.. Fallos 12:540.

⁴⁷ Dictamen 130:258.

regímenes disciplinarios la relativización de los principios del derecho penal, entre ellos de la tipicidad.

Es insoslayable que el imputado pueda comprender en forma clara la falta endilgada, las consecuencias de los hechos, para así encontrarse en condiciones para responder los cargos que se le formulan⁴⁸. Ésta es una etapa ampliamente contradictoria en la cual se produce la denominada defensa técnica, y puede concurrir con asistencia de letrado, tomar vista de las actuaciones -al cesar el secreto de la etapa de investigación- presentar su descargo, ofrecer prueba y alegar sobre su mérito concluyendo con un nuevo informe del instructor⁴⁹. El sumariado puede refutar los hechos que dieron origen al procedimiento administrativo, es decir dar su versión de lo sucedido, explicando y/o negando y ofreciendo la prueba en que sustenta su posición.

En cuanto a la instrucción del sumario administrativo previo ha sido materia de justiciabilidad, abordándose desde el punto de vista de la protección que emana del artículo 14 bis de la C.N., que garantiza “la protección contra del despido arbitrario” y la “estabilidad del empleado público”.

Reconocida jurisprudencia ha entendido que la garantía del debido proceso no se circunscribe al ámbito exclusivo del derecho penal; por lo que es deber de la Administración Pública encauzar su actuación en el marco de un procedimiento, con sujeción estricta a la ley y al Derecho, sin que pueda prescindir de las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico⁵⁰. La necesidad de que exista un procedimiento responde a la satisfacción de un derecho que asiste al sancionado a conocer las faltas que se le reprochan, a alegar sobre ellas y a producir su prueba. Éstos son requerimientos del debido proceso, garantizado por la CN. Pero también, desde otro ángulo, este procedimiento es imprescindible para el responsable de valorar dicha conducta y decidir la suerte del sumariado. De ahí que posibilita que los gobernados tomen conocimiento del actuar de sus funcionarios, tanto de los sancionados como de los sancionadores.⁵¹

Recordemos que las formas en el derecho administrativo, cumplen la función de garantía de los derechos de los administrados, como del orden, acierto,

⁴⁸ Dictámenes 152:262.

⁴⁹ Artículos 111, 113, 114, 115 y 117 del decreto 467/99. Si existe parte acusadora se le debe dar intervención (art. 109, del citado decreto). Boletín actualización-Dictámenes PTN, mar-abr/2004, p. 15.

⁵⁰ Causa Sotelo Teresa c/Instituto de Servicios Sociales Bancarios, del 24/02/98, Sala I CNFCA.

⁵¹ Fallos 314:1094-Voto Dr. Enrique Petracci.

justicia y legalidad que debe existir en la actividad administrativa.

Capítulo IV.

IV a) Los plazos de caducidad en el procedimiento disciplinario. Efectos de la demora en la tramitación del sumario:

El artículo 38 de la Ley 25.164 -Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional- establece que los plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada.

Esta norma ha dado lugar a que la Procuración del Tesoro de la Nación⁵² considere que esa disposición cercena la potestad disciplinaria de la Administración Pública. En virtud de ello y a fin de afianzar la justicia, para ese organismo asesor, la única solución posible -mientras no sea derogada- es que el Poder Ejecutivo no la aplique, pues existen razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad.

Con esa línea argumental, cabe entender que la caducidad de la instancia encuentra justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no puede constituir un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del caso. Es incluso contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional pues todo imputado -luego de un procedimiento tramitado en legal forma- necesita de un pronunciamiento que, defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y que ponga término, a la situación de incertidumbre.

El artículo 38 entonces aparece como un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, pues no se reglamenta razonablemente el derecho constitucional de la defensa en juicio del agente público. Pero además lo grave es que mediante esta norma se restringe la potestad disciplinaria de la Administración Pública, impidiéndose el ejercicio de una facultad inherente al poder administrador otorgada por la Constitución Nacional como es la de remover a sus empleados.

En modo alguno puede interpretarse que el legislador se ha referido a plazos perentorios e improrrogables, cuyo vencimiento pueda significar la extinción de la acción disciplinaria por no haberse dictado la resolución.

⁵² Dictámenes 241:626.

Es por ello que el plazo durante el cual el instructor debe llevar a cabo su investigación es ordenatorio, indicativo y no perentorio, por ello su vencimiento no determina la caducidad de la investigación aún no realizada.

La demora injustificada en la tramitación solo puede derivar en la responsabilidad del instructor, pero no la caducidad.⁵³

Este instituto, conforme a la Ley de procedimientos administrativos, procede en los procedimientos en los cuales no rige como regla el principio de oficialidad, es decir en aquellos cuya sustanciación depende del impulso de los administrados.

En ese sentido, el artículo 1º, inciso e, ap. 9 de la Ley 19.549, prevé que la caducidad no es aplicable a los procedimientos en los cuales la Administración considere que debe continuar por sus características o por estar comprometido el interés público.⁵⁴

El profesor COMADIRA, en oportunidad de desempeñarse como Síndico General de la Nación, tuvo ocasión de considerar este argumento y analizar que no resulta dudoso que "el interés público aparece comprometido cuando se imputa a un agente de la Administración el incumplimiento de sus deberes funcionales o la transgresión de prohibiciones propias de su estado, motivo por el cual el instituto de la caducidad del procedimiento administrativo es incompatible con los valores involucrados en la investigación disciplinaria". Agregó, que es irrazonable someter el procedimiento sumarial a la caducidad así como absurdo y dogmático, pues admitiendo el plazo se alteraría gravemente la potestad disciplinaria, como poder inherente a la organización administrativa.⁵⁵

Coincidiendo con estos criterios, una solución contraria acarrearía un perjuicio disvalioso tanto en lo que hace a la tramitación en sí, por la presión que se ejerce sobre el instructor, como por los resultados, pues el mero transcurso del tiempo tendría efectos exculpatorios.

Sin embargo, se entiende que siempre corresponderá analizar los supuestos especiales pues el ejercicio de una potestad y la necesidad de preservarla, no

⁵³ Dictámenes 241:626

⁵⁴ Coincide con el artículo 4º, última parte del Decreto 1752/72, Reglamento de la Ley 19.549.

⁵⁵ Resolución SIGEN N° 6/2003.

puede ir en desmedro del agente y del propio interés público que justamente se trata de proteger con la inaplicabilidad de aquel instituto. Y ello sucede cuando el procedimiento de ser una vía idónea para investigar los hechos y también ejercer el derecho de defensa, se convierte en un simple cúmulo desordenado de fojas que dilata la resolución del caso y en una carrera de obstáculos como lo ha indicado Escola⁵⁶. En definitiva, corresponde en materia del procedimiento disciplinario el análisis de si la caducidad debe ir acompañado de la eficiencia y eficacia.

Resulta oportuno traer a colación los principios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del reconocimiento del derecho a un proceso "dentro de un plazo razonable" previsto en la Convención Americana con fundamento, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que lleguen a traducir una privación y denegación de justicia. A pesar que la Convención no ha aclarado el alcance de la expresión "plazo razonable" existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia internacional que ha considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios: la complejidad del litigio; la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso.⁵⁷

IV b) Extinción de la Instrucción por vencimiento del plazo del artículo 93º del Decreto Nacional Nº 1798/1980 y la relevancia de los plazos y su consecuencia:

También existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia nacional, destacando las sentencias recaídas en la causas "Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resolución Nº 169/05" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las causas denominadas "Forneron" y "Furlan" de la Corte IDH, las cuales reconocen lisa y llanamente que los criterios sobre la extensión temporal de los Sumarios administrativos, se refieren a que haya existido una "duración razonable" y en ningún caso remiten a una caducidad estricta de los plazos establecidos en la normativa del sumario.

El 26 de Junio de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un pronunciamiento en la causa "Losicer, Jorge Alberto y otros c/BCRA - Resol. 169/05

⁵⁶ ESCOLA, Héctor, Tratado general de procedimiento administrativo, 2º Ed., Depalma, Bs As, 1981, p. 149.

⁵⁷ Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, in re "Gral Gallardo José Francisco".

expediente 105.666/86 -SUM FIN 708-” que sentó jurisprudencia respecto a la interpretación de “plazo razonable” para las actuaciones disciplinarias en el ámbito administrativo.

En el referido pronunciamiento el Alto Tribunal, entre sus considerandos, sostuvo:

Que pese a la dilatada tramitación del sumario administrativo -que se extendió hasta casi veinte años después de ocurridos los hechos supuestamente infraccionales detectados por el superintendente financiero- el plazo de prescripción no llegó a cumplirse debido a las interrupciones que se produjeron por diversas diligencias de procedimiento que tuvieron lugar, en cada caso, antes de que se completara el plazo legal de prescripción.

A todas luces el plazo que se ha tomado el BCRA para tramitar el sumario excede cualquier límite razonable. Es decir, ya no se trata de interpretar en el fondo, si la apertura a prueba fue válida, o idónea para impulsar el procedimiento, sino si, dentro del Estado de Derecho, la Administración puede mantener a los administrados en situación de incertidumbre, por un lapso tan prolongado, viendo conculcado así su derecho de defensa y su derecho al debido proceso. Así lo entendió la Corte cuando sostuvo que se impone señalar que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el artículo 8 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; y a su vez, el artículo 25 al consagrar la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Por lo dicho, el plazo razonable de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del artículo 8, constituye, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión.

Resulta indudablemente plausible el criterio sobre “plazo razonable”

sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Losicer”, para los sumarios que se sustancien en la Administración Pública.

En coincidencia con estos criterios, el artículo 127 del decreto 467/99, establece: “La instrucción de un sumario se sustanciará en un plazo de noventa (90) días, contados desde la fecha de notificación de la designación al instructor hasta la resolución de clausura a que se refiere el artículo 107, no computándose las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites, cuya duración no dependa de la actividad del instructor:

Dicho plazo podrá ser ampliado a juicio del superior cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen”.

Por su parte, y como ya se expusiera en párrafos anteriores, el artículo 93 del decreto 1798/80, establece: “La instrucción de un sumario se sustanciará en un plazo de noventa (90) días contados desde la fecha de notificación de la designación al instructor y hasta la resolución de clausura a que refiere el artículo 82.

Dicho plazo podrá ser ampliado a juicio del superior cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen.

Si la demora fuera injustificada, el superior deberá tomar las medidas conducentes para establecer la responsabilidad del instructor”.

Por las razones expuestas *ut supra*, igual situación ocurre en el proceso penal, el plazo procesal (o procedimental), para cumplir una actividad indispensable como la instructoria (de investigación) sólo puede ser meramente ordenatorio y no perentorio, con lo cual su vencimiento (o inobservancia) no determina la caducidad o extinción del deber o de la facultad no cubiertos en tiempo útil o no ejercitada.⁵⁸

Dijo la Procuración del Tesoro de la Nación que: “una demora sería injustificada cuando en el desarrollo del trámite se advierta un tiempo prolongado en el cual, no se realizó alguna actividad y:...la consecuencia prevista ante una demora injustificada es la destinada a establecer la responsabilidad del instructor, pero no la nulidad de los actos del procedimiento cumplidos”.

Asimismo tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, en

⁵⁸ D'ALBORA, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 23.984, Abeledo-Perrot, Bs A, 1999, p. 251 y 371.

distintos dictámenes;⁵⁹

“El artículo 38 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley N° 25.164, es inconstitucional y, por tanto, corresponde abstenerse de su aplicación. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Investigaciones Administrativas, el procedimiento administrativo disciplinario, una vez ordenado, quedaba a cargo de un instructor cuyo deber era dirigir e impulsar el procedimiento y, si bien se establecían plazos para que el sumariado tomara vista, el desarrollo posterior dependía del diligenciamiento de las pruebas ofrecidas no obstante el tiempo que ello insumiera, preservándose así el derecho a la defensa en juicio del agente público. En consecuencia, la previsión del artículo 38 en cuestión -en cuanto disponía que el procedimiento de investigación debía garantizar el derecho de defensa en juicio y establecer plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos que no podían exceder de los seis meses de cometido el hecho o conducta imputada- aparecía como un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, pues no reglamentaba razonablemente dicho derecho constitucional. Además, si bien el artículo 18 de la Constitución Nacional, consagratorio de ese derecho, requería la tramitación del juicio del modo más rápido posible, ello no podía conducir al cercenamiento del ejercicio del poder disciplinario de la Administración Pública frente a la falta disciplinaria de sus agentes”.

También tiene dicho ese alto órgano asesor “aún cuando pudiera considerarse excedido el plazo cumplido por el Instructor para investigar, dicho plazo es ordenatorio y no perentorio, de modo que su vencimiento no determina la caducidad de la investigación aún no realizada, y de la demora injustificada del instructor se puede derivar su responsabilidad, pero no la nulidad de los actos del procedimiento ya cumplido.”⁶⁰

“Los términos ordenatorios o meramente conminatorios, son aquellos cuya violación por cumplimiento inoportuno del acto no da paso a sanción procesal alguna ... Su vencimiento no produce caducidad del poder dejado de ejercitar por el órgano o sujeto del acto.

La denominación de estos términos proviene de la circunstancia de estar establecidos para proveer a la regular marcha del procedimiento, previniendo la demora

⁵⁹Dictámenes 241:198.

⁶⁰Conforme dictámenes 249:635

negligente, o si se quiere intencionada, de los intervinientes en el proceso. De aquí que si bien no producen decadencia, los infractores pueden ser pasibles de sanciones de tipo penal o disciplinario, muchas de estas previstas expresamente en los códigos procesales penales...”.⁶¹

CAPITULO V.

V a) El Principio de verdad material:

Según este principio, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cual aquélla y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes.⁶²

La mención de la verdad jurídica objetiva como fin de la actividad instructoria de la Administración está expresamente contenida en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549, (artículo 1º, inciso f), apartado 2) y en el Reglamento Nacional de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72, (artículo 48). Ella se desprende, asimismo, de la cláusula legal que permite incluir como objeto del acto administrativo a las peticiones no propuestas (artículo 7º, inciso c, Ley 19.549) y de diversas disposiciones reglamentarias que otorgan facultades instructorias amplias a la autoridad administrativa (v. gr. Artículos 46, 48 y 78 del reglamento 1759/72).

Es que lo que todo procedimiento administrativo procura es hacer honor a la verdad, que es única y objetiva, constituyendo el reflejo de una realidad ajena a las apetencias personales, de las que no dependen, y lleva en sí misma la pauta cierta, a partir de la cual deberán deducirse las consecuencias jurídicas que de ella derivan.

En el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial civil, el órgano estatal no tiene por misión resolver un conflicto entre partes, motivo por el cual las limitaciones que a la potestad jurisdiccional del juez le impone el accionar procesal de aquéllas no resultan aplicables al órgano administrativo.⁶³

⁶¹ SARRABAYROUSE, Eugenio C. “La duración razonable del proceso penal y la distinción entre los plazos ordenatorios y perentorios” - Revista UCES JURIDICA- p. 221/222.

⁶² ESCOLA, Tratado general...cit. p. 126.

⁶³ BERTOLINO, Pedro J. ha recordado, con cita de jurisprudencia de la CSJN, la necesidad de compatibilizar la “verdad jurídica objetiva” con el instituto de la negligencia, en tanto éste impide al juez exceder los límites en que quedó trabada la contienda y modificar por ende, sus peticiones y contestaciones (*La verdad jurídica objetiva*, Buenos Aires, 1990, p. 85).

Este debe, por ende, adecuar su accionar a la verdad jurídica objetiva y superar incluso con su actuación oficiosa, las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes, deliberadamente o no.⁶⁴

Éste es un principio general válido para toda clase de procedimiento administrativo, sea éste constitutivo o impugnativo, aún cuando en este último resulte más clara su configuración en atención a la similitud que él guarda con el procedimiento judicial civil.

V b) El alcance del principio de verdad

material en el procedimiento administrativo:

El ordenamiento jurídico está formado tanto por normas específicas como por principios generales, no obstante la viva y abierta polémica científica acerca del origen, el alcance, la estructura y la función que estos últimos desempeñan en el ordenamiento; debate en el que toman protagonismo la doctrina científica y la jurisprudencia.⁶⁵

Todo principio tiene por objeto interpretar, fundamentar e integrar la juridicidad vigente, con el objeto de resolver las cuestiones dentro del contexto del orden jurídico.⁶⁶

En la actualidad, los principios generales del derecho de validez universal comprenden, entre otros, al debido proceso legal, su parte sustantiva o garantía de razonabilidad, la proporcionalidad, la eficacia, la eficiencia, la equidad, la

⁶⁴ Puede verse invocado el principio de la verdad material en diversos dictámenes de la PTN. Así, por ejemplo, en Dictámenes 86:285 ; 87:142 ; 91:209 ; 114:180 y 203:47 ; 204:61. Asimismo, la CSJN ha tenido ocasión de establecer que ni en la órbita judicial ni el ámbito administrativo es dable conducir los procesos en términos puramente sacramentales, con desmedro de la verdad jurídica objetiva (“Resguardo CIA de Seguros SA”, 27/12/1958, JA, 1990-III-443). En realidad, la formulación del Alto Tribunal es defectuosa, porque el principio de la verdad jurídica objetiva no puede asumir iguales alcances en el proceso (civil) y administrativo. En el primero, la garantía de igualdad, insoslayable en el marco de una actuación estatal orientada a la resolución del conflicto, impide suplir la negligencia de las partes. En el segundo, aún en los casos de aparente conflicto, su télesis esencial no es su resolución, sino la obtención de la decisión más conveniente al bien común. La Cám. Nac. Cont.-Adm. Fed. ha sostenido que es de base constitucional la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva e impedir, por lo tanto, su ocultamiento formal, como exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 C.N., agregando que ese deber que pesa en primer lugar sobre los jueces, se extiende a la Administración Pública y a sus integrantes, en virtud de lo dispuesto por el art. 1º inciso f), ap. 2, ley 19.549 (Sala IV, 2/3/2000, “Tres Ases S.A.”).

⁶⁵ LEGUINA VILLA, Jesús, “Principios generales del derecho y Constitución”, en Revista de Administración Pública, Madrid N°114, septiembre-diciembre 1987, pag. 170.

⁶⁶ SESIN, Domingo J., El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas, en Cuestiones de Procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2000, pag. 68d.

imparcialidad, la audiencia previa, la desviación de poder, la seguridad jurídica, la cláusula *rebús sic stantibus*, la buena fe, la confianza legítima, el deber de actuar con diligencia, la prudencia.⁶⁷

Es decir que aquellos principios que tradicionalmente eran analizados en el marco del procedimiento administrativo, tienen un carácter general y rango superior, tal el caso de la verdad material, oficialidad, o impulsión de oficio, celeridad, gratuidad y eficiencia, previstos en la legislación nacional.⁶⁸

Por ello, corresponde referirse a principios generales del derecho, algunos de los cuales revisten ciertas particularidades cuando se los predica del procedimiento administrativo. Así, desde la noción misma de la juridicidad se insertan la razonabilidad, la transparencia, el acceso a la información, la participación ciudadana, la buena fe, la seguridad jurídica, que lo afectan directamente y cuya omisión apareja su nulidad.

V c) La relación con la oficialidad, el informalismo a favor del administrado y la celeridad:

Ya no se duda acerca de la imposibilidad que existe si se pretende escindir la verdad material de los principios de transparencia pública y dentro de ella del acceso a la información y la participación. Y ello porque en mayor o en menor medida, todos los principios generales encuentran puntos en común y se relacionan, esquema que cobra mayor virtualidad en el ámbito del control de la actividad administrativa y de los derechos del particular.

Con esa advertencia, vale recordar el tradicional enfoque de la aplicación regular de los principios de instrucción e informalismo y su proyección, en forma directa, sobre el logro de la verdad material.

⁶⁷ GORDILLO, Agustín A., introducción al derecho, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 9-10.

⁶⁸ Entre otro, puede verse: Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1984; Rivero, Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo”, en Revista de Administración Pública, Madrid, N° 6, septiembre-diciembre 1951; Prieto Sanchos, Luis, Sobre principios y normas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; García de Enterría Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, en Revista de Administración Pública, Madrid N° 20, mayo-agosto 1956; González Pérez, Jesús, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, Real academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; Clavero Arévalo, Manuel Francisco, “La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, en Revista de Administración Pública, Madrid, N° 7, enero-abril 1952; Vigo, Rodolfo, Los principios jurídicos, Buenos Aires, Depalma, 2000; Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad. El control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

Como lo enseñara Fiorini, la impulsión de oficio cumple el objeto de determinar la verdad administrativa, aplicarla y ejecutarla, tratando de satisfacer con eficacia los intereses públicos, respetando las situaciones particulares de los administrados, por eso se les denomina colaboradores con exclusión del procedimiento administrativo sancionatorio.⁶⁹

El vínculo entre ambos principios también ha sido puesto de manifiesto por la justicia en variadas causas. Por ejemplo en el ámbito del empleo público y frente al reclamo de un agente público, por daños y perjuicios, tanto morales como materiales, por tres circunstancias correspondientes a su relación laboral con un organismo: 1) que habiéndose presentado para el retiro voluntario, éste nunca fue ni denegado ni aceptado mediante acto administrativo; 2) por el pase del actor, de su lugar originario de trabajo a otro destino lo que le provocó “un evidente y gravoso detrimento en su carrera laboral”; 3) porque dejó de percibir la asignación del suplemento por función de cargo al disponerse su pase.

Allí, el Tribunal señaló que la impulsión de oficio y la verdad material son principios básicos del procedimiento administrativo “por lo que, si el actor no impulsó debidamente las actuaciones administrativas era obligación de la administración”.⁷⁰

En cuanto al informalismo, la elasticidad de las normas de procedimiento sólo puede ser invocado por el administrado, es decir no puede ser empleado por la Administración para dejar de cumplir con las normas, ni para eludir el debido proceso.

Nada tiene que ver con la discrecionalidad de la Administración, ni se está en presencia de una excesiva generosidad para el particular. “el beneficio para el particular sólo aparecerá precisamente con la existencia de un estricto procedimiento que fije reglamentamente y cumpla las obligaciones de la administración”⁷¹.

La vigencia del informalismo, garantiza que se eviten incurrir en exceso rituales que conduzcan también al desconocimiento de la verdad jurídica objetiva. Si priva en el procedimiento la verdad material por sobre la verdad formal, será necesario

⁶⁹ FIORINI, Bartolomé, Procedimiento recursivo y recurso jerárquico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, pag. 58.

⁷⁰ CNACAF - SALA V, “Lafuente José c/ EN-CNEA - Disp. 22/01 – Dto. 250/01 s/daños y perjuicios” del 16/12/2009.

⁷¹ GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, T.2, 9na. Edición, FDA, Buenos Aires, 2009 IX-30/31 y sus notas 133 y 134.

para el esclarecimiento de aquella verdad un criterio de amplitud con aplicación de este principio.

Por último, agregamos que para el logro del principio comentado, es imprescindible cumplir con el principio de celeridad. No se trata de identificarlo con apresuramiento⁷² sino de que la mora en la tramitación de un procedimiento no cercene el derecho de defensa, ni impida conocer a su debido tiempo, la realidad de los hechos.

La obtención de la verdad material debe ir acompañada de una actuación temporalmente adecuada, es decir coherente con los plazos que la resolución del caso exige.

V d) Consecuencias del principio de verdad

material:

Pueden mencionarse:

1. Carece de valor que en el procedimiento administrativo el interesado, por conveniencia personal, acepte como real un hecho o circunstancia que no sucedió o que omita mencionar situaciones fácticas que efectivamente se produjeron, pues es la Administración la que debe esclarecer hechos, circunstancias y condiciones, precisándolos para luego decidir conforme a ello.

2. La vigencia del principio no permite hacer caso omiso a las constancias probatorias, aun cuando hayan sido presentadas extemporáneamente y en especial obsta a que se impongan sanciones, sin acreditarse los extremos requeridos por la norma legal, para su aplicación.⁷³

3. Si los elementos de juicio existentes en la causa resultan insuficientes para demostrar los hechos controvertidos, el organismo administrativo debe arbitrar los medios conducentes para la solución del caso. Con ese criterio, los organismos previsionales no son parte contraria, ni con intereses contrapuestos a los de los administrados, sino órganos de contralor y aplicación de la legislación de Seguridad Social, para el cumplimiento de la verdad material en cada supuesto particular.⁷⁴

⁷² COMADIRA, Julio R., Procedimientos administrativos, ley nacional de procedimientos administrativos anotada y comentada, con la colaboración de Laura Monti, La Ley, Buenos Aires, 2002, pags. 65.

⁷³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, "Loggio, Horacio A. c/ Provincia de Mendoza", del 27-3-2006.

⁷⁴ CSJN, Sala II, "Castro, Juan Luis c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ Seguridad Social", 31-10-1989.

4. La reapertura de un procedimiento también es una obligación que surge de este principio, que debe imponerse sobre obstáculos de carácter procedimental, aun cuando no debe entenderse como una vía abierta para repetir intentos frustrados.⁷⁵

5. La revocación del acto irregular (Artículo 17 de la Ley N° 19.549) es una obligación con sustento tanto en el principio de legalidad objetiva y como el de verdad material y así lo ha entendido la Procuración del Tesoro de la Nación.⁷⁶

6. La denuncia de ilegitimidad es un remedio cuyo fundamento radica en la vigencia de la juridicidad y la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados⁷⁷, que traduce la prevalencia de la verdad objetiva. Esta figura encuentra sustento “en el interés que tiene el Estado de velar por el principio de legitimidad de sus propios actos, correspondiendo a la Administración agotar de oficio, los medios de prueba a su alcance para el correcto esclarecimiento de la situación que se plantee, en consideración al principio de verdad material que rige el procedimiento administrativo”.⁷⁸

7. La Procuración del Tesoro de la Nación entiende que la inexistencia de la obligación de la Administración de dar tratamiento a las simples peticiones o denuncias, no es óbice para que ello ocurra en aras de salvaguardar el principio de legalidad y el de verdad material que rige en el procedimiento administrativo y en el accionar del Estado en su conjunto.⁷⁹

8. Se proyecta en el elemento causa del acto administrativo y en el objeto. En cuanto a este elemento y la posibilidad de incluir en el acto peticiones no propuestas por los interesados, se ha justificado la admisión de la *reformatio in pejus* en el procedimiento administrativo, sin perjuicio del respeto por los derechos adquiridos.⁸⁰

9. La primacía de este principio tiene base constitucional, lo que implica que debe impedirse su ocultamiento formal.⁸¹

10. Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos reales, aunque

⁷⁵ CNSS, Sala III., “Guzmán, Manuel Eduardo c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ Seguridad Social”, 16-6-1992.

⁷⁶ PTN, *Dictámenes*: 215:189, 221:124.

⁷⁷ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Ley de procedimientos administrativos...*p. 72.

⁷⁸ PTN, Dictamen N° 451/2002, del 8-11-2002.

⁷⁹ PTN, Dictamen N° 151/2003, del 11-3-2003.

⁸⁰ Adhieren a esta posición Fiorini, Escola, Comadira y Hutchinson. En contra, Marienhoff y Gordillo, Comadira Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

⁸¹ CNACAF – Sala IV, “Tres Ases S.A.” del 02/03/00.

ello resulte de una falta de información no subsanada por el particular, este principio lleva a igual conclusión: el acto que no se ajusta a la verdad de los hechos es nulo.⁸²

V e) Verdad material y buena fe.

La verdad material en su aplicación concreta, supone la buena fe de la Administración en todo el desarrollo del procedimiento administrativo.

Buena fe significa que el hombre cree y confía en que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales; los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales. El juez, al dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera asignado a la declaración una persona honorable y correcta.⁸³

Considerando que la interpretación de los actos jurídicos consiste en desentrañar la voluntad de las partes a través del prisma de su declaración, destacada doctrina civilista argentina analiza la buena fe como el principio fundamental que debe presidir aquella tarea (con sustento en el Artículo 961 del Código Civil y Comercial).⁸⁴

Ello se complementa con el principio que veda el ejercicio anti funcional de los derechos, el que debe aplicarse de conformidad con el espíritu de cada negocio contractual y con los fines que se persiguen (la figura del abuso de derecho).

Sin perjuicio de que los estudios del derecho privado han servido al derecho administrativo, lo cierto es que hacer referencia a la buena fe es aludir a un principio que informa y fundamenta todo el ordenamiento jurídico, que sirve a la tarea interpretativa cumpliendo una función integradora con las normas positivas. Es uno de los soportes centrales de todo el sistema normativo.⁸⁵

En lo que nos interesa, su aplicación concreta demanda conductas leales y honestas en todos los negocios jurídicos, incluyendo por lo tanto las que entabla el Estado. Específicamente, implica el cumplimiento de las obligaciones pactadas y la valoración de la conducta que se espera de una persona normal que actúa con lealtad.

Está enraizada en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra

⁸² GORDILLO Agustín, Tratado de derecho administrativo, T.4, FDA, Buenos Aires, 2010, p. VII-3.—

⁸³ BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil, T.II, Bs As, Abeledo Perrot, 1996, p. 130-131.

⁸⁴ Artículo 961.- Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

⁸⁵ CASSAGNE Juan Carlos. El contrato administrativo, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pag. 126.

cultura, y una de sus derivaciones el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros. Así, el ejercicio de todo derecho debe tener lugar dentro de los límites impuestos por dicho principio, traspasados los cuales aquél deviene abusivo y, por ende, no resulta amparado por la Justicia.⁸⁶

Por todo ello, en el marco del procedimiento administrativo este principio de buena fe, está contenido en la verdad material.

La persecución de la realidad implica por parte de la Administración, actuar en forma coherente, correcta y con diligencia. Es decir hacerlo con buena fe. La “verdad” es en sí misma implica conformidad de lo que se dice con lo que se piensa o siente, por lo tanto cuando de ella se predica “lo material”, lo objetivo”, su búsqueda obliga a la Administración a hacer uso de todos los medios tendientes a obtenerla; y ello con honradez, rectitud, sin conductas contradictorias.

En síntesis, la buena fe es un presupuesto de la verdad material.⁸⁷

La doctrina también ha aceptado que el límite del poder discrecional opera en la órbita de la buena fe, es decir que ésta constituye, sin duda, un criterio que debe tenerse en cuenta para enjuiciar la actividad de la administración y en forma tan relevante que no es desacertado predicar la nulidad del acto cuando la administración se ha desviado de esta pauta.

Realmente se trata de un control que está formalmente previsto en la Carta Magna y que también resulta de los principios que siempre ha planteado la jurisprudencia y sobre los cuales se extienden las enseñanzas del derecho y la doctrina, como modelo del obrar administrativo, pues la actuación del Estado debe estar regida por el acatamiento al ordenamiento jurídico positivo y a las normas del derecho, a sus reglas generales, a la filosofía de la estructura organizativa que pregonan la moral y eficiencia de la administración en general.

El artículo 83 de la Constitución Nacional privilegia la actuación de las autoridades con presunción a la buena fe.

⁸⁶ CSJN, Fallos: 325:1787 ; 326:304 (disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O' Connor, Antonio BOGGIANO, Guillermo A. F. López), “Aguas Cordobesas c/ Provincia de Córdoba”, TSJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, del14-10-2005.

⁸⁷IVANEGA, Miriam M., cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa, RAP, Buenos Aires, 2010, capítulos II y III. Pags. 211/214. Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

La tesis que plantea el criterio de la buena fe para gobernar las actuaciones de la administración encuentra también sus detractores. Bajo las apreciaciones de que las partes que entran en juego en la relación jurídico-administrativa son diferentes de las que rigen las jurídico-económicas de los particulares, de que el principio de legalidad subsume al de la buena fe y de que los mismos intereses entre estas y los de los asociados son disímiles, también fortalece y dinamiza el concepto de administración y transparencia de su ejercicio.

La posición institucional de que la administración es diferente a la de las personas privadas se debe más que todo a la necesidad de que aquella sirva intereses públicos o generales, lo cual no excluye la aplicación del principio de la buena fe sino que exige aún más su real vigencia. En la administración los hombres atienden la gestión del ente público y precisamente por ello no existe ninguna barrera con entidad suficiente para crear dos mundos irreconciliables. Cada uno en su esfera, cada uno en su diferente posición institucional, están sujetos a unos mismos principios. Los administrados en sus relaciones entre sí y la administración con componente humano que la dirige.

Frente al argumento de que el principio de legalidad es el que rige la actuación administrativa, esto no impide que también tenga cabida la aplicación de la buena fe, pues, en últimas, la cobertura legal, *ab initio*, de la actuación administrativa no se agota, en modo alguno con ese solo postulado. Toda actuación debe estar sometida a la legalidad y no únicamente las que ejercen potestades típicamente discrecionales.

El principio de la buena fe constituye uno de los más preciados criterios a tener en cuenta cuando se trata de enjuiciar las actuaciones discrecionales.

Por manera que no queda duda alguna de que el supuesto de la buena fe tiene aplicación en el derecho privado y también en el ámbito del derecho público, particularmente en el administrativo. No es posible descartar este principio de especial significado ético y de gran contenido moral en la actuación administrativa., bajo raciocinios que desbordan el contenido teológico que se diseñó en la Constitución de 1994 para hacer de la administración una gestión ceñida a los postulados de la buena fe, tal como se inicia el capítulo 4º de la Constitución, en su Título II Sobre la protección y aplicación de los derechos.

Y es que, ciertamente, todas las personas tienen como obligación primordial la de conducirse de buena fe en el trato con los demás. Este parece que es el primer deber en todas las relaciones humanas y sin que la administración misma sea ajena a tal conducta.

Tanto los particulares como la administración pública deben dirigir su actuación dentro del severo marco de la rectitud y de la buena fe que implica el desarrollo de un comportamiento claro, de honestidad, de inequívoca vocación de lealtad y de fidelidad jurídica.

De otro lado, la noción de buena fe ha sido motivo de especulaciones en el ámbito del derecho público las que, en no pocas ocasiones, desdibujan su contenido en el terreno práctico. Sin embargo de ello deben fijarse algunas pautas que precisan su entorno constitucional y su verdadero desarrollo en el campo del derecho administrativo.

Como preceptiva general de derecho, la buena fe conforma uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico, aún con prescindencia de cualquier normativa positiva. “Es un principio general del derecho y no propiamente un principio lógico. Es en suma, un principio que hace parte de la base inmanente y mudable que determina la evolución jurídica, constituyéndose así en una idea fundamental e informadora de la organización jurídica de la Nación.

En el supuesto de que no hubiera sido positivizado, el postulado no deteriora su dinámica ni su autonomía e independencia. “Cuando un principio se positiviza, no pierde carácter principal, no se produce una transformación de esencia normativa que transforma un principio general de derecho en parte de la ley, seguirá siendo principio general de derecho y también norma jurídica de aplicación inmediata y no sólo en defecto de la ley o de la Costumbre”.⁸⁸

V f) Reflexiones sobre la aplicación del principio de verdad material en materia disciplinaria:

La verdad material tiene plena vigencia en estos procedimientos, como una forma integrante incluso del derecho de defensa. Más allá de los argumentos y pruebas aportadas por los sumariados y sin violentar las etapas procedimentales, la

⁸⁸OSSA ARBELAEZ, Jaime, Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática, segunda edición, Legis, Bs. As., 2009, p. 92/94.

Administración siempre debe enderezar la sustanciación en el marco de la juridicidad y tales principios la conforman.

La primera manifestación de este principio se presenta en la decisión de la instrucción sumarial. El objetivo prioritario de todo sumario es determinar la existencia de una falta disciplinaria y, partiendo del carácter subjetivo de ésta, establecer si existe un sujeto (agente público) involucrado, para luego evaluar si es posible de sanción y en su caso la magnitud de éste.⁸⁹

Por eso, coincidimos que dar inicio a este procedimiento especial permite esclarecer la comisión de un ilícito disciplinario y, en su caso, la “creación del acto administrativo que declarará al sujeto sometido, pasible o no de la sanción preestablecida”.⁹⁰

Durante todo el procedimiento disciplinario, debe prevalecer la búsqueda de la verdad real. La prueba es el único medio seguro de lograr la reconstrucción conceptual de los hechos, de modo comprobable y demostrable; la decisión que se adopte sólo podrá tener como ocurridos tales hechos o circunstancias, que se hubieran acreditado mediante pruebas objetivas.

Resultan también aplicables las consideraciones expuestas en relación al principio de impulso de oficio; justamente porque es el funcionario encargado de labrar las actuaciones sumariales, el que tiene la actividad esencial de investigar de oficio si los hechos que se le imputan al sumariado han sucedido o no y su autoría. Todo ello con independencia de la inactividad del agente involucrado.

De este modo, como la Administración debe acreditar la materialidad de los hechos, si bien el reconocimiento por parte del agente de la comisión de una falta, puede ser un elemento decisivo, *prima facie* no es el único, dado que al procedimiento administrativo se aplican los principios de la verdad material, impulso e instrucción de oficio. Todo ello refleja un rol activo de aquella en los procedimientos, por estar comprometido el interés público.⁹¹

⁸⁹IVANEGA Miriam M., cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa, RAP, Buenos Aires, 2010, capítulos II y III pgs. 214/217. Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

⁹⁰PTN, Dictámenes: 267:632; 262:125 ; 233:270.

⁹¹ CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires -Sala I- “Placido, Rita Celia c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos” - Expte. N/ 3981, del 11/06/04 (voto del Dr. Horacio Corti).

En ese entendimiento, debe hacerse lugar a la nulidad de un acto administrativo cuando existan razonables dudas de que se ha afectado la defensa del agente. “Tal garantía debe ser celosamente custodiada por la Instrucción, quien tiene que entender que su misión no es castigar sino encontrar la verdad, sea cual ésta fuere”.⁹²

Si bien excede los objetivos del presente analizar su incidencia en las diversas etapas de investigación, es importante destacar que en este tipo de procedimiento la verdad material es un principio fundamental a la hora de evaluar la existencia del vicio de exceso de punición. La persecución de la realidad, la demostración de los hechos verdaderamente acaecidos, suponen que el acto definitivo resulte suficientemente motivado, sea razonable y proporcionado en la relación falta-sanción.

Otro aspecto relevante en dicho ámbito, es el de la independencia suficiente, objetividad y neutralidad que debe asegurarse al abogado sumariante, a fin de llevar adelante todas las etapas de la investigación en la amplitud de la juridicidad.

Aquel principio sumado al debido proceso adjetivo son pilares en el procedimiento, obligando a que el funcionario a cargo de la instrucción, actúe en forma independiente. Esta exigencia tiene un especial significado, dado que el sumariante es también un agente público, y por ende puede estar expuesto a presiones que inciden negativamente en la actuación neutral que de él se pretende. De ahí, la necesidad de rodearlo de las suficientes garantías, para que ejerza su función en el marco de la transparencia pública.⁹³

CAPITULO VI

VI a) Conceptos y consideraciones de hecho y de derecho relacionadas con la temática propuesta:

⁹² SANCHEZ, Alberto, El sumario administrativo en la provincia de San Juan, Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1996, p. 57.

⁹³ IVANEGA, Míriam Mabel, El alcance de principio de verdad material en el procedimiento, Buenos Aires, 2012, pags. 214/217. Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

V b) Teoría de la Subsanación en el procedimiento disciplinario:

Las omisiones en las que se pudo incurrir durante el procedimiento administrativo, son -para la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación- salvables en la instancia judicial posterior.⁹⁴ La concreción de la garantía de defensa en una etapa posterior a la administrativa, ha dado lugar a que la justicia interpretara que si se configura alguna restricción resulta posible que posteriormente se subsane en el proceso judicial.⁹⁵

Esta teoría se basa específicamente en que es válido el desplazamiento del derecho de defensa a una etapa posterior a la resolución del caso, siempre que medie la posibilidad de atacar la resolución para hacer efectivo el ejercicio de ese derecho. El defecto es subsanable si el derecho de defensa puede ser ejercido en un recurso administrativo o judicial posterior. Con ese criterio, si en el sumario previo se presentaron vicios en algún aspecto concerniente al derecho de defensa, se encontrarán subsanados si posteriormente al tramitarse el recurso jerárquico se concedió la oportunidad de ejercerlo con amplitud.⁹⁶

La Corte ha estimado que no constituye violación a los procedimientos esenciales la falta de dictamen jurídico previo, sí el dictamen se emitió en oportunidad de interponerse recurso jerárquico. Esta es la tesis que surge del caso “Duperial”.⁹⁷

También nuestro Máximo Tribunal, entiende que el dictamen jurídico no resulta exigible si el acto favorece al administrado (caso “Cerámica San Lorenzo”).

Asimismo en el caso “Almagro de Somoza c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, la Corte entendió que si no se escucha previamente al particular en sede administrativa, también tal circunstancia podría sanearse en sede judicial. Es decir, si la Administración no observa el principio del debido proceso, esto también es subsanable.

⁹⁴ Fallos 258:031; 253:229.

⁹⁵ CSJN fallo del 28/4/2009 - Causa: Ramírez, A. vs. Estado Nacional – Secretaría de la Nación.

⁹⁶ Dictámenes 115:289; 242:19. Idem “Casullo A. c/ UBA-Resol. 136/98-” CNACAF-SALAII-02/03/2000.

⁹⁷ Fallos 301:953. La Cámara Contencioso Adm. Fed., ha seguido un temperamento similar en algunos fallos a saber: “Transportadora de Gas del Norte S.A.” del 20-11-1995, Sala V, y “Astilleros Fuegosinos S.A.” del 30-3-2005, Sala IV.

Un criterio similar ha sido seguido por la Procuración del Tesoro de la Nación⁹⁸, al sostener que si el derecho de defensa no se observa por un determinado órgano administrativo, la posibilidad de acceder a una instancia jerárquica superior operaría como un saneamiento de las deficiencias defensivas producidas en los órganos inferiores.

Asimismo la CSJN en fallos “Kusnir, Juan Enrique c. U.B.A” y “Caletti, Oberdan y otros”⁹⁹, entendió que el debido proceso para ser efectivo, debe ser ejercido con anterioridad a la sanción misma. De allí la necesidad del sumario previo.

Es diferente garantizar el debido proceso previo, que el acceso al control administrativo a través de la vía recursiva, pues son dos temáticas diferentes. En efecto, el recurso es una impugnación de un acto administrativo ante un órgano que obviamente se interpone a posteriori de la imposición de la sanción. Su objetivo es agotar la vía administrativa como paso previo a la judicial.

Ello armoniza con los principios del derecho disciplinario moderno, enmarcados en los postulados contenidos en las nuevas constituciones, que distinguen entre vía recursiva y descargo, o sumario previo, como dos garantías independientes e igualmente valiosas; la primera instituida para posibilitar el efectivo control de legalidad de la actividad administrativa y la segunda como concreción de la garantía constitucional del debido proceso legal. Así las cosas, la omisión de al menos un mero descargo, no puede en modo alguno considerarse suplicada por la posterior instancia recursiva.¹⁰⁰

Sin embargo, esta teoría no puede ser entendida en términos absolutos, ya que deben ponderarse en cada caso la entidad del perjuicio que pudo causarle al particular la omisión de algún requisito del acto y si ese perjuicio persiste luego de la pretendida subsanación. En definitiva, la facultad disciplinaria está sujeta a condicionamientos formales y sustanciales que impone el ordenamiento normativo.¹⁰¹

⁹⁸ Dictámenes 39:277; 123:308; 177:141; 190:163; 183:98, entre otros.

⁹⁹ Fallos 275:60; 275:50.

¹⁰⁰ En ese sentido ver “Rius Guillermo Clemente c/ Provincia de Córdoba s/ Contencioso Administrativo – Plena Jurisdicción – Recurso de Apelación – TS de Córdoba – 07/12/1999”.

¹⁰¹ Causa Rackauskas M. c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos, CACAyTCBA, Sala I, 12-2004.

VI c) Peligros que conlleva la teoría de la subsanación:

El profesor Julio R. COMADIRA, tiene dicho sobre la teoría de la subsanación que la defensa en sede administrativa ha generado, sin embargo, una cuestión ciertamente polémica y de gran importancia teórico-práctica en atención a su significación axiológica. Se refiere al efecto atribuible a la indefensión en aquella sede.

Ciertamente y en este sentido, no han faltado pronunciamientos del Alto Tribunal consagratorios de la, en opinión del Profesor COMADIRA, buena doctrina, esto es, la nulidad absoluta e insanable de toda actuación administrativa sustanciada en violación de la garantía constitucional de la defensa¹⁰². Existen, asimismo, sentencias ejemplares de algunas salas del fuero contencioso administrativo que así lo han establecido¹⁰³, y dictámenes de la Procuración que también han sentado el principio de la necesidad de oír al afectado y posibilitar su participación útil en el procedimiento, antes de la adopción de la resolución que lo afecte.

Sin perjuicio de ello, la Teoría de la subsanación parece estar destinada a no desaparecer, sea para purgar en la Justicia los vicios producidos en la actuación de la Administración, sea para aplicar igual remedio respecto de las instancias administrativas entre sí. El Poder Judicial, se inhibe, con esa jurisprudencia, de ejercer el papel docente y ejemplificador que en él debería hallar la autoridad administrativa.¹⁰⁴

Capítulo VII.

VII a) Presentación del caso:

El caso:

Un agente público, que se desempeñó como abogado del cuerpo de abogados de un ente autónomo de control externo, al cual se incorporó por haber

¹⁰² CSJN, 2/9/1976, "Ferrer Deheza, Miguel A. s/ recurso de apelación art. 117, dec-ley 17.245/67"; Fallos, 295:726, consids. 2º y 3º; CSJN, 17/4/1980, "Aguilar, Ricardo N.", Fallos, 302:283; CSJN, 30/8/1984, "Sudamericana de Intercambio y Nación Argentina (Min. Economía) s/daños y perjuicios", Fallos, 306:1138, consid. 5º; y CSJN, 13/8/1998, "Cedale", Fallos, 321:1970. Posteriormente, la CSJN, por adhesión al dictamen de la procuradora fiscal, consideró nulo el acto de prórroga de una medida de salvaguardia a la importación de calzado, dictado por el Min. Economía en violación del procedimiento aplicable (CSJN, 21/5/2002, "Adidas SA") CANDA, Fabiàn, "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación", ED, supl. Dcho. Administrativo, 28/6/02: comenta el fallo: '...la Corte se aparta de la teoría de la subsanación'.

¹⁰³ Cám. Nac. Cont.-Adm. Fed., 14/11/1989, sala III, "Carbone, Edgardo v. Conet s/amparo", consid. III, y más recientemente, sala IV, 30/12/199, "Uromar", JA, 2000-IV-668, entre muchos otros.

¹⁰⁴ COMADIRA, Julio R. Acto Adm.. Proc. Adm.. Otros Estudios. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, p. 17/19.

resultado ganador de un concurso, es cesanteado a los cinco años de su ingreso, por cuanto de una investigación llevada a cabo a través del correspondiente sumario, quedó demostrada la grave violación de las obligaciones y deberes que pesaban sobre el mismo, a partir de un intento de llevar a cabo una irregular adquisición de un inmueble de propiedad del Instituto de la Vivienda, estructurando una maniobra dolosa para engañar a un beneficiario de un plan habitacional, con el agravante que dicha persona se encontraba disminuida en sus capacidades por su avanzada edad y por una incipiente ceguera, además de utilizar a la víctima como medio para evadir las imposiciones de las normativas aplicables a tales fines.

La maniobra no llegó a concretarse, pero quedando en grado de tentativa, por la oportuna intervención de una tercera persona, que advirtiendo la maniobra, impidió que se concretara la trama perpetrada.

El Instituto de la Vivienda es un organismo controlado por el ente autónomo donde se desempeñaba el agente cesanteado.

Mediante las conductas verificadas por la instrucción sumarial, el agente ha violado, severamente, los deberes impuestos por el artículo 27, inciso b) de la Ley nacional N° 22.140, que establece el deber de “observar en el servicio y fuera de él, una conducta correcta, digna y decorosa acorde con la jerarquía y función”, máxime teniendo en cuenta su calificada formación como abogado integrante del cuerpo de abogados del ente autónomo en ese momento.

El sumario instruido y que derivó en la cesantía del agente, fue promovido a partir de una nota, remitida por el Fiscal de Estado, mediante la que puso en conocimiento del ente autónomo, un hecho verificado en un Expediente del Instituto de la Vivienda, en el que habría intervenido el agente quien se desempeñaba en el mencionado ente, Expediente que fue incorporado como prueba instrumental en la acción judicial laboral instaurada por el agente cesanteado.

En forma paralela, el Fiscal de Estado formuló la correspondiente denuncia penal por el hecho acaecido, dando origen a una causa Penal, que tramitó por ante la Justicia de Instrucción, causa en la que el agente cesanteado fue procesado por el delito de estafa en grado de tentativa -arts. 42 y 172 del C.P.- Esta denuncia penal fue incorporada en la acción judicial laboral como prueba instrumental.¹⁰⁵

¹⁰⁵ El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Tierra del Fuego, tiene dicho sobre el instituto del

En contra de dicho procesamiento, el agente cesanteado interpuso recurso de apelación, fundando su pretensión en que el hecho que se le imputó no constituyó delito y en orden a ello solicitó su absolución por falta de mérito.

La Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso interpuesto por el ex agente, disponiendo la revocación del auto de procesamiento y dictando su sobreseimiento, con el argumento principal de que el delito no llegó a perpetrarse, considerando como atenuante la circunstancia que el ex agente cesanteado se ocupó de reparar el daño causado, mediante el pago de un suma de dinero, suma que el beneficiario denunciante aceptó sin condicionamiento alguno.

El fundamento de la sentencia radicó en diferenciar lo resuelto en sede penal -que sobreseyó al accionante en orden al delito imputado- y lo decidido en el ámbito disciplinario, en donde se tuvo por cometida una falta grave por parte del ex agente, que ameritaba su cesantía en ese ámbito.

Puso de relieve que la decisión del juez de grado inferior se fundó en el principio de razonabilidad y proporcionalidad y el principio de exceso de punición, por cuanto el hecho que se le imputó al ex agente no llegó a concretarse, quedando en consecuencia en grado de tentativa y fundamentalmente a la circunstancia de que el denunciante en la causa penal incoada, prestó conformidad al ofrecimiento de reparación efectuado por el ex agente, consistente en el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral.

El instructor sumariante del ente autónomo tomó de la causa penal toda la información y probanzas producidas en ese marco, que se estimaron conducentes al esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación, que resultaran relevantes para la determinación de conductas pasibles de sanción disciplinaria. Ello, con total independencia de la suerte que corrieran las personas que fueran imputadas en la

auto de procesamiento que: “el auto de procesamiento constituye una etapa fundamental que debe llevarse a cabo en la coyuntura procesal prevista por el ordenamiento: supone una decisión sobre la situación legal del imputado y una valoración jurídica del hecho tematizado por la instrucción. Dice De Elía, a este propósito, que con el procesamiento se abre la posibilidad concreta de la elevación a juicio; es el puente que une el sumario -donde sólo hay imputados- con el juicio -donde hay procesados- (Carlos M. De Elía, “Manual de Derecho Procesal Penal”, T. II, ed. Librería El Foro, p. 91). Así, para la indagatoria basta la sospecha (art. 267 CPPPcial.) para individualizar al sujeto de la imputación; cuando se llega al procesamiento la sospecha se transforma en elemento de convicción. Propone una situación jurídica definida y califica el hecho desde la óptica del derecho sustancial, define la utilidad y pertinencia de la prueba que concurre en autos y el valor que esta tiene en cuanto a la futura actividad de las partes en tanto que acusación y defensa deberán concurrir a ella para apoyar sus respectivos argumentos”. (Superior Tribunal de Justicia, 24 de Septiembre de 1997, “Peralta, Víctor Daniel s/ lesiones y Amenazas”).

mencionada causa penal o su estado procesal, que tiene una finalidad claramente diversa del sumario instruido por el ente autónomo, excepto con relación a la posibilidad de agravar la sanción en caso de que el encartado resultara condenado en esa sede.

Las normas aplicables en la tramitación del sumario vienen dadas por el Reglamento de Investigaciones Administrativas - Decreto nacional N° 1798/1980¹⁰⁶. Si bien, el Reglamento de Investigaciones Administrativas N° 467/1999, del 5 de mayo de 1999 (B.O. del 13/5/99), derogó al Decreto nacional N° 1798/1980 y las partes pertinentes de los Decretos Nros. 1590/1967 y 1462/1994, continúa aplicándose el mencionado Decreto N° 1798/1980, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley nacional N° 23.775¹⁰⁷.

Similar situación ocurre con la Ley nacional N° 22.140 -Régimen Jurídico Básico de Función Público (RJBFP)-, vigente en Tierra del Fuego. Esta Ley fue derogada por la Ley nacional 25.164 -Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (LMREP)-, no obstante y por los motivos expuestos, continúa aplicándose la Ley 22.140 y su Decreto Reglamentario N° 1797/80.

La Ley nacional N° 23.775, en su artículo 14 sustenta la aplicabilidad del Decreto nacional N° 1798/1980; de la Ley nacional N° 22.140 y su Decreto Reglamentario N° 1797/80.

El artículo 14 de la citada Ley, dispone que las normas del territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur vigentes a la fecha de promulgación de la presente, mantendrán su validez en el nuevo estado, mientras no fueren derogadas o modificadas por la Constitución de la nueva provincia, la presente ley, o la Legislatura provincial, en cuanto sean compatibles con su autonomía.

Por su parte la Ley de Procedimiento Administrativo provincial N° 141, en el TITULO XI -NORMAS PROCESALES SUPLETORIAS-, en su artículo 163 establece que el Código Contencioso Administrativo de la Provincia será aplicable supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente y en tanto no fueren incompatibles con el régimen establecido en la presente Ley de Procedimiento Administrativo.

¹⁰⁶ vigente en la provincia de Tierra del Fuego.

¹⁰⁷ de provincialización de Tierra del Fuego.

El referido Código Contencioso Administrativo en el TITULO I -PRINCIPIOS GENERALES-, en su artículo 3.- acuerda que el juzgado de Primera Instancia del Trabajo entenderá en primera instancia en los casos de jurisdicción contencioso-administrativos previstos en el artículo 154, inciso 2), de la Constitución de la Provincia. Conocerá en las demandas o reclamaciones de los agentes públicos y de la Administración en todo lo relacionado con el contrato e empleo o función pública.

Por su parte el artículo 93 del Decreto 1798/80, determina que la instrucción de un sumario se sustanciará en un plazo de noventa (90) días, contados desde la fecha de notificación de la designación al instructor hasta la resolución de clausura a que se refiere el artículo 82 y que dicho plazo podrá ser ampliado a juicio del superior cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen.

El 26 de marzo de 2012 el instructor sumariante fue notificado de su designación para instruir el correspondiente sumario y el 23 de septiembre 2013 se dictó la resolución de clausura del sumario instruido.

Durante la tramitación del sumario el instructor sumariante solicitó la ampliación del plazo del artículo 93 del Decreto 1798/80, solicitud que fue receptada por el superior del instructor mediante el correspondiente acto administrativo, debidamente notificado al agente sumariado, quién consintió dicho acto sin cuestionar su procedencia.

El artículo 96 del Decreto nacional N° 1798/1980 (Reglamento de investigaciones para determinar la responsabilidad patrimonial o disciplinaria) expresamente conviene que la sustanciación de los sumarios administrativos y la aplicación de las sanciones pertinentes, tendrán lugar con prescindencia de que los hechos que las originen constituyan delito. Pendiente la causa criminal, no podrá el sumariado ser declarado exento de responsabilidad.

Tanto el artículo 34 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional¹⁰⁸, como antes el artículo 37 del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública¹⁰⁹, determinan la independencia y autonomía entre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario: la sustanciación de los sumarios administrativos por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden

¹⁰⁸ -Ley 25.164 (LMREP)-

¹⁰⁹ -Ley 22.140 (RJBFP)-

administrativo, son independientes de la causa criminal.

Se prevé que la sanción impuesta en el orden administrativo, pendiente la causa criminal, tendrá carácter provisional, pues se puede sustituir por otra de mayor gravedad.

En este sentido el artículo 37 de la Ley 22.140, establece que: “la sustanciación de los sumarios administrativos por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal.

El sobreseimiento provisional o definitivo o la absolución dictados en la causa criminal, no habilitan al agente a continuar en servicio si es sancionado con cesantía o exoneración en el sumario administrativo.

La sanción que se imponga en el orden administrativo, pendiente la causa criminal, tendrá carácter provisional y podrá ser sustituida por otra de mayor gravedad, luego de dictada la sentencia definitiva de aquella.

El sumario será secreto hasta que el sumariante de por terminada la prueba de cargo”.

VII b) Consignas planteadas por el agente cesanteado:

A) El agente cesanteado acudió directamente a la vía judicial en el plazo de noventa (90) días, contados a partir de la notificación del acto administrativo de cesantía, en función que dicho acto agota la vía administrativa por tratarse de un ente autónomo, de acuerdo con el criterio fijado por el Superior Tribunal de Justicia¹¹⁰ y en lo sustancial promueve demanda contencioso-administrativa contra el ente autónomo de contralor, solicitando se declare la “nulidad” de la Resolución Plenaria que dispusiera la sanción de cesantía en su perjuicio y en consecuencia, se disponga su reincorporación a su puesto de trabajo, ordenando el pago de los salarios caídos, desde la fecha de notificación de la sanción de cesantía, con mas los intereses y costas que corresponden, fundando su pretensión en que:

B) Planteó que el sumario administrativo caducó sin prórroga alguna,

¹¹⁰ de la provincia de Tierra del Fuego, en los autos caratulados “Transporte Automotor Integral LEM (TAILEM) c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo”

incurriendo el instructor sumariante en una “dilatada investigación”, violando el “plazo perentorio” que establece el artículo 93 del reglamento de investigaciones administrativas (Decreto nacional N° 1798/1980).

C) Finalmente manifestó que la instrucción sumarial no logró corroborar los hechos que, a su entender, justificaron la cesantía, fundando su posición en la circunstancia de que la maniobra de defraudación no llegó a consumarse y por ende no estaría probado el delito que en la causa penal se le imputó, al haberse dispuesto su sobreseimiento en la causa penal. (Principio de verdad material).

Capítulo VIII

VIII a) Conclusiones

a) El acto administrativo de Cesantía:

Analizado el acto administrativo que dispuso la sanción de cesantía del agente del ente autónomo, el mismo constituye un acto legítimo, por cuanto cumple con la totalidad de los requisitos esenciales establecidos en el artículo 99 de la Ley provincial N° 141 (artículo 7 de la Ley de procedimientos N° 19.549) y enuncia de manera clara, precisa, autosuficiente y concreta las conductas constitutivas de la falta disciplinaria cometida por el agente.

Asimismo, satisface requisitos vinculados a la razonabilidad y proporcionalidad de los hechos verificados respecto de la sanción aplicada.

El acto administrativo describió acabadamente su causa y sus efectos. El procedimiento llevado a cabo por la instrucción permitió el ejercicio del derecho de defensa del agente sumariado en sendas oportunidades previamente a su cesantía y acreditó sobradamente sus inconductas administrativas en relación con su calidad de funcionario público, abogado de un órgano de control de la administración pública, que abarcaba al ente del que intentó aprovecharse ilegítimamente.

b) El plazo razonable:

En el ámbito del régimen disciplinario, se dispuso que reglamentariamente se estableciese un procedimiento administrativo; en este caso el Decreto nacional N° 1789/1980 -reglamento de investigaciones para determinar la

responsabilidad patrimonial o disciplinaria de funcionarios públicos- con plazos para resolver los sumarios administrativos, que no podrían exceder de noventa (90) contados desde la fecha de notificación de la designación al instructor, prorrogables cuando las circunstancias lo aconsejen (art. 93). La confusa redacción parece prever un plazo perentorio de caducidad del procedimiento, pero al sujetarla a una determinada fecha, este plazo, en la práctica operaría como plazo de prescripción de la acción disciplinaria.

Como ya se dijo, el Decreto nacional N° 1789/80 dividió el procedimiento sumarial en dos etapas - la instructoria y la contradictoria- previas a la resolución final, y dispuso sólo para la primera de ellas un plazo de noventa días descontando las demoras no causadas por el instructor.

Conforme se expuso a lo largo de este trabajo, este plazo es ordenatorio y no perentorio, y sólo como medida para establecer la responsabilidad del instructor, no como presupuesto para decretar la caducidad del procedimiento. Nótese que, si al mismo tiempo se dispuso que la desidia del instructor en el cumplimiento de los plazos genere su propia responsabilidad y su eventual reemplazo; mal puede entenderse extinto un procedimiento para el que se prevén remedios para su continuación.

Si bien la reglamentación no despeja las dudas causadas por la redacción de la Ley 22.140¹¹¹ y actualmente la Ley 25.164¹¹², dado que el propuesto plazo de caducidad no pueden confundirse con el consignado en el Reglamento de Investigaciones administrativas para la primera etapa o instructoria, ni cabría interpretar que éste pudiera referirse a la segunda etapa o contradictoria. Por lo tanto, corresponde entender que reglamentariamente no se ha dispuesto un plazo válido de caducidad.

En cualquier caso debería censurarse la posibilidad de que judicialmente se decida la caducidad de un procedimiento sumarial por cuanto ello significaría una inadmisibile intromisión de un juez en la actividad administrativa, en violación al principio de separación de poderes, equivalente a la irrazonable eventualidad de que un juez se arrogue la facultad para vedar al Congreso el tratamiento de una ley. Ello no obsta a la facultad que tienen los jueces de controlar la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos o legislativos surgidos de procedimientos viciados.

Así, frente a la inexistencia o inaplicabilidad de un plazo de caducidad

¹¹¹ (RJBFP)

¹¹² (LMREP)

del procedimiento, ante la laxitud de las causales de interrupción o suspensión del plazo de prescripción, y más aún ante su ausencia, subsiste la manda constitucional y convencional de que el sumario sea resuelto en un plazo razonable, no ya como plazo de caducidad sino como presupuesto de validez del procedimiento en tanto requisito esencial del acto administrativo. Pues, si el procedimiento no se llevó en un plazo razonable se encontrará fatalmente viciado, pudiendo solicitarse la revocación del acto dictado en su consecuencia.

La determinación del plazo razonable del procedimiento no se deriva de un número fijo de días, meses o años, sino del análisis del caso particular. Así, y recurriendo a precedentes de organismos internacionales de DD.HH. se recogieron pautas para su determinación: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades; y d) el análisis global del procedimiento.

Así, a los fines prácticos sería recomendable que los instructores sumariantes informaran sobre los obstáculos para cumplir con cada diligencia, ya sea por la complejidad de los asuntos investigados, o por las dilaciones intentadas por los sujetos intervinientes. Ante eventuales impugnaciones, ésta podría convertirse en una pieza fundamental para los letrados del departamento contencioso, y para el juez que deba decidir en cada caso.

c) El principio de verdad material:

Como ya se expusiera *ut supra*, la verdad real o material consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron los hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada. La verificación de esta verdad real debe ser el fundamento sobre la cual se imponga una sanción administrativa.

Por ello, el Órgano Director, en este caso el ente autónomo de contralor, que lleve a cabo una investigación disciplinaria, no debe preestablecer ninguna situación fáctica como cierta, hasta tanto no se tengan por demostrados los hechos investigados.

Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no.

La fundamentación del principio de la verdad material se advierte al punto si se observa que la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes, y que por ejemplo un acuerdo entre las partes sobre los hechos del caso, que en el proceso puede ser obligatorio para el juez, no resulta igualmente obligatorio para el administrador, que está obligado a comprobar la autenticidad de los hechos, a la inversa, entonces, tampoco puede depender la decisión administrativa de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: ella debe siempre ajustarse únicamente al principio de la verdad material.

En este sentido, mediante las conductas verificadas por la instrucción sumarial, el ente autónomo de contralor externo llegó a la convicción de que el agente cesanteado, habría violado las obligaciones impuestas por el artículo 27, inciso b) de la Ley nacional N° 22.140 que establece el deber de “observar en el servicio y fuera de él, una conducta correcta, digna y decorosa, acorde con la jerarquía y función”, máxime teniendo en cuenta su calificada formación como abogado integrante del cuerpo de abogados de dicho ente.

Del análisis de las constancias del Sumario administrativo, el Instructor Sumariante se abocó a la investigación de los hechos, diligenció distintas medidas de prueba y procuró reunir la mayor cantidad posible de instrumentos probatorios para llegar al esclarecimiento de la cuestión bajo análisis.

La prueba recogida en el curso de la investigación instructoria, fue valorada de acuerdo a las reglas de la *sana crítica*, a fin de determinar si los hechos investigados constituían una irregularidad y, en su caso, establecer la responsabilidad que de los hechos acaecidos devendrían y las medidas que correspondería adoptar.

Por otra parte aduce el agente cesanteado que la Administración no tuvo en cuenta que en sede penal fue sobreseído, extinguiéndose en consecuencia la acción penal.

Ahora bien, y como ya se lo expusiera fundamente *ut supra*, cabe recordar que el derecho disciplinario y del derecho penal constituyen categorías que no se confunden¹¹³, en tanto constituyen manifestaciones diferenciadas de la potestad punitiva estatal.

¹¹³Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autos: “Anapios Ernesto c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/ Recurso de Apelación del C.P.C.E., Expte. RDC -62”.

En suma, la circunstancia de que se estuviese tramitando un proceso criminal en forma simultánea al sumario administrativo -y que se hubiese dispuesto el sobreseimiento del agente cesanteado- no era óbice para el dictado de una cesantía en sede Administrativa, ni un hecho que necesariamente debió tenerse en cuenta a los efectos de graduar la sanción.

Al respecto cabe tener presente lo dispuesto en el citado artículo 37 de la Ley 22.140 (RJBFP); actualmente artículo 34 de la Ley 25.164 (LMREPN), que determinan la independencia y autonomía entre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario y que la sustanciación de los sumarios administrativos por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal.

Asimismo resulta pertinente señalar que el sobreseimiento dictado en la causa penal, posterior al dictado de la cesantía, no fue resultado de la constatación de la inexistencia del hecho o de la falta de culpabilidad del agente cesanteado, sino que se fundamentó en el delito que se le imputó al mencionado agente, no llegó a consumarse por la oportuna intervención de una tercera persona. En consecuencia no se trata de una circunstancia que se debió tomar en cuenta a fin de resolver la legitimidad del acto administrativo que dispuso la cesantía del agente.

En suma, la Administración tuvo razonablemente en cuenta los elementos mencionados por el artículo 39 de la Ley 22.140. En particular, consideró concluyente la gravedad del hecho. Si bien es cierto que no reparó en la falta de antecedentes, cabe destacar que no hace falta que se verifiquen todos los requisitos mencionados en la norma a fin de imponer una sanción determinada, sino al menos uno, debidamente ponderado. En consecuencia la valoración de la gravedad del hecho es razón suficiente para el dictado de la medida segregativa, en los términos del artículo 27, inciso b) de la ley 22.140.

Al respecto, en la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en los autos caratulados “Valdez, Sandra Elizabeth c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso s/ Recurso de Queja” -expediente N° 1634/12 STJ – SR., los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, se han expresado en acuerdo ordinario, diciendo al respecto, que:

Se puso de relieve que la decisión del fuero criminal se fundó en el principio “*in dubio pro reo*”.

Expresaron los miembros del Superior Tribunal, que, con cita de jurisprudencia, el sobreseimiento no tiene incidencia en la responsabilidad disciplinaria, cuando los hechos no fueron declarados inexistentes en sede penal.

A modo de conclusión el mentado sobreseimiento no fue resultado de la constatación de la inexistencia del hecho o de la falta de culpabilidad del actor. En consecuencia no se trata de una circunstancia que la Cámara deba tomar en cuenta a fin de resolver sobre la legitimidad del acto administrativo que dispuso su cesantía.

Cabe recordar que el derecho disciplinario y el derecho penal constituyen categorías que no se confunden , en tanto constituyen manifestaciones diferenciadas de la potestad punitiva estatal.

En suma, la circunstancia de que se estuviese tramitando un proceso criminal en forma simultánea al sumario administrativo -y que se hubiese dispuesto el sobreseimiento del agente cesantead- no era óbice para el dictado de una cesantía en sede administrativa, ni un hecho que necesariamente debió tenerse en cuenta a los efectos de graduar la sanción.

Una vez encontrados en el sumario administrativo, todos los elementos configuradores de la falta tipificada, la administración no puede elegir entre sancionar o no sancionar al actor. Únicamente puede proceder conforme la ley que así lo estipula.

Ello es así, puesto que puede discutirse que la demandada no cuenta con margen de arbitrio para decidir la cesantía de un empleado ante los hechos así acreditados, sino que la norma jurídica preestablece una conducta específica y determinada, que el administrador se halla obligado a seguir.¹¹⁴

¹¹⁴ “...cuando se trata de las medidas segregativas no hay graduación posible, no hay discrecionalidad en tanto el legislador decidió de antemano cuál es la consuencia para ese tipo de faltas. No parece que la ley haya querido autorizar a la administración a aplicar un apercibimiento o una suspensión a quien cometió una falta que da lugar, por ejemplo, a una cesantía...” -B. Gambier, La potestad sancionatoria de la administración en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (a propósito de una doctrina de la Procuración del Tesoro) en ABELEDO PERROT N° AP/DOC/3022/2012-. Señala Gordillo que “la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley -en sentido lato: Constitución, ley reglamento- y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse” GORDILLO, Agustín A. “Tratado de Derecho Administrativo”, t. I, p. X-15, 3° de. Ed. Machi, Buenos Aires, 1995.

El poder disciplinario fluye de una virtualidad común a toda organización, como consecuencia del orden interno debido o justicia general de la organización¹¹⁵. En tal orden de ideas y adoptando para el caso en examen una postura restrictiva, puede concebirse a la facultad sancionatoria, en palabras del Dr. Uslengui: *“como el poder que el ordenamiento jurídico le atribuye a la administración para reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para la propia administración”*, en tutela de su propia organización y funcionamiento y *“siempre que tales conductas tengan lugar en el marco de una relación de servicio”*¹¹⁶. Su fundamento no es otro que el orden de la administración pública en tanto que organización, naciendo de ésta y no de su condición de función estatal. Su finalidad es la preservación de la unidad en cuestión.

El ejercicio de este poder disciplinario es función administrativa, porque tal es la del deber cuyo incumplimiento determina su ejercicio: dicho deber no es otro que el de colaborar para la eficiencia, orden y decoro de la organización de la administración pública.

Por ende, la sanción consecuente, presupone y enlaza necesariamente con un deber infringido, incumplimiento que constituye el presupuesto determinante de la misma, y que como ya fuera expuesto, se encuentra debidamente comprobado en autos.

REFLEXION FINAL:

El objetivo de la presente Tesis de derecho aplicado, radicó fundamentalmente en investigar como debe actuar la Administración frente a un caso de responsabilidad administrativa disciplinaria de un empleado público, la cual se hace efectiva a través del poder disciplinario y que aparece cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública y tiende a mantener el debido funcionamiento de los servicios administrativos.

En muchos casos cuando se instruye un sumario administrativo, las partes de la relación jurídica “sumariante-administrado” no identifican con precisión cuales son los principios que sustentan la potestad sancionadora del estado.

¹¹⁵ Conf. Goane, René Mario, El Poder disciplinario de la Administración Pública, en Derecho Administrativo-obra colectiva en homenaje al Profesor Marienhoff-Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 1017 y ss.-

¹¹⁶ RINCON, José Suay, Potestad Disciplinaria, en Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi, Ed. Civitas, p. 1315.

En consecuencia comencé abordando el estudio del derecho administrativo sancionador por cuanto dicho derecho, como lo expuse fundadamente en el capítulo I, no debe ser construido con los materiales y las técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo, del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del derecho público estatal.

Continuando con esa línea de investigación me aboqué al estudio de los principios que sustentan la potestad sancionadora del estado por cuanto actualmente resulta posible hablar de un procedimiento administrativo sancionador con principios que le son propios, no obstante lo cual es de suma importancia tener en cuenta que en cualquier etapa del procedimiento se deberán respetar los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona de tal forma que no resulten lesionados por actuaciones arbitrarias de la administración.

Posteriormente analicé las diferencias o desemejanzas entre el derecho administrativo sancionatorio y al derecho penal, por cuanto la doctrina acuerda distanciamientos jurídicos entre ambas disciplinas.

Desarrollé por qué entiendo que la potestad disciplinaria de la administración es un poder atribuido por la ley y que habilita a la administración pública para ejercer sus facultades disciplinarias y asegurar su adecuado funcionamiento.

En forma previa a plantear el caso práctico analicé fundadamente la temática de los plazos de caducidad en el procedimiento disciplinario administrativo y la importancia del principio de verdad material o verdad jurídica objetiva para finalmente referirme a la teoría de la subsanación en el procedimiento administrativo disciplinario y el peligro que conlleva su aplicación.

Una cuidadosa y prudente valoración de los hechos y pruebas producidas en el caso práctico planteado en el Capítulo VII, como la calificación de los mismos desde los valores y directivas expresadas en los preceptos jurídicos contenidos en la Ley 22.140 (artículos 27º inciso b) y 32 inciso f) (vigentes en la Provincia de Tierra del Fuego), a resultas de las razones expuestas por la Administración que fueran apreciadas conforme los límites y parámetros conceptuales expuestos fundadamente a lo largo del presente trabajo, conlleva a la conclusión de que la sanción de cesantía en examen ha sido dispuesta con prudente y razonable arbitrio y ajustada a los principios

que se desarrollaron en el presente trabajo escrito, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado, los fines de la potestad sancionatoria y la comprobada falta de la observancia del deber impuesto de obrar con corrección y decoro frente a terceros por parte del agente cesanteado.

No se advirtió, ni así logró acreditarlo el agente cesanteado, que se haya hecho uso ilegítimo o abusivo de las normas con arreglo a las cuales deben ejercerse las atribuciones otorgadas, ni conculcadas por este medio garantías constitucionales del mismo.

Se pudo demostrar fundadamente que los plazos, que en general establecen los reglamentos de investigaciones administrativas disciplinarias, son plazos ordenatorios o razonables y no perentorios e improrrogables (menos aún que puedan llegar a constituir un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo de un caso) por cuanto, de esta manera se cercenaría la potestad disciplinaria de la Administración Pública, existiendo razones suficientes como para considerar la constitucionalidad, de su carácter ordenatorio, tal cual lo sostiene la Procuración del Tesoro de la Nación en distintos dictámenes.

Finalmente se fundamentó porque los órganos administrativos, en la resolución de los procedimientos administrativos sancionadores, deben ajustarse al principio de la verdad material, investigando las auténticas razones sobre las cuales se dieron los hechos, independientemente de cómo hayan sido alegados y probados por las partes.

BIBLIOGRAFÍA:

- * BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil, T.II, Bs As, Abeledo Perrot, 1996.
- * CASSAGNE Juan Carlos. El contrato administrativo, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- * COMADIRA, Julio R., Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, 2ª ed. actualizada y ampliada. Lexis Nexis - Abeledo Perrot. Bs. As., 2003.
- * COMADIRA Julio R., Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, en Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Ediciones RAP; mayo 2001.
- * COMADIRA Julio R., Ley de Procedimiento administrativo, anotada y comentada (colaboración Laura Monti), Edit. LL, Bs. As., 2002.
- * D'ALBORA, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, Ley 23.984, Abeledo-Perrot, Bs. As, 1999.
- * ESCOLA, Héctor, Tratado general de procedimiento administrativo, 2º Ed., Depalma, Bs As, 1981.
- * FIORINI, Bartolomé, Procedimiento recursivo y recurso jerárquico, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- * GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, en curso de derecho administrativo, Civitas, Madrid, 2000.
- * GOANE, René, “El poder disciplinario de la Administración Pública”, en AAVV, Derecho administrativo, Homenaje al Prof. Miguel Marienhoff, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998.
- * GORDILLO, Agustín A., introducción al derecho, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- * GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, T.2, 9na. Edición, FDA, Buenos Aires, 2009.
- * GORDILLO Agustín, Tratado de derecho administrativo, T.4, FDA, Buenos Aires. 2010.

- * IVANEGA, Miriam Mabel. Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial. Jurisprudencia Argentina - Suplemento Derecho Administrativo - 2006 II. Id SAIJ: DACF070006; <http://www.saij.gob.ar/doctrina>.
- * IVANEGA, Miriam Mabel, El alcance del principio de verdad material en el procedimiento Administrativo, Buenos Aires, 2012. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM; www.jurídicas.unam.mx.
- * IVANEGA, Miriam M., cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa, RAP, Buenos Aires, 2010. Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.jurídicas.unam.mx.
- * JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La ley y el delito. Ppios. de derecho penal, 2º Ed., Bs. As., 1954.
- * LEGUINA VILLA, Jesús, “Principios generales del derecho y Constitución”, en Revista de Administración Publica, Madrid N°114, septiembre-diciembre., 1987.
- * Leyes fundamentales de la Provincia de T. del Fuego - 2da. Edición, Ediciones de la Lengua - 2011.
- * MAHMUD, Jacinto. Manual de Sumarios e Informaciones Administrativas - Procedimiento disciplinario para la Administración Pública Nacional y Entres Públicos Descentralizados. Comentado y Concordado. Grún editora - 2004 - Bs. As.
- * MALJAR, Daniel E., Derecho administrativo sancionador. AD-HOC. Primera edición - Editorial AD-HOC - Bs. As. - 2004.
- * MARIENHOFF, Miguel, Tratado de derecho administrativo, T. III-B, n° 1201, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978.
- * NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador, segunda edición ampliada, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- * NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo sancionador, quinta edición totalmente reformada. Editorial Tecnos , Madrid, 2011.
- * OSSA ARBELÁEZ, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación

dogmática. Segunda Edición. Legis. - Buenos Aires, 2009.

* REPETTO, Alfredo L. Procedimiento administrativo disciplinario: el sumario - 1ª ed.- Bs. As: Cathedra Jurídica, 2008.

* SANCHEZ, Alberto, El sumario administrativo en la provincia de San Juan, Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1996.

* SARRABAYROUSE, Eugenio C. “La duración razonable del proceso penal y la distinción entre los plazos ordenatorios y perentorios” - Revista UCES JURIDICA.

* SESIN, Domingo J., El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas, en Cuestiones de Procedimiento administrativo, RAP, Buenos Aires, 2000.

* VILLAR PALASI, José, Principios de Derecho Administrativo T.II, UCM, Madrid, 1993.

* VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, Derecho administrativo, T.III, nº 356 y 359, Tea, Bs. As. 1951.