

EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO¹

Luis Eduardo Rey Vázquez²

RESUMEN

Se aborda al principio del debido proceso y su aplicación al Derecho Administrativo, tanto en los procedimientos como en los procesos, efectuando un análisis normativo y jurisprudencial, especialmente en Argentina, tanto por los tribunales domésticos como los organismos interamericanos. Se toman en cuenta las normas legales vigentes a nivel nacional argentina y de la provincia de Corrientes, pero comparando con otros regímenes, discurriendo asimismo en sus manifestaciones en el plano disciplinario y respecto a las medidas adoptadas en la pandemia.

Palabras claves: Proporcionalidad, tutela administrativa efectiva, participación, imparcialidad.

¹ **Como citar este artículo científico.** REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El debido proceso administrativo. In: Revista Amagis Jurídica, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 105-196, jan.-abr. 2023.

² El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. *e-mail:* lereyvazquez@yahoo.com.ar

ABSTRACT

It deals with the principle of due process and its application to Administrative Law, both in procedures and processes, carrying out a normative and jurisprudential analysis, especially in Argentina, both by domestic courts and inter-American organizations. The legal regulations in force at the Argentine national level and in the province of Corrientes are taken into account, but compared with other regimes, also discussing their manifestations at the disciplinary level and in relation to the measures adopted in the pandemic.

Keywords: Proportionality, effective administrative protection, participation, impartiality.

SUMARIO. I Preliminar. II El Principio de Referencia en la Ley Nacional 19.549 y en la Ley 3.460 de la Provincia de Corrientes. II.1 Ley 19.549. II.2 Ley 3.460. III Aspectos Comunes a Ambas Normas. IV Diversas Manifestaciones del Principio del Debido Proceso. IV.1 Principio de Proporcionalidad. IV.2 Principio de Participación Ciudadana. IV.3 Principio de Buena Administración. V El Debido Proceso en los Procedimientos Disciplinarios. V.1 Fundamento, Origen y Finalidad del Poder Disciplinario. V.2 Principio de Legalidad. V.3 El Principio *Nullum crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*. V.4 La Tipicidad. V.5 Relaciones de Especial Sujeción. V.6 Principio del Debido Proceso. V.6.1 Teoría de la Subsanación. V.6.2 Prohibición de Declarar Contra sí Mismo. V.6.3 El Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable. V.6.4 El Derecho a Elegir un Abogado Defensor de su Confianza. V.6.5 Brevedad Irrazonable del Plazo para Recurrir. V.6.6 Recurribilidad de Las Sanciones Menores. V.6.7 El Principio de Tutela Administrativa Efectiva. V.6.8 Sumario Administrativo. Objeto. Sujetos Alcanzados. V.7 Principio *Non Bis in Idem*. V.8 Principio de Ley Penal más Benigna. V.9 Principio in Dubio pro Imputado. V.10 Razonabilidad y Proporcionalidad. Exceso de Punición. V.11 Relaciones entre el Procedimiento Disciplinario y el Proceso Penal. V.12 Posibilidad de Ejercer la Potestad Disciplinaria Luego de la Extinción de la Relación de Empleo Público. V.13 El Deber de Someterse a las Investigaciones. Irrecurribilidad de la Orden de Sumario. V.14 Independencia del Instructor Sumarial. V.15 Acerca de la “Pérdida de Confianza”. V.16 Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en

Sede Administrativa. V.17 El Caso “Perrone y Preckel vs. Argentina” y la Garantía de Plazo Razonable. V.18 El Principio de Proporcionalidad como Estándar de Control Judicial de las Restricciones Impuestas en la Pandemia. VI Conclusiones. Referencias.

I PRELIMINAR

En el presente abordaré al principio del debido proceso y su aplicación al Derecho Administrativo, tanto en los procedimientos como en los procesos, efectuando un análisis normativo y jurisprudencial, especialmente en Argentina, tanto por los tribunales domésticos como los organismos interamericanos.

Para tal cometido, efectuaré una revisión del estado actual de la regulación de los principios del procedimiento administrativo, tomando como base especialmente la legislación nacional y la de la Provincia de Corrientes³, dando cuenta de los en ellas plasmados, para luego visualizar la tendencia en legislaciones más modernas, tanto en la Argentina⁴ como en el derecho comparado⁵, vaticinando las perspectivas hacia donde se dirige la regulación de la temática, indicativa del rumbo fijado⁶.

Me centraré luego en la recepción jurisprudencial del principio del debido proceso, o también denominado “tutela administrativa efectiva”, focalizando igualmente su gravitación en los procedimientos de carácter sancionatorios o disciplinarios, así como con relación a las restricciones impuestas con motivo de la Pandemia Covid-19.

³ Ley 3.460, sanc. 22-11-1978; promul. 22-11-1978; publ. 30-01-1979.

⁴ Ley 9.003 de la Provincia de Mendoza (B.O. 19-09-2017).

⁵ Ley 39/2015 de España, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (B.O.E. 2-10-2015).

Ver asimismo, la obra de Brewer Carías (2003).

⁶ Sobre el tópico, se ha dicho recientemente que constituye una función básica de los principios de “servir” a que el procedimiento administrativo debe facilitar, simplificar tanto como coordinar, estructurar y acelerar la realización del derecho material (PIELOW, 2018, p. 25-47, en especial p. 37).

II EL PRINCIPIO DE REFERENCIA EN LA LEY NACIONAL 19.549 Y EN LA LEY 3.460 DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

II.1 Ley 19.549

En el Título I, luego de especificar el ámbito de aplicación (Art. 1.º), a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, expresa que se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos:

[...] Debido proceso adjetivo.

f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

Derecho a ser oído.

1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

Derecho a ofrecer y producir pruebas.

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;

Derecho a una decisión fundada.

3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso [...]

II.2 Ley 3.460

Luego de expresar en su Título I, el “Ámbito de Aplicación”⁷, expone en Título II: “De las Fuentes”, Sección I, “Principios de Aplicación General”, lo siguiente:

Art. 4. Los siguientes principios serán de aplicación a toda actividad sujeta a la regulación de esta ley: [...]

g) Debido proceso formal y material: Cuando la tramitación y consecuente resolución puedan afectar derechos subjetivos o legítimos de particulares, el cual deberá ser proporcionado a los derechos que puedan resultar afectados, de conformidad a las normas contenidas en el art. 98⁸;

⁷ Art. 1. Esta ley regirá la actividad administrativa del Estado, con excepción de aquellas que tenga un régimen establecido por ley especial, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria.

Art. 2. Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior, a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo, en ambos casos, que lo impida la naturaleza del ente o de su actividad.

⁸ Como manifestaciones derivadas de dicho principio, se expresa en el Art. 98. “Cuando el acto pudiese involucrar derechos subjetivos o legítimos de los particulares, ellos tendrán derecho al debido proceso adjetivo que comprende:

a) El derecho a ser oídos y de exponer las razones de sus pretensiones o defensas, antes de la emisión del acto que se refiera a sus derechos subjetivos o legítimos;

b) Hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma permita que en sede administrativa se ejerza la representación por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en el caso en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas;

c) Derecho a ofrecer y producir pruebas, cuando ellas fueren pertinentes, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos, todo con el contralor de los interesados o sus representantes profesionales, quienes podrán presentar los alegatos y descargos, una vez concluidos los procedimientos probatorios. Todo en la forma determinada en esta ley.

d) Derecho de acceso al expediente en la forma determinada por la presente ley y en especial, a que bajo la responsabilidad de abogado matriculado, le sea prestado el expediente con excepción de las piezas que puedan considerarse esenciales y sean irreproducibles, de las que se le entregará copia en el caso y con las finalidades en que el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial prevé el préstamo de los expedientes judiciales. La Administración podrá obviar el préstamo del expediente original, entregando una copia certificada

Asimismo, en su Sección VI, “Duda”, consagra el principio *in dubio pro actione*, en los siguientes términos: Art. 19. En caso de duda en cuanto al cómputo de plazos, se estará en favor de lo que resulte más favorable a la resolución de que los escritos fueron presentados en término.

III ASPECTOS COMUNES A AMBAS NORMAS

En la ley correntina, encontramos el Principio de Legalidad o también denominado “Juridicidad”⁹ en su vertiente de vinculación positiva¹⁰, no obstante, reconociendo la existencia de competencias implícitas, siguiendo aquí lo sostenido oportunamente por Linares

por funcionario competente. En todo caso en que el particular deba contestar vistas, traslados, requerimientos o trámites similares, o tenga derecho a plantear recursos, a su costa, se le podrá otorgar copia de las piezas que indique. El pedido de copia suspenderá automáticamente los plazos hasta que ellas sean puestas a disposición del interesado peticionante.

e) Derecho a una decisión fundada y que el acto de decisión haga expresa consideración en los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes para la decisión del caso;

f) Derecho a la suspensión automática de los plazos cuando, solicitada vista del expediente, no sea otorgada dentro del plazo de 48 horas o cuando no se entregue en préstamo el mismo en el caso mencionado en el inc. d);

g) A que se hagan las notificaciones en la forma determinada en esta ley;

h) A interponer los recursos previstos por la ley”.

⁹ En tal sentido, sostiene Comadira (2003, también 1999), que “[...] Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho —aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales —que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema— a la ley formal, a los reglamentos —en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos— a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos [...]”.

¹⁰ La Administración Pública se encuentra sometida positivamente al ordenamiento jurídico (CSJN, 26-10-1993, “Serra, Fernando Horacio y otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454).

(1971a), y compartido por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN)¹¹.

Por su parte, ha sostenido la CSJN que:

En el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, a tal punto que aquélla no se configura como un límite externo a esa actuación sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, que debe autorizar a sus organismos para actuar en forma expresa o razonablemente implícita¹².

Y en un clásico precedente, sostuvo el Alto Tribunal que:

Es inherente al ejercicio de la actividad administrativa que ésta sea desempeñada conforme a la ley, pues constituye una de las expresiones del poder público estatal, que tiene el deber de someterse a ella. En esa sujeción al orden jurídico radica una de las bases del estado de derecho, sin la cual no sería factible el logro de sus objetivos, de allí que se afirma que la administración debe ser legal; si su actividad es ilegal debe rectificarse, y en primer término por la propia Administración pública, y a falta de ella por el órgano jurisdiccional competente. El administrado debe tener garantías de justicia respecto de la Administración pública¹³.

¹¹“En materia de competencia de los órganos y entes administrativos se ha abandonado la tesis denominada de la ‘permisión expresa’ –el órgano se encuentra facultado a realizar aquello que le ha sido autorizado–, prefiriendo ya sea la ‘permisión amplia’, en virtud de la cual el órgano se encuentra facultado para emitir aquellos actos que no le estén expresamente prohibidos, sea aquélla que asemeja la competencia a la capacidad de las personas jurídicas a través del denominado ‘principio de la especialidad’.” (Conf. PTN, Dictámenes 230:104; 234:645; 239:737; entre muchos otros).

¹² Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–, causa “Althabe, Sofía y otros c/Iuna - resol. 758/99 y 64/2000”, 11-07-2007, *Fallos* 330:2992.

¹³ CSJN, 19-11-1992, “Naveiro de la Serna de López, Helena María c. Bauhoffer, Martha Beatriz s/recurso de hecho”, *Fallos* 315:2771.

Un correlato de dicho principio de juridicidad, es que la Administración no puede declarar inconstitucional una ley¹⁴, aun cuando en su día se postulara la posibilidad de inaplicarla¹⁵, y que incluso se ha sostenido que la Administración ejerza el control de convencionalidad (CARNOTA, 2013)¹⁶.

En ambas normas encontramos también el denominado Principio de Oficialidad, con sus manifestaciones, los principios de impulsión de oficio, instrucción de oficio y verdad material, también denominada por la jurisprudencia como “verdad jurídica objetiva”, expresando en tal sentido que “Tampoco en el ámbito administrativo es dable conducir los procesos en términos puramente sacramentales, con desmedro de la verdad jurídica objetiva”¹⁷, aunque matizado con la referencia a que “en las formas se realizan las esencias”¹⁸.

¹⁴ La Administración no podría declarar la inconstitucionalidad de una ley pues esa facultad se encuentra exclusivamente reservada a los jueces en su función jurisdiccional, de conformidad a la doctrina del máximo Tribunal del país (CSJN 242:112, 301:708 y 317:330, entre otros).

¹⁵ Sostuvo el Alto Organismo Asesor, recordando la doctrina sentada por el Prof. Marienhoff cuando fuera Procurador del Tesoro en Dictámenes 84:102 (1963), que: “Corresponde distinguir entre ‘declaración de inconstitucionalidad’ y ‘abstención de aplicar una norma inconstitucional’. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional”. Dict. n.º 364/02, 30 de septiembre de 2002. Expte. n.º 1736/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 242:626).

¹⁶ Señala dicho autor que: “[...] El criterio aquí empleado, como el de sus antecedentes, hunde sus raíces en la tesis asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘in re’ ‘Gelman c. Uruguay’, del 24 de febrero de 2011, en cuanto postula que el control de convencionalidad debe ser practicado ‘por toda autoridad pública’ y no tan sólo por los jueces. Se extrapola las previsiones de las garantías judiciales y se les traslada al procedimiento administrativo [...]”.

¹⁷ CSJN, 27-12-1988, “Resguardo Cía. de Seguros S.A. s/ observaciones al balance del 30/6/85 por la Superintendencia de Seguros de la Nación”. Fallos 311:2821.

¹⁸ CSJN, 7-07-2015, “Becerra, Juan José c/ Calvi, Juan María y otros s/ cumplimiento de contrato”, Fallos: 338:552; CSJN, 27-12-2006, “Gómez, Carlos Alberto c/ Argencard S.A. y otro S/Ordinario”, Fallos: 329:5903; CSJN, 10-10-2000, “Andretta, Carlos Alberto c/ Ferrocarriles Metropolitanos Sociedad Anónima”, Fallos: 323:2848.

Resultan comunes también los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en sus trámites, siendo un derivado de la sencillez, el principio de gratuidad, por cuya aplicación se ha sostenido oportunamente que resultaba inadmisibles la inclusión, en los pliegos de bases y condiciones de las denominadas “garantías de impugnación”.

Al respecto, sostuvo la PTN que:

Resulta inviable, con fundamento en la normativo vigente, la inclusión en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares de una cláusula que establece como condición para la procedencia de la impugnación a la preadjudicación, el depósito de una garantía y, de un único supuesto de su devolución para el caso de hacerse lugar a aquélla. La aceptación de una cláusula como la proyectada afectaría el carácter gratuito del procedimiento administrativo, que se diferencia del oneroso del proceso judicial, en el cual los litigantes deben integrar una tasa de justicia para obtener el acceso a los estrados judiciales, salvo supuesto de pobreza demostrada a través del beneficio de litigar sin gastos¹⁹.

Coinciden ambas normas también en la regulación del principio del informalismo a favor del administrado, entendido como excusación de formalidades no esenciales que puedan ser suplidas posteriormente, en el plazo en que la Administración señale al efecto²⁰, o bien, conforme a la denominada teoría de la

¹⁹ PTN, Dict. n.º 117/06, 3 de mayo de 2006. Nota n.º 3415/05. Armada Argentina. (Dictámenes 257:151).

Ver comentario de Tawil (2007, p. 446).

²⁰ “En el inciso c) del art. 1.º de la ley 19.549 quedó plasmado el llamado principio del formalismo moderado en favor del particular, que implica la excusación de la inobservancia por los interesados de las exigencias formales no esenciales que puedan ser suplidas posteriormente. A ello se suma el deber de la Administración no sólo de requerir sino también de producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva (art. 1.º, inc. f, ap. 2, de la ley 19.549)”. Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi. 38.792/95 “Villa Real S.A. c/D.G.I.”. 16/11/00. C.Nac.Cont.Adm.Fed. SALA IV.

calificación jurídica (consagrada por el artículo 81 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto n.º 1759/72 t.o. 1991), debe entenderse que los actos tienen la denominación que corresponde a su naturaleza y no la que le atribuyen las partes (conf. Dict. 239:418; 251:224; 253:451; 258:1)²¹.

Al respecto se ha sostenido que

[...] El procedimiento es informal sólo para los administrados y usuarios de servicios públicos, consumidores, vecino: son ellos únicamente quienes pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas les benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso; o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio. Tampoco lo pueden invocar los concesionarios o licenciatarios de poderes económicos monopólicos otorgados por el Estado, en cuanto se refiere a las normas de control que rigen su actividad. (Tratado de Derecho Administrativo. la defensa del usuario y del administrado, Agustín Gordillo, Tomo 2, página IX-34). (Cons. V)²².

El procedimiento administrativo exige superar los meros formalismos de ajustarse simplemente a lo peticionado por los particulares, si con ello se les niega el acceso a los derechos que por ley les corresponde, aunque éstos, por omisión o ignorancia inculpable, no los invoquen en forma expresa o clara (cfr. Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación: 203:47, n.º 214/92). (Consid. 5.º)²³.

Respecto al principio del debido proceso adjetivo, también

²¹ PTN, Dict. n.º 62/07, 12 de marzo de 2007. Expte. n.º 15.637/03. Ministerio de Defensa. (Dictámenes 260:294).

²² Gallegos Fedriani, Otero, Grecco. 14.683/01 “Hidrocarburos Neuquén S.A. c/ Resolución 2292/01 ENARGAS (Expte. 7086/01)”. 3/05/04. C.Nac.Cont.Adm. Fed. Sala V.

²³ Buján, Licht, Coviello. 34.998/99 “Lopez Juan José c/Ministerio del Interior –Art. 3.º Ley 24.043”. 11/07/00. C.Nac.Cont.Adm.Fed. Sala I.

presentes en ambas normas, constituye una prolongación del derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 Constitución Nacional, o como garantía de innominada incluido en el art. 33 de la Carta magna, y que surgiera luego de la Revolución Francesa como garantía de los derechos del individuo frente al Estado, recibiendo amplia consagración en los ordenamientos constitucionales republicanos (LORENZO DE VEGA JAIME, 1996, p. 104 y sgtes.).

Como derivación surge la prohibición de incurrir en un injustificado rigor formal, el que se ha considerado que atenta contra la garantía del debido proceso, contrario al principio “*in dubio pro actione*”²⁴

Tempranamente, sostuvo la CSJN, enarbolando siquiera de manera implícita el rol predicado del administrado –de colaborador²⁵ en la elaboración de la decisión administrativa, que aun cuando no fuese exigible el procedimiento de reclamo administrativo previo, la circunstancia que el particular escogiese intentar una solución en sede administrativa no podía desmejorar su situación procesal de cara al proceso judicial posterior (en caso de no hallarla en aquél).

²⁴ CSJN, 04-11-1003, “Colegio Bioquímico del Chaco c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contenciosoadministrativa”, *Fallos* 316:2477; y en fecha más reciente, CSJN, 11-02-2014, “Biosystems S.A. c. EN –M. Salud– Hospital Posadas s/ contrato administrativo”. Ver no obstante la particular interpretación que el juez Rosatti ha efectuado del silencio administrativo, en la redacción de los arts. 30 a 32 de la Ley 19549, texto según Ley 25.344, en su voto en la causa FGR 569/2014/CA1, “Cooperativa de Provisión de Servicios Telefónicos y otros Servicios Públicos y Comunitarios de Cen. c/ Estado Nacional s/ cumplimiento de contrato, 20-02-2018, para quien no es posible superar la inconstitucionalidad de la norma con la interpretación propuesta en Biosystems”.

²⁵ Así en la causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado” del 18-07-2002 (*Fallos* 325:1787), Considerando 10.º in fine, sostuvo la CSJN que: “[...] *Como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público [...]*”.

En la doctrina, puede citarse el artículo de Tawil (1985-E, p. 952).

Asimismo, me he ocupado del tópico en el trabajo (2016, p. 353-366).

Expresó el Alto Tribunal que:

La circunstancia de haber intentado el actor la satisfacción de su reclamo en sede administrativa, aunque no estaba obligado a hacerlo para habilitar la instancia judicial, no puede, de ninguna manera, desmejorar su situación procesal ni coartarle su acceso a la jurisdicción²⁶.

Tal temperamento es consecuente con la garantía de tutela administrativa –y judicial– efectiva, conforme fuera reconocida por la Corte Suprema al expresar que

[...] la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión fundada [...] ²⁷.

Es decir, jamás podría gravitar negativamente el hecho de que el particular hubiese apostado al procedimiento administrativo para intentar una solución de su pretensión en sede administrativa²⁸

²⁶ CSJN, 30-03-1989, “Elverdin, Jorge Julio v. UNLP. s/ ordinario”, *Fallos* 312:417.

²⁷ CSJN, 14-10-2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. *Fallos* 327:4185.

²⁸ En punto a la exigencia del reclamo administrativo previo, se ha señalado que su finalidad es la de “[...] *producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dando a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado*” (CSJN, 13-07-1991, “Gasparri y Cía. S.A.”, *Fallos* 314:725, consid. 7.º; criterio reiterado en CSJN, 04-08-2009, “E.D.E.M.S.A. c/ E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos”. *Fallos* 332:1629).

(aun cuando culmine no hallándola y debiendo acudir a la justicia).

La cuestión se ha reeditado recientemente en ocasión donde el Máximo Tribunal Nacional se pronunció robusteciendo el principio “*in dubio pro actione*”²⁹, al dejar sin efecto una sentencia de la SCJ de Mendoza que admitió la excepción de caducidad de la acción tendiente a que se declare la nulidad del decreto provincial que dispuso la caducidad de la concesión del servicio público de transporte de pasajeros de media y larga distancia por presuntas infracciones.

En efecto, la sentencia revocada había rechazado la demanda con fundamento en que *el recurso de revocatoria interpuesto por la actora contra el acto impugnado resultaba innecesario* y que debió cuestionarlo en sede judicial dentro del plazo de caducidad de treinta días del art. 20, Ley 3918 de Mendoza.

El caso se asemeja al anterior, pues en ambos casos, se descalificó la interpretación que partió de la premisa que al no ser necesario el reclamo o el recurso (lo que en todo caso hubiese habilitado al particular a acudir directamente al proceso judicial), resultaban estériles las presentaciones efectuadas en sede administrativa, dentro de los plazos, tendientes a obtener una solución en esta última sede, brindando asimismo la oportunidad de revisar su accionar al órgano estatal.

La Corte Nacional sostuvo que no asignarle gravitación al recurso administrativo interpuesto, constituye una decisión de injustificado rigor formal y comporta una exégesis de las reglas aplicables contraria a las garantías de debido proceso y al principio *in dubio pro actione* rector en la materia que vulnera la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional)³⁰.

²⁹ CSJN, 18-10-2016, “Transportes Uspallata S.R. L. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza si acción procesal administrativa”, Fallos 339:1483, remitiéndose al Dictamen de la Procuradora Fiscal Laura Monti.

³⁰ Calificó de desprolija la conducta de la Administración por irregularidades en las notificaciones, al igual que al no haberse cerciorado respecto de la personería del supuesto representante de la empresa. También le enrostró haber incurrido en

Resulta destacable cuando a partir de la no exigibilidad en el caso del recurso de revocatoria, sostiene que

[...] De ello no es posible deducir que en la hipótesis contraria –con participación del interesado en el expediente administrativo, como ocurriría en el sub lite a criterio del tribunal– se encuentre cercenado el derecho a interponer el recurso previsto por los arts. 177 y 178, pues dicha postura no permite la revisión del acto por parte de la máxima autoridad ni favorece la continuidad de la acción.

Es que la solución contraria supone una suerte de subestimación del procedimiento administrativo como carril idóneo para hallar una respuesta a los conflictos del Estado con los particulares.

Atenta contra dicho principio aparte merece la denominada “teoría de la subsanación”³¹, a la cual la CSJN la ha sostenido en diversas oportunidades, y que se traduce en la siguiente fórmula: “Los defectos en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido”³².

una interpretación del art. 178, Ley 3909 de Mendoza que restringe claramente el acceso a la jurisdicción y no se compadece con su texto expreso, el cual se limita a establecer que si el recurso es deducido por quien resulta afectado a raíz de un procedimiento en el que no intervino o contra una declaración dictada de oficio, el interesado puede ofrecer prueba y añade que, en estos supuestos, si la declaración impugnada emana del gobernador la decisión que recaiga en el recurso de revocatoria es definitiva y causa estado.

³¹ Para un estudio en profundidad del tema, puede verse el señero trabajo de Linares (1971b).

³² CSJN, in re: “Cerella, Roberto C. c. Provincia de Neuquén”, del 01/06/1982. *Fallos* 304:769; sostenida en CSJN, 16-12-2008, F. 1762. XXXVIII. “Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la resolución 604/99 (DVRRE)”, *Fallos* 331:2769.

Dicha doctrina ha sido fuertemente criticada en su día por el Profesor Julio Rodolfo Comadira, pues “[...] al permitir la subsanación en sede judicial de la indefensión producida en sede administrativa y amparar, con ese temperamento, igual criterio subsanatorio en las diversas instancias administrativas, transforma un vicio de base constitucional y legal determinante de la nulidad absoluta del acto, en una simple causal de nulidad relativa”. Señala además que “no se trata de postular la nulidad por la nulidad misma, sino de asignar al derecho al debido

También ha sido una manifestación del debido proceso, la garantía de plazo razonable, conforme lo resuelto por la CSJN *in re* “Losicer”³³.

Por su parte, la ley correntina consagra los principios de moralidad, respeto y decoro, y el de publicidad y el de presunción de libertad.

Respecto del principio de moralidad, cabe señalar que ha sido reconocido en un Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución n.º 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, resuelto en fecha 21-05-2001³⁴, en los siguientes términos:

[...] Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos³⁵.

Asimismo, respecto del principio de publicidad, muy utilizado en materia de contrataciones públicas, merece rememorarse un fallo de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala I, en voto del

proceso adjetivo su verdadera significación, de modo que la Administración Pública encuentre en el respeto de éste un requisito procesal insoslayable de su actuación” (2001, p. 596).

³³ CSJN, 26-06-2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, *Fallos*: 335:1126.

³⁴ < http://www.mercosur.org.uy/t_generico.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6>. Consultado el 12-08-2009.

³⁵ Sin haberlo citado expresamente, reproduce aquí la opinión de Melo (2006, p. 84).

Juez Coviello³⁶, cuando expresara que: *“La publicidad de los actos de gobierno es una exigencia derivada de la forma representativa, republicana de gobierno adoptada por la Constitución Nacional”,* y que *“[...] como principio rector de la licitación pública, implica el derecho de los oferentes a conocer las ofertas de los otros para poder impugnar con fundamentos la preadjudicación, pero no el de inmiscuirse en el procedimiento de evaluación de las ofertas, pues éste es un trámite interno de la Administración”*. Ha añadido también que

El acceso de los oferentes, en una licitación pública, al expediente administrativo favorece la observancia de la legalidad y transparencia del procedimiento mediante el control que, como colaboradores del buen funcionamiento de la Administración, aquéllos asumen. Ello así, siempre que no se trate de aspectos que necesariamente deban permanecer reservados o secretos [...].

Asimismo, constituye junto al principio de transparencia, uno de los principios consagrados por la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley n.º 24.759, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –mediante Ley 26.097–, así como en las leyes de ética pública nacional y de las provincias.

IV DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El instituto ha sido aplicado en numerosas ocasiones, especialmente al tratar el instituto de la caducidad del acto administrativo, donde por una interpretación armónica de las normas que regulan dicha figura en el orden nacional (art. 21, Ley 19.549),

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, 06/11/1998, “Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c. Ministerio de Defensa”, *La Ley* 1999-B, 517 - *La Ley* 2000-C, 113, con nota de Laura M. Monti

la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado la necesidad de practicar la intimación previa³⁷ para ello en el marco contractual administrativo, fulminando con nulidad absoluta su inobservancia, en una causa relativa a un endilgado incumplimiento de una obligación derivada de un contrato administrativo de empleo público.

Así, en el caso “Borgo”³⁸, consideró

[...] descalificable el pronunciamiento que -para declarar la “anulabilidad” de una resolución administrativa- sostuvo que la gravedad de la sanción y el defecto relacionado con la falta de intimación y consecuente plazo para el cumplimiento de la obligación no eran graves, ya que la Administración había podido creer que no hacía falta el cumplimiento de dichos requisitos ante el hecho de que el actor, a pesar del tiempo transcurrido entre la reincorporación y caducidad dispuestas, no hubiera intentado tomar posesión del cargo. Ello es así, pues aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente, la demora en que hubiera incurrido en asumir el cargo correspondiente, carecía de relevancia jurídica y no podría válidamente sustentar la legitimidad ni atenuar los defectos de un acto que presuponía el cumplimiento de aquella exigencia.

³⁷ Señala al respecto Gordillo (2011, p. IX-11), en el Punto 4.2 “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima: *‘Este supuesto no surge de normas generales pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina, además de tener un sustento constitucional. El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe, sin trampas ni desviaciones. Es el principio del fair procedure, susceptible de muchas aplicaciones. Como dice WADE, tanto de la sustancia de la justicia reside en el fair procedure’.*” Agrega el autor que: “Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa, como forma negativa de dolo, o la prohibición de voltefases o contramarchas, es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria o el deber de protección de la confianza ajena. También aparece en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa y confiera un plazo razonable para su cumplimiento [...]”.

³⁸ CSJN, 13-02-1986, “Borgo, Hermes Francisco v. Junta Nacional de Granos”, Fallos 308:108.

También dijo el Alto Tribunal que:

Si la caducidad decretada reconoce como fundamento una conducta reprochable del actor o sea que se sustenta en una apreciación de las circunstancias que, por virtud de la propia Ley de Procedimiento Administrativo (art. 21), requería de una interpelación para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público, la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. b), sin que corresponda discriminar con referencia a esta cuestión sobre el mayor o menor grado de discusión en la doctrina o en la jurisprudencia, ya que la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto.

Más recientemente, el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que:

Dado que la resolución ME 122/00 constituyó una prórroga por 180 días de la medida de salvaguardia impuesta por la resolución MEyOSP 987/97, y que la misma ha sido adoptada sin que se cumpliera el procedimiento reglamentario previstos para un acto de prórroga en el decreto 1059/96 –por el cual se reglamentó la ley 24.425, ratificatoria del Acuerdo de Marrakesh–, cabe concluir que corresponde declarar la nulidad de la citada resolución 122/00³⁹.

También la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, apoyándose en diversos fallos del Alto Tribunal, ha decidido que:

Por más que en el art. 96 del Estatuto para el Personal del Instituto para Servicios Sociales Bancarios, se contemple la posibilidad de

³⁹ Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte comparte y hace suyo. CSJN, 21-05-2002. “Adidas Argentina y otros c. EN –M.º de Economía– resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/amparo ley 16.986”, *EDA*, 01/02-226.

que, en ciertos supuestos, se pueda dejar cesante a un agente sin necesidad de instruir un sumario, *no significa en modo alguno que no se deba dar al administrado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con las apropiadas formalidades sustanciales, pues la ley 19.549 –que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública, centralizada y descentralizada, entre ellos la ex entidad autárquica demandada– configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo. Cabe apuntar al respecto que la observancia del principio fundamental del derecho de defensa del administrado es esencial en todo trámite administrativo en que estén en juego derechos subjetivos y cuyo fundamento es el art. 18 de la Constitución Nacional, y más concretamente, los arts. 1.º, inc. f), apart. 1.º, y 7.º, inc. d) de la ley 19.549, LPA, que constituye, en tal sentido, un valor fundamental del ordenamiento en un Estado de Derecho (conf. esta sala in re “Cortés”, del 6/4/99).*

En tal orden de ideas, el propio dispositivo de la LPA –que constituye la ley marco por excelencia para toda la Administración Pública Nacional, centralizada o descentralizada (conf. su art. 17), entre ellos, claro está a la ex entidad autárquica ISSB (art. 1.º, ley 19.322)– *configura el derecho al debido procedimiento adjetivo como un requisito basilar del procedimiento administrativo* (conf. COMADIRA, 1992, p. 82-83). Asimismo la aplicación del anterior RJB al ISSB (conf. esta sala in re “Sotelo”, del 24/2/98 y “Mercado” del 19/3/98, y también, sala III, in re “Zabala de Chambon” del 14/12/95), llevaba, por lógica consecuencia, a la aplicación de los principios garantísticos establecidos en ella y sus reglamentaciones, entre ellas el régimen de investigaciones. En este punto conviene recordar que *las formas en el Derecho Administrativo, cumplen la función de garantía de los derechos de los administrados, como del orden, acierto, justicia y legalidad que debe existir en la actividad administrativa* (conf. CASSAGNE, 1981, p. 205). Cabe igualmente recordar que, *como dijo nuestro más Alto Tribunal, “en las formas se*

realizan las esencias” (conf. Fallos, 315:106, 317:1333)⁴⁰.

En materia jubilatoria, sostuvo la Corte Suprema que

[...] El decreto 1287/97 dio forma legal a la interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios –arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241– existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la defensa en juicio,

por lo que

[...] corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda tendiente a que se declarara la nulidad del acto administrativo que –vulnerando el derecho de defensa– modificó el monto de la

⁴⁰ CNCont.-adm. Fed., Sala I, 12/05/2000. –G., R. A. c. ISSB– Resol. 114/96, EDA, 00/01-151. Se agregó que: “[...] *II. Que, por otro lado, la circunstancia de que el actor haya ofrecido un descargo escrito carece de relevancia alguna, en la medida que el procedimiento seguido para la imposición de la medida expulsiva se caracterizó por su desorden y carencia de formalidad. Asimismo, poco tiene que ver la invocada sujeción al régimen estatutario del agente frente a la posibilidad de ejercer su derecho de defensa a través de un procedimiento administrativo llevado en debida forma, toda vez que las relaciones de especial sujeción se han situado siempre en el marco insoslayable de la observancia del principio cardinal de la legalidad administrativa, a partir del cual adquiere su correcta conformación jurídica (conf. CS, Fallos, 319:1165 y 3040; 259:402; 304:121; 310:203; 311:2311; 312:1082; 313:63. Esta sala in re ‘Edenor’ del 5/9/95 y ‘Edelmann’ del 11/4/97. Asimismo Gallego Anabitarte, [196...], Alfredo, ‘Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho’, Revista de Administración Pública, t. 34, págs. 11-51). En consecuencia, por haberse violado la forma esencial del derecho de defensa del imputado y omitido que éste ejerciera en un procedimiento llevado en debida forma, la resolución impugnada deviene nula de nulidad absoluta (arts. 1.º, inc. f; 7.º, inc. d y 14, b, LPA)”.*

prestación y formuló cargos sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en el trámite⁴¹.

Caracterizado bajo la moderna denominación de “tutela administrativa efectiva”, sostuvo la Corte Suprema que

El art. 3.º, inc. a, de la resolución del COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8.º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.º inc. 3.º aps. a y b, y 14 inc. 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en tanto restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión fundada⁴².

⁴¹ CSJN, 24-04-2001; “Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares”. *Fallos* 324:1403.

⁴² CSJN, 14-10-2004; “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. *Fallos* 327:4185. Además, con proyección en general en materia de procedimientos de selección, sostuvo que el art. 3.º, inc. a, de la resolución 16/99 del COMFER atenta contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de *libre concurrencia e igualdad*, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios.

IV.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD⁴³

Según Sandulli (citado por GRECCO; GUGLIELMINETTI, 2003-2004, p. 121, especialmente p. 128), el principio de proporcionalidad quedaría articulado con estos elementos constitutivos:

- a) idoneidad: que se refiere a la coherencia del medio empleado; es decir, configurada una determinada situación de hecho, el medio empleado exacto para producir un resultado apreciable;
- b) necesidad: comporta la conformidad de la acción administrativa a la regla del “medio más moderado” y la obligación de elegir un medio para la consecución del objetivo que implique un mínimo sacrificio de los intereses concurrentes;
- c) adecuación: íntimamente ligada a la necesidad aparece la adecuación, que se presenta como aquella ponderación discrecional que lleve a una decisión que, sin provocar sacrificios superiores al mínimo, resulte, no obstante, razonablemente balanceada y engarzada a “la justa medida de la potestad”.

⁴³ Dicho principio fue utilizado por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”, CSJN, del 15-06-2010, Considerando 10.º, expresando que: “[...] si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329: 3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado, incluida la judicial. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas ‘injunctions’, lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso, y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba [...]”.

El mentado principio, que hunde sus raíces en el añejo “principio de razonabilidad” y que fuera suficientemente estudiado en nuestro país (LINARES, 2002, más recientemente, CIANCIARDO, 2009), ha sido recogido por la jurisprudencia del Alto Tribunal en los últimos tiempos, uno de cuyos ejemplos más palpables se dio al analizar la exigencia de la nacionalidad argentina para el acceso a cargos públicos.

En el último caso donde se pronunciara sobre el extremo⁴⁴, expuso la Corte recordando que lo dicho desde antiguo acerca de que “[...] la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros” (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito de dicho precepto admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación, en tanto no se altere lo central del principio que consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos “habitantes de la Nación”. De lo expuesto podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por el reglamento de la Corte.

Sin embargo –expone–, esa Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” –como sucede en el *sub lite*– corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar⁴⁵.

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal

⁴⁴ CSJN, 12-08-2008, “Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional –Poder Judicial de la Nación– Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)”, Fallos 331:1715. Dictamen de la Procuradora General, al que remitió la Corte Suprema.

⁴⁵ Remitiendo a la causa “Hooff” del 16-11-2004, Fallos: 327:5118, considerando 4.º y sus citas.

puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los *finés* que había intentado resguardar y sobre los *medios* que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será *insuficiente una genérica “adecuación” a los fines*, sino que *deberá juzgarse si los promueven efectivamente* y, además, *si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada*⁴⁶.

Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el *sub lite*, un *criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad*. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta *insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa*. Aquí se requiere aplicar un *escrutinio más severo*, cuyas características la Corte ha indicado en el precedente citado.

Por lo dicho, entendió el tribunal que la demandada no podía limitarse a alegar que la exigencia de nacionalidad argentina a un auxiliar bibliotecario era razonable o aun conveniente para el buen desempeño del cargo y resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado que requerían que el cargo sólo pudiera ser cubierto por argentinos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas (a la exigencia de nacionalidad argentina) que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado⁴⁷.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado en el derecho inglés, casualmente confundido con el principio de confianza legítima, en ocasión de analizar el alcance del control judicial de la

⁴⁶ Sentencia in re “Hooft”, considerando 6.º.

⁴⁷ Remite allí a la Sentencia in re: “Gottschau”, 08-08-2006, *Fallos* 329:2986, considerando 61)

Administración en el ejercicio de facultades discrecionales.

Al respecto, expresa la doctrina (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2002, p. 233; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2007)⁴⁸ que

[...] las causas por las que un juez puede anular un acto discrecional del ejecutivo son, según el *dictum* famoso de *Lord Diplock*, tres: *irregularidad procedimental*, *ilegalidad* y *razonabilidad*⁴⁹. El primer supuesto recoge la tradicional doctrina inglesa del *natural justice*⁵⁰, cuya finalidad es estrictamente procesal: principios tan emblemáticos de la tradición anglosajona como el *audi alteram partem* o el *nemo iudex in causa sua*. El segundo recoge la *desviación de poder continental* y supuestos de control de legalidad interna reconocidos por la jurisprudencia desde principios de siglo XX⁵¹. Y el tercero es el *control de razonabilidad*, plasmado en la conocida sentencia *Associated Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* de 1948, que constituye el caso más claro de control de legalidad interna hasta ahora previsto por el Derecho administrativo inglés. Según el *principio de razonabilidad* (más conocido en el argot como *Wednesbury unreasonableness*), un acto será ultra vires cuando sea tan irrazonable que ninguna autoridad razonable lo habría adoptado⁵².

⁴⁸ El autor explica no obstante que si el Derecho español ha enfocado el problema de la confianza legítima y la revocación de actos desde los parámetros de la ilegalidad, el *Administrative Law* se estructura en estos momentos sobre la revocación de actos conformes a Derecho y declarativos de derechos subjetivos.

⁴⁹ Menciona al caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, AC 374.

⁵⁰ En el Reino Unido se ha desarrollado como incluida en el principio de “Justicia Natural”, la denominada “Regla contra la parcialidad”, que establece que “Ningún hombre puede ser juez de su propia causa”, o en latín “*Nemo iudex in re sua*”. Al respecto, ver Wade; Forsyth (2004, p. 450 y ss.).

⁵¹ Citando a Craig, expresa el autor que de una forma muy casuística, bajo el rótulo de *illegality* se encuentran las siguientes causas de ilegalidad: propósitos inapropiados (desviación de poder, en términos continentales) y relevancia, lo cual permite impugnar un acto cuando razones relevantes no han sido tomadas en cuenta por el ejecutivo, o razones no relevantes han sido el único fundamento que soporta el acto. No obstante, ésta no es una clasificación taxativa, sino meramente descriptiva del *dictum* de Lord Diplock.

⁵² Agrega el autor que se trata de un criterio vago, impreciso y propicio a la arbitrariedad judicial. Si situamos esta causa a la luz de la doctrina ultra vires,

Luego, refiere que resulta relevante que en una sentencia de la Corte de Apelación en la causa “*Coughlan*”⁵³ se consagra la confianza legítima “sustantiva” como principio general del *Administrative Law*, y se eleva el standard de control utilizado tradicionalmente por los Tribunales: la razonabilidad *Wednesbury*.

la fragilidad de ésta es aún más palpable: será contraria a la voluntad del Parlamento cualquier decisión tan irrazonable que ninguna autoridad la habría adoptado, y ello porque existe una voluntad implícita del legislador soberano que exige la nulidad del acto.

⁵³ *R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan*, 1999, LGR, 703. El caso ha sido comentado por Craig; Schonberg (2000, p. 684-701).

Expresa Sarmiento Ramírez-Escudero –en relación al caso– que: “Los hechos son los siguientes: la señorita Coughlan sufrió un grave accidente de tráfico en 1971, produciéndole minusvalías muy graves y permanentes. Durante dieciocho años residió interna en un hospital municipal para enfermos crónicos, hasta que en 1993 las autoridades le propusieron un traslado a Mardon House, un centro especial para el tratamiento de minusvalías como las sufridas por la señorita Coughlan. Una de las razones que impulsaron a ésta a cambiar de residencia fue la promesa municipal de proporcionarle un hogar para el resto de su vida (‘a home for life’), sin tener que preocuparse jamás por cuestiones de alojamiento. Esta promesa fue realizada en términos expresos y de forma escrita a un grupo de pacientes, incluida la recurrente. En 1998 las autoridades sanitarias decidieron cerrar Mardon House por motivos presupuestarios, con el consiguiente traslado de todos sus pacientes y el incumplimiento de la declaración realizada en 1993. La señorita Coughlan recurre la decisión de cierre y los Tribunales fallan a su favor. La autoridad sanitaria local, ante la Corte de Apelación, recurre la sentencia reconociendo la existencia de expectativas por parte de los pacientes, pero alega que la decisión de cierre no puede considerarse irrazonable en términos ortodoxos *Wednesbury*. La Corte de Apelación confirma el fallo de la primera instancia, pero con argumentos diferentes: efectivamente, existía una expectativa por parte de la señorita Coughlan, pero tratándose de un caso en el que la administración revoca un acto individual no formal a través de una política (policy), ha de realizarse una ponderación de los intereses en juego. En primer lugar, el Tribunal reconoce que si la promesa realizada por las autoridades se hubiera efectuado en el ámbito del Derecho privado, habría equivalido a un incumplimiento de contrato. Segundo, el mantenimiento de Mardon House no supone violación alguna del ordenamiento jurídico, puesto que la decisión de cierre obedece exclusivamente a coordinadas políticas. Tercero, los argumentos esgrimidos por la administración no son suficientes, en opinión del Tribunal, para fundamentar una revocación y defraudar la confianza creada. Por todo ello, se falla a favor de la señorita Coughlan”.

En dicha causa, la Corte de Apelación entendió que existen dos *standards* en el *judicial review*: uno, el tradicional control de *razonabilidad*; y segundo, el *abuso de poder*. La categorización del abuso de poder, en los términos del Tribunal, no tiene vínculo alguno con el concepto utilizado por el Derecho continental. Se trata de un concepto autónomo y propio del Derecho inglés. Evidentemente, esta es la novedad. Una vez realizada la ponderación, el Tribunal entendió que al haber dos decisiones administrativas razonables (la promesa y su posterior revocación), la única forma de controlar su legalidad sería asegurando que el poder razonablemente ejercido no fuera utilizado en exceso, y, por tanto, abusivamente. El cierre de Mardon se considera, por este motivo y a la vista de los intereses en juego, abusivo.

IV.2 PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA⁵⁴

Sobre el tema, del que me he ocupado con anterioridad merece destacarse el caso “CEPIS”⁵⁵ de la CSJN, del que extraeré algunos tópicos sobre los que discurriera el análisis, que tuvo como disparador el incremento de las tarifas dispuestas por el Poder Concedente (Estado Nacional) del servicio público de gas natural, sin haberse garantizado la previa participación ciudadana en la adopción de las decisiones tarifarias, erigiéndose en la primera interpretación integral del artículo 42 de la Constitución Nacional argentina por parte del Máximo Tribunal Nacional, como un derecho “operativo”, apoyándose en los debates de la convención constituyente⁵⁶. Se puntualizó también que al concepto de participación debe dársele

⁵⁴ Del tema me he ocupado en diversas publicaciones, últimamente en el trabajo correspondiente a mi exposición en las Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad del año 2017 (REY VÁZQUEZ, 2018, p. 453-484).

⁵⁵ CSJN, 18/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, *Fallos* 339:1077.

⁵⁶ El citado artículo fue incorporado a la Constitución Nacional Argentina en la reforma constitucional de 1994.

un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

Entre los conceptos salientes, se ha resaltado que la participación debe ser previa, y que no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, debiendo, por imperativo constitucional, garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio; siendo además, un elemento de legitimidad para el poder administrador, cuya responsabilidad de garantizar el derecho a la información pública está estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno. Y la consecuencia de la inobservancia –en el caso, del procedimiento de audiencia pública– ha sido la declaración de nulidad de los actos que dispusieron el incremento, con los efectos que ello acarrea.

Resulta destacable asimismo, haber echado mano a ciertos⁵⁷ instrumentos internacionales para respaldar el análisis y conclusiones del tribunal, como ser la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, Capítulo primero, puntos 2 y 3) y el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana (Uruguay, noviembre de 2006, especialmente regla 11.7 y regla IV.35)⁵⁸. Y también el auxilio al concepto de “democracia deliberativa” con citas de Rawls⁵⁹ y Nino⁶⁰.

⁵⁷ Se trata de Cartas del CLAD, que en rigor conforman una suerte de soft law. Al respecto, puede verse la obra de Sarmiento Ramírez-Escudero (2008).

⁵⁸ Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º).

⁵⁹ Considerando 18.º) del Voto mayoritario, citando la obra de Rawls (2001). Hay edición castellana, Rawls (1986).

⁶⁰ Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º), en relación a la obra de Nino (1990, p. 97 y ss.) (textual del voto). El concepto ha sido desarrollado extensamente por el citado autor (NINO, 1997).

IV.3 PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

El mentado principio, muy estudiado por la doctrina española (entre otros, RODRÍGUEZ-ARANAMUÑOZ, 2006; MEILÁN GIL, 2014, p. 121) fundamentalmente, se halla consagrado en distintos instrumentos europeos y americanos, como son la Carta europea de los derechos fundamentales de la persona, el código europeo de buena conducta administrativa y la Carta iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos.

En nuestro medio, lo hallamos plasmado en la reciente ley mendocina de procedimiento administrativo, en los siguientes términos:

Art. 1.º [...] f) Principio de buena administración

La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos:

- 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común.
- 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro.
- 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional.

V EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS

Analizaré a continuación la naturaleza del poder disciplinario, los principios que estructuran, gobiernan y disciplinan

los procedimientos administrativos de ese tipo, muchos de los cuales coinciden con los principios generales de todo procedimiento administrativo, no obstante algunos cobran especial gravitación atenta su finalidad punitiva, arrojando como consecuencia probable 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 alcanzado por el procedimiento disciplinario⁶¹.

No obstante las aparentes similitudes, y dada la sustancia propia del derecho administrativo sancionador, como un capítulo del Derecho Administrativo –a mi entender–, se torna ineludible un estudio tendiente a determinar el grado de aplicación a este último de los principios que rigen en el proceso penal, y en su caso, si es dable acudir analógicamente a ellos para ser aplicados al mentado procedimiento administrativo sancionador (DOCOCO, 1996, p. 785 a 792).

Para ello, procederé a efectuar un análisis empírico de la Jurisprudencia de los Tribunales, fundamentalmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), así como de la doctrina especializada, sin dejar de lado los criterios rectores que van forjándose paulatinamente a través de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN).

A ello debemos agregar necesariamente los principios provenientes de los Tratados Internacionales de Jerarquía Constitucional, dada la incidencia directa que producen en el marco de protección del particular administrado, e incluso del agente público, que deben servir de norte ineludible a la hora de evaluar la procedencia de una sanción, así como durante toda la tramitación del procedimiento sancionador. Se imponen allí escrutar los

⁶¹ Así es que, amén de los principios de legalidad, debido proceso, oficialidad, informalismo, entre otros, cobran virtualidad principios tales como el “*non bis in idem*”, “*in dubio pro imputado*” (o *pro reo*), igualdad, “principio de la ley más benigna”, “proporcionalidad”, “principio de inocencia”, entre otros, que trasuntan una cercana relación del Derecho Administrativo al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, y donde se manifiestan claramente las similitudes entre ambas disciplinas, como manifestaciones ellas del poder punitivo estatal.

criterios convencionales provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, muchos de los cuales han sido receptados por los tribunales argentinos.

Una vez establecidas las notas definitorias, en punto a los principios, se procederá a determinar las “relaciones” existentes entre el procedimiento administrativo y el proceso penal, los modos normales y anormales de finalización del primero de ellos, y los aspectos relativos a la prescripción y caducidad de la potestad sancionadora estatal, que determinan el marco temporal de competencia para poder válidamente efectivizar, mediante la aplicación de una sanción, la finalidad perseguida con el procedimiento.

Asimismo, destinaré un apartado para analizar aspectos especiales que surgen de la doctrina de la PTN sobre la materia.

V.1 FUNDAMENTO, ORIGEN Y FINALIDAD DEL PODER DISCIPLINARIO⁶²

En tal sentido, se ha expresado que

[...] las sanciones disciplinarias nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial [...] (Del voto del juez Grecco, cons. VI)⁶³.

Respecto a su finalidad, se ha expresado: “[...] El derecho

⁶² Sobre el punto, puede verse con mayor amplitud, Docobo (1970, p. 243). Asimismo, en el Derecho español, la excelente monografía de Lafuente Benaches (1996).

⁶³ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5.^a, 13/04/1998, - “Marcos Norma Gladys v. Estado Nacional /MINISTERIO de Educación y Justicia s/ Empleo Público”. Causa n.º 17981/97.

disciplinario administrativo no tiene como finalidad la represión o prevención del delito, sino la protección del orden y la disciplina necesarios para el ejercicio de las funciones administrativas [...]” (confr. esta Sala, 17 de octubre de 1989, “De Benedettis”)⁶⁴.

Por su parte, el Alto Tribunal ha declarado que: “[...] Si la falta sancionada por la superioridad –calificada como grave– ha sido la de desobediencia, la sanción deriva del ejercicio de una potestad disciplinaria inherente a la estructura misma de las fuerzas armadas, e independiente del origen o entidad causal” (voto del Dr. Julio Víctor Reboredo)⁶⁵.

También sostuvo la Corte Suprema que:

Si se trata de la sanción de destitución a que pueden ser sometidos los escribanos en virtud del art. 52, inc. f.), de la ley 12.990, resulta aplicable la doctrina referente al régimen de empleo público, según la cual las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal⁶⁶.

Asimismo, que:

Corresponde confirmar la sentencia que mantuvo la resolución administrativa por la cual se exoneró a un agente, considerando que los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención

⁶⁴ C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4.ª, 02/08/1994, - “FUEGO, Carlos E. s/ APELACIÓN art. 40 ley 22140”.

⁶⁵ CSJN, G 423 XXVII – “Gabrielli, Mario Carlos c/ Estado Nacional s/ contencioso administrativo”. 5/07/96. Fallos 319:1165.

⁶⁶ CSJN, C. 542. XXIV. “Colegio de Escribanos s/ verificación de certificaciones de firmas de la escribana María del Carmen Díaz (regente del Registro Notarial N.º 1225 de la Capital)”. 9/12/93 C. 882. XXII. “Colegio de Escribanos s/ verificación de libros de requerimiento de firmas del Escribano Enrique José Ignacio Garrido”. 23/06/92. Fallos 315:1370.

a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existente entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal⁶⁷.

No obstante, la CSJN sostuvo en fecha más reciente, con cita del Superior Tribunal Constitucional Español, que

[...] los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado... y por ello... los principios esenciales reflejados... en la Constitución como los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria... adquieren especial relevancia en las sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, porque es claro que la sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (STC: 127/1996; 120/1990 y 97/1995)⁶⁸.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia mayoritaria entiende que estamos frente a un poder inherente a toda organización, con lo que no estaríamos técnicamente frente a una verdadera potestad, posición que en la doctrina ha sido sostenida por Julio Comadira (2001, p. 591) y René Goane (1998, p. 1013 y ss.), sosteniendo el primero que “[...] Toda organización posee, como poder inherente, la facultad de sancionar mediante la técnica jurídica represiva las conductas de los integrantes que afecten su adecuado funcionamiento [...]”. En cambio, por la posición de considerar que se trata de una potestad, se encuentra Fernando García Pullés (2003, p. 1.258), quien expresa que

[...] La organización no adquiere su poder disciplinario de su condición de tal, sino del reconocimiento de esa facultad por la ley,

⁶⁷ CS, Febrero 17 1987, in re: “Pereiro de Buodo, María M. C. Resolución 948, Mas”. *ED*, 123-394.

⁶⁸ CSJN, 09-03-2004, “Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. R. 230. XXXIV. Fallos 327:388, Considerando 13.º.

sea que esta última se funde en el reconocimiento de su correlato con la propiedad y consecuente habilidad para gobernar los recursos por sus titulares –en el ámbito del derecho privado– o de la atribución de una facultad a un órgano con una finalidad específica –en el ámbito público–. Señalo tal aspecto porque la organización, por sí, no adquiere aptitud disciplinaria alguna cuando no se la otorga el derecho, como lo ha mostrado el mundo en forma tan descarnada en los últimos años de relaciones internacionales [...].

V.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio, nacido como fruto del advenimiento del Estado de Derecho, posee una especial vinculación con la potestad sancionadora estatal, y que al decir de Lorenzo de Viega Jaime (1996, p. 9 y ss.), la mentada potestad se vincula al principio de legalidad a través de una relación de implicancia y de lógica.

Señala la autora que “[...] principio de legalidad y potestad sancionatoria, son conceptos jurídicamente interrelacionados, pues el último se explica mediante la alusión necesaria al primero [...]”]; agregando que: “[...] la potestad sancionadora es, en definitiva, consecuencia del supuesto de sometimiento a la legalidad que informa todo el orden jurídico”.

Al respecto, la PTN, en ocasión de tener que expedirse acerca de la responsabilidad que cabe a los funcionarios excluidos del régimen jurídico básico de la función pública, se ha referido al mentado principio, sentando la siguiente doctrina:

Los Subsecretarios por no hallarse comprendidos en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública [...] no gozan de estabilidad y la única sanción disciplinaria de la cual pueden ser pasibles es su remoción. En el orden disciplinario, tal exclusión, genera consecuencias de trascendencia en la especie, pues la ausencia de norma previa que establezca una sanción disciplinaria específica, obliga a concluir que cualquiera que se impusiere a aquellos funcionarios –salvo su remoción– resultaría violatorio del principio

de legalidad de las penas consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional⁶⁹.

Tal exclusión de los funcionarios políticos de la punición disciplinaria, ha sido criticada en doctrina por Comadira y Canda, señalando que no existe razón suficiente para excluirlos de ella. Señala el primero que: “La experiencia indica, en ese sentido, que el comportamiento de aquéllos también afecta el bien jurídico protegido por la responsabilidad disciplinaria, y la pena puede cumplir, a su respecto, adecuados efectos retributivos y preventivos generales y especiales.” (COMADIRA, 2001, p. 591)⁷⁰.

En el orden federal, la Jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, trayendo a colación el voto del Dr. Coviello, en la causa “Rava, María I. c. Estado Nacional-Fiscalía de Investigaciones Administrativas”⁷¹, quien ha sostenido en relación al mentado principio, lo siguiente: “Como consecuencia del principio de la legalidad administrativa, es deber de la Administración encauzar su actuación dentro del marco y con sujeción estricta a la ley y al derecho, evitando prescindir de las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico”.

⁶⁹ Expte. n.º 382232/95. Ministerio del Interior; 25 de febrero de 2000. (Dictámenes 232:210). Se agrega en el citado dictamen, que “La circunstancia apuntada impide que puedan ser sometidos a una investigación en los términos del capítulo VI del Régimen aprobado por dicha ley. No obstante ello, el Poder Ejecutivo Nacional puede ordenar la pesquisa para la averiguación de hechos irregulares atribuidos a tal calidad de funcionarios, cuando así lo entendiera pertinente. Cuando el Poder Ejecutivo Nacional ordena la pesquisa para la averiguación de hechos irregulares atribuidos a los Subsecretarios, la intervención de la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas procede si así lo dispone el Presidente de la Nación conforme el artículo 7.º del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto n.º 467/99, el Poder Ejecutivo Nacional tiene la facultad de que en los sumarios administrativos disciplinarios cuya instrucción dispusiera hechos endilgables a agentes comprendidos por un régimen disciplinario, la investigación pueda llevarla a cabo la Dirección Nacional de Sumarios. Por lo tanto, en la sede de origen se tendrá que decidir el temperamento a seguir sobre tal episodio”.

⁷⁰ El autor cita el trabajo de Canda (1996, p. 167 y ss.).

⁷¹ CNCont.-adm. Fed, Sala I, 30-11-1995, LL, 1996-C, 459, con nota de Agustín.

Cabe discernir en relación al principio de legalidad, si en su vinculación con la potestad sancionatoria, se hace referencia a la ley formal, o por el contrario, comprende a la diversidad de fuentes que integran el “bloque de legalidad”. Para ello, analizaré separadamente diversos aspectos.

V.3 EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE PRAEUIA*

Al respecto, señala Comadira (2001, p. 595 y ss.) que el primer componente *–nullum crimen sine lege–* tiene tres manifestaciones: la exclusividad (sólo la ley formal puede inculpar 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). El segundo elemento *–nulla poena sine praevia lege–* supone también tres manifestaciones: la irretroactividad y la prohibición de puniciones tanto de base consuetudinaria como analógica.

En tal sentido, señala el autor que “se afirma, respecto de este principio, la relatividad de su aplicación en el ámbito del Derecho disciplinario”⁷², conforme lo cual, “el poder disciplinario podría ejercerse en ausencia de norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción; siendo incluso posible, se sostiene, acudir a la analogía en los casos de falta de regulación normativa”⁷³.

Sin embargo, agrega Comadira que

[...] aún en las posiciones más flexibles en esta materia, se formulan dos salvedades:

⁷² Indica el autor que son interesantes, en este sentido, las afirmaciones y matices contenidos en asesoramientos de la Procuración del Tesoro de la Nación; v.gr. Dictámenes 139:337; 221:124.

⁷³ Cita en el punto a Goane, (1998, p. 1.013). Asimismo, respecto a la analogía en materia disciplinaria, remite el autor a Dictámenes 221:124 de la Procuración del Tesoro de la Nación.

- a) si las sanciones están taxativamente previstas en la norma, no pueden imponerse más que ellas⁷⁴.
- b) ciertas sanciones, como la multa o el arresto, sólo proceden si resultan de la ley formal, sea porque se les asigne obvia sustancia penal (MARIENHOFF, 1995, p. 420), o bien porque se considere que ellas implican incursionar en la zona de reserva legal (GOANE, 1998, p. 1.039).

Adhiere el autor citado a estas ideas, puesto que

la determinación de las sanciones por vía legislativa asigna al poder disciplinario, en ese aspecto, carácter reglado de modo que, si la reglamentación legislativa es razonable al no comprometer las facultades propias de la Administración, un apartamiento del régimen sancionatorio configuraría un supuesto de arbitrariedad; y en relación con las sanciones de multa y privación de la libertad, no parece, en verdad, dudoso que en nuestro ordenamiento la afectación punitiva del patrimonio o de la libertad física integren la zona de reserva de ley (COMADIRA, 2001, p. 595)⁷⁵.

Por su parte, en el Derecho uruguayo, ha sostenido Lorenzo de Vega Jaime (1996, p. 11) que

⁷⁴ Cita al respecto a Goane (1998, p. 1.039), y a Marienhoff, 1995, p. 423.

⁷⁵ Agrega asimismo el autor que “[...] otras posibles sanciones disciplinarias deben también resultar de la ley formal en la medida que determinen la extinción del vínculo o puedan conducir a ella, porque en esas situaciones tales sanciones comprometen la garantía de la estabilidad asegurada a los agentes estatales por el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional (cita que en Dictámenes 121:366, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que la competencia para dictar normas estatutarias para el personal de la Administración Pública Nacional le asiste al poder legislativo, en tanto implica una reglamentación del derecho constitucional a la estabilidad y del requisito de idoneidad para acceder a la función pública)”. “Fuera de esos casos –apunta–, no existe óbice, a mi juicio, para que, aun en ausencia de ley formal o material, la autoridad administrativa imponga, en ejercicio de sus poderes inherentes, sanciones disciplinarias respetando los principios generales del derecho”.

el campo de las sanciones administrativas debe ubicarse dentro de lo que la doctrina llama “reserva de la ley”, pues se trata –al decir de la autora– de una materia atribuida privativamente a la ley y excluida de la potestad reglamentaria, y en ese país, lo es todo lo atinente a la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes, según lo previsto en la Sección II de la Constitución Uruguaya... Entonces, siendo la sanción administrativa... una limitación de derechos individuales, debe ser inscripta dentro de la categoría materia de reserva legislativa.

A mi entender, tal argumento resulta perfectamente trasportable al derecho argentino, dado que conforme reza el art. 19 *in fine* de la Constitución Nacional, correlacionado con los artículos 14 primera parte y 18, no cabe realizar una interpretación extensiva del concepto de ley, debiendo limitarse al estricto de ley en sentido formal, en punto a la determinación de la fuente normativa de la limitación de los derechos individuales.

V.4 LA TIPICIDAD

La exigencia de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas, sostiene Comadira que tampoco posee acogida absoluta en el Derecho disciplinario, pues las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste evidencian una multiplicidad de variantes no susceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales, no obstante lo cual, señala que

de todos modos, es exigible que las conductas se encuadren necesariamente en las figuras previstas, debiendo descartarse la validez de normas que pretendan derivar conductas sancionables del sólo juicio del superior o fundables exclusivamente en la norma que otorga la atribución sancionatoria (COMADIRA, 2001, p. 596)⁷⁶.

⁷⁶ Agrega en la p. 597 que, “si la tipicidad en el Derecho penal es, como afirmó Jiménez de Asúa ..., antes que una pieza técnica, una garantía de libertad que se presenta como secuela del principio de legalidad, ella está llamada a ser, en

Por su parte, en referencia al Derecho español, Alejandro Nieto ha sostenido, al señalar las diferencias del Derecho Penal (en adelante DP) con el Derecho Administrativo sancionador (en adelante DAS), la distinta operatividad que en ellos tiene el principio de la legalidad, con su corolario de la tipicidad (NIETO, 1997, inédito).

Señala este autor que:

Para el DP es un dogma intocable el principio de que los tipos han de estar descritos con precisión en una ley: esta fue una de las grandes conquistas de la Ilustración y del Liberalismo, que hoy felizmente se mantiene. [...]

Pero en el caso del DAS, señala que por imitación del DP también se lo ha adoptado con consecuencias deplorables, porque si la tipicidad es factible en el DP, habida cuenta de la escasez de delitos, no sucede lo mismo en el DAS ya que [...] el incumplimiento de órdenes y prohibiciones administrativas lleva consigo por su propia naturaleza la comisión de una infracción [...].

Nada se conseguiría ciertamente mandando o prohibiendo si luego el incumplimiento no fuera castigado [...].

Apurando las cosas, en el DAS no hay más que un tipo de infracción: el incumplimiento de órdenes y prohibiciones generales o concretas, previas [...].

De aquí que las leyes españolas, a la hora de tipificar se remitan con frecuencia a la norma ordenadora o prohibitiva por un lado, y por otro, a los reglamentos que precisen o concreten los textos legales.

En la Argentina, la jurisprudencia federal, ha decidido lo siguiente:

La descripción del hecho punible por vía de la reglamentación –en el caso se trata de las resoluciones 45/91 y 442/87 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca–, no supone atribuir a la Administración una facultad indelegable del Poder Legislativo sino del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria discernida por el

el Derecho disciplinario, razonablemente interpretada, una garantía formal de justicia como límite jurídico a la discrecionalidad administrativa”.

art. 99, inc. 2.º de la Constitución Nacional⁷⁷.

También, ha dicho en la misma causa que:

Como las sanciones que la autoridad de aplicación se encuentra facultada a aplicar tienen carácter administrativo y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Cód. Penal, no deben aplicárseles las reglas generales de éste, ni se debe requerir la configuración de dolo. Tales sanciones se fundan en la mera culpa por acción u omisión; esta forma de constatación de las faltas genera la consiguiente responsabilidad del infractor, salvo que éste invoque y demuestre la existencia de alguna causa válida de exculpación.

V.5 RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN

Señala al respecto García Pullés (1998, p. 131 y ss.), que

a la potestad sancionadora de la administración, se la puede clasificar desde la perspectiva del sujeto pasivo, que distinga: a) Aquellos sujetos que mantienen una relación de sujeción general con la Administración Pública, típica de la posición del administrado simple, o del binomio poder público-ciudadanos, y b) Aquellos sujetos que se vinculan a la Administración por “relaciones de sujeción especial”, entendidas como las que derivan del status especial de ciertos ciudadanos resultante de su condición de destinatarios de un ordenamiento seccional (GARCÍA PULLÉS, 1998, p. 147).

Al respecto, la Jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que:

El actor como integrante de las Fuerzas Armadas, específicamente

⁷⁷ CNCont. Adm. Fed., Sala III, octubre 6-1998, “Arbumasa S.A. c. Ministerio de Economía, Obras y Servicios Público”, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 17-09-1999, p. 53.

del Ejército, no podía desconocer –como consecuencia de la relación de especial sujeción que lo vinculaba con la institución armada–, que como corolario del principio de legalidad administrativa, por el cual las peticiones extemporáneas de recursos –aplicados en materia de sanciones disciplinarias–, y reclamos que son los recursos deducidos contra aquellos actos administrativos que no sean sanciones disciplinarias, no serán tomados en consideración; como consecuencia de ello no existe el deber de expedirse por parte de la autoridad militar respecto al reclamo del recurrente (en el caso recurría ante sanción disciplinaria que era la causa fundante de la clasificación de ineptitud militar).⁷⁸

Pero es en la causa “Ponchón, Jesús A. c. Policía Federal Argentina”⁷⁹, donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, hace aplicación con mayor nitidez de estas relaciones de especial sujeción (voto del Dr. Coviello) en los siguientes términos:

En las relaciones de especial sujeción que rigen al personal policial –en el caso, a los miembros de la Policía Federal–, no pueden aplicarse al proceso administrativo disciplinario iniciado contra miembros de ese personal, directamente y sin el necesario ajuste, los principios garantísticos propios del derecho penal, salvo la garantía genérica del derecho de defensa del imputado.

Además, ha dicho en la misma causa que:

⁷⁸ CNCont. Adm. Fed., Sala I, noviembre 8-1995, in re “Enriques, Luis Alberto c. Jefe del Estado Mayor General del Ejército s/amparo por mora”. ED, 170-286.

⁷⁹ CNCont. Adm. Fed., Sala I, mayo 18-1999. *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 17-12-1999. En el voto en disidencia, el Dr. Litch efectúa una crítica de estas relaciones de especial sujeción, las cuales devienen inadmisibles a la luz del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional. Asimismo, para ver una crítica de estas relaciones, ver sendos trabajos de Parejo Alfonso; Salomoni (1997, p. 133 y ss.) y Parejo Alfonso; Salomoni (1997, p. 151 y ss.).

Dada la relación de especial sujeción a la cual se encuentra sometido el personal policial, la prohibición de asistencia letrada externa a la fuerza en el proceso administrativo disciplinario, establecida en el art. 661 del dec. 1866/83, –régimen aplicable a la policía federal– no vulnera el derecho de defensa de dicho personal, pues esa limitación no impide que se pueda contar con el apoyo externo de un letrado.

V.6 PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Este principio, que en el ámbito del procedimiento administrativo constituye una prolongación del derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 Constitución Nacional, o como garantía de innominada incluido en el art. 33 de la Carta magna, surgió luego de la Revolución Francesa como garantía de los derechos del individuo frente al Estado, y se ha recibido amplia consagración en los ordenamientos constitucionales republicanos (LORENZO DE VEGA JAIME, 1996, p. 104 y sgtes.), consecuencia de otro gran principio de origen revolucionario, como es la presunción de inocencia de todo imputado de un delito.

Al respecto, dice Domingo J. Sesín (1994, p. 155), que

[...] Sabido es que el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración implica el respeto del principio axiológico fundamental del “debido proceso”, que inexorablemente debe garantizarse en forma previa a la aplicación de la sanción... Su contenido es comprensivo del derecho a ser oído, de ofrecer y producir prueba y de obtener una decisión fundada. Estas son condiciones que siempre deben respetarse y que son de obligatorio acatamiento, bajo pena de nulidad según los principios constitucionales aplicables.

Así, ha dicho la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, a través del voto del Dr. Coviello en la causa “Rava” –citada supra– que:

Los principios cardinales del Derecho penal general resultan de aplicación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, pues ambos en definitiva quedan inferidos dentro de la potestad punitiva del estado, si bien ello se da con las modulaciones propias que especifican el ámbito del derecho disciplinario.

En el mismo pronunciamiento, se ha dicho que:

La garantía del debido proceso no se circunscribe al ámbito exclusivo del Derecho penal. Por el contrario, los principios inherentes al debido proceso legal emergen de la Constitución Nacional, motivo por el cual no caben dudas respecto a su debida observancia no sólo en el proceso penal sino también en el procedimiento administrativo disciplinario.

Por su parte, la PTN ha resuelto que:

Conforme lo determina el Decreto n.º 8566/61 la conducta del agente que formuló la opción a la que estaba obligado casi dos meses después de haber incurrido en incompatibilidad puede dar lugar a cesantía, pero la aplicación de esta sanción requiere en el ámbito de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, la instrucción de un sumario disciplinario⁸⁰.

Al respecto, la CSJN, ha sostenido la necesidad de garantizar la adecuada observancia del mentado principio, aún en el procedimiento administrativo de tipo disciplinario, al señalar

[...] que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones [...], para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que

⁸⁰ Expte. n.º 1-2002-2095002475/01-4. Ministerio de Salud; 30 de enero de 2002. (Dictámenes 240:117).

se le sigue o ha seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (conf. Fallos: 308:191 y 316:2043)⁸¹.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que: “El procedimiento sumarial disciplinario constituye una exigencia esencial de la decisión extintiva de la relación de empleo público, en los supuestos de agentes con situación estatutaria amparados por la garantía de estabilidad”⁸².

V.6.1 TEORÍA DE LA SUBSANACIÓN

Comentario aparte merece la denominada “teoría de la subsanación”⁸³, a la cual la CSJN la ha sostenido en diversas oportunidades, y que se traduce en la siguiente fórmula: “Los defectos en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido”⁸⁴.

Tal doctrina, ha servido para justificar el desconocimiento del derecho al debido proceso en sede administrativa, argumentando que el mismo queda purgado si el particular halla adecuado resguardo y amplitud probatoria en sede judicial, lo cual ha sido criticado por cierto sector de la doctrina, y que reconoce también pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a la misma.

Y no es para menos, si reparamos en el hecho de que las leyes de procedimiento administrativo establecen como elemento esencial

⁸¹ Causa C. 771. XXXIV: “Recurso de hecho deducido por Oscar Juan Castro Veneroso en la causa Castro Veneroso, Oscar Juan s/ recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140”, 23-10-2001, especialmente, Dictamen del Procurador General de fecha 30-03-2001, Fallos 324:3593; JA, 2002-II, Suplemento Administrativo del 04-04-2002, p. 84/86.

⁸² SC Buenos Aires, Noviembre 13 1984, “Salanueva, Olga L. C. Provincia de Buenos Aires”, Repertorios ‘El Derecho’ – Sumarios 20.

⁸³ Para un estudio en profundidad del tema, ver: Linares (1971b).

⁸⁴ CSJN, in re: “Cerella, Roberto C. c. Provincia de Neuquén”, del 01/06/1982. Fallos 304:769.

del acto administrativo, el procedimiento previo, que se tramite obviamente con la rigurosa observancia de todos los aspectos que comprende el debido proceso adjetivo, entre ellos, el derecho a ser oído, el de ofrecer, producir y controlar la prueba, y el derecho a una decisión fundada; viciando de nulidad absoluta al acto que lo omita. Si el acto nulo, y no es susceptible de ser saneado, mal puede entonces subsanarse en sede judicial, el vicio relativo a la falta del debido procedimiento previo⁸⁵.

No obstante la aparente claridad del razonamiento anterior, la doctrina de la PTN, así como la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación, la admitieron y admiten actualmente, al igual que diversos tribunales inferiores.

Con relación a la posibilidad de subsanar en sede administrativa los vicios relativos al derecho de defensa, observados en la tramitación del sumario, ha dicho la PTN que:

Si medió sumario previo aun cuando viciado en algunos aspectos concernientes al ejercicio del derecho de defensa, es factible considerar subsanados los vicios del sumario si, con posterioridad y dentro del trámite impreso al recurso jerárquico, se concedió al sumariado la oportunidad de ejercer con amplitud su derecho de defensa (conf. Dict. 115:289)⁸⁶.

En idéntico sentido, se ha pronunciado la CSJN, en el caso “Kusnir, Juan E. c. UBA” (CSJN, 10-10-1969. ED, 30-105) y posteriores⁸⁷.

⁸⁵ Sin embargo, en un ya lejano precedente, la CSJN convalidó la aplicación de una sanción de cesantía sin sumario previo cuando las faltas sean de comprobación objetiva fácil, como la ausencias no justificadas por más de diez días (CSJN, 09-08-1961, “Vásquez, Alejandro c. Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 250:418).

⁸⁶ Expte. n.º 887-0/98 “R”. Comisión Nacional de Energía Atómica; 24 de noviembre de 2000. (Dictámenes 235:524).

⁸⁷ Ya durante la vigencia de la Ley 19.549, se ha pronunciado a favor de la citada teoría el Alto Tribunal, en la causa: “Almagro de Somoza y otro c. INSSJP”, del 24-05-1984, (Fallos 306:467), sosteniendo que “Las posibilidades de audiencia

Lo ha reiterado en fecha más reciente diciendo que

[...] la eventual restricción de la defensa en el procedimiento administrativo es subsanable en el trámite judicial subsiguiente (Fallos: 212:456; 218:535; 267:393; 273:134), de modo que, habiéndose producido el peritaje contable en esta instancia, corresponde concluir que no resultan atendibles los planteos de la impugnante (Fallos: 247:52)⁸⁸.

La teoría de la subsanación, ha sido criticada por Comadira, pues

al permitir la subsanación en sede judicial de la indefensión producida en sede administrativa y amparar, con ese temperamento, igual criterio subsanatorio en las diversas instancias administrativas, transforma un vicio de base constitucional y legal determinante de la nulidad absoluta del acto, en una simple causal de nulidad relativa.

Señala además que “no se trata de postular la nulidad por la nulidad misma, sino de asignar al derecho al debido proceso adjetivo su verdadera significación, de modo que la Administración Pública

y prueba en la instancia judicial bastan para asegurar la garantía de la defensa en juicio”, citando la doctrina de Fallos 301:410. Cabe señalar sin embargo que en su dictamen, el Sr. Procurador General Dr. Juan Octavio Gauna, señaló su opinión contraria, diciendo que: “[...] atento lo dispuesto por la Constitución Nacional en lo atinente al derecho de defensa (art. 18) así como al principio que en el Derecho Administrativo argentino rige –como consecuencia de aquella garantía constitucional– el respecto del derecho a ser oído antes de la emisión del acto que se refiere a derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. El incumplimiento por parte de la Administración de esa garantía fundamental no puede ser saneada ‘a posteriori’ y en otra instancia, pues al ser requisito esencial para la validez del acto al concretar los procedimientos pertinentes –en el caso el debido proceso adjetivo– el acto ha quedado ya fulminado por un vicio esencial [...]”.

⁸⁸ CSJN, 16-12-2008, F. 1762. XXXVIII. “Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la resolución 604/99 (DVRRE)”, Fallos 331:2769.

encuentre en el respeto de éste un requisito procesal insoslayable de su actuación.” (COMADIRA, 2001, p. 596).

En tal sentido, ha dicho Comadira (2001, p. 596), si bien luego de señalar que el principio del debido proceso no es aplicable en el Derecho disciplinario con el mismo alcance que en el Derecho penal, no obstante –aclara luego que– si bien en ciertos casos puede aceptarse que, como consagran diversos sistemas disciplinarios, la aplicación de las sanciones no requiera la instrucción previa de sumarios o de informaciones sumarias, es siempre requisito de validez la concesión al imputado de alguna forma de audiencia, siquiera verbal⁸⁹.

Asimismo, la mentada doctrina se contrapone con la sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Baena”, cuando expresó que:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración pública tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos –en el caso, se denunció a la República de Panamá por la destitución arbitraria de 270 empleados públicos participantes en una huelga–, razón por la cual es importante que su actuación se encuentre regulada. No pudiendo invocar el orden público para dictar actos sancionatorios sin otorgar a los administrados la garantía del debido proceso, entendido en los términos del art. 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁰.

⁸⁹ Al respecto, se ha sostenido que “El descargo es un procedimiento reducido tendiente a tutelar el derecho de defensa y a facilitar nuevos elementos de juicios a la administración. Empero, si bien no requiere la formalidad propia del procedimiento sumarial, sin embargo, debe resguardar, aunque mínimamente el cumplimiento de los siguientes aspectos: derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada. Todo ello en el marco sumarísimo que la naturaleza del trámite implica” (Trib. Sup. de Justicia de Córdoba, 04-07-1996, “Esteban, Elsa E. c. Provincia de Córdoba”, *LLC* 1996, 1020, AR/JUR/2380/1996).

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, *La Ley* 2001-D, 573.

V.6.2 PROHIBICIÓN DE DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

Es doctrina uniforme tanto de la PTN, como de la CSJN, que la situación de imputado o sumariado es incompatible con la recepción del juramento al pugnar con lo prescripto por el art. 18 de la Constitución Nacional (conf. Dictámenes 143:101; Fallos 281:177, entre otros).

En tal sentido, se ha señalado que: “La recepción de declaración como testigos a personas que podrían aparecer rozadas por la investigación comprometería la validez de tales actos a la luz del criterio de la Procuración del Tesoro (conf. Dict. 143:101; 152:262; 166:244; 212:104)”⁹¹.

También lo ha sostenido la CSJN en la causa “Castro Veneroso” (Fallos 324:3593)–citada más arriba–, donde adhiriéndose a lo dictaminado por el Procurador General, expresó:

[...] Desde mi punto de vista, el recurso es formalmente admisible toda vez que, la sustancia del planteo allí efectuado conduce en definitiva a determinar el alcance de la garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (confr. Fallos: 310:1847). En efecto, tal como surge de la sentencia apelada, la resolución ANA 0351/97, que pone fin al sumario administrativo 1/83 con el “despido con causa” del actor, se fundó exclusivamente en las declaraciones testimoniales que éste prestó, previo juramento de decir verdad, ante las preguntas que se le formularon. Sin perjuicio de que, tal vez, hubieran podido ser acreditadas por otros medios las circunstancias de las cuales derivaría su responsabilidad, lo cierto es que, tanto la Administración Nacional de Aduanas cuanto la cámara, basaron sus pronunciamientos en las respuestas del recurrente.

En mi opinión –agregó–, el sumario administrativo incoado se presenta falto de legalidad, toda vez que no se respetaron garantías constitucionales. Así, se debió hacer saber al señor Castro Veneroso –tal como claramente lo prescriben los arts. 29, 40, 41 y 43 del Reglamento de Investigaciones entonces vigente–, las causas que

⁹¹ Dict. n.º 213/02, 12 de julio de 2002. Expte. n.º 8759/00. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. (Dictámenes 242:65).

determinaron su instrucción, la responsabilidad que se le atribuía en los hechos, la posibilidad de ser asistido por un letrado o de negarse a declarar sin que esto haga presunción en su contra y ello, sin exigirle juramento o promesa de decir verdad. Estos derechos no son sino el correlato de aquellos principios que enuncia la Constitución Nacional en su art. 18. Es dable afirmar que la sentencia de la cámara –que debía controlar la legalidad del proceso–, al convalidar lo resuelto por la Aduana, resulta pasible de idénticas observaciones.

Ha dicho la Corte

[...] Que debe tomarse particularmente en cuenta [...] (que) el previo juramento de decir verdad a que fuera sometido el señor [...], sin darle antes a conocer el motivo de su citación [...], afectó la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo [...]⁹².

Ello encuentra sustento además, en el Art. 18 CN dispone: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y en los Pactos Internacionales incorporados a ella, como el Art. 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece como una de las garantías mínimas del proceso penal –por analogía aplicables al procedimiento disciplinario– “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”,

⁹² Recordó luego que en un antiguo precedente “[...] el Tribunal tuvo oportunidad de sentar el principio según el cual las posiciones tomadas al procesado, bajo juramento, son contrarias a la cláusula constitucional aludida, criterio éste de clara aplicación en el sub lite y que se basa en que tal juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma. Pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra. Y la Constitución rechaza categóricamente cualquier intento en ese sentido. La declaración de ‘quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, el que no debe siquiera verse enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento de decir verdad’” (Fallos: 281:177, causa “Diario El Atlántico”).

mientras que el Art. 8.3, a su vez, dispone que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

V.6.3 EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

En punto al control de convencionalidad en materia disciplinaria, resulta relevante lo resuelto por la CSJN *in re* “Losicer”⁹³, donde se extendió la garantía del “plazo razonable” a los procedimientos administrativos sancionatorios, donde sostuvo que:

1. la dilación del procedimiento administrativo que se extendió por más de 20 años es incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la CADH, si los hechos investigados no exhiben una especial complejidad y los sumariados no obstaculizaron el curso del procedimiento, ya que los prolongados lapsos de inactividad procesal son atribuibles inequívocamente a la autoridad administrativa, situación que se presenta como el principal motivo de la dilación;
2. el “plazo razonable” de duración del proceso al que se alude en el inc. 1 del art. 8 de la CADH, constituye 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;
3. ante la ausencia de pautas temporales indicativas de la duración razonable de un proceso, deberá tenerse en cuenta a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d)

⁹³ CSJN, 26/06/2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, Fallos: 335:1126.

el análisis global del procedimiento⁹⁴.

V.6.4 EL DERECHO A ELEGIR UN ABOGADO DEFENSOR DE SU CONFIANZA

La Corte se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la jurisdicción militar en la causa “López, Ramón”⁹⁵.

Para ello, ha formulado una serie de conceptos que, en lo que al tópico conciernen, pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. el defensor interviniente ante el tribunal de justicia militar careció de plena libertad para ejercer su ministerio y, en todo caso, al revestir necesariamente la condición de oficial en servicio activo o en retiro (conf. art. 97, CJM) quedó sujeto no sólo al corsé disciplinario de la institución, sino incluso a la propia jurisdicción militar;
2. de ningún modo se puede afirmar que se haya respetado el derecho de defensa en juicio del imputado, Capitán de Intendencia, con relación a la acusación penal que se le incoara, sea porque *no ha podido elegir un abogado defensor de su confianza –aunque fuera militar–, o porque el defensor interviniente ha visto restringida su capacidad de actuación*, lo que conculca la garantía reglada por los arts. 18 del Constitución Nacional, 8.2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.d del Pacto Internacional de

⁹⁴ Corresponden a los sumarios de Editorial La Ley, AR/JUR/32230/2012. El criterio ha sido reiterado por la Corte en la causa “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c. B.C.R.A. s/ resol. 178/93”, 19/11/2013, *La Ley* 2014-C, 524, AR/JUR/77309/2013.

Con anterioridad, el Máximo Tribunal sostuvo que “La tramitación de un sumario que insumió casi una década, comportó ‘de hecho’ una virtual sanción, en la medida en que el agente se vio privado en la práctica de progresar en su carrera administrativa” (CSJN, 30/10/2001, - “Méndez, Claudio C.”, JA 2002-II-677).

⁹⁵ CSJN, 06/03/2007. “López, Ramón Ángel s/recurso del art. 445 bis del Código de Justicia Militar (causa n.º 2845)” (L.358.XXXVIII) –Fallos 330:399– [EDA, (30/03/2007, nro 11.730)].

Derechos Civiles y Políticos⁹⁶.

V.6.5 BREVEDAD IRRAZONABLE DEL PLAZO PARA RECURRIR

Al respecto, ante un plazo de 24 horas mentado en un estatuto específico, sostuvo la CSJN que: “La exigencia de deducir el recurso de revocatoria dentro del plazo de 24 horas (ordenanza general 207/77 de la Municipalidad de Escobar) viola el derecho de defensa en juicio del agente cesanteado”⁹⁷.

V.6.6 RECURRIBILIDAD DE LAS SANCIONES MENORES

Respecto a la inconstitucionalidad de normas que impiden la revisión de sanciones menores, se ha pronunciado el Alto Tribunal diciendo que: “Es inconstitucional el art. 21 de la ley 16.463, en cuanto confiere autoridad de cosa juzgada a las decisiones administrativas que imponen apercibimientos, e impide de ese modo su control judicial posterior”⁹⁸.

V.6.7 EL PRINCIPIO DE TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

Ha sido receptado por la jurisprudencia de la CSJN con base en diversos Tratados con Jerarquía constitucional, y lo hizo frente a normas reglamentarias que establecían exigencias reñidas con el derecho de defensa, como el que consagrara como requisito para la presentación a un concurso el previo desistimiento de los recursos administrativos y judiciales⁹⁹.

⁹⁶ Los puntos corresponden al voto de la doctora Argibay integrando la mayoría.

⁹⁷ CSJN, P. 127. XXIV. Parra de Presto, Stella Maris s/ inconstitucionalidad ordenanza general 207/77 I. 1354. 16/11/1993. Fallos 316:2539.

⁹⁸ CSJN, G. 639. XXXVIII. Gador S.A. s/ infracción ley 16.463 –causa n.º 1626/01–. 9/03/04. Fallos 327:367.

⁹⁹ Corte Sup., 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal

V.6.8 SUMARIO ADMINISTRATIVO. OBJETO. SUJETOS ALCANZADOS

La PTN ha sostenido sobre el tópicó que:

El sumario administrativo disciplinario regulado por el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto n.º 467/99, se trata de un procedimiento especial, en el cual, el acto o resolución que ordena el sumario da inicio a un procedimiento que permitirá esclarecer si se ha cometido, o no un ilícito disciplinario, y, en su momento, la creación del acto administrativo que declarará al sujeto sometido, pasible o no de la sanción preestablecida (conf. Dict. 233:270; 262:125; 122:10)¹⁰⁰.

En el mismo asesoramiento, y respecto a los sujetos alcanzados, expresó que:

La sustanciación de un sumario administrativo disciplinario tiene por finalidad la aplicación de algunas de las sanciones, apercibimiento, suspensión, cesantía o exoneración, previstas en los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por Ley n.º 25.164, cuando se requiere la instrucción del sumario. En este aspecto, el primer párrafo del artículo 27 de dicha ley, prevé que el personal vinculado por una relación de empleo público y que revista en *planta permanente*, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas y en las condiciones que expresamente se establecen. Se trata de

de Radiodifusión”, Lexis n.º 35000964, Fallos 327:4183. Allí se decidió que: “El art. 3 inc. a resolución 16/1999 del COMFER., que aprobó las bases y condiciones del concurso público para adjudicar estaciones de radiodifusión, en cuanto dispone que los participantes debían desistir de todos los recursos administrativos y judiciales contra las disposiciones legales y reglamentarias y actos administrativos del COMFER. y la Comisión Nacional de Comunicaciones, viola al art. 18 CN. y las convenciones internacionales de derechos humanos, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”.

¹⁰⁰ Dict. n.º 334/08, 29 de diciembre de 2008. Expte. PTN n.º 186/2007. Universidad Nacional de Catamarca. (Dictámenes 267:632).

personal que, conforme con el artículo 7.º, reviste en el régimen de estabilidad y al cual el artículo 39 contra los actos que dispongan la aplicación de sanciones al personal amparado por la estabilidad prevista en este régimen le otorga una opción en la vía recursiva. Una situación diferente, en el orden disciplinario es la del personal que podrá revistar en régimen de contrataciones, como personal de gabinete de las autoridades superiores, y que no goza de estabilidad.

Y en punto a su inaplicabilidad al personal carente de estabilidad, sostuvo que:

El segundo párrafo del artículo 27, de la Ley Marco establece que al personal comprendido en el *régimen de contrataciones*, y *de gabinete* se le aplicarán los preceptos de ese capítulo, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones. Sin embargo, ninguna reglamentación ha sido dictada para determinar cuáles preceptos y en qué condiciones se podrán aplicar estas disposiciones del régimen disciplinario. Por otra parte, el artículo 10, de la Ley Marco, respecto del personal de gabinete prevé que cesará en sus funciones simultáneamente con la autoridad cuyo gabinete integra y su designación podrá ser cancelada en cualquier momento. A su vez, en cuanto al régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado previsto en el artículo 9 de la Ley Marco, en la Reglamentación aprobado por el Decreto n.º 1421/02 se establece que los contratos deberán contener como mínimo una cláusula a favor de la Administración Pública Nacional¹⁰¹.

Sin embargo, Ivanega (2013, p. 193) ha sostenido que

[...] el instructor puede –salvo que la norma legal o reglamentaria se lo prohibiera– citar a prestar declaración informativa e incluso indagatoria a un agente en esas condiciones, con la salvedad de que no se encuentra obligado a presentarse y que ello no le aparejará

¹⁰¹ Criterio sostenido también en Dictamen n.º 178/09, 18 de septiembre de 2009. Expte. n.º 1-2002-4107000530-6/2005. Ministerio de Salud. (Dictámenes 270:217).

consecuencias legales. Esta posibilidad permitiría que el citado pueda ejercer su derecho de defensa, en salvaguarda de su honor y su moral. En todo caso, el acto de cierre del sumario podrá expresar que de haber estado comprendido en el régimen disciplinario, hubiera sido pasible de una sanción determinada. Ello si pudo ser indagado (por voluntad del propio agente) y, en consecuencia, presentar sus medios de defensa. De lo contrario, no podría imputarse, aun hipotéticamente, falta alguna.

V.7 PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El referido principio, que constituye un límite a la potestad sancionadora estatal, veda la aplicación de una sanción más de una vez por la misma causa.

Dicha prohibición, rige sólo en tanto se trate de faltas cometidas en el ámbito disciplinario, sin que implique que obsta a la aplicación, por un mismo hecho, simultáneamente, de sanciones administrativas y penales, lo que se fundamenta en que –al decir de Comadira– ambas clases de reproche se basan en causas y responden a fines distintos (COMADIRA, 2001, p. 598).

Señala este autor, que

[...] la sanción disciplinaria tiene su causa en la relación de función o empleo que se cumple o se ha cumplido 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 [...].

El Dr. Coviello, en su voto en la causa “Rava” –*citada supra*–, ha sostenido en relación a este principio, lo siguiente:

Aunque es cierto que el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal son diferentes por su génesis, sus fines y sus

sanciones, práctica y racionalmente ha de evitarse que un mismo hecho dé lugar a decisiones contradictorias en el proceso penal y en el procedimiento administrativo, pues la verdad judicial debe ser, en lo posible, única. Ello da como resultado que si se absuelve en la instancia penal a un funcionario, la sanción administrativa no sea procedente si se invocan los mismos hechos y circunstancias que sirvieron de base al pronunciamiento penal.

V.8 PRINCIPIO DE LEY PENAL MÁS BENIGNA

Este principio, aplicable de manera irrestricta en el ámbito del derecho penal y procesal penal, no ha sido sin embargo concebido del mismo modo para el ámbito del procedimiento administrativo, dado que existen a su respecto posiciones encontradas.

Así, cabe tomar como ejemplo la posición de la PTN, quien ha dicho que: “[...] el principio de la ley más benigna, propio del Derecho Penal, no es aplicable en el ámbito disciplinario administrativo (conf. Dict. 209:40; 235:214, 219)”¹⁰².

Con anterioridad, se había pronunciado sosteniendo que:

Con respecto a la prescripción de la acción disciplinaria, de aceptarse en el ámbito administrativo-disciplinario, la vigencia del principio que impone la aplicación de la ley más benigna –conforme ocurre en la esfera represiva del derecho penal sustantivo–, la conclusión expuesta sería, ciertamente, objetable, pues es evidente que la situación en análisis debería ser resuelta, en esa hipótesis, al amparo de las normas que, al no prever causales de suspensión de la prescripción, conducirían, en la especie, a considerar extinguida la acción disciplinaria (conf. Dict. 198:60)¹⁰³.

allí mismo sostuvo que:

¹⁰² Expte. n.º 111-0051665-2/90. Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación; 23 de febrero de 2001. (Dictámenes 236:414).

¹⁰³ Expte. n.º 485/97. Conicet; 13 de octubre de 2000. (Dictámenes 235:210).

En un planteo relativo a la aplicación de la ley más benigna en materia de prescripción, al establecerse que las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, confirma que la regla de la ley penal más benigna no rige cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (conf. Fallos 310-I:316).

Al respecto, ha dicho la CSJN que:

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 (en el caso, el recurrente solícito se haga lugar a la prescripción opuesta –art 38, ley 22140– teniendo en cuenta que es una disposición más benigna).¹⁰⁴

También sostuvo el Alto Tribunal que:

El principio de la ley penal más benigna rige en materia penal y debe rechazarse su invocación con fundamento en lo dispuesto por el art. 3 de la ley 22140 por tratarse en el caso del control del poder disciplinario y referirse el citado art. 3 a los plazos procesales. Asimismo, en el nuevo régimen, el funcionario tiene el deber de observar en el servicio y fuera de él una conducta correcta, digna y decorosa, acorde con su jerarquía y función (art. 27); y su violación –en el caso en que se genere una objetiva desconfianza en los superiores– lleva a mantener la cesantía con apoyo en el art. 32, inc. F) de dicha ley¹⁰⁵.

¹⁰⁴ CS, Febrero 17, 1987. *ED*, 123-395.- Con nota de Germán J. Bidart Campos.

¹⁰⁵ CS, Agosto 8, 1985, “Caputo, Luis O”. Repertorios ‘El Derecho’ n.º 20.

V.9 PRINCIPIO *IN DUBIO PRO IMPUTADO*

A tal respecto, la Jurisprudencia tiene declarado que:

En materia disciplinaria el principio de duda no tiene el mismo alcance que en la legislación penal (art. 431, cód. procesal penal-Bs. As), al igual que los restantes institutos del derecho administrativo, en virtud de la diferente materia sobre la que ambos regímenes recaen, justificándose por la naturaleza correctiva de las mismas, y por la especialísima relación de empleo en la que puede adoptárselas, caracterizada por una férrea disciplina a cuyo mantenimiento contribuyen las normas bajo análisis¹⁰⁶.

Sin embargo, en el orden federal¹⁰⁷ se ha pronunciado por la aplicación del principio de referencia, diciendo

La suspensión impuesta al oficial de la Marina Mercante Nacional en razón de haber incurrido en varadura por error de ruta, producto de una actitud imprudente –conforme lo dispone el art. 599.0101, inc. b) del Reginave–, debe revocarse cuando existe un serio margen de duda acerca de si existió o no tal imprudencia. Supuesto en el cual resulta aplicable lo dispuesto por el art. 701.0006 del citado ordenamiento.

V.10 RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD. EXCESO DE PUNICIÓN

El principio de razonabilidad, que se extrae del art. 28 de la Constitución Nacional, hace referencia a la adecuada

¹⁰⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n.º 3, Secretaría n.º 5, Mar del Plata, Fecha: octubre 7-1997. ED, 177-445.

¹⁰⁷ Cám. Nac. Apel. Con. Adm. Fed., Sala I, febrero 18-1998, “Martínez, Mario O. c. Prefectura Naval Argentina”, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 18/06/1999, p. 33. En la nota al fallo, titulada “Discrecionalidad cero”, señala Gordillo (2011) que “No existe discrecionalidad alguna para aplicar una sanción cuando no está probada la culpa. Esta es la correcta doctrina que el fallo acertadamente aplica, aunque reitere en el primer párrafo del capítulo cuatro la antigua e inexacta versión”.

proporcionalidad 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.

Como tal, es un principio que permite apreciar, en cada caso concreto, cuando la sanción aplicada guarda relación con la falta imputada y debidamente comprobada, puesto que de existir desproporción, el acto se transforma en arbitrario y, por tanto, deviene ilegítimo¹⁰⁸.

A tal respecto, la Jurisprudencia tiene declarado que

[...] El Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar los actos administrativos de carácter disciplinario que emanan de la administración, comprendiendo el ámbito posible de la intervención de los magistrados, no sólo el control judicial de su regularidad, sino también la razonabilidad de las medidas que los funcionarios adopten en ejercicio de sus facultades, por lo que los jueces pueden anularlas cuando aquéllos hayan incurrido en arbitrariedad manifiesta¹⁰⁹.

En la misma causa, sostuvo además que:

La apreciación que efectúan las juntas de calificaciones respecto de la aptitud del personal para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro, comporta el ejercicio de una actividad discrecional, no correspondiendo a los jueces sustituir el criterio de dichos organismos, salvo arbitrariedad o irrazonabilidad.

¹⁰⁸ Ver supra, el criterio sentado por la CSJN en la causa “Fadlala de Ferreyra, Celia Ramona” del 22-03-1984, Fallos 306:126.

¹⁰⁹ CNCont.-adm. Fed. , sala V Fecha: noviembre 26-1997, in re: “Delgadillo, Ernesto José c. Ministerio de Defensa Prefectura Naval Argentina”, ED, 177-503.

Agregó que:

No se advierte que la Junta de Calificaciones haya actuado arbitrariamente si declaró al oficial actor no propuesto para permanecer en actividad por cuanto su proceder había puesto en evidencia una total falta de ética profesional y personal, falta de lealtad hacia la institución, circunstancias agravadas por su calidad de oficial superior, por lo que dejó de merecer la confianza de sus superiores inhabilitándolo para permanecer en las filas de la Prefectura Naval Argentina.

En la causa “Demchenko”¹¹⁰, el Alto Tribunal de la Nación ha establecido que “La facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de ésta”; agregando que: “La discrecionalidad no implica en modo alguno una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley”.

En fecha más reciente, se ha hecho aplicación de dicho principio, en un caso donde se sancionó a un diplomático en situación de retiro, por hechos realizados en su ámbito privado, sosteniendo que

[...] La sanción de exoneración aplicada al actor es inválida, pues existe falta de proporción de medio a fin entre las medidas que dicho acto involucra y la finalidad tenida en mira por la ley al conferir al Ministro de Relaciones Exteriores la potestad disciplinaria sobre el personal del servicio exterior de la Nación, en tanto que el accionante ya había sido relevado de sus funciones y le había sido aplicada la sanción de retiro obligatorio prevista en el art. 41, inc.

¹¹⁰ CSJN, “Demchenko, Iván c. Prefectura Naval Argentina”, noviembre, 4 - 1998. ED, 183-966.

b), ley 20.957. De lo cual resulta que el único efecto legal derivado de dicha exoneración ulterior es la pérdida de los haberes de retiro que le habían sido reconocidos previamente al sancionarlo con el retro obligatorio [...] ¹¹¹.

Cuando la sanción aplicada no guarda proporción con la falta cometida, se configura lo que la doctrina ha dado en llamar el vicio de “exceso de punición” (MARIENHOFF, 1989, p. 963; COMADIRA, 1990, p. 273; COMADIRA, 1996, p. 73 y ss.).

Al respecto, la CSJN se ha pronunciado en el caso “Nassif, Eybel O.” (CSJN, agosto 19-1964. La Ley, 117-185), en los siguientes términos:

Si bien la cesantía y la exoneración tienen como efecto común separar al agente civil de la Administración, no puede admitirse que el Poder Ejecutivo pueda aplicarlas indistintamente según su criterio discrecional, pues el decreto-ley 6666/57 enumera las sanciones aplicables, en escala de gravedad creciente hasta llegar a la cesantía y separadamente, a la exoneración, operando ésta efectos complementarios respecto de los derechos jubilatorios y el posible reingreso a la Administración.

Asimismo, dijo el Alto Tribunal que:

En materia de poderes disciplinarios de la Administración sobre el personal, se requiere a los fines de la aplicación de las sanciones, que la vinculación de gravedad equivalente con las previstas en forma expresa, y el control de legalidad impone la adecuada configuración y clasificación de los hechos y que las sanciones se ajusten a su texto.

¹¹¹ CSJN, 05/09/2006, “Spinosa Melo, Oscar Federico c. E.N. – M.º de Relaciones Exteriores, Comer. Internacional y Culto s/empleo público” (S.331.XXXIX y S.205.XXXIX) –Fallos 329:3617– [EDA, (31/10/2006, nro 11.625)].

Y en lo que directamente se relaciona a la consecuencia del exceso de punición, estableció lo siguiente: “Aún cuando el acto administrativo impugnado sea vulnerable por haberse excedido en la sanción imponible aplicando la exoneración, corresponde dejar sin efecto ésta, pero no ordenar la reincorporación, dado que la sentencia ha comprobado infracciones que autorizan la cesantía”.

Como fácilmente se colige del fallo, la falta administrativa existió y fue debidamente acreditada en el expediente, pero la gravedad de la misma autorizaba la aplicación de la sanción de cesantía, y no la de exoneración, efectuando para ello la Corte el análisis respecto de la razonabilidad de la sanción aplicada, confrontada con los hechos comprobados¹¹².

V.11 RELACIONES ENTRE EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO Y EL PROCESO PENAL

Al respecto, ha dicho la Jurisprudencia que:

En el sumario administrativo los elementos de convicción acumulados deben apreciarse con criterio de responsabilidad administrativa y no penal y es total la independencia con que corresponde juzgar la conducta del funcionario en el ámbito del derecho administrativo, con respecto a la valoración que podría ella merecer al ser enjuiciada dentro de otros ordenamientos jurídicos. Aunque juzgados los actos ante la jurisdicción penal o civil, podrían suponerse improbados, atípicos o irrelevantes, pero ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción administrativa¹¹³.

¹¹² Sobre el tópico, apunta SESÍN que “[...] Para la Corte Suprema, entonces, en casos excepcionales, relativos al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, los jueces no sólo pueden invalidar el acto ilegítimo sino también sustituirlo por una sanción inferior. Ello no vulnera la división de poderes ni implica introducirse en cuestiones de oportunidad o mérito, sino que, para la Corte, tal proceder transcurre en el marco de la interpretación de la ley, dentro de lo reglado, relativo a la proporcionalidad de la medida y la finalidad de la norma.” (SESÍN, 2004, p. 231).

¹¹³ Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n.º 3, Secretaría n.º 5, Mar del Plata, octubre 7-1997. *ED*, 177-445.

La CSJN tiene declarado que:

Corresponde confirmar la sentencia que mantuvo la resolución administrativa por la cual se exoneró a un agente, considerando que los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario administrativo en atención a las diferencias de naturaleza, finalidad y esencia existente entre las sanciones disciplinarias y las penas del derecho penal¹¹⁴.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, se ha pronunciado al respecto diciendo:

El derecho disciplinario no tiene, por su propia finalidad, el rigor ni la inflexibilidad que requiere la violación de las normas de derecho penal sustantivo, de allí que el pronunciamiento administrativo sea independiente del judicial y la absolución o el sobreseimiento penal no obstan a las sanciones administrativas¹¹⁵.

En el citado pronunciamiento, también expresó lo siguiente: “El juzgamiento de actos administrativos de derecho disciplinario ante la jurisdicción penal o civil por el que se los considere improbados, atípicos o irrelevantes, de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción contenciosoadministrativo”.

Asimismo, en otra causa dijo:

La exoneración decretada en sede administrativa, juntamente con la pérdida del beneficio del retiro previsto en el art. 68 del reglamento de disciplina de la Prefectura Naval Argentina, se sustenta en el poder disciplinario de la administración sobre sus miembros, y por lo tanto, resulta independiente de la sanción penal que pudiere

¹¹⁴ CS, Febrero 17, 1987, in re: “Pereiro de Buodo, María M. C. Resolución 948, Mas”. *ED*, 123-394.

¹¹⁵ CNCont.-Adm. Fed., Sala IV, Febrero 26, 1987. *ED*, 124-416.

recaer en sede judicial por la Comisión del delito¹¹⁶.

De igual manera, se ha pronunciado diciendo:

En tanto el acto de la Policía Federal Argentina por el cual se declaró inepto al actor para el servicio efectivo en dicha institución se apoyó en la existencia de fallas profesionales y éticas en la conducta del agente, que le habían acarreado la pérdida de confianza de sus superiores en cuanto a sus aptitudes para continuar en el cargo, cabe considerar improcedente la pretendida declaración de nulidad del mismo; sin que resulte óbice a ello la falta de condena en sede penal, pues las denuncias efectuadas en contra del accionante no pueden ser dejadas de ser consideradas a los fines administrativos para establecer su permanencia en la institución¹¹⁷.

En algunos casos, no obstante, se ha sostenido que existe una vinculación entre lo resuelto en sede penal, con incidencia en el sumario administrativo.

Así, se ha dicho que:

La doctrina de la independencia de las sanciones penales y disciplinarias no es absoluta, desde que, los valores ínsitos en una y otra especie de faltas, y sus consecuentes sanciones, que les confieren autonomía particular, no permite soslayar sin más las conclusiones a las que se llegue en sede judicial, cuando sean relevantes para calificar la conducta del agente¹¹⁸.

¹¹⁶ CNCont.-Adm. Fed, Sala IV, Agosto 19, 1982, “Gómez Cole, Augusto c. C. Estado Nacional, Comando en Jefe de la Armada, PNA”. Repertorio *ED* n.º 20.

¹¹⁷ CNFedContenciosoadministrativo, Sala IV, “L. L.A. c. Estado nacional –M.º del Interior– Policía Federal Argentina s/retiro militar y fuerzas de seguridad”.

¹¹⁸ CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 07-05-1997, “Abadía, César R. c. Servicio Penitenciario Federal”, *La Ley* 1998-B, 514, con nota de Douglas H. Lyall.

En sentido concordante, se ha dicho que:

Aunque es cierto que el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal son diferentes por su génesis, sus fines y sus sanciones, práctica y racionalmente ha de evitarse que un mismo hecho dé lugar a decisiones contradictorias en el proceso penal y en el procedimiento administrativo, pues la verdad judicial debe ser, en lo posible, única. Ello da como resultado que si se absuelve en la instancia penal a un funcionario, la sanción administrativa no sea procedente si se invocan los mismos hechos y circunstancias que sirvieron de base al pronunciamiento penal (del voto del doctor Coviello)¹¹⁹.

V.12 POSIBILIDAD DE EJERCER LA POTESTAD DISCIPLINARIA LUEGO DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Con relación al punto, la CSJN, en la causa: “Magallanes, Miguel A.”¹²⁰, sentó el criterio según el cual, “El ejercicio de la facultad disciplinaria por parte de la Administración Pública presupone la subsistencia de la relación de empleo con el agente sancionado”, el cual ha permanecido sin cambio hasta el presente, al menos, en lo que hace al Alto Tribunal.

Incluso la PTN se ha mantenido fiel al criterio referenciado, en ocasión de tener que expedirse acerca de la viabilidad de imponer una sanción disciplinaria a un agente, por faltas cometidas durante el desempeño en otro Organismo, reflejándose en la siguiente doctrina:

¹¹⁹ CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 30-11-1995, “Rava, Marta I. c. Estado nacional (Fiscalía de Investigaciones Administrativas)”, *La Ley* 1996-C, 459, con nota de Agustín - DJ 1996-2, 280; en idéntico sentido: CNFedContenciosoadministrativo, Sala I, 17-07-1997, “Sández, Marta S. c. Consejo Federal de Inversiones”, *La Ley* 1998-B, 540.

¹²⁰ CSJN, 06-12-1961. *J.A.*, 1962-VI, p. 556. En el caso, se declaró nulo el decreto que separó de sus funciones a un empleado público al que con anterioridad se le había aceptado la renuncia.

Corresponde rechazar el recurso interpuesto por el recurrente contra la Resolución de la Comisión Nacional de Energía Atómica, por la que se le aplicó la sanción de cesantía, pues dicha norma se ajustó a derecho, toda vez que el vínculo de empleo público no se extinguió en ningún momento, ya que el recurrente era agente de la mencionada Comisión antes de ser Presidente de ese organismo, y continuó siéndolo durante el ejercicio de ese cargo y luego de que le fuera aceptada su renuncia como tal. Por lo tanto, puede aseverarse que cesado su desempeño como Presidente y cesada también su licencia en el cargo que tenía reservado en la planta de ese organismo, esa Comisión se encontraba habilitada para instruir y resolver el sumario incoado a fin de juzgar los hechos cometidos durante el ejercicio de aquella función¹²¹.

Reiteró asimismo el Organismo asesor, que:

Los presupuestos para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, con relación a los funcionarios imputados por hechos ocurridos durante su desempeño en cargos extraescalafonarios, son, la subsistencia de la relación de empleo público y la subordinación jerárquica (conf. Dict. 105:209; 107:232).

Fundamentalmente, interesa destacar el criterio sentado, con relación a los casos en los cuales un agente hubiera cesado en la relación, y esta renace luego por un nuevo nombramiento, y en el supuesto, acerca de la factibilidad de ejercer la potestad disciplinaria en virtud de este nuevo ingreso a la Administración por faltas cometidas en ocasión de la primer relación fenecida. En tal sentido, ha dicho en el Dictamen citado, que:

Habiéndose extinguido la relación de empleo público y luego renacida aquélla en virtud de un nuevo nombramiento, nada impide, en razón de la situación de subordinación jerárquica causada por la designación, que se instruya un sumario y eventualmente se apliquen

¹²¹ Expte. n.º 887-0/98 “R”. Comisión Nacional de Energía Atómica; 24 de noviembre de 2000. (Dictámenes 235:524).

sanciones disciplinarias al agente si se comprobare la existencia de faltas sancionables cometidas en el anterior empleo.

Pero eso sí, siempre y cuando el sumario se hubiera iniciado con anterioridad a la extinción de la primera relación, puesto que ha dicho que: “La Administración no tiene atribuciones para sancionar a un agente cuyo vínculo hubiera cesado con anterioridad a la iniciación del sumario”.

Las razones que avalan tal proceder, según la Procuración, radican en que:

Habiendo renacido la relación de empleo público y su correlativa situación de subordinación jerárquica a causa de la nueva designación se trata de juzgar la conducta del imputado por los hechos cometidos con anterioridad, por la incidencia que esa conducta puede tener con respecto al desempeño en su nuevo cargo (conf. Dict. 96:393; 132:255).

Finalmente, ha sentado la doctrina siguiente:

Si bien la relación que había unido al causante con la empresa pública —en la que se había desempeñado con retención de su cargo— se había extinguido en virtud de la aceptación de su renuncia no dejó por ello de ser un agente estatal, desde que se reintegró a los cuadros de la Secretaría de Estado de los cuales nunca se había separado. Sostener lo contrario implica tanto como propugnar que un agente que presta servicios en un organismo administrativo y pasa a hacerlo en otro no podría ser sancionado en el nuevo destino por una falta cometida en el primero de ellos, lo que no es compatible con el buen orden administrativo y disciplinario (conf. Dict. 112:131).

A tenor de lo señalado, constituyen presupuestos necesarios para el ejercicio de la potestad disciplinaria estatal, la subsistencia

de la relación de empleo público, y la consiguiente subordinación jerárquica; pero cabe sin embargo formularse el siguiente interrogante: ¿Qué sucede si el agente presenta su renuncia, y ésta es aceptada con anterioridad a la aplicación de alguna sanción, por vencimiento del plazo legal sin que se dicte el acto sancionatorio?¹²².

Al respecto, receptando en el punto la doctrina elaborada por Marienhoff y Comadira, se ha pronunciado la jurisprudencia federal en la causa “Musa”¹²³, diciendo que:

El agente se hace acreedor a la sanción disciplinaria desde el momento mismo en que comete la falta –cuando todavía reviste el carácter de empleado o funcionario–, y por ende la Administración debe conservar su potestad disciplinaria hasta que, y luego de la sustanciación del sumario respectivo, aplique la medida que estime pertinente. Por lo tanto si el sumariado cesa en sus funciones antes del dictado de aquel acto, corresponde la anotación de la falta cometida y de la respectiva sanción, en el legajo personal –tal como ha ocurrido en autos–. Ello es así en tanto las consecuencias de la sanción de cesantía no se agotan con la exclusión del agente de los cuadros de la Administración., pues sus efectos se extienden al impedimento de su nuevo ingreso mientras no medie una autorización de la autoridad competente.

El referido fallo ha sido comentado por Florencio Travieso (2002), quien bajo el rótulo “La extinción de la relación de empleo público y la subsistencia de la prerrogativa disciplinaria de la Administración”, señala en relación a la doctrina nacional, que Marienhoff se ha pronunciado a favor de la subsistencia de la

¹²² Téngase en cuenta que en el orden nacional, el art. 22 de la Ley Marco de Regulación Empleo Público n.º 25.164 prescribe en su segundo párrafo que: “La aceptación de la renuncia podrá ser dejada en suspenso por un término no mayor de ciento ochenta (180) días corridos si al momento de presentar la renuncia se encontrara involucrado en una investigación sumarial”.

¹²³ Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Administrativo Federal, Sala II, del 15 de marzo de 2001, “Musa, José Osvaldo c/Resolución 215/99 - SMC Presid. de la Nación” (Exp. 977/93) (Causa n.º 38.570/99).

potestad sancionatoria una vez concluida la relación de empleo público, requiriendo el elemento del conocimiento o no, por parte de la Administración, de los hechos que justifican la sanción (MARIENHOFF, 1995, Cap. IX-E, p. 416 y ss.). Este autor reafirma su postura al referirse a la posibilidad de sancionar al agente que ha dejado el ejercicio actual (activo) de la función, hallándose, actualmente, en situación de pasividad (jubilado). En este sentido, se desprende que el cese definitivo del empleado o funcionario no supone necesariamente una desvinculación total ni importa la no subsistencia de todos los efectos de la relación de empleo público¹²⁴.

Debe tenerse presente, en este sentido –agrega el autor citado–, lo previsto en la ley de Ética de la Función Pública (ley 25.188), la que, en su Capítulo V (Incompatibilidades y conflicto de intereses), su art. 15 prevé que las incompatibilidades e inhabilidades “regirán, a todos sus efectos, aunque sus causas precedan o *sobrevengan* al ingreso o egreso del funcionario público, durante el año inmediatamente anterior o posterior, respectivamente”. Tal solución legislativa resulta similar a la que fuera prevista en el art. 28 de la ley 22.140, e incluido como argumento en la sentencia citada¹²⁵.

¹²⁴ Como nos recuerda Travieso (2002) “Bielsa, por el contrario, ha señalado que la pena debe aplicarse mientras exista la relación jurídica entre el empleado o funcionario y la Administración; extinguida la vinculación, la pena no tiene objeto [...] Fiorini, por su parte, advirtió que las sanciones disciplinarias sólo pueden aplicarse mientras existe el vínculo del agente con la administración pública; sostuvo que cuando es separado, o no pertenece más a los cuadros de la administración, ya no hay potestad disciplinaria y el administrador no tiene potestad para ejercerla, ya sea para promover sumario o para agravar la sanción que había impuesto”.

¹²⁵ El criterio referido ha alcanzado recepción normativa con el Decreto n.º 1.421/2002 (B.O. 09-08-2002), reglamentario de la Ley 25.164 de Empleo Público, cuando consagra en el Capítulo VII, “Régimen Disciplinario” en su artículo 27 lo siguiente: “La aplicación de las medidas disciplinarias previstas en el presente capítulo será procedente en tanto subsista la relación de empleo público. En el caso de haber cesado dicha relación, el sumario que se hubiere dispuesto deberá continuarse hasta su resolución. Si surgiera responsabilidad del respectivo sumario deberá dejarse constancia en el legajo del ex-agente de la sanción que le hubiere correspondido de haber continuado en servicio”.

V.13 EL DEBER DE SOMETERSE A LAS INVESTIGACIONES. IRRECURRENIBILIDAD DE LA ORDEN DE SUMARIO

Con relación a la posibilidad o no de impugnar el acto por el cual se ordena la instrucción de un sumario administrativo, ha sostenido la PTN que:

La decisión de instruir un sumario no puede ser recurrida porque no implica un agravio ni afecta un derecho subjetivo o un interés legítimo del sumariado, ya que solamente ordena una investigación y un trámite destinados a esclarecer los hechos, en el que el agente alcanzado por el sumario tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa (conf. Dict. 251:72); Dict. n.º 65/06, 20 de marzo de 2006. Expte. n.º 2002-12923-/04. Ministerio de Salud y Ambiente. (Dictámenes 256:364).

Además, los agentes de la Administración no tienen derecho a repeler el sumario, sino, por el contrario, la obligación de someterse a él (conf. Dict. 99:146; 110:34; 159:113; 251:72).

También ha señalado el Alto Organismo Asesor, que:

La decisión de instruir no es susceptible de ser recurrida, pues dicho acto no puede afectar derecho o interés legítimo ya que sólo habilita para verificar los hechos. Luego del llamado a prestar declaración indagatoria, y el trámite se enderece hacia un sujeto determinado, el llamado del instructor a prestar declaración indagatoria es inimpugnable pues integra sus amplias y discrecionales facultades (Dictámenes 159:113).

Incluso, en el supuesto de adoptarse –durante la investigación sumarial– medidas preventivas como suspensiones y traslados, las mismas no resultan impugnables, toda vez que dependen de una evaluación legítima de mérito, oportunidad o conveniencia de las

autoridades que se deriva de su poder disciplinario y que además, están legalmente limitadas en el tiempo (conf. Dict. 95:312; 98:37; 124:372; 151:590)¹²⁶.

V.14 INDEPENDENCIA DEL INSTRUCTOR SUMARIAL

Respecto de la imposibilidad que se desempeñe como instructor sumarial alguien que, siendo abogado, no pertenezca a la planta permanente y/o que fuese contratado a tal fin, tiene señalado la PTN que:

Resulta improcedente que un profesional contratado por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico desempeñe funciones de instructor sumariante. Ello así por cuanto el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto n.º 467/99¹²⁷ prevé expresamente que la sustanciación de las informaciones sumarias y los sumarios se efectuará en la oficina de sumarios del área respectiva y estará a cargo de funcionarios letrados de planta permanente (Dict. n. 121/02, 8 de mayo de 2002. Expte. n.º 2495/02. Procuración del Tesoro de la Nación. Dictámenes 241:232).

Al respecto, ha dicho la PTN que:

La no designación de un instructor, único sujeto procesal con facultad para sustanciar un sumario disciplinario, cuya competencia está atribuida por el Reglamento de Investigaciones Administrativas,

¹²⁶ El criterio ha sido reiterado recientemente en Dictamen n.º IF-2022-58333794-APN-DND#PTN, 9 de junio de 2022. EX-2022-26778487-APN-DCTA#PTN. Procuración del Tesoro de la Nación. (*Dictámenes* 321:345).

¹²⁷ El Reglamento de Investigaciones Administrativas de la Nación, aprobado por Decreto n.º 467/99 (B.O. 13-05-1999), disponía en su art. 6.º: “La sustanciación de las informaciones sumarias y los sumarios se efectuará en la oficina de sumarios del área respectiva, y estará a cargo de funcionarios letrados de planta permanente”.

Dicho Reglamento ha sido derogado y reemplazado por el aprobado mediante Decreto n.º 456/2022 del 03-08-2022 (B.O. 04-08-2022).

aprobado por Decreto n.º 467/99, –arts. 6, 8 y 10–, determina que la actividad cumplida resulta nula por haberse transgredido una forma esencial del procedimiento administrativo disciplinario, pues la investigación no fue cumplida por el órgano predispuerto para ello (Dictámenes 241:232).

Y la consecuencia que de ello se deriva, ha dicho la Procuración, es la siguiente:

La declaración de nulidad de un acto procesal importa determinar su ineficacia jurídica. De tal manera, el acto inválido quedará materialmente en el proceso, como cosa inerte, pero resulta incapaz de producir los efectos perseguidos, por lo que no podrá ser tenido en cuenta durante el trámite posterior. Tal ineficacia se extiende a la documentación adjuntada.

Siguiendo con la referencia normativa, el Decreto n.º 467/99, bajo el rótulo “Independencia funcional”, expresaba en su art. 15: “Los instructores tendrán independencia en sus funciones, debiendo evitarse todo acto que pueda afectarla”.

Ello, en el orden nacional, resulta un corolario de la estabilidad con que deben contar los agentes que se desempeñen como Instructores sumariales, sin la cual, la independencia no resulta posible.

La norma transcrita, señala un principio elemental, que tiende a la imparcialidad de los instructores en el desarrollo de la tarea investigativa, tendiente a evitarse todo acto con entidad para afectarla¹²⁸.

¹²⁸ Para que se vea que dista de ser una regulación aislada y que, por el contrario, es un principio general que campea en las regulaciones comparadas, cabe traer a colación la normativa española, concretamente, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (B.O.E. 17-01-1986), que en su artículo 30 prescribe: “En la Resolución por la que se incoe el procedimiento se

Al respecto, la CSJN ha dicho, si bien refiriéndose a los fiscales adjuntos, pero por análogos fundamentos que:

Los fiscales adjuntos deben mantener su independencia del Poder Ejecutivo, pues lo contrario atenta contra el buen funcionamiento de las instituciones de la República, desprestigiando al ente de control, y además daña la fe de los ciudadanos en cuanto a la transparencia y corrección que requiere el manejo de la cosa pública¹²⁹.

Tampoco es posible que el instructor sumarial, siendo de planta permanente, revistare en un nivel inferior al sumariado.

En tal sentido se ha señalado que:

Si bien es cierto que el ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa le pertenece con exclusividad al organismo o ente del cual depende la persona a sancionar, esa potestad no debe ser confundida con la actividad instructoria y sus derivaciones. Tratándose de esta última, el superior jerárquico del instructor sumariante de la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas no es el órgano que debe resolver el sumario sino el Procurador del Tesoro de la Nación [...] ¹³⁰.

En el orden nacional, existe la Dirección Nacional de sumarios como órgano competente para la instrucción de sumarios de las Autoridades superiores, habiéndose establecido al respecto

nombrará instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado, de los establecidos en el artículo 25 de la ley 30/1984, de 2 de agosto. En el caso de que dependa de otro departamento, se requerirá la previa autorización del Subsecretario de cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija, se procederá al nombramiento de Secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario”.

¹²⁹ CS, noviembre 25-1997, (S-1413.XXXI) causa: “Solá, Roberto y otros c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo” (del voto del doctor Bossert). *ED*, 178-224.

¹³⁰ Res. PTN n.º 92/02; 14 de noviembre de 2002. (Dictámenes 243:412).

que:

La intervención de la Dirección Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas sólo cabe cuando se cuestionan en forma expresa, a los efectos disciplinarios, la conducta de personal superior de la Administración Pública Nacional, siendo insuficiente para ello la simple mención, efectuada por el sumariante, de que es menester tomar una declaración indagatoria, sin informe explicativo de los hechos en que se funda esa apreciación (conf. Dict. 115:284)¹³¹.

V.15 ACERCA DE LA “PÉRDIDA DE CONFIANZA”

Conforme dan cuenta algunos pronunciamientos, con la citada expresión suele justificarse como causal para la aplicación de sanciones expulsivas. Sin embargo, no es la confianza “subjetiva” del superior presuntamente perdida la que resulta relevante, en el ámbito de la relación de empleo público, sino la objetiva pérdida de confianza derivada de la fehaciente comprobación de la inconducta de un agente público.

Al respecto, señala Fabián Canda (2002, p. 1-5) que “‘la pérdida de confianza’ es un instituto con fuerte arraigo en el derecho laboral (privado), en el que suele ser invocado como causal justificativa del distracto”. Agrega que

en el marco de la relación de empleo público, la “pérdida de confianza” del derecho laboral se convierte en “pérdida objetiva de confianza”, con el evidente propósito de despojar al instituto de todo vestigio de subjetividad... Por cierto el agregado del adjetivo “objetiva”, persigue la plausible finalidad de evitar que el funcionario que debe decidir la aplicación de la sanción pueda fundarla en su sólo ánimo, veleidad o convicción. Es que, siendo la Administración una organización incardinada a la satisfacción del interés público, lo que importa no es si el superior tiene, o no, confianza en su subordinado,

¹³¹ Dict. n.º 285/03, 13 de mayo de 2003. Expte. n.º 7740/99. Secretaría de Cultura. (Dictámenes 245:312).

sino si éste cumple, o no, con la juridicidad vigente, atendiendo a la mencionada satisfacción del bien común.

Puntualiza que

[...] A diferencia de lo que sucede en el ámbito privado (donde, si quiere, el empresario puede prescindir de un empleado que objetivamente, sea el mejor, por el sólo hecho de que, desde su subjetividad, le ha perdido la confianza), en el ejercicio de la función administrativa la pérdida de confianza en el inferior sólo interesa y puede ser hecha valer cuando se vea amparada por hechos objetivos que, de por sí, resulten causal suficiente para la aplicación de la sanción pertinente¹³².

Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia que: “[...] la sola mención de la pérdida de confianza no puede bastar por sí sola para la imposición de una sanción de la gravedad de la impugnada [...]”¹³³.

Es decir, no constituye una causal autónoma para la adopción de la medida disciplinaria ni tampoco como agravante para aplicar

¹³² Concluye el autor diciendo que: “[...] B) que la norma que establezca a la pérdida objetiva de confianza como causal autónoma y exclusiva para la aplicación de determinada sanción no resiste el test de razonabilidad que, como condimento de la juridicidad, debe reunir todo acto estatal, en la medida en que no permite conocer, con un mínimo de previsibilidad, qué es lo que se espera del agente público o, lo que es lo mismo, qué conductas de éste producirán como efecto: a) la pérdida de confianza y b) la aplicación de sanciones. C) que no es admisible la invocación del instituto para aplicar sanciones más graves de las que, a la luz de la prueba reunida, resulte posible imponer. De así hacérselo, se verán agraviados los principios de proporcionalidad y de in dubio pro reo. D) que, en cambio, el quicio razonable por el que debiera discurrir la ‘pérdida objetiva de confianza’, es el de considerarla un elemento más a tener en cuenta por la Administración, para determinar si corresponde o no la aplicación de determinada sanción disciplinaria. En estos supuestos, la pérdida en cuestión no constituye sino una consecuencia necesaria de la conducta grave debidamente acreditada”.

¹³³ CNACAF, Sala I, “S. M. c/Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – s/Empleo Público”, 26-08-2002.

una sanción mayor a la que correspondería en atención a los hechos objetivamente probados¹³⁴.

V.16 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

Frente a una disposición como la del artículo 38¹³⁵ de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional n.º 25.164, que establece un plazo de caducidad de 6 meses para llevar a cabo las investigaciones disciplinarias, y a fin de que no se vea cercenada la potestad disciplinaria de la administración pública y a fin de afianzar la justicia, la Procuración del Tesoro de la Nación entendió que la única solución posible, mientras no sea derogada, es el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de no aplicarla, por considerar que existen razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad¹³⁶.

Sostuvo el Alto Organismo Asesor, recordando la doctrina sentada por el Prof. Marienhoff cuando fuera Procurador del Tesoro en Dictámenes 84:102 (1963), que:

Corresponde distinguir entre ‘declaración de inconstitucionalidad’ y ‘abstención de aplicar una norma inconstitucional’. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una

¹³⁴ Asimismo, resulta interesante el caso resuelto por la CSJN en fecha 23-09-2003, autos: “Cobos, Jorge Oscar y otros c/ Estado Nacional - Secretaría de Desarrollo Social”, Fallos 326:3593, con nota de Canda (2005, p. 907-912).

¹³⁵ B.O. 08-10-1999. Prescribe el Artículo 38: “Por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada”.

¹³⁶ Dict. n.º 364/02, 30 de septiembre de 2002. Expte. n.º 1736/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 242:626).

ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

El temperamento apuntado parecería respaldado por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha sostenido en varios precedentes que todos los órganos, incluido los jueces, de un Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana,

están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana... y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹³⁷.

¹³⁷ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones”, sentencia del 24/2/2011, serie C, nro. 221, párrafo 193; “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26/9/2006, serie C, nro. 154, párrafo 124; “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24/11/2006, serie C, nro. 158, párrafo 128; “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 1/9/2010, serie C, nro. 217, párrafo 202; “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24/11/2010, serie C, nro. 219, párrafo 176; “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26/11/10, serie C, nro. 220, párrafo 225; “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 29/11/2011, serie C, nro. 237, párrafo 93.

V.17 EL CASO “*PERRONE Y PRECKEL VS. ARGENTINA*” Y LA GARANTÍA DE PLAZO RAZONABLE

El 8 de octubre de 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dictó una Sentencia mediante la cual declaró que el Estado de Argentina es responsable de la violación de la garantía del plazo razonable, prevista en el artículo 8.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel¹³⁸.

Sin embargo, concluyó que el Estado no es responsable por la violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones previstas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, respecto ambos, por la indebida motivación de las decisiones judiciales que desestimaron sus pretensiones ni por la falta de acceso a un recurso judicial efectivo.

En efecto, y dejando de lado la fecha en que ocurrieron los hechos –década del 70 del siglo XX– y que no estaba vigente aún en Argentina la Convención Americana de Derechos Humanos, ambas personas, empleados de la entonces Dirección General Impositiva, fueron objeto de privación de su libertad durante el gobierno de facto, y uno de ellos debió exiliarse, quedando desvinculados *inter tantum* del empleo que ejercían en el ente autárquico dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.

Luego, al ser reincorporados en los años 1982 y 1984, ambos dedujeron reclamos administrativos tendientes al pago de los haberes no percibidos mientras estuvieron separados del empleo por causas ajenas a su voluntad, que al ser denegados en sede administrativa, motivaron la promoción de sendas acciones judiciales, que llegadas a la CSJN, tuvieron como resultado una negativa a sus pretensiones, con base a la constante jurisprudencia doméstica que postula el no-

¹³⁸ Corte IDH. “*Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*”, Sentencia de 8 de octubre de 2019, Serie C n.º 384, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_385_esp.pdf>.

-derecho al cobro de haberes por funciones no desempeñadas¹³⁹.

Pero lo cierto es que dicho aspecto ha salido indemne a la luz del escrutinio internacional, mostrando la Corte IDH cierta deferencia respecto de la manera en que el derecho interno ha resuelto la cuestión planteada (al respecto, puede verse ROSATTI, 2015). Solamente ha condenado a la Argentina por la violación de la garantía de plazo razonable, reparando en que la duración total desde que cada uno dedujo el reclamo administrativo hasta la sentencia de la CSJN, transcurrió un período total de alrededor de 11 años, lo que se entendió violatorio de dicha garantía.

V.18 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ESTÁNDAR DE CONTROL JUDICIAL DE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS EN LA PANDEMIA

Las restricciones impuestas con motivo de la pandemia en diferentes latitudes generaron casi inmediatamente respuestas jurisdiccionales ante planteos efectuados por quienes se consideraron afectados por tales medidas, y en todos los casos estuvo presente el principio de proporcionalidad, como una especificación del clásico principio de razonabilidad, originalmente estudiado en nuestro medio por Linares (2002), luego por Cianciardo (2009), pero que a la fecha ha sido tratado en las más variadas latitudes (por ejemplo, las obras de BARAK, 2017; BERNAL PULIDO, 2007; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2007).

Dicho principio fue utilizado por el Juez Petracchi en su Voto en la causa “Thomas, Enrique c. E.N.A.”¹⁴⁰, Considerando 10.º,

¹³⁹ Así, por ejemplo, CSJN, 21/05/1996, “*Perrone, Elba Clotilde c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva*”, Fallos 319:844, sostuvo en el Considerando 8.º) “[...] no ha existido disposición expresa que permita hacer excepción al principio esencial en materia de salarios, cual es, que no procede el pago de sueldos por funciones no prestadas (Fallos: 297:427; 307:1199 y muchos otros) [...]”.

¹⁴⁰ CSJN, del 15-06-2010 (Fallos 333:1023).

expresando que:

[...] si bien el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica principalmente frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la Administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales (ver Fallos: 329: 3680, voto del suscripto), como aspecto esencial del principio de razonabilidad, la proporcionalidad resulta un requisito de toda la actividad del Estado, incluida la judicial. En igual sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado frecuentemente la proporcionalidad como estándar para evaluar la legitimidad de las sentencias judiciales denominadas “injunctions”, lo ha fundado en la cláusula constitucional del debido proceso, y ha considerado, sobre esa base, que la medida judicial ordenada, debía ser proporcionada a la naturaleza y magnitud de la violación constitucional de derechos que se invocaba [...].

En función de los conceptos brindados en torno al principio de proporcionalidad, analizaré algunos pronunciamientos tanto nacionales como comparados, donde en todos ellos se efectuó un control judicial en base al principio en cuestión.

Así, por ejemplo, mediante sentencia del 14-4-2020, el Tribunal Constitucional Alemán consideró irrazonable la limitación del derecho de reunión dispuesto por una Ordenanza municipal de Hesse.

La Suprema Corte del Estado de Wisconsin (Estados Unidos), en fecha 13-05-2020, declaró la ilegitimidad de la prórroga de la cuarentena dispuesta por la Legislatura.

El Consejo de Estado francés, en fecha 18-5-2020, ordenó al Estado que cese, sin demora, de llevar a cabo medidas de vigilancia por drones, por violación del derecho a la privacidad, disponiendo en su Artículo 3: “El Estado pagará a la asociación ‘*La Quadrature du Net*’ y a la Liga de los Derechos Humanos la suma de 3000 euros a cada una en virtud del artículo L. 761-1 del código de justicia

administrativa”.

Por su parte, se destaca la Sentencia del 3-6-2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Zaragoza (España), por la cual hizo lugar a la demanda del Sindicato Fasamet frente al Servicio Aragonés de Salud (SAS), el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS), y frente a la Administración territorial matriz, la Diputación General de Aragón (DGA), declarando que las Administraciones empleadoras demandadas han vulnerado los derechos de los trabajadores/empleados públicos (funcionarios, personal estatutario y personal laboral, del Grupo de clasificación A, Subgrupos A1 y A2) de la provincia de Teruel, en materia de prevención de riesgos laborales, poniendo en riesgo grave su vida, integridad física y salud.

Por su parte, en la CSJN argentina se han registrado diferentes pronunciamientos motivados por las restricciones provocadas por la pandemia, y que referiré someramente, los que se caracterizaron por haber efectuado un intenso control de razonabilidad o proporcionalidad de las medidas adoptadas por los diferentes niveles estadales.

a. Uno de los primeros, y que tocara de cerca a mi provincia, fue el caso “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 10 de septiembre de 2020 (*Fallos* 343:930).

Allí explicó que, si bien era cierto que las provincias podían dictar las medidas necesarias para implementar lo dispuesto por el decreto 297/2020, en las excepcionales y específicas circunstancias del caso, resultaba un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales que se le impidiese al actor el traslado para asistir a su madre. En relación a ello, destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había emitido una Declaración del 9 de abril de 2020, en la cual indicaba que todas las medidas que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptasen

para hacer frente a la pandemia y pudieran afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos. En función de lo expuesto, la Corte decidió que las restricciones a la circulación que pretendían imponerle al actor no resultaban razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales.

- b. Un segundo precedente –aunque el primero relativo a la Provincia de Formosa– es el caso “Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo”, del 19-11-2020 (*Fallos* 343:1704).
- c. Otro caso que merece destacarse, también respecto de la provincia de Formosa, es el FRE 36/2021, “Petcoff Naidenoff, Luis s/ incidente de inhibitoria”, sentencia del 25 de febrero de 2021 (*Fallos* 344:126).

En b. y c., reiteró la Corte que, aun ante el escenario de emergencia verificado en el marco del COVID-19, las medidas que se adoptasen para hacer frente a la pandemia y conllevasen la regulación de derechos fundamentales debían ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. Así, afirmó que la restricción a la libertad corporal debía satisfacer exigencias de razonabilidad.

Por ello, dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, y previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, resolvió

requerir información a la Provincia de Formosa sobre la situación denunciada y encomendar a las autoridades públicas que llevaran a cabo las gestiones necesarias para que sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

Otro caso similar a los reseñados, fue el recaído en CSJN, 12/03/2021, “Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de S/Acción declarativa de certeza - (Expediente Digital)”, CSJ 1828/202012/03/2021 (*Fallos* 344:316).

El poder de policía de emergencia, uno de cuyos límites –la razonabilidad– más modernamente principio de proporcionalidad, ha sido crucial para el ejercicio del control de las medidas restrictivas adoptadas durante la pandemia Covid-19.

VI CONCLUSIONES

De los principios tradicionales, tanto los existentes en la ley nacional, como en las normas provinciales –en especial las analizadas–, advertimos una tendencia a profundizar los principios tradicionales, desgranándolos en diversas manifestaciones, pero susceptibles de ser vinculados entre sí, como ser, debido proceso, plazo razonable y participación ciudadana.

En rigor, constituyen un norte que alumbró al procedimiento administrativo, como cauce formal de la función administrativa del Estado.

Destacamos la explícita mención –de la ley mendocina– de los principios “*pro homine*”¹⁴¹, o bien, el apartado destinado a las

¹⁴¹ Ha dicho la CSJN que: “*El principio pro homine, connatural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, determina que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, imponiéndose esta pauta aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales*” (CSJN, 03/05/2007, “Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de Aduanas”, *Fallos*: 330:1989).

personas en situación de vulnerabilidad, así como del principio de buena administración.

En definitiva, apreciamos una paulatina humanización de la regulación procedimental administrativa, colocando como eje a la persona humana y a su dignidad¹⁴².

Y en lo que al régimen disciplinario se refiere, caben expresar las siguientes conclusiones:

1. el Derecho disciplinario se encuentra fuertemente inspirado por los principios que se han desarrollado en el derecho penal, aunque con algunos matices, con base en el desarrollo fundamentalmente jurisprudencial, tanto de los tribunales judiciales, como de la jurisprudencia administrativa que dimana de los dictámenes de la PTN;
2. en punto a las responsabilidades de los agentes públicos, la disciplinaria puede concurrir con otras –penal, patrimonial, política–, destacando las relaciones existentes entre las distintas esferas y su recíproca influencia;
3. ha sido notable la gravitación ejercida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo cuyo norte se han pronunciado en los últimos

¹⁴² Cabe reconocer que el principio de dignidad humana ya fue incorporado como prisma hermenéutico por la Constitución de la Provincia de Misiones del año 1958, en sus artículos 8, 9 y 29, expresando en tal sentido: Artículo 8.º.- El Estado tutela la seguridad de todos y cada uno de los habitantes de la Provincia; a tal fin se declaran inviolables los derechos y garantías a que se refiere el artículo precedente y los que posibiliten el pleno desarrollo de la personalidad y dignidad humanas; Artículo 9.º.- Los habitantes en la Provincia tienen idéntica dignidad social y son iguales ante la ley, la que deberá tener acción y fuerza uniformes para todos y asegurar igualdad de oportunidades. Cada habitante tiene el deber de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al bienestar común y el correlativo derecho de participar de sus beneficios; Artículo 29.- Los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y los que ésta misma establece, no serán entendidos como negación de otros no enumerados que hacen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, a la seguridad y a la dignidad humanas.

decenios los tribunales argentinos, ejercitando no sólo el control de constitucionalidad clásico, sino el control de convencionalidad, lo que ha evidenciado un acercamiento mayor con los principios penales, tal el caso del derecho a ser juzgado en un “plazo razonable”, en punto a la duración de los procedimientos disciplinarios; o en punto al principio de “tutela administrativa efectiva”;

4. queda abierta al análisis la posibilidad de que el mentado control de convencionalidad sea ejercido incluso por la propia Administración, que es lo que parece surgir del caso “Gelman”;
5. en definitiva, los Tratados de Derechos humanos, que en la Argentina ostentan jerarquía constitucional, y la interpretación efectuada por la Corte Interamericana, contribuirán seguramente a humanizar los procedimientos sancionatorios, y a delimitar debidamente las potestades de las autoridades administrativas, y es una tendencia que parece consolidarse.

Tales apreciaciones constituyen los lineamientos que sirven hoy al quehacer de la Administración Pública, en el ejercicio de su poder disciplinario, en aras a lograr con el mantenimiento de su buen funcionamiento en aras al bien común.

REFERENCIAS

BARAK, Aharon. *Palestra: proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima, 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BREWER CARÍAS, Allan R. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**. Bogotá: Legis, 2003.

CANDA, Fabián Omar. La denominada “pérdida objetiva de confianza” como causal de remoción en la relación de empleo público. En: **El Derecho**, Suplemento Administrativo 29-11-2002.

CANDA, Fabián Omar. La ruptura de la relación de empleo público por la causal de “pérdida objetiva de confianza” en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En: COMADIRA, Julio Rodolfo (Dir.). **Elementos de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2005. (Colección de Análisis Jurisprudencial).

CANDA, Fabián Omar. Responsabilidad administrativo-disciplinaria de los ministros del poder ejecutivo. En: **Anuario de Derecho de la Universidad Austral**, n. 2, Buenos Aires, Ed. Universidad Austral, 1996.

CARNOTA, Walter F. De nuevo sobre valiosos precedentes en el control de convencionalidad en sede administrativa: comentario a la Resolución 1729/13 de la Decana Facultad de Derecho de Córdoba. En: **ElDial.com**– DC1B52, publicado el 16/09/2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad**. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Depalma, 2009.

COMADIRA, Julio Rodolfo. **Acto administrativo municipal**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo. En: **Derecho**

administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo. En: **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Depalma, n.º 4, Mayo-Agosto 1990.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La actividad discrecional de la administración pública: justa medida del control judicial. En: **El Derecho**, Serie Especial de Derecho Administrativo del 29-3-99.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La actividad discrecional de la administración pública: justa medida del control judicial. En: **ElDial.com**, Suplemento Administrativo, 27-06-2003.

COMADIRA, Julio Rodolfo. La responsabilidad disciplinaria del funcionario público. En: **Responsabilidad del estado y del funcionario público: Jornadas Universidad Austral, Facultad de Derecho.** Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 2001.

CRAIG, Paul; SCHONBERG, Soren. Substantive legitimate expectations after coughlan. En: **Public Law**, Sweet & Maxwell, p. 683-685, 2000.

DOCOBO, Jorge José. La aplicación de los principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, IV, 1996.

DOCOBO, Jorge José. Potestad disciplinaria de la administración pública. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, 1970.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración: contribución a la teoría del estado de derecho. En: **Revista de Administración Pública**, t. 34, p. 11-51 [196...].

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. Derecho administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público. En: **Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, 2003.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. La potestad sancionatoria de la administración pública. En: **Revista Actualidad en el Derecho Público**, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, n.º 8, sept.-dic. 1998.

GOANE, René Mario. El poder disciplinario de la administración pública (algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional). En: CASSAGNE, Juan Carlos (Ed). **Derecho Administrativo en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 1.013-1.048.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 10. ed. t. 3. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo (FDA), 2011.

GRECCO, Carlos Manuel; GUGLIELMINETTI, Ana Patricia. El principio de proporcionalidad en la ley nacional de procedimientos administrativos de la República Argentina (glosas preliminares). En: **Revista Documentación Administrativa**, Madrid, INAP, n.º 267-268, Septiembre 2003-Abril 2004. (Número Especial titulado El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales, I).

IVANEGA, Miriam M. **Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa**. 2. ed. actual. Buenos Aires: RAP, 2013.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes. **El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la administración del estado**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

LINARES, Juan Francisco. La competencia y los postulados de la permisión. En: **Revista Argentina de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, Ed. Universidad del Museo Social Argentino, n.º 2,

1971a.

LINARES, Juan Francisco. La garantía de defensa ante la administración. In: **La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, n. 147, p. 1.137 ss., 1971b.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**: el “debido proceso” como garantía innominada en la constitución argentina. 2. ed. actual. Buenos Aires: Astrea, 2002. 2.^a reimpresión.

LORENZO DE VEGA JAIME, Susana. **Sanciones administrativas**. Montevideo: Julio César Faira, 1996.

MARIENHOFF, Miguel Santiago. **El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público**. Buenos Aires: La Ley, 1989.

MARIENHOFF, Miguel Santiago. **Tratado de derecho administrativo**. t. III-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. En: **RDA** núm. 91, p. 121 ss., 2014.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de derecho administrativo**. Traducción del Portugués por Valeria Estefanía Labraña Parra. México (DC): Porrúa, 2006.

NIETO, Alejandro. Derecho penal y derecho administrativo sancionador. En: JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN HOMENAJE DE GUSTAVO A. REVIDATTI. 1997. Corrientes, en septiembre de 1997.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Madrid: Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santiago. La paradoja de la irrelevancia moral

del gobierno y el valor epistemológico de la democracia. En: VIGO, Rodolfo Luis (Ed.). **En torno a la democracia**. Santa Fe-Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1990.

PAREJO ALFONSO, Luciano; SALOMONI, Jorge Luis. La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino. En: MUÑOZ, Guilherme Andrés (Dir.). **Problemática de la administración contemporánea**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

PAREJO ALFONSO, Luciano; SALOMONI, Jorge Luis. La categoría de las relaciones especiales de sujeción. En: MUÑOZ, Guilherme Andrés (Dir.). **Problemática de la administración contemporánea**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

PIELOW, Johann-Christian. Los procedimientos administrativos en Alemania. En: PAREJO ALFONSO, Luciano; VAQUER CABALLERÍA, Marcos. **Estudios sobre el procedimiento administrativo: derecho comparado**. v. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Harvard: Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. **Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia**. Madrid: Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas**. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

ROSATTI, Horacio D. Globalización, convencionalidad y estatidad: sobre el “margen de apreciación nacional” en la aplicación de normas internacionales. En: CARNOTA, Walter (Dir.). **Derecho de la integración y control de constitucionalidad**. Buenos Aires: La Ley, 2015.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. **El soft law administrativo**: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. **El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo**: un análisis jurídico desde el derecho español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa. En: **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, Civitas, n. 114, p. 233-264, 2002.

SESÍN, Domingo Juan. **Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica**. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SESÍN, Domingo Juan. **Administración pública**: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: LexisNexis, Depalma, 2004.

TAWIL, Guido Santiago. ¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria? En: **El Derecho Administrativo**, 2007.

TAWIL, Guido Santiago. El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo. En: **La Ley**, 1985.

TRAVIESO, Florencio. La subsistencia de la facultad disciplinaria de la administración luego de la extinción de la relación de empleo público. **EDial.com**, Suplemento Administrativo, del 18-02-2002. (Comentario al Fallo “Musa”).

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. El ciudadano colaborador en contratación administrativa argentina. En: **Cuadernos de Mariñán**,

Diputación provincial de La Coruña, 2016.

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La participación de la sociedad civil en la gestión pública. En: **Cuestiones estructurales de derecho administrativo, instituciones, buena administración y derechos individuales**. Buenos Aires: RAP, 2018

WADE, H. William R.; FORSYTH, Christopher F. **Administrative law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Recebido em: 27-12-2022

Aprovado em: 15-3-2023