

El control judicial de la tutela administrativa efectiva en los procedimientos disciplinarios

Judicial control of effective administrative protection in disciplinary procedures

Miriam Mabel

Ivanega¹

Universidad de Buenos Aires (UBA)

Resumen. El ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública tiene que cumplir con los principios constitucionales y los procedimientos legales cuando debe investigar si agentes públicos cometieron hechos o actos irregulares y aplicar las sanciones administrativas. A su vez, tiene el deber de asegurar el derecho a una tutela administrativa efectiva, para que el investigador pueda defenderse.

Abstract. The exercise of the disciplinary power of the Public Administration must comply with constitutional principles and legal procedures when it must investigate whether public agents committed irregular acts or acts and apply administrative sanctions. At the same time, it has the duty to ensure the right to effective administrative protection, so that the investigator can defend himself.

Palabras claves. Procedimiento disciplinario / Tutela administrativa efectiva / Plazo razonable / Sanciones / Control judicial

Keywords. Disciplinary Procedure / Effective Administrative Protection / Reasonable Time / Sanctions / Judicial Control

1. Introducción

La Administración cuenta con *potestad punitiva* en todo procedimiento administrativo cuyo objetivo es sancionar al sujeto pasivo de la relación administrativa que incurre en un incumplimiento, enfoque que muestra que carece de relevancia si aquel forma parte de la estructura administrativa como funcionario o se vincula a través de una relación especial como administrado.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Austral. Correo electrónico: mimaiv@hotmail.com; miriam.ivanega@gmail.com

Recuérdese que la evolución, las diferencias y las similitudes entre estas potestades, temas de amplio abordaje por parte de la doctrina administrativista, aunque en general el primer caso es identificado como “potestad sancionadora disciplinaria” y el segundo “potestad sancionadora correccional”, según que los destinatarios sean servidores públicos o particulares (Ruocco, 2018).

Es obvio que el debate respecto a las diferencias entre ilícito penal y administrativo quedó superado por la visión que propone la inexistencia de un contenido sustancial u ontológico que los distinga, basándose en que la distinción entre ellas es de carácter cuantitativo. En ese sentido, queda a criterio del legislador calificar la conducta como delito o infracción.

Así en el marco del Estado constitucional de derecho, bajo el impacto de los tratados de derechos humanos y la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) ya se ha demostrado el directo acercamiento entre las potestades penales y sancionadoras-disciplinarias y, por lo tanto, la aplicación e interpretación de los mismos principios generales del derecho.

Por supuesto que el ejercicio de estas potestades presenta diferencias que no permite traspasar, directa, automática e íntegramente, los principios rectores del sistema penal al disciplinario. Sin embargo, ello no implica apartarse de las bases constitucionales -incluso convencionales- todo lo contrario: solo es posible interpretar el alcance y la finalidad de la potestad disciplinaria de la Administración desde su raigambre en la Ley Fundamental (Ivanega, 2013).

Pero volvamos a la noción de potestad y a su esencia, esto es que toda acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder que la ley atribuye en forma previa y que delimita. Por ende, su ejercicio por parte de la Administración siempre presupone una atribución genérica que deriva del ordenamiento jurídico constitucional, legal, reglamentario y que se diferencia del derecho subjetivo (aunque son especies de un mismo género: los poderes jurídicos) en que este encuentra su origen en una relación jurídica concreta y recae sobre un objeto cierto y determinado (García de Enterria y Fernández, 2013).

En definitiva, como facultad de actuación otorgada por una norma jurídica que apodera y habilita a la Administración, la potestad es una

expresión del *iure imperio* con el que están dotados los organismos públicos, que puede ejercerse respecto de toda persona que se encuentra bajo la competencia de ellos.

Por eso coincidimos en que la organización no adquiere su poder disciplinario de su condición de tal, sino del otorgamiento de esa facultad por la ley. Dado que el orden y la jerarquía administrativos no pertenecen a la Administración, sino al interés público, las facultades disciplinarias están asociadas al ámbito de las potestades, rechazándose el enfoque de los poderes inherentes.

En tal sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN) -máximo organismo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo Nacional y de los más altos funcionarios de la Administración Pública Nacional- ha dictaminado que “la potestad disciplinaria de la Administración Pública tiene por finalidad asegurar y mantener el normal funcionamiento de los servicios a su cargo” (PTN Dictámenes 328:2)

Ahora bien, el ejercicio de ese poder público por parte de la Administración Pública tiene que ajustarse a los principios constitucionales y a los procedimientos legales cuando debe investigar si agentes públicos cometieron hechos o actos irregulares y, en caso de corresponder, aplicar las sanciones que correspondan.

Por eso, el investigado debe tener asegurado el derecho de defensa y, más específicamente, el derecho al debido proceso adjetivo, ya que tienen que demostrarse, de forma efectiva, las conductas que, apreciadas con objetividad, configuran una concreta violación de deberes y obligaciones a cargo del empleado público y que justifican el reproche disciplinario.

En este orden de ideas, los presupuestos que conforman el debido proceso constituyen una exigencia de la validez constitucional del sumario disciplinario. De allí que durante su desarrollo deben efectuarse todas las actuaciones que posibiliten el ejercicio del derecho de defensa amplia y oportuna, incluyendo la impugnación de las decisiones adoptadas. Así, se concretan las garantías sustanciales y procesales para la protección de los derechos fundamentales y las libertades de los empleados públicos (Mejía Acosta y Mejía Osmman, 2009).

Referirse a la defensa implica preservar el valor material de la justicia

y, en consecuencia, obliga a la sujeción de los procedimientos previamente establecidos, como protección al agente público de eventuales conductas abusivas de las autoridades administrativas.

2. La tutela administrativa efectiva

En el tema son mencionada obligatoria -y reiterada- las decisiones de la Corte IDH que fijó un estándar interpretativo, del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, al señalar que dicha disposición “se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. Por eso, extendió esa disposición a las funciones materialmente administrativas².

Esos análisis se hicieron extensivos y, en el caso de la República Argentina, la noción de tutela administrativa efectiva fue receptada por los tribunales primero y por la legislación nacional después.

Cabe recordar que en Argentina el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional cuyo abordaje tradicional estuvo sustentado en dos módulos fundamentales: la perspectiva de acceso al juez y la posibilidad de obtener una resolución útil, es decir, dotada de eficacia práctica, “por medio de la cual ese juez brinde protección al derecho postulado”. De esta forma, la finalidad inicial del constitucionalismo consistió en asegurar el rol protagónico del juez como vehículo de la protección de los derechos; y uno de los objetivos principales en ese aseguramiento –del cual surge la idea de tutela efectiva– consistió en la necesidad de evitar que, por la sacralización de las formas, esa protección perdiera vigencia o se viera anulada en la práctica. Por eso, el calificativo de “efectiva”, que, sin la aclaración de rechazo del ritualismo formal excesivo, resultaría redundante. Este análisis permitió enfatizar el carácter instrumental de las formas frente a la finalidad del ordenamiento (Gutiérrez Colantuono, 2022).

² Entre otros: Corte IDH, Casos Tribunal Constitucional c/ Perú s/ Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero de 2001 - Baena Ricardo y otros Vs. Panamá Sentencia de 2 de febrero de 2001 - Ivcher Bronstein Vs. Perú Sentencia de 6 de febrero de 2001 - Yatama Vs. Nicaragua Sentencia de 23 de junio de 2005 - Claude Reyes y otros vs. Chile Sentencia del 19 de setiembre de 2006 - San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela Sentencia del 8 de febrero de 2018

Pero, para la doctrina la categoría de la tutela administrativa efectiva se fue insertando como un paso más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos, encontrando su propia funcionalidad desde dos elementos que la han distinguido:

- a) el papel preventivo que se le asigna, a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez mediante una acción tutelar oficiosa de la Administración; y
- b) el lugar privilegiado de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal que, por excelencia, presenta los rasgos –que, justamente, le dan sus contornos diferenciales– de inmediatez y concreción, es decir, de cercanía con la persona.

Se pretende, en otros términos, recrear la noción tradicional de defensa en juicio desde una nueva óptica que operativice el papel tutelar que, entendemos, posee la Administración en el marco de las obligaciones de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención Americana, es decir, postular como principio estructurante y garantía –exigible, naturalmente– la posibilidad de las personas de ocurrir ante la autoridad administrativa y obtener de ella resolución relativa a sus derechos, evitando precisamente diferir o postergar su protección a la instancia judicial.

Perrino ha sostenido que

la tutela administrativa efectiva comprende, pero no se agota, en el tradicional derecho al debido proceso adjetivo el cual exige cumplimentar ciertos recaudos formales y de trámite vinculados a la defensa y necesarios para adoptar una decisión válida y justa. Es decir, se exige de parte del Estado un plus más: la eliminación de todas las trabas normativas, económicas o sociales, que puedan impedir u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de la defensa. (2013, p.75)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN o Corte Suprema) en la causa "Astorga Bracht"(2004)³, negó validez jurídica a una cláusula de un pliego de bases y condiciones para el llamado a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión de frecuencia modulada, que había dispuesto que los solicitantes debían presentar un escrito desistiendo total e incondicionalmente de todos los recursos administrativos y judiciales interpuestos contra el Comité Federal de Radiodifusión (en adelante, COMFER) y la Comisión Nacional de Comunicaciones (en adelante, CNC).

Para decidir la invalidez del pliego, interpretó el citado art. 18 de la Constitución Nacional y las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional -por el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental-⁴ y escindió la tutela administrativa efectiva de la judicial y reconoció en aquélla un nuevo principio sustancial con proyección en toda la función administrativa. Para ello, asentó una analogía entre los tribunales de justicia con las autoridades administrativas competentes, de la sentencia con decisión útil con la noción de acto administrativo definitivo, del proceso con procedimiento y de los derechos de los particulares litigantes con los administrados.

Es indudable que estas reflexiones son de aplicación a los procedimientos sancionadores, incluyendo la disciplinaria, ya que a través de esa tutela debe garantizarse al agente público el acceso las actuaciones administrativas, a que pueda ser asistido por un abogado, a formular sus descargos, a presentar y solicitar que se diligencien las pruebas que ofreció, a la motivación de la decisión y a un procedimiento de duración razonable.

Además del caso "Astorga Bracht", otros precedentes judiciales ilustran acerca de los alcances y límites de potestades y derechos en materia sancionadora.

3. Potestades y derechos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina

³ Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER – Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley 16.986 (2004) Fallos 327:4185

⁴ Arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

De las sentencias del Máximo Tribunal de Justicia de la Argentina que abordan el alcance de la tutela administrativa efectiva en materia disciplinaria, hemos seleccionado cuatro casos vinculados al plazo razonable, la elección del abogado defensor, la vinculación del procedimiento disciplinario con la responsabilidad estatal, el acceso de información pública de un sumario y la necesidad de permitir el ejercicio del derecho de defensa a todo agente público.

3.1. La irrazonabilidad del plazo

Han transcurrido 12 años, desde la sentencia de la causa "Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA-Resol.169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)" (2012), precedente significativo por haber incorporado derecho a un plazo razonable⁵ a un procedimiento sancionador (Ivanega, 2024).

El Banco Central de la República Argentina inicio un sumario para investigar infracciones a la normativa financiera, que concluyó con la imposición de sanciones administrativas contra quienes actuaron como directores o síndicos de una sociedad anónima.

Según el régimen aplicable la prescripción de la acción sancionatoria operaría a los 6 años desde la producción de los hechos, interrumpiéndose por la comisión de otra infracción y por los actos y diligencias del procedimiento inherentes a la sustanciación sumarial.

En el caso, la prescripción nunca se operó por las interrupciones producidas por diligencias del procedimiento antes de que se cumpliera aquel plazo legal, extendiéndose la tramitación del sumario por casi 20 años.

Ante el planteo de los sancionados, el Máximo Tribunal de Justicia analizó si la extensión de las investigaciones vulneraba el derecho constitucional de defensa (art.18 CN) y el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable conforme al art. 8 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Entendió que no había óbice alguno para aplicar las garantías de esta disposición convencional a las circunstancias que rodearon las sanciones disciplinarias -y no penales- del Banco Central, remitiéndose al caso

⁵ En general este principio ha sido analizado en materia de prescripción de la acción penal.

"Baena" de la Corte IDH en el que se aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal se debía garantizar en todo proceso disciplinario, y que los Estados no podían sustraerse a esta obligación argumentando la inaplicabilidad de las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana a sanciones no penales. Por lo tanto, el "plazo razonable" de duración del proceso constituía, 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".

También consideró que la apreciación de las pautas fijadas por la Corte Interamericana debería presidir "un juicio objetivo sobre el plazo razonablemente admisible para que la Administración sustancie los pertinentes sumarios y, en su caso, sancione las conductas antijurídicas, sin perjuicio de las concretas disposiciones de la Ley de Entidades Financieras sobre la prescripción de la acción que nace de las infracciones, debido a la laxitud de las causales de interrupción previstas por dicha normativa. Como forma de consagrar efectivamente el derecho de defensa y debido proceso de los recurrentes (...)"

En consecuencia, luego de valorar que de la compulsa de las actuaciones y del propio reconocimiento del Banco Central, los hechos investigados no exhibían una especial complejidad ni se había observado que los investigados hubieran obstaculizado el curso del procedimiento, sino que los prolongados lapsos de inactividad procesal fueron atribuibles inequívocamente a la entidad bancaria y que la investigación tuvo resolución "sólo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura"

Todo ello, demostró que la tramitación del sumario disciplinario resultaba incompatible con el derecho al debido proceso de la Constitución Nacional y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretación que reiteró en "Martínez, Julio Jorge y otro c/ BCRA".

En el caso "Bonder"⁶ se aplicó similares criterios. También se trataba de un procedimiento sancionador del Banco Central respecto del cual la Corte Suprema para valorar la irrazonabilidad del plazo, realizó un análisis global del procedimiento administrativo y del proceso judicial: habían

⁶ Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ Banco Central de la República Argentina S/B.C.R.A. S/ Resolución 178/93 (2013)- Fallos: 336:2184

transcurrido casi veintiséis años después de ocurridos los hechos investigados.

3.2. La elección del abogado defensor

Los actores -agentes civiles Sebastián Hernán Raco y Marco Nicolás Raco, pertenecientes a la Policía de Seguridad Aeroportuaria-⁷ habían solicitado se declarara la nulidad de la resolución que dispuso su cesantía⁸ con fundamento en el incumplimiento de los requisitos esenciales de todo acto administrativo, conforme a la ley nacional argentina y en la conculcación del derecho a trabajar, del derecho a la igualdad, del derecho de propiedad y del derecho de defensa.

El planteo original había incluido el pedido de inconstitucionalidad de una disposición que obligaba a los acusados -en sumario disciplinario- a designar como abogados defensores a profesionales que prestaran servicios en la propia fuerza de seguridad, que entendían cercenaban la posibilidad de elegir un defensor de confianza, violando el derecho de defensa previsto en el art. 18 de la C.N.

Específicamente, la norma cuestionada (art. 48 del anexo IV, del decreto 1088/2003) establece que “la designación de defensores, voluntarios o de oficio, sólo podrá recaer en abogados que presten servicios en el Organismo al que pertenece el inculpado, con exclusión de los profesionales integrantes de las áreas de Asuntos Jurídicos y Sumarios Administrativos”.

Sin perjuicio de los aspectos procesales que llevaron a la mayoría de Corte Suprema rechazar la pretensión de los actores, dejando sin efecto la sentencia de segunda instancia que había declarado la inconstitucionalidad solucionada⁹, coincidimos con la disidencia del juez Rosatti respecto a que

⁷ Raco Marco Nicolas y Otro c/ Estado Nacional - Ministerio Seguridad PSA-Resol 513/09 S/ Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (2021)-Fallos: 344:3230

⁸ Los hechos se vincularon con la adulteración de certificados médicos para justificar inasistencias a sus puestos de trabajo (conductas tipificadas como faltas graves.

⁹ El juez de primera instancia había rechazado la pretensión de los agentes públicos, pero la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, por mayoría, hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por los actores, revocó la decisión apelada y declaró nula la resolución de cesantía con base en la inconstitucionalidad del art. 48, del anexo IV, del decreto 1088/2003. Sin embargo,

el derecho a elegir libremente un defensor ante una imputación penal resulta determinante para tornar eficaz el derecho de defensa. Ello reforzado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 8, inc. 2, ap. “d” declara que toda persona inculpada de delito tiene derecho a “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”. De similar forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14, inc. 3, ap. b establece que, durante el proceso, toda persona acusada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, a “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

Derivación de ello es que, si bien el derecho administrativo disciplinario puede “manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, como la estructura típica, la graduación de sanciones y ciertas particularidades procedimentales, jamás puede apartarse de principios elementales básicos que rigen a los delitos”.

En síntesis, las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria.

3.3. El sumario disciplinario y la responsabilidad estatal

Los hechos se vinculan con la demanda interpuesta por una mujer, en su nombre y en representación de sus hijos menores contra la provincia de Córdoba, con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados por la muerte de su esposo mientras se encontraba en una comisaría de la policía local¹⁰.

Con motivo de esa situación, el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciaria inició un sumario administrativo sancionando al Oficial Inspector, a cargo de la comisaría, con 21 días de arresto por haber incurrido

según surge de la sentencia, la Cámara resolvió sobre el planteo de inconstitucionalidad que no formaba parte de la apelación de los actores, motivo por el cual para la CSJN esos jueces fallaron *extra petita* y modificaron los términos del litigio al fundar su sentencia en un tema que no constituía un punto de controversia.

¹⁰ Rodríguez, Sabrina Pamela c/ Superior Gobierno de la provincia de Córdoba s/daños y perjuicios (2023)- Fallos: 346:326

en una “falta de naturaleza gravísima” por ser negligente y no haber dispuesto las medidas de seguridad necesarias para el resguardo de la integridad física del prevenido, debido a su estado¹¹.

Sin embargo, en sede judicial, la demanda por responsabilidad estatal fue rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de aquella provincia, sentencia que finalmente fuera deja sin efecto por la CSJN.

Uno aspecto determinante en el debate consistió en la valoración de la posible conducta de la persona fallecida y si los perjuicios sufridos habían sido de exclusiva responsabilidad, es decir de su libre e imprevisible determinación, o si existió “una contribución inexcusable de la administración, por incumplimiento del servicio”.

La Corte Suprema al revocar la sentencia del tribunal provincial sostuvo que los hechos ameritaban que se evaluara la relación entre el desempeño de los agentes policiales y los daños que motivaron la acción judicial, a los efectos de determinar si se configuraba la falta de servicio que alegada por la actora. Así, recordó que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de policía de seguridad— “lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular”. Por tal razón, para resolver el caso no podía relativizarse la importancia del sumario administrativo de donde surgía irregularidades graves y comprobadas.

3.4. El acceso a la información de un sumario administrativo

El actor, invocando su condición de diputado nacional y ciudadano, promovió acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos con el fin de que se la condenara a entregarle determinada información relacionada con el nombramiento de un funcionario público los cargos y funciones que el nombrado desempeñó y el estado de un sumario administrativo que se le iniciara en el año 2010 por presunto contrabando.

¹¹ La víctima había concurrido el 31 de octubre de 2008 a la Comisaría 5ª de la ciudad de Córdoba para hacer la denuncia del robo de su teléfono celular y, al encontrarse alcoholizada, fue puesta “a resguardo” en el patio de esa dependencia. Minutos después, el personal policial lo encontró en una celda colgado de su cinturón, por lo que fue llevado al hospital, donde ingresó en estado de coma y falleció el 7 de noviembre de 2008.

Respecto de este último aspecto se entendió que la petición solo tenía por objeto conocer el estado procedimental en que se encuentra una investigación ya iniciada y que se relaciona con un agente público. Por lo tanto, con sustento en el reglamento aplicable (Decreto 1172/2003) entendió que no se advertía que las características del requerimiento formulado pudieran aparejar la revelación de la estrategia a adoptar en la tramitación de una causa judicial, la divulgación de técnicas o procedimientos de investigación o la afectación del debido proceso.

Por otra parte, si bien el régimen disciplinario del personal de ese organismo establecía el carácter secreto para cierta etapa de las actuaciones sumariales, su objetivo era asegurar el éxito de la investigación y el resguardo del debido proceso.

Por ese motivo, el pedido de información relativa al estado procesal de un sumario que se encontraba iniciado en 2010 no perjudicaba esos objetivos, sino que, por el contrario, permitía un adecuado control social sobre la celeridad y diligencia con que las autoridades competentes debían cumplir con las obligaciones que el ordenamiento ha impuesto.

En el análisis de los hechos, el Máximo Tribunal recordó que el derecho de acceso a la información, era elemento constitutivo de la libertad de expresión protegido por normas constitucionales y convencionales, pero no un derecho absoluto, sino que podía estar sujeto a limitaciones.

En consecuencia, resultaba admisible que el ordenamiento jurídico estableciera ciertas restricciones al acceso a la información, las que debieran ser verdaderamente excepcionales, perseguir objetivos legítimos y ser necesarias para alcanzar la finalidad perseguida. “En efecto, el secreto solo puede justificarse para proteger un interés igualmente público, por lo tanto, la reserva solo resulta admisible para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

3.5. El derecho de defensa de quienes no están sujetos a regímenes sumariales.

Uno de los cuestionamientos que realizamos con anterioridad ha sido el ejercicio limitado de la potestad sancionadora en el sistema nacional

argentina, ya que solo comprende a los empleados con estabilidad, condición que además se adquiere cumpliendo con ciertos requisitos legales¹².

Pero si la génesis del empleo público se encuentra en la idea de servicio —inherente a toda función pública— cuyo norte es la comunión del interés público y la dignidad de la persona humana destinataria de aquel servicio, resultaría contradictorio excluir del examen de irregularidades a determinados agentes con el argumento de que no gozan de estabilidad y que están unidos al empleador públicos a través de vínculos de empleo transitorios.

La sentencia dictada por la CSJN en el caso “Flores”¹³ se vincula con la instrucción de procedimientos disciplinarios a los agentes públicos sin estabilidad. La actora, luego de aprobar el examen para el agrupamiento técnico-administrativo del Ministerio Público de la Defensa, en el año 2016 fue designada interinamente en un cargo vacante de auxiliar en la Curaduría Nro. 18, dicho nombramiento (en reemplazo de una agente de planta permanente) fue prorrogado hasta que superior solicitó el cese del interinato motivado en a falta de buen trato y cordialidad con sus pares, incumplimientos del horario laboral e inasistencias sin justificativos. Frente a ello, por acto administrativo de la Defensora General de la Nación, se revocó la designación interina.

Ante esta situación la Sra. Flores inició una acción de amparo contra el Ministerio Público de la Defensa de la Nación con el objeto de que se dejara sin efecto la resolución que dispuso su cese, se ordenara su reincorporación y el pago de salarios caídos, principalmente porque el acto de desvinculación se había sustentado en imputaciones sobre su desempeño

¹² La Ley 25.164 modificada por la Ley 27.742: **Artículo 8º** — *El régimen de estabilidad comprende al personal que ingrese por los mecanismos de selección que se establezcan, a cargos pertenecientes al régimen de carrera cuya financiación será prevista para cada jurisdicción u organismos descentralizados en la Ley de Presupuesto. (...) Artículo 27. — El personal vinculado por una relación de empleo público regulada por la presente ley, y que revista en la planta permanente, no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas en las condiciones que expresamente se establecen. Al personal comprendido en el régimen contrataciones, y de gabinete se le aplicarán los preceptos del presente capítulo, en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones.*

¹³ Flores, Maria Jose c/ EN-M Publico de la Defensa s/amparo Ley 16.986 (2023) - Fallos 346:12

laboral, sin que hubiese tenido la posibilidad de ejercer su defensa a través de un sumario administrativo previo.

Luego de las instancias judiciales correspondiente, la causa llega a conocimiento de la CSJN que compartió el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que principalmente admitió la acción de amparo al no advertirse la necesidad de mayor sustanciación y prueba para resolver una cuestión eminentemente de derecho y que se vinculaba, en lo esencial, al procedimiento aplicable para remover a la actora.

En efecto, admite que se encontraba fuera de controversia el carácter de interina de la actora, aspecto que presupone la falta de estabilidad dado que ocupaba un cargo vacante hasta que se designara al titular. Sin embargo, el acto de cese no se había apoyado en su transitoriedad sino en una serie de faltas de servicio que reflejaban "una clara naturaleza disciplinaria, ajena a las consecuencias autónomas de la falta de estabilidad". En consecuencia, entiende que debió darse a la agente la posibilidad de ejercer su legítimo derecho de defensa conforme al art. 18 de la Constitución Nacional, máxime que aquella se vio imposibilitada de efectuar un descargo, la producción y el ofrecimiento de pruebas, evidenciando la violación de las formas sustanciales de la garantía constitucional de la defensa "que incluye la de asegurar al inculpado la posibilidad de ofrecer prueba de su inocencia o de su derecho, sin que corresponda diferenciar causas criminales, juicios especiales o procedimientos administrativos".

Si bien recuerda la interpretación de la Corte, respecto a que lo atinente a las decisiones de política administrativa no es materia justiciable en tanto las medidas adoptada no impliquen una descalificación o medida disciplinaria encubierta, así como el criterio de que el ejercicio del poder disciplinario no importa el ejercicio de jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas; también subraya que no debe olvidarse que tales supuestos requieren para ser válidos la observancia del principio de legalidad y de la garantía del derecho de defensa.

Por tales razones, el régimen normativo aplicado no puede ser invocado para sustentar una medida disciplinaria como la aplicada, prescindiendo de los principios propios de un procedimiento adecuado para acreditar los cargos respectivos y en el que medie la oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

"Lo contrario importaría convalidar decisiones administrativas que proyecten sombras sobre la reputación de los funcionarios o empleados a quienes se les imputan hechos que no han sido demostrados en legal forma, vulnerándose, por esa vía, garantías consagradas en la Ley Fundamental".

4. Conclusiones

4.1. Breves cometarios acerca de la modificación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

La reciente sancionada ley 27.742 incorporó el art. 1 bis en la Ley 19.549, que contempla los principios fundamentales de juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, tutela administrativa efectiva, simplificación administrativa y buena administración.

Cuatro derechos forman parte de la tutela administrativa efectiva:

(i) Derecho a ser oído: de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos o a sus intereses jurídicamente tutelados, 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.

Cuando fuere exigible por norma de rango legal la realización de una audiencia pública, ésta se llevará a cabo de acuerdo con lo que establezca la reglamentación aplicable. Dicho procedimiento podrá ser complementado o sustituido por el mecanismo de consulta pública o el que resulte más idóneo, técnica o jurídicamente, para el logro de la mejor y más eficiente participación de los interesados y la adopción del acto de que se trate. El contenido de tales instancias participativas no será vinculante para las *autoridades administrativas, sin perjuicio del deber de éstas de considerar las principales cuestiones conducentes allí planteadas, para el dictado de los pertinentes actos.*

(ii) Derecho a ofrecer y producir pruebas: 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 prueba 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 ello deberá realizarse bajo el oportuno control de los interesados y sus profesionales, quienes además podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.

(iii) Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

(iv) Derecho a un plazo razonable: que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a *notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación*.

La incorporación de dicha tutela, como parcialmente expusimos ha respondido a los criterios que la jurisprudencia y la doctrina venían sosteniendo hace tiempo.

Es cierto que los derechos a ser oído, a producir pruebas y a una decisión fundada ya estaban incorporadas, pero como indican Cassagne y Perrino la enorme gravitación del principio y derecho de la tutela administrativa efectiva “se advierte, con evidencia, en las numerosas reformas realizadas en el acto administrativo, el procedimiento y el acceso al proceso contencioso administrativo, que introducen claras y sustanciales mejoras en la protección de los derechos de las personas frente a la Administración” (2024, p.1).

Las modificaciones han inaugurado “una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino, signada, especialmente, por la mayor protección que se consagra a los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de protección de derechos humanos de jerarquía constitucional, cuya tutela efectiva se garantiza en sede administrativa y judicial” (Cassagne y Perrino, 2024, p. 1). Eso muestra un alineamiento con la tendencia del camino que va desde el Estado de Derecho Legal hacia el Estado de Derecho Constitucional.

Por supuesto que más allá de la incorporación en la norma legal, estará a cargo de los órganos administrativos el deber primario y la responsabilidad de administrar los asuntos públicos con la eficacia y eficiencia necesaria para que esos derechos se concreten en la realidad.

4.2. En síntesis

Recuérdese que la investigación de las conductas de los empleados públicos trasciende la esfera interna de la organización, porque, además de ser un medio de defensa, constituye una herramienta de transparencia pública. La verdad material u objetiva interpretada en el marco de ese principio general otorga al procedimiento disciplinario un rol de primer orden en la búsqueda de una gestión ética.

Si bien en esta oportunidad nos hemos limitado a comentar algunos de los aspectos de la potestad disciplinaria y el derecho de defensa, no podemos dejar de recordar que, como ha expresado Gelli (2008) “la responsabilidad de los funcionarios públicos es una nota sustantiva y distintiva de toda república democrática”.

Así como resulta esencial en términos convencionales y constitucionales, una completa realización de la tutela administrativa efectiva en el ámbito disciplinario, también es medular la operatividad de la responsabilidad de los agentes públicos. En palabras del profesor español Fernández (1986) analizar la responsabilidad estatal y de los funcionarios desde lo abstracto es inútil, una pérdida de tiempo, pues “hay que referirse a ella desde una concreta realidad.

En resumen, como nadie ignora, la ausencia de mecanismos idóneos para determinar tales responsabilidades es campo fértil para el desarrollo de la corrupción; por eso el principio de transparencia pública debe ser el eje del ejercicio de los derechos y de las potestades.

Bibliografía

Cassagne, J. C., & Perrino, P. (2024, 17 de setiembre). El acto administrativo en la Ley de Bases, *La Ley*, 88(166), 1-25.

Fernández T.R. (1986). La responsabilidad de la Administración: Fundamento y tendencias actuales. En J. González Pérez, F. Garrido Falla, M. Marienhof, & T. R. Fernández (Eds.), *El contencioso administrativo y la responsabilidad el Estado*, (pp. 91-108). Editorial Abeledo Perrot.

García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo* (16ª ed., pp. 471-476). Civitas.

Gelli, M. A. (2008). La responsabilidad política de los funcionarios. En *Cuestiones de responsabilidad estatal y de los funcionarios* (pp. 964-971). RAP.

Gutiérrez Colantuono, P. (2022). *Control de Convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa*. Editorial Astrea.

Ivanega, M. (2013) *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa* (2da. ed.). RAP.

Mejía Acosta, K., y Mejía Ossman, J. (2009). Temática jurisprudencial del proceso disciplinario. Doctrina y Ley.

Perrino P. (2013) El derecho a la tutela administrativa efectiva. En Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, (pp.75-94) RAP.

Procuración del Tesoro de la Nación. *Dictamen N.º 328/2*

Ruocco G. (2018) Modos de finalización del procedimiento administrativo disciplinario y medios de impugnación. En A. A. Gutiérrez & I. Robaina Raggio (Dir.), *Procedimiento administrativo Disciplinario* (pp. 249-271). Fundación de Cultura Universitaria.