

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS SUMARIOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

Autor:
Canda, Fabián

Cita: RC D 17/2015

Tomó: 2012 2 Empleo público - II.

Revista de Derecho Público

Sumario:

1. La responsabilidad disciplinaria del agente público. 2. El procedimiento disciplinario como procedimiento administrativo especial. Las medidas cautelares como expresión de la prerrogativa procesal del Estado empleador. Su límite: la garantía del debido proceso adjetivo. 3. Régimen normativo disciplinario-cautelar en el orden nacional. 3.1. Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164: la suspensión y el traslado preventivo. 3.3.1. Requisitos de procedencia. 3.2. Compatibilidad entre la LMREP y el Reglamento de Investigaciones Administrativas. 3.2.1. Elemento procesal. 3.2.2. Elemento teleológico. 3.2.3. Elemento material. 4. El acto dispositivo de un traslado o suspensión: ¿es un acto administrativo? 5. Un supuesto diferente: la suspensión preventiva del agente afectado a una causa penal. 5.1. Agente privado de libertad. 5.2. Agente procesado por hechos ajenos al servicio. 5.3. Agente procesado por hechos del servicio. 5.4. La suspensión del agente meramente denunciado o imputado penalmente (no procesado). 6. Pago de haberes durante la suspensión. 7. Conclusiones.

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS SUMARIOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS

1. La responsabilidad disciplinaria del agente público

El ejercicio de la potestad disciplinaria conlleva, a veces, la necesidad de adoptar durante la investigación sumarial medidas de naturaleza cautelar que inciden sobre la situación jurídica del agente estatal sumariado por la presunta comisión de un ilícito administrativo.

Es de la esencia de las medidas cautelares su carácter vicarial de la decisión de fondo que se ha de adoptar en el proceso o procedimiento en el que se dictan, es decir que para comprender su razón de ser y finalidad, tenemos previamente que conocer cuál es el instituto sustantivo al cual sirven. Ese instituto es, en la especie, el de la responsabilidad de los agentes estatales y su bien jurídico tutelado: el buen funcionamiento de la administración.

La responsabilidad disciplinaria es una de las dimensiones de la responsabilidad de los agentes estatales [1] que tiene la particularidad de ser "especial", en el sentido de que no se aplica a todo el universo de aquéllos [2], y ha sido definida por calificada doctrina como "el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia administración pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o ex agentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la administración pública" [3].

En el Derecho Administrativo disciplinario se busca preservar el buen funcionamiento de la administración o, como tiene dicho la Corte, "el debido funcionamiento de los servicios administrativos" [4]. Ése es, justamente, el bien jurídico tutelado con el ejercicio del poder disciplinario.

Tal responsabilidad se configura "cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública" [5].

Ahora bien: ¿cuenta este poder disciplinario con sustento constitucional?

Del texto de la Constitución no se desprende, explícitamente, que asista al Poder Ejecutivo el ejercicio del poder disciplinario.

Sabemos, sin embargo, que la competencia administrativa no sólo se deriva de lo expresamente establecido en la norma, sino también de lo que implícitamente surge de ella, valorando esto último bajo el estándar de la especialidad.

Desde este punto de vista, parece razonable concluir que el poder disciplinario no es sino una consecuencia necesaria de la calidad de jefe supremo de la Nación y responsable político de la administración general del país que la Constitución atribuye al presidente (art. 99, inc. 1°), pues si éste es el jefe de la administración, va de suyo que cuenta con facultades inherentes como para organizarla en aras de la conservación de cierto orden interno que haga posible su buen funcionamiento.

Al respecto, la Corte ha expresado en el fallo que venimos refiriendo "Que la potestad sancionatoria es inherente a la administración pública [...] y aparece un mínimo de autoridad jerárquica autónoma" [6].

Por lo demás, al ser el presidente el responsable político de la administración general del país (art. 99, inc. 1°), es claro que es él, en última instancia, quien tiene a su cargo velar por su buen funcionamiento. Y precisamente ése es el bien jurídico tutelado por el derecho disciplinario: el buen funcionamiento de la administración. Por tanto, cabe concluir que si se le atribuye dicha responsabilidad política final, debe el PEN contar con las herramientas necesarias para no defraudarla. Justamente, el poder disciplinario, en tanto retribuye y previene especial y generalmente la comisión de faltas, es un instrumento idóneo para la adecuada administración general que la Constitución confía al titular del Ejecutivo.

Tampoco resulta ajena al fundamento implícito de este poder, la cláusula que dispone la atribución del PEN para el nombramiento y remoción del jefe de Gabinete, ministros, oficiales de su secretaría y empleados cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma por la Constitución (art. 99, inc. 7°). Adviértase, en tal sentido, que la remoción representa la sanción máxima susceptible de ser aplicada en el ámbito disciplinario, pues implica la ruptura del vínculo existente entre el Estado y el agente removido.

También, y en igual orden de ideas, debe ser considerada la disposición del artículo 99, inciso 17, en tanto faculta al PEN para pedir al jefe de Gabinete, a los ministros, "y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos".

Se trata, pues, de la obligación de los agentes estatales de dar cuenta de lo actuado a la máxima autoridad administrativa, es decir, al PEN. Este "dar cuenta" comprende el deber de justificar lo obrado positivamente y lo omitido. Cuando la actuación involucre una transgresión a las reglas propias de la función, habrá nacido la responsabilidad que estamos tratando.

Si bien se lo aprecia, el "sumario administrativo" no es sino un procedimiento a través del cual se intenta dilucidar qué se hizo o se dejó de hacer en determinada área estatal y si tales proceder resultaron ajustados o reñidos con los deberes y prohibiciones impuestos normativamente a los agentes de la administración. Cuando lo que se quiere averiguar es el regular desempeño del agente, va de suyo que elementales razones de preservación de la garantía de defensa ponen a éste a salvo de cualquier exigencia informativa posiblemente autoinculpatoria. Por ello, la averiguación de lo ocurrido discurre por andariveles distintos al pedido directo de informes aludido en el artículo 99, inciso 17, sin perjuicio de que, como corolario de la instrucción sumarial, se cite al involucrado y se le permita defenderse con amplitud en instancia de su declaración indagatoria y con posterioridad a la etapa de instrucción.

Esta obligación de dar cuenta lleva implícita en sí que si tal rendición de lo actuado no es satisfactoria o se revela como contraria a los deberes y prohibiciones legalmente establecidos, nacerá la responsabilidad disciplinaria del agente incumplidor y el poder del superior para sancionarlo. De allí, entonces, su vinculación con el tipo de responsabilidad en estudio [7].

No puede obviarse, además, la incidencia que el principio de juridicidad, consustancial al Estado de Derecho, guarda para la responsabilidad bajo estudio, pues la relación que se suscita entre el agente estatal y el Estado reconoce un doble orden vincular: por un lado, el agente constituye un órgano de la administración. Ello queda evidenciado cuando actúa por ella, siendo ella. Como gráficamente lo explicara Fiorini, la voluntad del agente "se incrusta" en el órgano y se considera como parte de la voluntad del mismo órgano [8].

Por otro lado, a la par de esa relación orgánica convive, sin embargo, otra relación. Se trata de la relación de servicio. En efecto, además de actuar como órgano de la administración, el agente estatal tiene, respecto del Estado empleador, un haz de derechos, deberes que cumplir y prohibiciones que no vulnerar que le atañen a él personalmente. Cuando su conducta comisiva u omisiva resulta contraria a tales deberes o prohibiciones, se sucede una irregularidad administrativa que dará lugar, como respuesta estatal, al ejercicio del poder disciplinario.

Poder que, en tanto tal, habrá de enmarcarse necesariamente en la juridicidad y ejercitarse conforme ésta lo determine. El carácter de poder inherente, del que predicáramos en la definición propuesta por Comadira y

recibida por nosotros, de modo alguno podría ser interpretado como poder ajeno a la juridicidad o ubicable por encima de ésta. Ello resultaría contrario a los principios fundacionales del Estado de Derecho.

Desde este punto de vista, debe recordarse que, en nuestro diseño constitucional, toda restricción de derechos debe contar con base legal formal. Así se desprende de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, pues los derechos se gozan conforme las leyes que reglamentan su ejercicio y a éstas les está vedado "alterarlos" (es decir, cercenar su sustancia constitucional) con afán reglamentarista.

Al ocuparnos de la estabilidad del empleado público, dijimos que se trataba de la garantía por antonomasia propia de la relación de empleo. Esta garantía -cuyo núcleo vital consiste en la preservación del empleo salvo

inconducta o reestructuración orgánica- no puede ser limitada sino a través de una ley formal que la reglamente. La materia disciplinaria incide sobre los derechos de los agentes públicos. Dicha incidencia se verifica tanto sobre el derecho a la estabilidad como sobre el derecho a la carrera administrativa [9]. En consecuencia, su regulación debe ser efectuada por ley formal del Congreso [10].

La sanción disciplinaria incide sobre el derecho a la estabilidad, en la medida en que o bien lo afecta directamente (cuando rompe el vínculo jurídico en los casos de cesantía y exoneración) o bien incide sobre aquél de modo más o menos indirecto.

Así, la acumulación de infracciones que hayan totalizado treinta días de suspensión en los doce meses anteriores es causal de cesantía (art. 32, inc. c, ley 25.164).

Inclusive las sanciones menores coadyuvan a debilitar la estabilidad, en la medida en que constituyen un antecedente negativo que necesariamente habrá de ser valorado ante cualquier futura sanción. El precedente negativo se erige, así, en un condimento necesario para resolver la ruptura de la relación de empleo (art. 28, ley 25.164).

Desde otro punto de vista, la sanción disciplinaria incide sobre la posibilidad de promoción o ascenso en la carrera, dejando en condiciones desfavorables a quienes la ostenten como antecedente e incidiendo, de tal modo, sobre el derecho a la igualdad de oportunidades en el desarrollo de la carrera administrativa (art. 18, ley 25.164).

Consecuentemente, no creo aventurado afirmar que el régimen administrativo disciplinario, en tanto regula el derecho a la estabilidad en las condiciones antevistas, exige su regulación por ley formal del Congreso por imperio de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional.

Dicha ley debe ser previa a la conducta sancionada, pues no sólo ése es el principio general en materia de vigencia temporal de las normas, que son irretroactivas, sino que, además, en el caso rige el artículo 18 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de inexistencia de crimen y pena sin ley previa que así lo establezca [11].

En tanto las medidas cautelares susceptibles de ser dictadas en el curso de un sumario administrativo también repercuten sobre la esfera de derechos del agente sumariado, consideramos que deben estar asimismo previstas en una ley formal, de acuerdo con el aludido principio de legalidad que deriva de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, y sólo deben ser dictadas cuando su no adopción conlleve riesgos ciertos y fundados para el bien jurídico tutelado por la responsabilidad administrativo-disciplinaria, esto es, el buen funcionamiento de la administración.

Analizados los aspectos sustantivos que se vinculan con el instituto bajo estudio, veamos pues el marco formal en el cual las medidas cautelares pueden ser dictadas.

2. El procedimiento disciplinario como procedimiento administrativo especial. Las medidas cautelares como expresión de la prerrogativa procesal del Estado empleador. Su límite: la garantía del debido proceso adjetivo

Desde el año 1972, con la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación, el Derecho Administrativo nacional adhirió a la idea de un procedimiento de fuerza centrípeta, que nucleara en una norma general los principios básicos del trámite administrativo común.

La idea rectora resignó especificidad (ya no más tantos procedimientos como trámites imaginables hubiere, idea de naturaleza centrífuga) para ganar seguridad jurídica al centralizar en un procedimiento básico y común la gran mayoría de los trámites administrativos. Sólo aquellos procedimientos que por su especificidad no pudieren ser reconducidos a un trámite general tendrían justificada su subsistencia [12].

Éste es el caso del procedimiento disciplinario, previsto actualmente como *procedimiento administrativo especial* en el artículo 2º, inciso f, del decreto 722/96 [13], y al que definimos como la serie, secuencia o sucesión de

actos que ordena, regula y sistematiza el ejercicio de la potestad disciplinaria de la administración para con sus empleados [14].

De la caracterización del procedimiento en cuestión, como una especie del procedimiento administrativo general, se deriva la aplicación en su ámbito de los principios generales contemplados en la ley 19.549, destacándose entre ellos los de búsqueda de la verdad objetiva (vinculados con la eficacia en el hallazgo de la verdad material) y el debido proceso adjetivo (relacionado con la garantía de defensa en juicio y con el cumplimiento del procedimiento previo como requisito de juridicidad).

Estos dos principios tienen un rol protagónico en el tema que nos convoca, pues las posibilidades cautelares en los procedimientos disciplinarios tienen como fundamento la protección de la verdad material que se busca, pero, a la vez, deben ser cuidadosas de la garantía del debido proceso adjetivo, toda vez que se trata de medidas preventivas que inciden de modo gravoso sobre los agentes investigados y no de sanciones administrativas aplicadas a quienes ya han sido hallados responsables de conductas reprochables.

Verdadero soporte sobre el que se asienta el derecho a la jurisdicción, las medidas cautelares son aquellas que, dictadas en el marco de un procedimiento o proceso, tienden a asegurar el resultado práctico de aquél, preservar la eficacia de la resolución final y prevenir los riesgos que, durante su trámite, pudieran tornar inoperante al acto administrativo final o la sentencia [15].

Son sus notas esenciales la *provisoriedad* y *accesoriedad* [16].

Su carácter provisorio implica que duran lo estrictamente necesario para asegurar el resultado práctico del proceso. Desaparecido el peligro, la medida cautelar debe cesar, pues está regida por el principio *rebus sic stantibus*.

La accesoriedad significa que carecen de autonomía. Acceden siempre a un cauce principal (procedimiento o proceso en el que se debate la cuestión de fondo) y están al servicio de la providencia definitiva [17].

A estas clásicas notas, calificada doctrina agrega la urgencia en evitar que el daño temido se convierta en efectivo; la *homogeneidad* o congruencia con el tipo de actuación que se cuestiona y con el objeto de la pretensión, y la *razonabilidad*, que exige una adecuada proporción de medio a fin, pues la finalidad es asegurar la eficacia práctica del proceso, no resolverlo en el instante del dictado de la medida que nos ocupa. Si el resultado está asegurado sin necesidad de cautela, la medida igualmente decretada constituiría un exceso del procedimiento o de la jurisdicción [18].

En el *Derecho Público*, las cautelares pueden operar como:

- *Garantía* de los particulares, como es el caso de la suspensión de los efectos del acto administrativo que perjudica a un administrado, supuesto en el cual se procura neutralizar la ejecutoriedad del acto de gravamen.
- *Prerrogativa* de la administración, en casos tales como cuando es la propia administración la que persigue la suspensión de los efectos de un acto administrativo nulo que beneficia a un particular [19] o cuando se procura proteger el ejercicio de una potestad estatal, como en el caso que nos ocupa, la potestad disciplinaria (v.gr., con el traslado o suspensión del agente se procura asegurar el resultado práctico del procedimiento disciplinario).

Así, se ha sostenido que las medidas cautelares constituyen un instrumento del proceso o procedimiento. Si se atiende a que -de por sí- éste es instrumental, en tanto vehículo para la realización efectiva de un derecho material en juego, cabe concluir que las cautelares resultan un instrumento del instrumento proceso o procedimiento [20].

Sentados precedentemente estos conceptos generales sobre las medidas cautelares, nos ocuparemos seguidamente de las medidas de esta naturaleza contempladas en la legislación nacional en materia disciplinaria de los agentes estatales.

3. Régimen normativo disciplinario-cautelar en el orden nacional

3.1. Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164: la suspensión y el traslado preventivo

La ley reguladora del empleo público establece: "El personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado dentro de su zona por la autoridad administrativa competente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa. Esta decisión deberá ser tomada por la autoridad competente con los debidos fundamentos y tendrá los efectos de una *medida precautoria*, no pudiendo extenderse en ningún caso, durante más de tres (3) meses desde la fecha de iniciación del sumario. Vencido dicho plazo, si el sumario no hubiera sido concluido, el

trabajador deberá ser reincorporado a sus tareas habituales. Una vez concluido el sumario, si del mismo no resulta la aplicación de sanciones o las que se determinen no impliquen la pérdida de los haberes, el trabajador que hubiera sido afectado por una suspensión preventiva tendrá derecho a que se le abonen los salarios caídos durante el lapso de vigencia de la misma, o la parte proporcional de los mismos, según le corresponda" (art. 36) (el destacado me pertenece).

La norma califica de medidas precautorias a la suspensión o traslado preventivo. Queda claro, así, que no son sanciones [\[21\]](#).

3.1.1. Requisitos de procedencia

Del texto legal se desprenden ciertos requisitos de naturaleza procesal, teleológica y material necesarios para que procedan estas medidas precautorias.

a) Procesal

Para que resulte viable el traslado o la suspensión debe tratarse de un agente *sumariado* en sentido técnico, esto es, afectado al sumario por haber prestado declaración similar a la indagatoria del proceso penal.

Se trata de aquellos casos en los que hay motivo suficiente para entender que el así afectado al sumario es responsable del hecho que se investiga. No alcanza con que exista un mero estado de sospecha [\[22\]](#).

Estamos, pues, ante una disposición tuitiva, ya que no se autoriza a trasladar o suspender a un simple denunciado, investigado, imputado o sospechado, sino que tiene que entenderse que es responsable del hecho, habiéndoselo vinculado a la investigación en calidad de sumariado.

De ahí que no sea legítimo que en el acto de iniciación de un sumario se disponga el traslado o la suspensión de un agente, pues en ese momento éste no reviste la calidad de sumariado.

b) Teleológico

La suspensión o traslado son necesarios para esclarecer los hechos o cuando la permanencia en funciones fuere peligrosa o riesgosa. Se procura, pues, asegurar el ejercicio de la potestad disciplinaria.

c) Material

La medida precautoria se adopta mediante el dictado de un *acto* que debe contar con los tres elementos que la norma menciona:

- La *competencia* del órgano que dispone la suspensión o traslado.
- La necesaria *motivación* del acto ("Esta decisión deberá ser tomada con los debidos fundamentos...").
- El *plazo* ("esta cautelar no puede exceder en ningún caso los 3 meses") [\[23\]](#).

Estos requisitos son comunes al traslado y a la suspensión.

3.2. Compatibilidad entre la LMREP y el Reglamento de Investigaciones Administrativas

Hemos analizado el régimen de las medidas cautelares que surge de la LMREP 25.164.

Toda vez que el Reglamento de Investigaciones Administrativas (RIA, reglamento ejecutivo de la Ley 22.140, Régimen Jurídico Básico para el Ejercicio de la Función Pública que precediera a la mencionada ley marco 25.164) prevé en su articulado las medidas preventivas en cuestión, resulta de interés analizar la existencia de armonía entre lo establecido por el legislador de la ley 25.164 y lo preceptuado en dicho reglamento. Sólo de verificarse tal compatibilidad podremos sostener la ultraactividad de la norma reglamentaria [\[24\]](#).

3.2.1. Elemento procesal

La condición de agente sumariado como requisito para la procedencia de la medida preventiva se prevé expresamente en el RIA al regular la medida de "traslado preventivo". En efecto, en el artículo 53 se establece que la autoridad podrá disponer "el traslado del agente *sumariado...*" (cursiva agregada).

Al normarse la suspensión preventiva, se determina que "Cuando no fuera posible el traslado del agente o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable, el agente presuntamente incurso en falta podrá ser suspendido preventivamente..." (art. 54).

Si bien al regularse la suspensión preventiva la norma no alude expresamente al "agente sumariado", sino al "presuntamente incurso en falta", consideramos que se impone la misma solución que para el traslado preventivo.

Ello es así porque de interpretarse lo contrario (y entenderse que procede la suspensión preventiva del agente meramente denunciado o incluso imputado, pero aún no afectado al proceso disciplinario en calidad de sumariado) la norma reglamentaria resultaría contraria a la letra expresa de la ley marco de regulación del empleo que, como vimos, en su artículo 36 prevé la suspensión preventiva de "El personal sumariado..." Esta hermenéutica pondría en contradicción el reglamento con la ley, y si bien aquél rige ultraactivamente (ya que como fue dicho la ley marco fue dictada con posterioridad a su emisión) es sabido que en la interpretación de las normas debe preferirse aquella que salva la constitucionalidad de una disposición por sobre la que la condena, pues la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada como la *ultima ratio* de orden jurídico [25].

Además, una interpretación en tal sentido resultaría irrazonable, pues la medida precautoria de excepción (suspensión) tendría requisitos de procedencia más laxos que la medida genérica (traslado) ya que en el propio RIA esta última, como viéramos, exige la calidad de sumariado del agente para que proceda el traslado.

3.2.2. Elemento teleológico

El RIA establece un orden de prelación. Cuando la permanencia fuere inconveniente para esclarecer los hechos, procede el traslado (art. 53).

Cuando el traslado no es posible o la gravedad del hecho lo haga aconsejable, es factible la suspensión (art. 54). La idea que subyace es clara: compatibilizar los fines de la investigación con las garantías de quien, aunque está seriamente sospechado, goza de la presunción de inocencia hasta tanto se resuelva lo contrario.

Se trata, pues, de buscar la *verdad jurídica objetiva* adoptando las medidas necesarias, pero menos gravosas, para el investigado, de modo de garantizar el *debido proceso adjetivo* como manifestación en sede administrativa de la garantía de defensa del artículo 18 de la Constitución Nacional.

En suma, de ser indispensable una medida cautelar, ésta será el traslado, que es la menos gravosa. Sólo cuando el traslado sea imposible o la gravedad del hecho lo aconseje, procederá la suspensión.

El sintagma "gravedad del hecho" es un *concepto jurídico indeterminado* que, en tanto tal, no autoriza a actuar con arbitrariedad. La gravedad debe ser debidamente fundada y vinculada con los conceptos de "*permanencia peligrosa o riesgosa*" a los que alude la LMREP (art. 36).

Cabe concluir, por tanto, que no alcanza con que el hecho investigado sea grave, es necesario, además, que la permanencia del agente en el lugar sea peligrosa o riesgosa para la suerte de la investigación.

En ese orden de ideas, ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación que tanto la suspensión preventiva como el traslado "tienen por finalidad asegurar el éxito de la investigación en cuanto a la reunión de la prueba"; con ello se busca evitar que la permanencia en funciones del agente (en el traslado el agente cumple sus tareas en otro lugar) pueda ser un inconveniente para el esclarecimiento del hecho, es decir que se pueda dispersar la prueba o entorpecer la investigación [26].

Por ello, si el agente está con parte de enfermo, no guarda sentido que corra la suspensión, la que operará una vez reintegrado [27].

Sin embargo, se ha aceptado la suspensión preventiva de un agente que había sido incorporado al Fondo de Reversión Laboral, sosteniéndose que dicha suspensión interfería en el plazo de permanencia en el mentado Fondo [28].

La motivación de la medida debe ser adecuada: no es suficiente con sostener -como sucedía en el caso del traslado del jefe de enfermeros de guardia del Hospital Garrahan- "Que la naturaleza de los hechos bajo examen lleva a considerar inconveniente la permanencia del agente en el sector" [29], máxime cuando el traslado fue dispuesto después de haber denunciado el enfermero ante el defensor del pueblo irregularidades en la internación de chicos y surgir del sumario que la conducta imputada al enfermero era la de remover sin autorización dos paneles de durlock de la guardia que, según los testigos en el sumario, amenazaban caerse.

Si a la indeterminación de los conceptos se le suma una motivación deficiente o nula, está el escenario listo para la desviación de poder.

3.2.3. Elemento material

El traslado o suspensión deben ser dispuestos por acto emanado de la autoridad competente (se insiste en el RIA con la nota de la competencia, también aludida en la LMREP) y "previo informe fundado por el instructor" (art. 56).

Suma así el reglamento de investigaciones un elemento procedimental previo a la emisión del acto, al crear un paso o trámite esencial: el informe fundado del instructor.

Va de suyo que si el acto precisa de un informe previo fundado, luego sería absurdo que no se exija que el propio acto sea fundado. Además, y como ya viéramos, éste es un requisito que surge de la LMREP.

En cuanto al término, el RIA establece que el traslado no puede exceder el plazo de instrucción (90 días), aunque contempla la posibilidad de prórroga en caso de ampliarse fundadamente aquel plazo (art. 53).

Respecto de la suspensión, el plazo previsto es de treinta días corridos, prorrogables por sesenta más.

Ninguno de los mencionados plazos del RIA puede exceder, en nuestro concepto, el límite taxativamente impuesto por la ley marco, cuando fija que "en ningún caso" estas medidas cautelares podrán superar los tres meses (art. 36).

Esta cuestión ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, destacándose el criterio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la que sostuvo: "Pretender imponer a la actora la carga de solicitar reintegrarse al servicio una vez cumplido el plazo máximo que el decreto 965 prevé para aplicar la suspensión preventiva, obviando que la misma fue ampliada sin término y, sobre todo, olvidando que la administración actúa de oficio en el procedimiento disciplinario y que la tramitación del sumario tiene carácter instructorio siendo de competencia exclusiva del órgano decidir la suspensión preventiva como su levantamiento, resulta realmente contradictorio con las normas que regulan el procedimiento en cuestión y me releva de más consideraciones" [30].

La relevancia de este fallo no puede pasar desapercibida, pues no sólo admite la revisión judicial de la suspensión preventiva, sino que ante la omisión del deber de resolver la reincorporación del agente suspendido, y pese a que el actor no la había solicitado con posterioridad al vencimiento del plazo normativamente establecido, ordenó el cese de la suspensión y la reincorporación del suspendido.

De conformidad con la doctrina de la SCJBA, la Cámara de San Martín dispuso en una acción de amparo impetrada contra una suspensión preventiva cuyo plazo estaba vencido que "la administración debió expedirse en algún sentido transcurridos los sesenta días, ya que el mantenimiento de la suspensión sin acto administrativo que le preste fundamento jurídico configura una vía de hecho" [31].

De similar trascendencia es lo resuelto por el máximo tribunal catamarqueño al hacer lugar a una acción de amparo contra una suspensión preventiva dispuesta sin plazo (posible en esa realidad local, dado que la normativa local no establece un límite temporal para las medidas preventivas adoptadas en sumarios, vacío que se repite en muchas de las legislaciones provinciales). Por ello el holding del fallo es en nuestro parecer doblemente laudatorio ya que, por un lado, admite sin cuestionamientos la revisión de la medida (sin entrar en disquisiciones en punto a su condición de "acto no definitivo") y, por el otro, declara la irrazonabilidad de mantener la suspensión por un lapso prolongado, más allá de que la norma estatutaria no fije un plazo máximo para aquélla [32].

Por su parte, la Suprema Corte de Mendoza ha expresado que "La aplicación de medidas cautelares es compatible con la presunción de inocencia siempre que se adopte en resolución fundada en derecho, sobre un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida, y luego tenga un tiempo de duración acorde a las dificultades que el proceso pudo presentar, pues una medida desproporcionada o irrazonable no es propiamente cautelar; en efecto, cuando la suspensión en las funciones se prolonga en demasía en el tiempo pierde su naturaleza accesoria, instrumental y cautelar para tornarse, *en cuanto al exceso*, en una sanción o pena anticipada" [33].

4. El acto dispositivo de un traslado o suspensión: ¿es un acto administrativo?

La pregunta no es meramente especulativa, pues debe tenerse presente que si se entiende que el acto de traslado o suspensión es un acto administrativo, luego habrán de derivarse, entre otras, las siguientes

consecuencias:

- Para su plena validez deberá contar con la totalidad de los elementos esenciales que prevé la LNPA 19.549 en sus artículos 7° y 8°;

- será susceptible de impugnación en sede administrativa con carácter amplio (es decir, fundada en razones de ilegitimidad como de oportunidad, mérito o conveniencia) y de impugnación judicial limitada a cuestiones de ilegitimidad.

Desde una posición negatoria de la calidad de acto administrativo, la Corte Suprema de Santa Fe ha entendido que al ser una medida provisoria y cautelar, no constituye un acto final y, por lo tanto, no es impugnabile judicialmente ni revisable por los tribunales [34].

Similar criterio ha seguido el Superior Tribunal de Formosa [35]. La disidencia en dicho fallo ha sostenido, con criterio diverso, que es lesivo de un derecho subjetivo el acto que dispone el traslado de un agente y, por lo tanto, revisable judicialmente.

Es también el temperamento adoptado por el Tribunal Superior de Córdoba en oportunidad de rechazar un amparo contra un acto de prórroga de una suspensión preventiva, con fundamento en que "mientras no se dicte la resolución concluyente del procedimiento sumarial [...] no será factible acceder a la jurisdicción contencioso administrativa [...] debido a la inexistencia de un acto administrativo definitivo, susceptible de ser impugnado por dicha vía. Para cuestionar judicialmente la legalidad de una sanción disciplinaria es preciso, ante todo, que ésta exista. Resulta obvio que la suspensión preventiva no puede ser considerada una sanción, toda vez que se trata de una simple medida provisional que sólo tiene por objeto facilitar la investigación" [36].

Distinto parecer ha seguido la Cámara Civil de Neuquén, al revisar una suspensión preventiva decretada en sede administrativa y hacer lugar al amparo incoado contra ella con fundamento en que la "inconducta investigada en el sumario disciplinario invocado por la empleadora (inasistencias injustificadas reiteradas) no evidencia riesgo alguno para ésta susceptible de justificar la suspensión preventiva del trabajador en el cumplimiento de sus funciones habituales" [37].

También han aceptado la revisión de una medida precautoria dictada en un sumario (suspensión preventiva), confiriéndole en consecuencia calidad de acto administrativo susceptible de control judicial, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el ya mencionado precedente "Miraglio" [38], la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín en el también aludido caso "Muzio" [39], y la Corte de Catamarca en "Carrizo" [40]. De nuestra parte, asumimos que la nota central de un acto para ser considerado administrativo es la de producir efectos directos e individuales respecto de terceros [41].

En el caso de las investigaciones disciplinarias, los agentes estatales sumariados deben ser asimilados a "terceros" pues lo que está en juego es la relación de servicio entre el empleador estatal y el agente.

Desde esta óptica, el acto de traslado o suspensión (aunque preventivo y provisorio) impacta sobre su esfera de intereses y debe ser susceptible de impugnación administrativa y judicial.

En el Derecho Comparado se ha sostenido que una medida cautelar que suponga un menoscabo o pérdida de derechos individuales puede suponer una especie de sanción anticipada o encubierta incompatible con el principio de presunción de inocencia [42].

Ante ese riesgo, cuando el planteo de nulidad se funde en el incumplimiento de los requisitos establecidos para la procedencia de la cautelar, la revisión administrativa y judicial a nuestro criterio se impone.

Corroboran, en nuestro criterio, el carácter de acto administrativo que le asignamos las disposiciones legales y reglamentarias que prevén su dictado con cumplimiento de los requisitos de competencia, motivación y que fijan procedimientos esenciales previos tales como el informe del instructor.

Además, estas cautelares adquieren eficacia a través de la notificación al trasladado o suspendido, recaudo que demuestra que producen efectos jurídicos y que no tendría sentido si se tratara de un mero acto preparatorio o de asesoramiento.

Adviértase, por otro lado, que en el marco de cualquier proceso las medidas cautelares tampoco resuelven la cuestión de fondo, pero a nadie se le ocurriría decir que por ello no resulten revisables por vía de apelación.

5. Un supuesto diferente: la suspensión preventiva del agente afectado a una causa penal

Desde antiguo la Corte distingue entre la suspensión preventiva dispuesta por razones derivadas del sumario, de la suspensión preventiva derivada de la situación penal de un agente [43].

Tres son los casos previstos en el reglamento de investigaciones administrativas al respecto.

5.1. Agente privado de libertad

Queda suspendido mientras esté detenido y debe reintegrarse dentro de los dos días de recuperada la libertad (art. 57).

5.2. Agente procesado por hechos ajenos al servicio

Se prevé que cuando al agente se le haya dictado auto de procesamiento por hecho ajeno al servicio, y la naturaleza del delito que se le imputa fuera incompatible con su desempeño en la función, en el caso de que no fuera posible asignarle otra, podrá disponerse la suspensión preventiva del mismo hasta tanto recaiga pronunciamiento en la causa penal a su respecto (art. 58).

De lo expuesto se deriva que para que proceda la suspensión deben configurarse los siguientes requisitos simultáneos:

- Procesamiento por delito incompatible con la función;
- e imposibilidad de asignarle otra (traslado).

5.3. Agente procesado por hechos del servicio

La norma establece que cuando el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados, podrá suspenderse al agente hasta la finalización del mismo a su respecto, sin perjuicio de la sanción que correspondiere en el orden administrativo (art. 59).

La Corte Suprema sostuvo que si finalizado el proceso con el sobreseimiento definitivo la suspensión en el sumario no es dejada sin efecto, el empleado judicial tiene derecho a que se le reconozcan los días aunque no los hubiese trabajado [\[44\]](#).

5.4. La suspensión del agente meramente denunciado o imputado penalmente (no procesado)

Según se desprende de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, para disponer la suspensión el RIA no exige que el agente invista la calidad de imputado procesado, sólo se requiere que el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados [\[45\]](#).

Al respecto, opinamos que esta solución, que parece razonable cuando el agente suspendido fue previamente afectado al proceso penal en carácter de procesado (es decir, existiendo semiplena prueba de su intervención delictiva en los hechos), pierde tal razonabilidad cuando se aplica a agentes que invisten la calidad de meros denunciados o simples imputados en una causa penal.

Aunque los artículos 58 y 59 del RIA se nuclean bajo el título *Agente procesado*, la PTN ha interpretado que en este último artículo "no se exige que el agente invista la calidad de imputado procesado, sólo se requiere [...] que el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados [...] si el ilícito disciplinario genera coetáneamente la promoción del proceso penal como resultado de la denuncia impuesta por el artículo 164 del Código Procesal Criminal, basta con que el agente revista allí la condición de imputado para que la suspensión pueda extenderse hasta la conclusión de la causa penal" [\[46\]](#).

A la luz de esta doctrina, un agente meramente denunciado por hechos del servicio puede ser suspendido del mismo hasta tanto concluya la causa criminal.

De más está puntualizar la peligrosidad de este criterio, pues cualquier denuncia penal abre las puertas a la autoridad para suspender preventivamente al agente, por más que su condición no supere la calidad de mero denunciado. Esto puede dar lugar a abusos, máxime cuando la motivación para esta suspensión no parece exigir -como fundamento- la alegación fundada (motivación) de las razones por las que el alejamiento es necesario para la producción de pruebas, etcétera, sino la mera comprobación de haberse asignado al agente, "al promoverse el proceso penal mediante la denuncia ante la justicia federal [...] la condición de imputado", resultando para la Procuración -en posición que no compartimos- "absurdo pretender que [...] sea necesario la previa vinculación del agente como parte en el proceso penal para recién prolongar la medida cautelar" [\[47\]](#).

6. Pago de haberes durante la suspensión

El RIA regula dos situaciones diferenciadas (art. 60):

- a) Cuando la suspensión se origine en hechos ajenos al servicio, el agente no tendrá derecho a pago alguno de haberes, excepto cuando fuere absuelto o sobreseído en sede penal y sólo por el tiempo que hubiere permanecido en libertad y no se hubiere autorizado su reintegro.
- b) Cuando se origine en hechos del servicio o vinculados a él, el agente tendrá derecho a la percepción de los haberes devengados durante el lapso de la suspensión, sólo si en la respectiva causa administrativa no resultara sancionado.

Si en esta última se aplicara una sanción menor, no expulsiva, los haberes le serán abonados en la proporción correspondiente y si la sanción fuera expulsiva (cesantía, exoneración) no le serán abonados.

¿Qué pasa si el sumario finaliza de modo anormal, por prescripción de la potestad sancionatoria, respecto de la suspensión preventiva?

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que el agente suspendido tiene derecho a percibir los salarios del tiempo en el que estuvo suspendido, pues no puede encontrarse en peor posición que quien fue sobreseído o absuelto, ni puede equipararse la prescripción a una sanción expulsiva [48].

¿Y si la causa penal en la que se investigaban hechos ajenos al servicio y en la que fue procesado el agente concluye por prescripción de la acción?

En este supuesto, la PTN sostuvo que los salarios del tiempo de suspensión preventiva no deben ser pagados, porque la suspensión fue legítima y el agente al consentir la prescripción no hizo nada por obtener el sobreseimiento [49].

Cuando la suspensión se excede irrazonablemente en el tiempo se torna ilegítima y, tal como lo ha resuelto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, debe ser indemnizada, incluso en lo atinente al daño moral [50]. Altamente sugerente es la doctrina de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata dada en el caso "Benavente" [51], en cuanto distingue la suspensión preventiva dispuesta respecto de un agente que no puede prestar servicios (v. gr., porque se encuentra preso) de la resuelta respecto de un empleado que sí puede prestarlos. En este último caso, el tribunal sostiene que *"el agente puede poner a disposición su fuerza de trabajo a favor de la administración municipal, pero no lo hace por una propia decisión comunal de separarlo del cargo preventivamente, voluntad del agente de imposible materialización si estuviera privado de libertad [...]"* En tal inteligencia, resultando incontrovertido que el agente [...] no rehuyó prestar servicios sino que fue obligado a hacerlo por la suspensión preventiva dispuesta por el propio municipio, sus haberes le debieron ser oblatos en un todo conforme con lo prescripto en el segundo párrafo del inciso a, del artículo 9° de la ley 11.757 [...] No me desentiendo de la inveterada doctrina que niega el derecho al reconocimiento de los haberes por funciones no desempeñadas (cfr. CSJN, Fallos: 307:1199, 1215; 308:732, 1795; 321:635, entre otros). Empero tampoco olvido que ello fue así predicado, salvo que se configurara alguno de los supuestos de excepción admitidos por la mentada doctrina judicial, entre otros, *la existencia de disposición expresa y específica que autorice tal pago* (doct. CSJN, Fallos: 304:199; 319:2507, entre otros) que, para el caso bajo estudio, estaría dada por el artículo 9°, inciso a, párrafo segundo, de la ley 11.757".

La Cámara afirma que si a resultas del sumario el agente suspendido termina siendo expulsado (cese o exoneración), "la imputación de la falta se remonta al momento de la iniciación del sumario, por lo que, si hubiere mediado suspensión preventiva con pago de salarios, entonces, la administración municipal es acreedora del agente por todo lo abonado desde el decreto de suspensión relativa y hasta la conclusión del sumario".

En suma, si la suspensión preventiva lo es respecto de un agente que puede prestar servicios y no lo hace exclusivamente porque así lo dispone la autoridad que lo suspende, los haberes le deben ser pagados, y en caso de resultar sancionado con una sanción expulsiva lo pagado durante la suspensión deberá ser devuelto por el cesado.

También guarda marcado interés la decisión de la Cámara del Trabajo en la causa "Yanelli", en la cual ante una suspensión preventiva que había durado varios años y que luego fue levantada (aunque proseguía el sumario, no alcanzándose todavía resolución definitiva) decidió que el sumariado no estaba obligado a esperar la resolución del sumario, debiéndosele abonar los salarios correspondientes a los años en los que permaneció suspendido preventivamente, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de la cuestión de fondo al concluir el sumario [52].

7. Conclusiones

Como corolario de nuestra exposición postulamos:

- Las medidas precautorias de traslado y suspensión dictadas en el sumario administrativo constituyen el ejercicio de *prerrogativas estatales de naturaleza procesal*.

- Deben ser dispuestas sólo en casos de *comprobada necesidad*, pues implican una modificación en el status del agente al trasladarlo o suspenderlo.

Como ha sostenido la jurisprudencia, la suspensión preventiva del agente debe ser aplicada con *criterio restrictivo*, pues es grave la práctica de considerar la suspensión como medida sistemática provocada por el simple procesamiento sumarial [53].

- Son *compatibles con la presunción de inocencia* siempre que se adopten mediante *resolución fundada*, sobre un juicio de razonabilidad *acerca de la finalidad perseguida por la norma*, y *tengan un tiempo de duración acorde a las dificultades que el proceso pudo presentar*.

- Constituyen *actos administrativos*, de ahí que el legislador exija que sean dictadas con *competencia, motivación y siguiendo determinados procedimientos* (informe previo del instructor) y que deban ser *notificadas* a los interesados.

- Consecuentemente, *son revisables administrativa y judicialmente*, pues repercuten sobre la esfera de derechos de aquellos a quienes van dirigidas. Esta revisión, sin embargo, *no puede darse por vía del recurso directo* del artículo 39 de la LMREP, pues tal remedio está reservado para la revisión de sanciones administrativas y siendo de carácter excepcional debe ser interpretado con carácter restrictivo.

- Postulamos una *revisión judicial adecuada* de estas medidas, que comprenda el examen de los requisitos procesal, teleológico y material, en especial el de la motivación.

La motivación se vincula con el debido proceso adjetivo del artículo 1º, inciso f, de la LNPA (en especial con el derecho a una decisión fundada, ap. 3º), cuya aplicación la LMREP prevé expresamente (art. 29).

No es casual que el legislador ponga énfasis en la motivación, pues uno de los grandes riesgos de estas medidas es su uso abusivo y con finalidad encubierta de sanción anticipada, en aquellos casos en los que la administración traslada o suspende amparándose en la facultad normativa, pero sin explicar adecuadamente de qué modo la presencia del agente obstruye el sumario o resulta peligrosa.

No se trata sino pues, una vez más, del mentado equilibrio y coordinación entre prerrogativas y garantías.

Es indudable que la administración cuenta con la prerrogativa de preservar la suerte del procedimiento disciplinario cuando pueda éste verse amenazado por la presencia del investigado, pues así lo exige el principio de búsqueda de la verdad material.

De verse así en crisis la eficacia práctica del procedimiento sumarial, podrá disponer el traslado y -en caso de no resultar éste suficiente para aquellos fines- incluso la suspensión preventiva; mas no lo es menos que al hacerlo deberá dar razones fundadas y suficientes que justifiquen que la presencia del agente es peligrosa o amenaza turbar la suerte del sumario. De tal modo se mostrará respetuosa -como debe serlo- del debido proceso adjetivo en tanto expresión del derecho de defensa constitucionalmente tutelado.

Una solución en otro sentido no resistiría -en nuestro parecer- un test de constitucionalidad de cara al artículo 18 de la Constitución Nacional ni un test de convencionalidad de frente a los tratados internacionales sobre derechos humanos que con jerarquía internacional incorporara el constituyente de 1994 (art. 75, inc. 22).

En particular, una medida preventiva adoptada arbitraria o irrazonablemente e insusceptible de revisión administrativa y judicial vulneraría el *principio de tutela administrativa efectiva* que nuestra Corte, haciendo propios los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consagrara a partir del precedente "Astorga Bracht" [54].

[1]

En todo Estado de Derecho los principios republicanos imponen que el que ejerce una función pública deba responder de los actos que en ella realiza (BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, 6ª ed., L. L., Buenos Aires, 1964, t. I, p. 340).

[2]

Con criterio didáctico, proponemos referenciar el sistema de responsabilidad de los empleados estatales

distinguiendo entre las responsabilidades comunes a todo agente estatal (sin distinción de jerarquía o naturaleza política del cargo) y responsabilidades especiales, aplicables a ciertas categorías de agentes, con exclusión de otras. Las responsabilidades comunes a todos los agentes son: a) responsabilidad patrimonial, que se configura cuando en razón del accionar del agente, se producen daños a terceros ajenos a la administración -responsabilidad patrimonial civil- o a la propia administración -responsabilidad administrativo-patrimonial-, que puede ser directa (cuando el daño es ocasionado por el agente a la administración) o indirecta (cuando el Estado debió indemnizar a un tercero perjudicado por el obrar ilegítimo del agente y reclama luego del agente lo abonado, a través de la acción de daños); b) responsabilidad penal, que se activa cuando las conductas de los agentes públicos en ejercicio de sus funciones se enmarcan en los tipos descriptos por el Código Penal y normas complementarias de éste. Esta responsabilidad tampoco discierne entre agentes escalafonados, extraescalafonarios y funcionarios políticos stricto sensu: todos son igualmente responsables ante la ley criminal, pues lo que importa es la adecuada preservación del bien jurídico "buen funcionamiento de la administración". Por otro lado, las responsabilidades especiales son aquellas que abarcan a determinados tipos o grupos de agentes públicos, excluyendo al resto, y comprenden: a) responsabilidad política, que comprende sólo a los alcanzados por el mecanismo del juicio político para su remoción, es decir, el presidente, jefe de Gabinete y ministros y, fuera del Poder Ejecutivo, los magistrados de la CSJN, y b) responsabilidad disciplinaria, en cuyo marco se dan las investigaciones administrativas en las que pueden tener lugar las medidas cautelares que motivan este trabajo.

[3]

COMADIRA, Julio R., La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, 2001, ps. 589 y ss.

[4]

CSJN, "Aires", Fallos: 319:1034.

[5]

CSJN, "Aires", Fallos: 319:1034.

[6]

CSJN, "Aires", Fallos: 319:1034, con cita de Fallos: 250:418 y 258:92.

[7]

Fuera del fundamento constitucional implícito del poder disciplinario, otras cláusulas constitucionales se relacionan con la responsabilidad administrativo-disciplinaria. Así, el requisito de la idoneidad como derivado de la cláusula de la igualdad del art. 16 de la Const. Nac., en tanto propugna que aquélla es la única condición exigible no sólo para el acceso a todo empleo público, sino para su permanencia en él. La Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164 establece en su art. 4º como requisitos para el ingreso a la administración la calidad de argentino (que no es excluyente), pues por vía de excepción el jefe de Gabinete puede eximir fundadamente del cumplimiento de este requisito (inc. a) y condiciones de conducta e idoneidad para el cargo, que deberán acreditarse mediante los regímenes de selección que se establezcan, asegurando el principio de igualdad en el acceso (inc. b). La acreditación de la idoneidad resulta plenamente exigible a lo largo de todo el tiempo de desempeño del agente, si se atiende a que el primero de los deberes que le atañe es el de prestar el servicio personalmente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y rendimiento (art. 23, inc. a, LMREP). Su vulneración da lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, en tanto implica el incumplimiento de un deber expresamente establecido por la ley marco. Otro instituto necesariamente vinculado es el de la "estabilidad del empleado público" (art. 14 bis, Const. Nac.), que constituye la más importante de las garantías con las que cuenta el agente estatal. En el coordinado sistema de prerrogativas y garantías que el Derecho Administrativo todo implica, la estabilidad viene a asegurar al empleado -como correlato de una serie de prerrogativas que, en el marco de un contrato administrativo como lo es el de empleo público, el Estado tiene-

que no habrá de ser removido sino por acreditadas causales de incorrecto desempeño (sanciones disciplinarias) o por reestructuraciones orgánicas que impliquen la desaparición del cargo y la función hasta entonces cumplida (régimen de disponibilidad, legalmente establecido). El tercer instituto constitucional de interés para el derecho disciplinario es la "ética pública", incluida en la Constitución reformada en 1994 en un capítulo sobre Nuevos derechos y garantías, en el cual se incorpora, dentro de la cláusula de defensa de la democracia, un mandato al legislador para la sanción de una ley sobre ética pública en el ejercicio de la función (art. 36). Si bien el constituyente determina que el dictado de esa ley es una atribución del Congreso, no inserta la disposición dentro de los incisos del art. 75 -en el que se enuncian las facultades del Poder Legislativo-, sino en dicho capítulo sobre Nuevos derechos y garantías. Se trata, pues, de un derecho de los habitantes antes que de una atribución del Congreso.

[8]

FIORINI, Bartolomé, Derecho Administrativo, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 128.

[9]

Arts. 14 bis de la Const. Nac. (estabilidad); 17, inc. c, y 18 de la LMREP (derecho a la igualdad de oportunidades en la carrera, fijándose como mecanismo de promoción de los cargos vacantes la selección según antecedentes, méritos y aptitudes).

[10]

La necesidad de ley formal para la aplicación de sanciones ha sido señalada por Comadira en los casos en que posean sustancia penal -v. gr., multa y arresto- y cuando determinen la extinción del vínculo o puedan conducir a ella (COMADIRA, La responsabilidad disciplinaria del funcionario público cit., p. 595).

[11]

En reiteradas oportunidades la PTN ha sostenido la vigencia del principio de inexistencia de pena sin previa ley respecto del derecho disciplinario, por aplicación del art. 18 de la Const. Nac. (ver, por todos, Dictámenes 231:156).

[12]

Art. 2º de la LNPA 19.549, en el cual se fijó un plazo al PEN para determinar cuáles serían los procedimientos especiales que continuarían vigentes. En razón de esa delegación legislativa, se emitió el dec. 9101/72, luego derogado por el decreto 722/96.

[13]

Cabe preguntarse por la juridicidad de este decreto, dictado una vez vencido el plazo de 120 días para el ejercicio de la delegación legislativa establecido en el art. 2º de la LNPA.

[14]

Reformulamos así, adaptándola a este procedimiento especial, la definición que propusiera el prof. Comadira para el procedimiento administrativo general (COMADI-RA, Julio R., Derecho Administrativo, 2ª ed. act. y ampl., LexisNexis, Buenos Aires, 2003, Cap. V, p. 124).

[15]

SAMMARTINO, Patricio M. E., Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, Cap. VII, p. 305.

[16]

Enseñaba el maestro uruguayo Couture que las medidas cautelares sólo se justifican por el riesgo que corre el derecho que se debate o ha de debatirse en el proceso principal (COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 326). La CSJN ha sostenido que las cautelares tienen por objeto "evitar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el pronunciamiento que pudiera reconocer o actuar el derecho, pierda virtualidad" (1990, "Pcia. de Mendoza c/Cía. Argentina de Teléfonos", Fallos: 313:1153).

[17]

Como lo sostuviera la doctrina procesal italiana, el carácter accesorio del proceso cautelar deriva su sentido de otro proceso o eventual proceso (CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del proceso civil, Buenos Aires, 1959, vol. I, p. 87).

[18]

SAMMARTINO, ob. cit., p. 316.

[19]

La suspensión de los efectos del acto tiene la particularidad de poder ser utilizada tanto como garantía del particular frente a la administración como de prerrogativa de ésta frente a actos que favorecen al administrado, pero padecen nulidad absoluta o afectan al interés público. Es claro -y así ha sido estudiado la mayoría de las veces- que la suspensión del acto, en tanto viene a neutralizar provisoriamente sus efectos y, entre ellos, el formidable privilegio de la ejecutoriedad, se erige en una esencial garantía para los derechos de los particulares. A través de la suspensión habrá de evitarse, pues, la ejecución de actos nulos o que causen un perjuicio grave a los administrados o resulten contrarios al interés público. Como garantía, la suspensión opera neutralizando provisionalmente los efectos de los actos administrativos nulos o gravosos que inciden negativamente sobre la esfera de intereses de los particulares, es decir, los actos desfavorables. Sin embargo, no se agota aquí la utilidad y el carácter vicarial de este instituto, pues la suspensión habrá de erigirse también en herramienta de prerrogativa, cuando sea el propio Estado el que la utilice para suspender actos favorables a los derechos de los particulares, pero contrarios al ordenamiento jurídico o al interés público. En síntesis, y como lo ha destacado la doctrina, la temática atinente a la suspensión del acto encierra dos ideas antitéticas. Por un lado, la necesidad de proteger los derechos individuales, estableciendo un sistema idóneo de garantías administrativas. Por el otro, la necesidad de instituir la potestad o prerrogativa del poder público, para que la administración pueda realizar los fines de bien común (CASSAGNE, Juan Carlos, La suspensión del acto en sede administrativa y los efectos de la interposición de recursos. Cuestiones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986, p. 57).

[20]

En palabras de Calamandrei: "Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho [...] son un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento" (CALAMAN-DREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 45).

[21]

CNFed.CAdm., sala III, 22-6-98, "Califano, Mario c/Conicet. Resol. 715/97 s/Amparo, ley 16.986", expte. 2321/98.

[22]

Cfr. arts. 61 y 62 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el dec. 467/99.

[23]

No puede dejar de advertirse que la competencia y la motivación constituyen elementos esenciales de todo acto administrativo (art. 7º, LNPA), mientras que el plazo es un elemento accidental que en tanto tal depende, para su inclusión en el acto, de la discrecionalidad de la administración. En el procedimiento disciplinario, sin embargo, este elemento accidental deviene esencial para el acto precautorio pues un traslado o suspensión sine die resultarían nulos de nulidad absoluta.

[24]

Con posterioridad al dictado de la LMREP 25.164 no fue emitido, con carácter reglamentario, un nuevo régimen de investigaciones administrativas, razón por la cual continúa en vigencia, en tanto no se oponga a lo establecido en la mencionada ley, el reglamento de investigaciones aprobado por el dec. 467/99, reglamentario de la ley 22.140, conocida como Régimen Jurídico Básico para la Función Pública.

[25]

CSJN, Fallos: 200:180; 247:387, entre muchos otros.

[26]

PTN, Dictámenes 236:651 y 241:219.

[27]

PTN, Dictámenes 236:651.

[28]

PTN, Dictámenes 220:70.

[29]

Dictamen del 26-4-2007 de la Fiscalía Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 en "Abelans, Miguel Ángel c/Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan s/Amparo, ley 16.986", expte. 14.532/06, que tramitara ante el Juzgado N° 5, Secretaría N° 9 del fuero.

[30] SCJBA, B. 52.830 S, 27-12-94, "Miraglio, Ethel Doris c/Provincia de Buenos Aires s/Demanda contencioso administrativa", A. y S. 1994-IV-662.

[31]

CCAdm. de San Martín, 23-2-2006, "Muzio, Pablo Martín c/Municipalidad de Ituzaingó s/Acción de amparo", causa 393/05.

[32]

CJ de Catamarca, 8-11-2011, "Carrizo, Andrea Soledad c/Estado Provincial s/Acción de amparo", L. L. NOA 2012 (febrero), p. 35; AR/JUR/75205/2011. Sostuvo la jueza Sesto de Leiva: "...en el caso de análisis corresponde resaltar que se trata de una suspensión preventiva cuya finalidad es evitar el entorpecimiento de la investigación y su duración debe ser por un tiempo razonable, no indefinidamente. Que si bien el art. 63 del Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública Provincial de Catamarca establece que 'El funcionario que ordene el sumario podrá suspender al agente preventivamente sin goce de haberes hasta la sustanciación del sumario administrativo', esta suspensión debe extenderse durante un tiempo prudente, lo que no ocurre en autos, pues de éstos se desprende que el sumario se inició el 18 de mayo de 2010 -un día posterior a la resolución 265 del

Ministerio de Hacienda y Finanzas- habiendo transcurrido más de 12 meses sin que la Administración se expida", constituía una "arbitrariedad manifiesta". Por su parte el juez Dr. Cippitelli sostuvo que al suspenderse a la trabajadora preventivamente por la instrucción de un sumario iniciado en su contra, sin tiempo determinado y éste exceder los máximos permitidos, con la sola justificación de que la investigación se encuentra suspendida a la espera de una prueba, el proceder administrativo se vuelve manifiestamente arbitrario tornando procedente la acción de amparo, mientras que el juez Dr. Cáceres afirmó que habiendo transcurrido un tiempo más que prudencial desde que el trabajador fue suspendido preventivamente sin que la administración resuelva su situación, corresponde hacer lugar a la acción de amparo.

[33]

SCJ de Mendoza, 28-7-2000, "Aramayo Alfaro, Alejo c/Gobierno de la Provincia s/APA", causa 58.473, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci.

[34]

CSJ de Santa Fe, 16-9-98, "Ubet, Jorge Antonio c/Municipalidad de Rosario s/Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción", expte. 246/91.

[35]

STJ de Formosa, 23-4-91, "Loyo de Vergara, Olga Martina c/Resol. 147/90 del Ministerio de Cultura y Educación s/Acción contencioso administrativa".

[36]

TSJ de Córdoba, 21-2-2006, "Reartes, Juana A. c/Comuna de Bouwer. Acción de amparo. Recurso directo" (expte. letra "R", N° 01).

[37]

CCiv. de Neuquén, sala I, 15-4-2010, "Flores, Juan Pablo c/Municipalidad de Plottier s/Acción de amparo", expte. 401.432/9.

[38]

SCJBA, B. 52.830 S, 27-12-94, "Miraglio, Ethel Doris c/Provincia de Buenos Aires s/Demanda contencioso administrativa", A. y S. 1994-IV-662.

[39]

CCAdm. de San Martín, 23-2-2006, "Muzio, Pablo Martín c/Municipalidad de Ituzaingó s/Acción de amparo", causa 393/05.

[40]

CJ de Catamarca, 8-11-2011, "Carrizo, Andrea Soledad c/Estado Provincial s/Acción de amparo", L. L. NOA 2012 (febrero), p. 35; AR/JUR/75205/2011.

[41]

Es acto administrativo toda declaración de un órgano del Estado o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros (COMADIRA, Derecho Administrativo cit., Cap. I, p. 4).

[42]

ST Constitucional Español, 108/1984, de 26-11, cit. por SÁNCHEZ MORÓN, Derecho de la función pública, Tecnos, Madrid, p. 306.

[43]

CSJN, "Rotondaro", Fallos: 256:182 (1963).

[44]

CSJN, "Irubeta", Fallos: 303:762 (1981).

[45]

PTN, Dictámenes 241:219.

[46]

PTN, Dictámenes 241:219.

[47]

PTN, Dictámenes 238:481; criterio reiterado en Dictámenes 276:094 del 15-22011. Nos hemos ocupado críticamente de esta cuestión en CANDÁ, Fabián, El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la LMREP y el RIA), en E. D. Serie Especial de Derecho Administrativo del 1-12-2003.

[48]

SCJBA, 28-10-97, "De Cunto, Silvia Noemí c/Municipalidad de Azul s/Demanda contencioso administrativa".

[49]

PTN, dictamen del 27-7-2006, expte. 24.361/82 del ex-Ministerio de Educación.

[50]

SCJBA, 23-12-97, "Veloso, José c/Municipalidad de Florencio Varela s/Demanda contencioso administrativa".

[51]

CCAdm. de Mar del Plata, 1-6-2010, "Benavente, Jorge Alfredo c/Municipalidad de Tapalque s/Proceso ordinario de nulidad y daños y perjuicios. Incidente de apelación de medida cautelar", causa V-1109-AZ1, voto del Dr. Riccitelli al que adhiere el Dr. Mora.

[52]

CNAT, sala III, 31-3-2011, "Yanelli, José Javier c/Fisco Nacional Administración Federal de Ingresos Públicos AFIP s/Cobro de salarios", sent. 92.500, causa 38.536/2009.

[53]

SCJ de Mendoza, sala I, 28-7-2000, "Aramayo Alfaro, Alejo c/Provincia de Mendoza".



[54]

CSJN, "Astorga Bracht", Fallos: 327:4185.