

Título: **El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas) (0)**

Autor: Canda, Fabián O.

País:  Argentina

Publicación: El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Tomo 2003, 565

Fecha: 01-12-2003 Cita Digital: ED-DCCLXVII-16

Sumarios

1. Introducción. - 2. La responsabilidad de los agentes estatales. Especies. *a) Responsabilidades comunes a todos los agentes.* a.1) Responsabilidad patrimonial: a.2) Responsabilidad penal: *b) Responsabilidades especiales.* b.1) Responsabilidad política. b.2) Responsabilidad disciplinaria. - 3. La responsabilidad disciplinaria. 3.1. *Fundamento constitucional.* 3.2. *Constitución e institutos vinculados al régimen disciplinario.* 3.2.1. La idoneidad. 3.2.2.- La estabilidad. 3.2.3. La ética pública. 3.2.4. El principio de juridicidad. - 4. Práctica del poder disciplinario: algunas cuestiones sustantivas y formales. 4.1. *El ámbito de aplicación del poder disciplinario.* 4.2. *Non bis in idem y derecho disciplinario.* 4.3. *El principio de proporcionalidad y de interdicción del exceso de punición.* 4.4. *El debido proceso adjetivo: su regulación en aquellos casos en que no es necesario sumario.* 4.5. *Teoría de la subsanación y régimen disciplinario.* 4.6. *Plazo para resolver el sumario. Inconstitucionalidad.* 4.7. *Plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones de apercibimiento, suspensión y cesantía. Inconstitucionalidad.* 4.8. *Medidas precautorias durante el curso del sumario.* 4.9. *La prueba. Los meros indicios. El deber de colaboración para la producción de la prueba. Recurribilidad de las medidas adoptadas en materia probatoria.* 4.10. *Causales para la aplicación de sanciones. Relación entre deberes, prohibiciones y penas.* 4.11. *Control judicial de la sanción disciplinaria.* - 5. Conclusiones.

El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas) (0)

1

Introducción

El interés evidenciado por un tema que -no obstante su carácter clásico dentro del Derecho Administrativo- se ha visto eclipsado de la atención doctrinaria en los últimos tiempos, merece ser puntualizado. Máxime cuando dicha postergación se sucede a contrapelo de un marcado interés social por todo aquello que, de algún modo, se vincule con la transparencia y la ética pública.

Anida en mí la convicción de que sólo si retomáramos con empeño y fuerza el conocimiento y desarrollo de estas cuestiones; sólo si aceptáramos conferirle la dimensión que en verdad tienen para el logro del buen funcionamiento del Estado (dado que es ese, justamente, el *bien jurídico protegido* por el derecho administrativo disciplinario) podríamos aspirar, con mejor bagaje, al ideal de una Administración eficaz, eficiente y ética. En cuestiones tan concretas como la efectiva vigencia de un sistema justo de premios y castigos (que principie, claro está, por el establecimiento de pautas de selección y progreso de los agentes con arreglo a criterios serios y ciertos de mérito y capacidad) se juega, a mi entender y en buena medida, la existencia real de una Administración capaz de aspirar a aquellas esenciales notas.

La suscripción de convenios internacionales, la sanción de más y más normas referidas a estas cuestiones corren el riesgo de caer en saco roto si en el diario devenir del funcionamiento administrativo, las áreas encargadas de vigilar que todo aquello se cumpla continúan en la realidad de la desjerarquización, de la falta de medios y de adecuada capacitación, cuando no del liso y llano olvido. Si a la voluntad legislativa no se le une una clara voluntad política que se trasunte en medidas puntuales y efectivas, la primera no escapará al peligro de quedar reducida a un mero voluntarismo, con su secuela de frustración y desesperanza social.

2

La responsabilidad de los agentes estatales.**Especies**

Es el nuestro, ciertamente, un Estado de Derecho. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, todo Estado de Derecho se caracteriza por las siguientes notas esenciales: a) existencia de un ordenamiento jurídico; b) que éste sea justo; c) que tenga vigencia efectiva, esto es, realización práctica; d) que se sancionen las transgresiones a tal ordenamiento legal(1).

Íntimamente vinculado con lo antedicho, 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(2).

Existe, pues, un interés público primario en que, en toda actuación administrativa, el accionar del Estado se desenvuelva con sujeción a los cánones predeterminados normativamente para cada situación(3).

Esa responsabilidad comprende a todos los empleados, cualquiera sea su rango y, fundamentalmente, a los más altos funcionarios que ejercen funciones administrativas(4).

Sentado ello, cabe indagar respecto de las distintas especies de responsabilidad de los agentes estatales(5).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación distingue las responsabilidades de los agentes estatales conforme con un criterio tripartito. Así, el máximo tribunal considera que los servidores públicos son responsables, civil, penal y administrativamente. En este esquema, se denomina “civil” a la responsabilidad patrimonial, que surge cuando el obrar del agente público ocasiona un daño a terceros ajenos a la Administración o bien a otros funcionarios o a la propia Administración. La responsabilidad “administrativa” en cambio, es identificada -en el léxico de la Corte- con la disciplinaria(6).

Por nuestra parte y con criterio didáctico, estimamos conveniente distinguir los tipos de responsabilidad conforme con la siguiente clasificación:

*a) Responsabilidades comunes a todos los agentes***a.1) Responsabilidad patrimonial**

Es la 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. En este último caso, estamos en el terreno de la 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).

Este tipo de responsabilidad comprende a la totalidad de los agentes de la Administración, sin distinción de jerarquías ni de ninguna otra índole.

En tal sentido, se ha sostenido que la acción judicial por responsabilidad patrimonial se puede dirigir a agentes que se encuentran excluidos de los regímenes disciplinarios (v. gr. funcionarios políticos)(7).

Luego del dictado de la ley 24.156 de Administración Financiera, esta responsabilidad pasó a hacerse efectiva mediante una acción judicial cuyo objeto radica en una pretensión resarcitoria. Así, ante la sospecha de posible perjuicio fiscal atribuible a agentes de la Administración, el procedimiento previo en sede administrativa exigirá que la autoridad superior de cada jurisdicción solicite al servicio jurídico permanente un dictamen, en el que habrá de determinarse la existencia de tal responsabilidad; la configuración y estimación del daño económico; el criterio formal que se aconseja seguir y la fecha de prescripción de la acción judicial, con el objeto de lograr en tiempo oportuno el resarcimiento(8).

a.2) Responsabilidad penal

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, nace la responsabilidad penal, última *ratio* en materia de control social(9).

La responsabilidad penal tampoco discierne entre agentes escalafonados, extraescalafonarios y funcionarios políticos *strictu sensu*: todos son igualmente responsables ante la ley criminal(10), pues lo que importa es la adecuada preservación del bien jurídico “buen funcionamiento de la Administración” que, cabe destacarlo, reclama este tipo de protección recién cuando los demás medios de defensa menos lesivos se han revelado como insuficientes. Se trata, pues, del *principio de intervención penal mínima*, por el cual sólo se habrán de prevenir por esta vía las lesiones más graves, es decir, aquellas que trasunten injusticias notorias, patentes, que sobrepasen de forma clamorosa y flagrante la legalidad y objetividad(11).

Si para que el delito se configure es necesaria la presencia de un agente estatal, estamos ante los denominados “delitos propios” (v. gr. abuso de autoridad, violación de deberes, abandono del cargo, cohecho, malversación de caudales, negociaciones incompatibles, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito y prevaricato). Por el contrario, en aquellos casos en que el protagonismo del agente no es esencial para que se configure el delito, pues también pueden ser realizados por particulares, estaremos frente a los llamados “impropios” (p. ej., fraude en perjuicio de la administración, rebelión, falsificación de documentos y violación de sellos).

La sanción penal propia de los empleados es su inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, que puede ser absoluta (supuesto en el que comprende la privación del empleo, del derecho electoral y la incapacidad para obtener nuevos cargos, empleos y comisiones públicas) y especial (que produce la pérdida del empleo y su incapacidad para obtenerlo, juntamente con los derechos políticos, mientras dure la condena -v. arts. 19 y 20, CP-).

b) Responsabilidades especiales

Son aquellas que abarcan a determinados tipos o grupos de agentes públicos, excluyendo al resto. Comprenden:

b.1) Responsabilidad política

En sentido estricto, sólo son alcanzados por la responsabilidad política aquellos que pueden resultar 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.

Las causales que dan lugar a la remoción por esta vía son: mal desempeño, delito en el ejercicio de las funciones o crímenes comunes (art. 53, CN).

Se trata de una responsabilidad que atiende a problemas políticos que son juzgados por cuerpos políticos (Cámara de Diputados en el rol acusador y de Senadores en el de juez).

Por cierto, no es el juicio político la única vía por la cual los máximos funcionarios de la Administración pueden ser separados de sus cargos. Al carecer de la estabilidad del empleado de planta permanente, el funcionario político abandona la función cuando así lo hace aquel que lo designara. Además, este último puede, en cualquier momento, retirarle la confianza y solicitarle la renuncia o, en caso de no presentarla aquél, removerlo.

Esta última característica es predicable, asimismo, del resto de los funcionarios políticos que, sin ser alcanzados por el juicio político, dependen para su designación y continuidad en los cargos de la relación de confianza con la autoridad que los designó.

En efecto, es sabido que la categoría de funcionarios políticos no se agota con el Presidente, Jefe de Gabinete y ministros. Otros funcionarios de menor jerarquía también lo son, ya que llegan a la Administración por la aludida relación de confianza con la autoridad superior.

Estos funcionarios (Secretarios, Subsecretarios, autoridades superiores de entidades descentralizadas) al no estar entre los enunciados constitucionalmente, no son objeto de juicio político, ni tampoco de responsabilidad disciplinaria, pues están excluidos del escalafón correspondiente al personal de planta permanente.

A su respecto, sin embargo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha admitido que, excepcionalmente, resulten objeto de una investigación disciplinaria cuando el PEN así lo requiera(12)

b.2. Responsabilidad disciplinaria

Este tipo de responsabilidad, ha sido definido por Comadira 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”(13).

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”(14). Ese es, justamente, el bien jurídico tutelado con el ejercicio del poder disciplinario(15).

Tal responsabilidad se configura, “cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública”(16).

Dado que el presente artículo centra su atención en tal tipología de la responsabilidad del agente público, desarrollaremos por separado algunas cuestiones vinculadas a su fundamento constitucional y a su concreta aplicación práctica.

3

La responsabilidad disciplinaria

3.1. Fundamento constitucional

Conforme con la definición antes transcrita, la facultad disciplinaria constituye un “poder”. Se trata, pues, de un poder inherente, en la medida que constituye un componente propio de la naturaleza o esencia de la organización administrativa en cuanto tal, indispensable para su subsistencia y ejercitable, por tanto y en principio, en interés propio(17).

El hecho de tratarse de un “poder” de modo alguno autoriza a concluir que éste no deba ser ejercido con arreglo a las pautas sustanciales y formales que surjan del ordenamiento jurídico. Antes bien, tratándose de un “poder jurídico” va de suyo que su ejercicio habrá de realizarse dentro de los límites establecidos por aquel ordenamiento.

Ahora bien: ¿cuenta este poder 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 *standard* 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. 1º), 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 “Que la potestad sancionatoria es inherente a la Administración pública... y aparece un mínimo de autoridad jerárquica autónoma”(18).

Por lo demás, al ser el Presidente el responsable político de la administración general del país (art. 99, inc. 1º), es claro que es él, en última instancia, quien tiene a su cargo velar por su buen funcionamiento. Y precisamente ese 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 ajeno 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. 7º).

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 art. 99, inc. 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 de la que estamos tratando(19).

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 art. 99, inc. 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.

En suma, 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.

3.2. Constitución e institutos vinculados

al régimen disciplinario

Fuera del fundamento constitucional implícito del poder disciplinario, otras cláusulas constitucionales se relacionan con la responsabilidad administrativo disciplinaria.

Por su relevancia, nos ocuparemos seguidamente de ellas.

3.2.1. La idoneidad

En primer lugar, debe recordarse que la cláusula de la igualdad propugna, en aras de su concreta vigencia en el ámbito laboral, que la idoneidad es la única condición exigible para el acceso a todo empleo (art. 16, CN).

Este requisito esencial y único rige, con mayor razón, cuando el empleador es el propio Estado Nacional.

Podemos interrogarnos: el requisito de idoneidad en el empleo público ¿sólo será exigible en oportunidad del ingreso del aspirante o será una condición cuyo mantenimiento en el tiempo resultará de esencia para la adecuada prestación y desarrollo de la relación de empleo?

La pregunta es ciertamente retórica, pues va de suyo que la idoneidad constituye un recaudo que no sólo es de esperar que se mantenga sino que, aún más, debería fortalecerse a medida que la conjunción tiempo, capacitación y esfuerzo coadyuven a la formación del agente estatal.

Así queda en evidencia en el plano infraconstitucional, pues la Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164 establece en su art. 4° 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, 25.164). Su vulneración da lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias, en tanto implica el incumplimiento de un deber expresamente establecido por la Ley Marco.

3.2.2. La estabilidad

La estabilidad en el empleo, declarada en el art. 14 bis de la Carta Fundamental, 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).

No es objeto del presente trabajo ahondar en tan importante instituto, pero sí es necesario sentar posición en cuanto a que esta nota esencial de la relación de empleo público viene dada por la Constitución. Por tanto, resultaría contrario a su texto y espíritu todo intento -v. gr. por vía de adopción de institutos tales como la "laboralización" del empleo público- por eludirla, aun en aras de una pretendida mayor eficacia y flexibilidad en el funcionamiento de la Administración(20). No hay eficacia posible en la ilegalidad. Y mucho menos en la inconstitucionalidad.

3.2.3. La ética pública

No puede pasar desapercibida para el derecho disciplinario, la inclusión en la Constitución reformada en 1994 de un Capítulo de Nuevos Derechos y Garantías, en el cual se incluye, 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).

La previsión resulta importante, desde el ángulo del derecho disciplinario, por más de una razón. En primer lugar, viene a dar cuenta de la preocupación social por un Estado en el cual sus agentes actúen conforme con determinadas pautas éticas, cuya concreta determinación se manda al Congreso a plasmar en un texto normativo.

En segundo término, debe ponerse de relieve que si bien el constituyente determina que tal dictado 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 un Capítulo de Nuevos Derechos y Garantías. Se trata, pues, de un derecho de los habitantes antes que de una atribución del Congreso.

La cuestión no es menor, si se atiende a que el legislador demoró bastante la sanción de esta ley, que recién fue emitida hacia fines del año 1999 (ley 25.188).

Cabe preguntarse, a la luz de su definición constitucional como un nuevo derecho de los habitantes, si dicha omisión no hubiere podido -por ejemplo- ser denunciada judicialmente por cualquiera de ellos, en su condición de afectado en un derecho para cuyo desarrollo resultaba indispensable la regulación legal obviada durante cinco años. En mi concepto, nada se oponía a ello. Se trataría, pues, del derecho de los habitantes al cumplimiento -por parte de los agentes estatales- de determinadas pautas de comportamiento basadas en valores considerados socialmente fundantes. En otras palabras, estamos frente a otra posible manifestación de un derecho de incidencia colectiva.

¿O acaso podrá pregonarse el derecho a una relación de consumo o al goce de servicios públicos conforme con determinadas pautas y no a idéntico derecho pero respecto de las funciones estatales que éste debe desempeñar con arreglo a criterios éticos socialmente reclamados?

En cualquier caso, la calificación de la ética pública como un nuevo derecho y su consideración como aspecto central de la defensa de la democracia revela que la materia ocupa un sitio de privilegio dentro del esquema de la Carta Fundamental. Ya no se trata, pues, sólo de cuestiones que atañen al correcto funcionamiento interno de la Administración (y de los demás poderes) sino de un verdadero derecho de los particulares al que, además, se le ha dado rango de pilote de la democracia.

Vinculado con el tema en estudio, la Procuración del Tesoro ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la posibilidad de que el PEN dictare su propio Código de Ética Pública, sin perjuicio de la ley que el Congreso debía sancionar sobre la materia. Se trató de un asesoramiento solicitado con anterioridad a que el legislador cumpliera con el mandato del constituyente establecido en el art. 36.

La Procuración consideró que no existía óbice para que el Presidente, por vía de la reglamentación de leyes que regulan el empleo público, impusiere normas de conducta a los empleados y funcionarios incluidos en

ellas. En este aspecto, se trataba de un reglamento ejecutivo.

Sin embargo, el Código en cuestión extendía su alcance a los denominados “funcionarios políticos” que, como se sabe, están excluidos -por carecer de estabilidad y permanencia- de las leyes de empleo público. Respecto de éstos, la Procuración sostuvo que la regulación era jurídicamente viable, pero en calidad de “reglamento autónomo” emitido conforme con el art. 99, inc. 1° de la Constitución Nacional.

Esta cuestión merece ser estudiada más despacio, pues el fundamento que la Procuración utiliza para justificar la comprensión de los funcionarios políticos dentro del Código de Ética Pública luego dictado por el PEN (decreto 41/99) cuenta con una interesante fuerza expansiva.

Se dijo al respecto que es el Presidente -en general- quien nombra, remueve, crea los cargos, determina las funciones y aprueba la organización atinente a dichos funcionarios políticos y que éstos quedan vinculados con su superior en una relación de jerarquía. Ese poder jerárquico -sostuvo la Procuración- constituye fundamento bastante para someter a los ministros, secretarios y subsecretarios del PEN a las disposiciones del Código, recordándose asimismo que si bien como regla los funcionarios políticos no pueden ser sumariados por no estar comprendidos en las leyes de empleo público, excepcionalmente el Presidente puede ordenar la pesquisa para la averiguación de hechos irregulares que les fueran atribuidos, cuando así lo entendiera pertinente.

Hasta allí, la clásica argumentación relativa a la viabilidad de investigar a este tipo de funcionarios, cuando el PEN lo ordene. Pero luego, la Procuración avanza un paso más y, refiriéndose a la posibilidad de sancionarlos, sostiene que el principio de *nulla poena sine lege* y la garantía constitucional del art. 18 exigen que toda sanción esté predeterminada en la ley. Respecto de los agentes con estabilidad, las sanciones surgen de la ley de empleo. En este sentido, las conductas de los funcionarios políticos no resultaban comprendidas ni en aquella ley -que no los alcanza- ni tampoco en el régimen punitivo del propio proyecto. Sin embargo, toda vez que el Decreto que ordenó la redacción del Código en cuestión expresaba que éste sería de observación obligatoria para todos los funcionarios de todos los niveles, “será útil desarrollar un modo específico de aplicación del Código a los funcionarios políticos”(21).

En suma, a la luz de este dictamen, cabe concluir que nada obstaría para que el Presidente, en ejercicio de sus atribuciones de autoorganización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, dictare un reglamento autónomo en el que se fijaren conductas y sanciones susceptibles de ser aplicadas a los funcionarios políticos. Todo ello, con sustento en el principio de jerarquía al que dicha calidad de funcionarios está vinculado(22). He aquí la posible fuerza expansiva de la opinión, pues con arreglo a ella, bastaría un reglamento autónomo para someter a los funcionarios políticos a un régimen disciplinario de características similares al de los empleados.

Este interesante dictamen ingresa, asimismo -aunque con carácter *obiter dictum* pues no se desprende de su texto que hubiera sido motivo de expresa consulta- en una cuestión por lo menos opinable, que es la relativa a la atribución de las provincias para el dictado de leyes de ética pública. A criterio de la Procuración, la cláusula del art. 36 de la CN cambia, en el punto, la atribución concurrente de regulación federal y provincial que existe en general para regular el empleo público conforme con las cláusulas de los arts. 14 bis y 16, determinando que la regulación de la ética pública constituye una competencia exclusiva del Gobierno Federal, en razón de la mención expresa del Congreso que se efectúa en dicho art. 36.

La cuestión puede resultar opinable, pero el fundamento en el que parece sostenerse no se revela -en una primera evaluación- como demasiado convincente, pues con arreglo a él, cabría concluir, por ejemplo, que las atribuciones de policía que el Congreso expresamente recibe en el art. 75, inc. 22 excluirían toda regulación provincial sobre la materia, por tratarse -desde ese punto de vista- de atribuciones constitucionalmente conferidas al Congreso Nacional. De mi parte, creo que nada se opone a que las Provincias dicten sus propias normas de ética pública. Como, además, el constituyente omitió establecer los estándares básicos de la ley que manda dictar en el art. 36, siquiera cabrá preguntarse si las leyes provinciales deberán ceñirse a esas inexistentes directrices.

3.2.4. El principio de juridicidad

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(23).

Al lado 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 predicaríamos en la definición propuesta por Comadira y recibida por nosotros, de modo alguno podría ser interpretada 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 arts. 14 y 28 de la CN, pues los derechos se gozan conforme con 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.

De modo que, sin necesidad de recurrir a los principios del Derecho Penal, puede a nuestro juicio afirmarse que toda restricción al derecho a la estabilidad (y ciertamente, el régimen sancionatorio lo es, como lo detallaremos más abajo) debe ser establecida por ley formal, en la medida en que implica una regulación de un derecho que ingresa en la “zona de reserva legal” exclusiva del Congreso(24).

Es que 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(25). En consecuencia, su regulación debe ser efectuada por ley formal del Congreso(26).

La sanción disciplinaria incide sobre la el derecho a la estabilidad, en la medida en que, o bien la 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 12 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 arts. 14 y 28 de la CN.

Dicha ley debe ser previa a la conducta sancionada, pues no sólo ese es el principio general en materia de vigencia temporal de las normas, que son irretroactivas, sino que, además, en el caso rige el art. 18 de la CN que consagra el principio de inexistencia de crimen y pena sin ley previa que así lo establezca(27).

Ello no obstante, no puede omitirse señalar que la CS ha puntualizado que la potestad disciplinaria no implica el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder para imponer penas, razón por la cual no se aplican los principios generales del Código Penal(28).

Analizados que fueran algunos de los institutos constitucionales que se relacionan con el derecho administrativo disciplinario procederemos, pues, al estudio concreto de ciertas cuestiones que hacen a la práctica del poder disciplinario y su tratamiento a la luz -principalmente- de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación(29).

Práctica del poder disciplinario:

algunas cuestiones sustantivas y formales

4.1. El ámbito de aplicación del poder disciplinario

La Ley Marco de Regulación del Empleo Público 25.164 y su reglamentación (decreto 1421/02) contienen novedades en punto al personal susceptible de ser comprendido por la facultad disciplinaria.

En efecto, respecto de los agentes de planta permanente, la reglamentación establece expresamente que en caso de haber cesado la relación de empleo público, el sumario dispuesto deberá continuar hasta su resolución y si surgiera responsabilidad del ex agente, deberá dejarse constancia en su legajo de la sanción que le hubiere correspondido de haber continuado en servicio (art. 27, decreto 1421/02).

Compartimos el criterio seguido en el desarrollo reglamentario de la ley, pues si bien es cierto que la concreta sanción no será susceptible de efectiva aplicación (no podrá apercibirse, ni suspenderse, ni cesar o exonerarse a quien ya no tiene un vínculo de empleo público), no lo es menos que la función de la pena disciplinaria no se agota en la mera retribución o en el infligir un mal a quien ha actuado con desprecio a los deberes y prohibiciones que debió respetar. La función de la pena es también preventiva, y desde este punto de vista el asentamiento en el legajo de la sanción que le hubiere correspondido cumple un adecuado rol, toda vez que registra un antecedente que no podrá ni deberá ser ignorado por la autoridad administrativa en oportunidad de un eventual retorno del ex agente a las filas de la Administración. La sanción -aun la no cumplida por imposibilidad física y jurídica- influye, sin dudas, en la idoneidad que todo pretendiente a un cargo público debe reunir(30).

Una conclusión en contrario, conduciría al absurdo de que la Administración -atinadamente- se niegue a volver a contratar con un contratista cualquiera que se ha desempeñado irregularmente -más allá de si al momento de descubrirse el desempeño infiel subsiste, o no, la relación contractual en la que se dio la conducta censurable- pero, en cambio, correrá el riesgo de volver a emplear a un agente que, cuando integró de algún modo sus cuadros, lo hizo irregularmente, sólo porque el azar -o la astucia- de haberse desvinculado antes del inicio de un sumario impidió llevar adelante la investigación de su desempeño borrándose, consecuentemente, todo vestigio de aquel obrar contrario a derecho o ineficaz.

Por lo demás, al lado de la función de prevención especial la pena cumple un rol de prevención general, que no se cumple si el resto de los empleados observan que quien se desempeñó fuera de los cánones legales puede volver en cualquier momento a revistar en las filas del Estado, con el sencillo expediente de haberse sabido desvincular "a tiempo".

Otra novedad en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del derecho disciplinario surge del art. 27 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público, que establece expresamente que el régimen disciplinario será de aplicación al personal contratado y al de gabinete, "en las condiciones que establezcan las respectivas reglamentaciones".

Cabe señalar que el decreto 1421/02, reglamentario de la ley, no desarrolló en su texto esta aplicación al mencionado personal.

De todos modos, ello no opaca la clara la voluntad del legislador de extender el radio de acción del derecho disciplinario. Esta idea se entronca de modo inescindible con principios caros al Estado de Derecho y al republicanismo, pues tanto el contratado su labor- como el personal de gabinete -en su rol de asesoramiento- desempeñan o colaboran en el desempeño de la función administrativa. Consecuentemente, son responsables por el cumplimiento cabal de sus deberes y obligaciones. Le asiste al Estado todo el derecho de investigar y, en su caso, sancionar a quienes desde tales roles- actúen de modo ilegítimo o ineficaz. Ciertamente es que, en la condición en que aquéllos prestan sus servicios, bastaría al Estado contratante o al funcionario político de quien dependa el personal de gabinete remover, respectivamente, el vínculo contractual o de confianza. Pero el derecho disciplinario va más allá: en nombre de la verdad jurídica objetiva -de la que no puede prescindir, en su calidad de procedimiento administrativo especial- busca indagar qué sucedió y quiénes fueron -si los hubiere- los responsables de aquello que ocurrió. Su fin no se agota en una sanción retributiva. Su objeto no se satisface sólo con infligir un mal a quien ha actuado de modo reñido con la juridicidad. Su tésis trasciende este objetivo, para alcanzar una meta ejemplificadora, una función de prevención general. Y, además, busca conocer quién es quién entre aquellos que en su momento eligió como colaboradores, pues no debe

descartarse que, aunque puedan ya no revistar en la Administración, aspiren en un futuro regresar y puedan lograrlo. Aquí su rol será de prevención especial, a modo de alerta indicativa: quien es hoy aspirante fue, en su momento, contratado o asesor de la Administración, pero en su desempeño dejó una mácula que el derecho disciplinario detectó y registró en su legajo. Esta mácula incide, necesariamente, a la hora de evaluar ese requisito básico para el desempeño de cualquier labor en la organización administrativa estatal: la idoneidad(31).

La ampliación expresa que se observa en punto a los sujetos comprendidos no encuentra, en cambio, correlato en una mayor participación de aquellos que, con su denuncia, ponen a la Administración en conocimiento de los hechos irregulares.

Respecto de los denunciantes, se mantiene una posición ortodoxa, según la cual aquellos agotan su intervención en el procedimiento disciplinario con la denuncia o anoticiamiento de los hechos, siéndoles completamente ajenas todas las ulterioridades del trámite(32).

Este punto de vista debiera, a mi criterio, ser matizado a la luz de las exigencias de una Administración transparente y abierta; necesidades que parecen requerir la consideración del particular como algo más que alguien que porta un interés simple en que se cumpla con la legalidad. ¿No debiera, acaso, ser considerado el denunciante como un colaborador de la Administración? ¿No es ese, acaso, el sentido de incorporar la ética pública como un derecho más de los habitantes, en los términos antes vistos?(33).

4.2. Non bis in idem y derecho disciplinario

Al igual que el RJBFP, la LMREP prohíbe sancionar más de una vez por la misma causa (art. 28).

Con todo, cabe por lo menos preguntarse si el propio texto legal no incurre en *bis in idem*, cuando determina que se sancionará con cesantía las infracciones que hayan dado lugar a treinta días de suspensión en los doce meses anteriores (art. 32, inc. c).

Desde una primera mirada, pareciera que aquellas infracciones pretéritas -que ya fueron purgadas con la pena de suspensión- ahora vuelven a ser castigadas, determinado la cesantía del agente.

De mi parte, considero que no existe *bis in idem*, sino que, en la especie, el legislador estableció reglamentamente cómo debía graduarse la sanción a aplicar por la última infracción cometida (es decir, aquella que todavía no fue objeto de sanción alguna). Respecto de ésta, existiendo otras precedentes que hubieren dado lugar a treinta días de suspensión en los 12 meses anteriores, la reiteración -que constituye un antecedente negativo válidamente computable (art. 28, parte 2ª)- determina que la sanción sea de cesantía, por decisión del propio legislador.

¿Podría ser la última sanción -es decir, aquélla todavía no aplicada- una sanción de mero apercibimiento resultante de una infracción muy menor en el cumplimiento de las tareas? La norma nada dice al respecto, pero el principio de razonabilidad se da cita aquí para desechar tal posibilidad, pues no puede ignorarse que tal apercibimiento estaría decidiendo -junto al resto de las sanciones ya aplicadas y cumplidas- la extinción del vínculo. Se vería afectado, pues, el principio de proporcionalidad, porque en última instancia la amonestación resolvería la extinción del vínculo. Considero que el sentido de la norma es que a suspensiones anteriores por treinta días, aplicadas en los doce meses previos, se agregue una conducta merecedora, asimismo y cuando menos, de una nueva suspensión.

La posibilidad de interpretar que el cese procede cuando con la última sanción -es decir, aquella todavía inaplicada- se llega a los treinta días de suspensión debe ser rechazada según entendemos- porque la letra de la ley es clara: los treinta días de suspensión corresponden a sanciones aplicadas “en los doce meses anteriores”. Mal puede computarse como aplicada una sanción que todavía no lo fue. En suma, para que proceda la aplicación del cese con arreglo al art. 32, inc. c) deberán: a) existir sanciones de suspensión en los doce meses anteriores por un total de treinta días; b) sucederse una nueva conducta merecedora de la sanción de suspensión.

4.3. El principio de proporcionalidad y de interdicción del exceso de punición

La sanción de aplicación deberá ser graduada por la autoridad administrativa considerando la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del agente.

Estamos, pues, ante una expresión de la garantía de proporcionalidad de la sanción, toda vez que deberá existir una relación razonable entre la entidad de la conducta imputada y la pena a aplicar(34). Asimismo, y como componente de esa razonabilidad, deberán valorarse los antecedentes del agente. La falta de antecedentes negativos habrá de incidirle favorablemente a la hora de determinar la entidad de la sanción. La presencia de aquéllos, en cambio, obligará a evaluar tal entidad considerando su condición de reincidente.

De allí la importancia -muchas veces minusvalorada, en la práctica- de contar con el legajo personal del sumariado tanto en oportunidad de proponer una sanción por parte de la instrucción, como de resolverla por parte de la autoridad administrativa.

En ciertas ocasiones, por otro lado, se cuenta con el legajo, pero en éste impera la desactualización cuando no -directamente- la carencia de datos elementales. Estamos, pues, ante otra de aquellas medidas de las que se diera cuenta antes, de imprescindible y urgente adopción, cuya extrema sencillez y evidente necesidad no hace falta puntualizar. Se trata, en suma, de asegurar que el legajo refleje fielmente las condiciones personales y antecedentes de uno y cada agente administrativo. La práctica demuestra que, más de una vez, se convierte en tarea ímproba la averiguación respecto de si el agente bajo sumario fue, en tiempo pretérito, pasible de alguna sanción que obligue a evaluar bajo otro prisma la entidad de la pena a proponer o a aplicar.

Otra cuestión que merece ser mencionada es la exclusión del perjuicio fiscal ocasionado, como elemento a considerar para la graduación de la sanción.

El art. 39 del RJBFP establecía que los “perjuicios causados” debían ser tenidos en cuenta para la graduación de la pena. El citado art. 28 de la LMREP, en cambio, sólo alude a la gravedad de la falta y los antecedentes del agente.

¿Significa ello que el daño patrimonial no guarda interés?

Entendemos que no -porque de suyo- la conducta irregular dañosa para el patrimonio estatal es de por sí más grave que la que no produce tal daño. Ello se desprende expresamente de la ley, cuando fulmina con la exoneración a la falta grave que perjudique materialmente a la Administración (art. 33, inc. b).

En suma, el perjuicio fiscal debe ser entendido como un componente del concepto indeterminado “gravedad de la falta”.

4.4. *El debido proceso adjetivo: su regulación en aquellos casos en que no es necesario sumario*

Determinadas faltas no exigen ser investigadas bajo el régimen del sumario administrativo, pues se admite la aplicación directa de la sanción disciplinaria prescindiendo de aquél.

Ingresan en esta categoría dos especies: las faltas que merecen sanciones menores (hasta cinco días de suspensión) y las denominadas “faltas de comprobación objetiva”, que, al menos en teoría, resultarían de fácil verificación y, de seguirse el procedimiento preestablecido normativamente(35), autorizarían a sancionar sin mayores márgenes de error (v. gr. el incumplimiento horario, las inasistencias injustificadas y el abandono de servicio, previa fehaciente intimación, etc.).

Si bien en estos casos no es necesario el sumario, la LMREP vino a innovar positivamente en cuanto a la necesidad de conceder al imputado algún tipo de derecho de defensa.

Así, principió por reconocer sin excepciones que rige en el procedimiento disciplinario el debido proceso adjetivo que consagra el art. 1º, inc. f) de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, cuyo contenido involucra el derecho de ser oído, ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada (art. 29, LMREP).

En aplicación de tal principio, la reglamentación determinó que previo a la aplicación de una sanción que no requiera sumario, deberá citarse a audiencia al imputado, para que efectúe su descargo y acompañe pruebas. Antes de resolver, además, deberá requerirse la opinión del área jurídica (art. 35, decreto 1421/02).

De tal modo, el legislador insiste en la necesidad del dictamen jurídico previo a todo acto administrativo que incida sobre la esfera vital de intereses de los particulares (y aquí el empleado imputado -en tanto su plano de relación con la Administración es el de la relación de servicio- lo es). Reafirma, pues, lo que ya era por todos conocido por haber sido instaurado con carácter preceptivo por la LNPA en su art. 7º: el dictamen jurídico de los órganos de asesoramiento permanente es *conditio sine qua non* para la legitimidad del acto a emitirse. El dictamen es un procedimiento esencial y su carencia fulmina al acto de nulidad absoluta, por decisión del

legislador. Decisión adoptada derechamente en la ley que, en este aspecto, clama sencillamente por su aplicación sin retaceos por quienes deben decir el derecho.

Sin embargo, no nos es ajeno que tanto en sede administrativa como judicial se ha echado mano - traspolándola del derecho procesal- a la teoría de la subsanación, según la cual más allá de lo que diga la ley, sólo se decretará la nulidad del acto cuando el peticionante logre acreditar cuál es el perjuicio concreto que le ha causado la omisión o irregularidad del procedimiento incumplido(36).

Me ocuparé seguidamente de algunos casos en los que se propició la aplicación de esta teoría; así como de otros en los que -a mi entender correctamente- se desechó su implementación.

4.5. Teoría de la subsanación y régimen disciplinario

La Procuración del Tesoro -en sintonía con la jurisprudencia judicial- no ha seguido un criterio uniforme en punto a la posibilidad o no de subsanar vicios de procedimiento comprobados durante la tramitación del sumario.

Así, en Dictámenes, 226:147 sostuvo que antes de dictarse la orden de instrucción de un sumario era necesario el asesoramiento jurídico, por lo que debía subsanarse su omisión para evitar cualquier posible cuestionamiento.

En otro precedente, advirtió que si bien se detectaban en el trámite del sumario algunas inobservancias vinculadas con garantías y derechos propios del procedimiento sumarial, ello resultaba irrelevante, puesto que la recurrente había tenido oportunidad de ejercer ampliamente su derecho de defensa durante la tramitación del recurso administrativo interpuesto posteriormente(37).

Una aplicación extrema de esta teoría es la que surge de dictámenes, 213:248, en el que se sostuvo que al haberse afectado el derecho de defensa en juicio de un sumariado, el defecto producido provocaba la nulidad absoluta, por lo que correspondía "subsanar" esa deficiencia confiriéndole una nueva vista. Se trata, pues, de la subsanación de la nulidad absoluta.

En la vereda opuesta, se ha valorado que la omisión de conferir vista al sumariado de la requisitoria, aun cuando se solicitase la exención de responsabilidad, provocaba una nulidad absoluta al cercenarse la defensa en juicio, resultando inválidos los actos posteriores que han tenido al acto nulo como presupuesto(38).

Y aún más, en un caso en que se había omitido conferir una vista en un procedimiento sumarial aduanero (no disciplinario interno) se sostuvo que la omisión vulneraba el derecho de defensa, fulminando el acto de nulidad absoluta e insanable y correspondiendo que así se lo decrete pese a no haber sido deducida la nulidad por el apelante. Es decir, se propició la declaración de nulidad de lo actuado **de oficio**. A nuestro juicio, es ésta la correcta doctrina(39).

Este dictamen es particularmente valioso, pues también da cuenta de otro principio de relevante interés para el tema que nos convoca, ya que en él se sostiene que la omisión de los procedimientos enunciados en el art. 7°, inc. d) LNPA, comporta la violación de un requisito esencial del acto, entidad que se agrava cuando en el procedimiento se sustancia la aplicación de una sanción.

Es cierto: el procedimiento tendente a inferir un posible mal (la sanción lo es, para el sancionado) exige un cumplimiento puntilloso y cabal de los procedimientos diseñados para garantizar adecuadamente el derecho de defensa y el cumplimiento de la juridicidad. De allí que no haya en él lugar para subsanación alguna.

Tampoco se propició la aplicación de esta teoría en un caso en el que se había omitido intimar al agente a retomar sus tareas, en un caso de posible abandono de servicio(40).

4.6. Plazo para resolver el sumario. Inconstitucionalidad

El art. 38 de la LMREP incorpora en su parte final una previsión cuyos efectos merecen ser analizados con algún detalle.

Preceptúa aquí el legislador que el procedimiento disciplinario "establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios, que **nunca** podrán exceder de seis meses **de cometido el hecho o la conducta imputada**" (negrilla, agregada).

Veamos lo que implica esta norma desde el punto de vista temporal y cómo incide sobre el poder disciplinario.

El comienzo del cómputo queda claramente establecido: es el de *la comisión de la falta* que se impute. En ese momento se cristaliza la fecha de inicio del plazo de seis meses.

La duración del plazo también es terminante y taxativa: *nunca* podrá exceder de seis meses.

¿Qué deberá suceder dentro de los seis meses de cometido el hecho? ¿Qué deberá la Administración hacer, durante ese plazo, para conjurar los efectos perentorios(41) allí fijados?

Pues bien, dentro de los seis meses, la Administración deberá:

- a) iniciar el procedimiento administrativo disciplinario;
- b) concluirlo;
- c) aplicar la sanción correspondiente.

Ello se desprende de la letra del artículo, que determina que el sumario deberá ser **resuelto** dentro de un plazo que no podrá exceder los mentados seis meses.

Es decir que el plazo de seis meses es un plazo de prescripción para iniciar la acción disciplinaria, tramitarla y aplicar la pena.

No puede dejar de expresarse cierta perplejidad frente a la norma. En un movimiento pendular que parece no detenerse en puntos intermedios, se ha pasado de considerar que los plazos para instruir sumarios no son sino meramente ordenatorios(42), por lo cual, en el peor de los casos, su alongación indebida generará la responsabilidad del instructor a cargo del procedimiento, pero no la nulidad del trámite ni la extinción de la posibilidad de sancionar (doctrina que ha conducido a la realidad de sumarios que llevan años y años de trámite, durante los cuales la situación del sumariado es de perenne incertidumbre)(43) a la pretensión normativa de detectar el hecho, iniciar el procedimiento, tramitarlo y resolverlo en el quimérico término de seis meses.

Desde este punto de vista, la exigüidad del plazo conspira contra toda posibilidad real de ejercicio del poder disciplinario.

La práctica administrativa indica que muchas de las irregularidades cometidas por agentes estatales son detectadas inclusive después de los seis meses de su comisión. Si se aprecia que dentro de ese plazo deberá ser aprehendida la falta, iniciado y tramitado el sumario y aplicada la sanción, no podrá sino concluirse que lo dispuesto por el art. 38 de la LMREP resulta inconstitucional por cercenar de modo irrazonable el poder disciplinario que asiste al Poder Ejecutivo Nacional, responsable último de la Administración del país (art. 99, inc. 1º, CN) y, consecuentemente, de su buen funcionamiento.

Por lo demás, la previsión del art. 38 entra en pugna con otras disposiciones del mismo cuerpo normativo. Concretamente, con el artículo que le precede.

Dijimos ya que en la economía del artículo 38, dentro del plazo de seis meses y sin importar la gravedad de la falta ni de la sanción que le corresponda- la Administración tendrá que haber **resuelto** el sumario. La resolución del sumario, constituye el modo normal de terminación de este procedimiento administrativo especial. Si se hubiere acreditado la comisión de la falta, el sumario se resolverá mediante la aplicación de una sanción de apercibimiento, suspensión, cesantía o exoneración. Esa sanción, se reitera, deberá ser aplicada dentro de los seis meses de cometida la falta.

Juega aquí la disposición del art. 38 como un plazo de prescripción de la aplicación de la sanción.

Pero sucede que en el artículo precedente -el 37- la ley establece expresamente los plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones. Estos se cuentan desde la comisión de la falta y varían según su gravedad, pues mientras el apercibimiento y la suspensión deben ser aplicadas dentro de los seis meses, la cesantía debe serlo dentro del año y la exoneración dentro de los dos años.

Es claro, entonces, que el plazo de prescripción para la aplicación de la cesantía y exoneración se regula de manera distinta en los arts. 37 y 38. Mientras que en el primero se fijan plazos de uno y dos años, respectivamente, en el segundo se uniforma aquél en seis meses.

Todo esto me lleva a pensar que, en rigor, en el art. 38 se quiso establecer un plazo de *caducidad* del procedimiento pero, erróneamente, se tomó como punto de partida del plazo la comisión de la falta, cuando se debió haber establecido el del inicio del procedimiento disciplinario.

De haberse optado por esta última solución, el sistema funcionaría como tal, pues al iniciarse el sumario antes de los plazos de prescripción de la aplicación de la pena que fija el art. 37 (6 meses, 1 año o 2 años, según la sanción que la conducta mereciera), dichos plazos quedarían suspendidos (art. 37, decreto 1421/02) y comenzaría a correr el plazo de caducidad del procedimiento, que sería de seis meses para su tramitación y resolución por imperio del art. 38.

Pero ya vimos que el art. 38 no consagra un plazo de caducidad del procedimiento sino que, irrazonablemente, fija un plazo de prescripción tanto para la acción como para la aplicación de la sanción.

En suma, el plazo de seis meses del art. 38 de la LMREP resulta, por su exigüidad, irrazonable. Su aplicación en los términos del artículo analizado conduce al cercenamiento del poder disciplinario de la Administración. Además, colisiona con el art. 37 que le precede, al establecer plazos diferentes de prescripción de la sanciones de cesantía y exoneración.

Por lo expuesto, coincido con lo dictaminado por la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto a su inconstitucionalidad por “cercenar la potestad disciplinaria de la Administración Pública e impedir el ejercicio de una facultad inherente al Poder administrador otorgada por la Constitución Nacional como es la de remover a sus empleados”(44).

A criterio de la Procuración, el óbice constitucional mencionado no resulta superado por la reglamentación de la ley, razón por la cual en la práctica deben aplicarse -en materia de plazos para la instrucción del sumario- las previsiones del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por decreto 467/99(45).

4.7. Plazos de prescripción para la aplicación de las sanciones de apercibimiento, suspensión y cesantía. Inconstitucionalidad

Dijimos ya que el plazo de aplicación de las sanciones difiere según la gravedad de la pena a aplicar.

Siempre contabilizando desde la comisión de la conducta irregular, los términos son:

- a) seis meses para el apercibimiento y la suspensión;
- b) un año para la cesantía;
- c) dos años para la exoneración (art. 37, LMREP).

La Procuración del Tesoro, en oportunidad de resolver un recurso planteado por un agente en los términos del art. 124 del RIA, sostuvo que el principio de la ley penal más benigna no regía en el ámbito disciplinario por lo que, habiendo sido la falta cometida en el año 1999, no correspondía aplicar las previsiones del mencionado art. 37 de la LMREP, sancionada con posterioridad a la fecha de la conducta irregular.

No obstante ello, en los considerandos de la resolución analizó la validez de tales plazos, afirmando que “el razonable ejercicio del poder disciplinario requiere que el posible plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no sea tan reducido que ello implique el cercenamiento o la “sustancial aniquilación” de la potestad disciplinaria, que es inherente al Poder Administrador... y que “por ello, de los plazos previstos en el art. 37 de la LMREP, sólo el de dos años aparece como razonable, pues con un lapso menor, como el de seis meses para las causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión-, o de un año para las causales que dieran lugar a la cesantía-, se cercena sin razón atendible el ejercicio de la potestad disciplinaria”(46).

En otras palabras, conforme con las pautas esbozadas en la motivación de la resolución comentada, los plazos de prescripción de la sanción de apercibimiento, suspensión y cesantía del art. 37 de la LMREP devienen inconstitucionales por agraviar -en su estrechez temporal- el poder disciplinario de la Administración.

De mi parte, considero que la regulación del plazo de seis meses para el apercibimiento y la suspensión supone que estamos ante conductas insusceptibles de ser encuadradas en causales más graves, razón por la cual el agravio al buen funcionamiento de la Administración es menor y, consecuentemente, el interés en contar con un plazo extendido para la persecución y castigo, disminuye.

En cambio, el término de un año para la aplicación de la cesantía sí impresiona, a mi entender, como exiguo, porque aquí la conducta irregular es grave, al punto de merecer la ruptura del vínculo de empleo. Ello ameritaría que el término se elevase por sobre el año, sobre todo si -con criterio realista, aunque no por ello resignado- aceptamos que muchas veces el descubrimiento de ciertas conductas graves se sucede después de transcurrido el plazo de un año que aquí determina la extinción del poder disciplinario.

4.8. Medidas precautorias durante el curso del sumario

El art. 36 de la LMREP contempla la suspensión preventiva (en concordancia con el art. 54 del RIA) y el traslado (cc. con el art. 53 del RIA).

Las causales para la adopción de tales cautelares son: a) que resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos; b) que la permanencia del agente sea peligrosa o riesgosa.

El plazo de esas medidas provisionales no puede extenderse “en ningún caso, durante más de tres meses desde la fecha de iniciación del sumario” (art. 36, parte 1ª, LMREP).

Vencido el término mencionado, el agente debe ser reincorporado a sus tareas habituales (art. 36, parte final).

Se advierte aquí una primera diferencia entre el régimen de la ley marco y la norma ritual infralegal, pues el RIA prevé la prórroga del plazo de traslado cuando se amplíe el término para la instrucción y aún resulte inconveniente la presencia del imputado (art. 53, párrafo final). El art. 36 de la LMREP es, en este sentido, terminante, pues “en ningún caso” el traslado o la suspensión pueden exceder los tres meses de iniciado el sumario.

Este criterio inflexible se ve reafirmado por el decreto 1421/02 reglamentario de la LMREP, que en su art. 36, luego de señalar que el traslado y la suspensión se regirán por el RIA, agrega: “debiendo ajustarse en todos los casos, la extensión del plazo que se disponga en virtud de las necesidades de la causa, al término máximo establecido por el artículo que se reglamenta por el presente” (es decir, el art. 36 de la ley).

Otra cuestión de necesario planteamiento en atención al carácter rotundo de la imposibilidad de prórroga del plazo -establecido por el art. 36- es la atinente a aquellos casos en que la suspensión es dispuesta por existir un “auto de procesamiento” (penal) por hecho ajeno al servicio o un “proceso” originado en hechos del servicio o a él vinculados, casos en que la suspensión se puede extender hasta que recaiga pronunciamiento en la causa (arts. 58 y 59, RIA).

Va de suyo que, en tales casos, el plazo de tres meses resultará de común superado, pues la tramitación de la causa penal excede normalmente ese estrecho plazo.

La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿imperla el art. 36 sin excepciones y consecuentemente el agente debe ser reintegrado a sus tareas vencidos los tres meses?

Al respecto, la PTN ha expresado que la suspensión, como cautelar, presenta dos modalidades. Una, cuando se dispone dentro del sumario administrativo y se orienta a asegurar el éxito de la investigación en cuanto a la reunión de la prueba. La otra, cuando se origina en la tramitación de una causa penal (arts. 57, 58 y 59, RIA). Cuando en esta última existe un procesamiento decretado al agente, la suspensión debe durar hasta que termine la causa (cita, en tal sentido, Fallos, 256:182).

A resultas de ello, la PTN concluye que el plazo del art. 36 de la LMREP “sólo comprende a la (suspensión) originada en el desarrollo de un sumario administrativo... sin embargo aquel plazo carece de efectividad respecto de los términos que pueda requerir el procesamiento criminal de los mismos agentes”. A ello, le sumó como fundamento del hecho de ser norma no admitir el reintegro a las funciones del agente bajo proceso. Estas razones la llevan a sustentar la legitimidad y vigencia actual del plazo previsto en el art. 59 del RIA(47).

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 no fueron procesados, sino que revisten la calidad de meros denunciados o imputados en una causa penal.

Aunque los arts. 58 y 59 del RIA se nuclea 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 art. 164 del cód. proc. crim., basta con que el agente revista allí la condición de imputado para que la suspensión pueda extenderse hasta la conclusión de la causa penal”(48).

Es decir que, a la luz de esta doctrina, un agente meramente denunciado por hechos del servicio puede ser suspendido del mismo hasta tanto concluya la causa penal.

De más está puntualizar la peligrosidad de la tesis adoptada, 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. Es una invitación al abuso, 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, etc.; 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 “absurdo pretender que...sea necesario la previa vinculación del agente como parte en el proceso penal para recién prolongar la medida cautelar”(49).

No estoy de acuerdo con el alcance que la Procuración confiere al art. 59 del RIA. A mi entender, tal hermenéutica es contraria a su letra pues la norma en su encabezado refiere al “agente procesado” sino también a su espíritu.

No puede ser la tésis de la norma facultar la suspensión hasta la finalización de la causa penal de cualquier agente denunciado. Lo que se exige es que esa suspensión -reitero, inalcanzada por plazo alguno que no sea el de la duración propia de la causa-sea una consecuencia más de un acto formal relevante, adoptado por el juez actuante, que es el de afectar al agente al proceso.

Por último, la interpretación seguida en el dictamen analizado podría facilitar -en tanto la suspensión se funde en el “proceso penal”, sin más recaudos de motivación- la desviación de poder que, en la especie, resultará aún más difícil de ser probada de lo que lo es por naturaleza, pues el funcionario que decreta la medida cautelar habrá de refugiarse en la existencia del proceso como toda razón de su acto, quedando a resguardo de cualquier posible objeción atinente a la existencia de otras razones ocultas que, amparadas en la interpretación del dictamen, habrán de quedar en ese estadio casi con plena certeza.

4.9. La prueba. Los meros indicios. El deber de colaboración para la producción de la prueba. Recurribilidad de las medidas adoptadas en materia probatoria

En un interesante dictamen, la Procuración del Tesoro recordó que “cuando se tratare de indicios, nos encontramos en la esfera de las presunciones, a las que no se les puede negar su carácter de medio de prueba”. Esto viene a confirmar que, como en el caso mencionado, la existencia de elementos indiciarios puede llevar a la autoridad administrativa a la convicción de que los hechos se sucedieron de determinada manera, resultando imputables al agente sumariado. Bien puede, entonces, sustentarse una sanción disciplinaria en la convicción de la autoridad administrativa forjada en base a razonables y concordantes indicios sobre cómo sucedieron los hechos y cuál fue la participación del agente en ellos.

De otro lado, es sabido que, en el marco de todo procedimiento administrativo, es deseable que la Administración recurra, para la producción de la prueba técnica, a las áreas especializadas del propio Estado, las que deben prestar una adecuada colaboración.

Pese a ello, no es inusual observar, en algunas ocasiones, ciertas reticencias a colaborar en tiempo y forma. En una ejemplificadora resolución, la PTN dispuso el rechazo de un recurso interpuesto en los términos del art. 125 del RIA, por entender que la sanción motivo de recurso (10 días de suspensión a un agente estatal) había sido bien aplicada, toda vez que se sustentaba en la falta de colaboración requerida para la realización de una pericia contable ordenada en un sumario administrativo. Dicha falta de colaboración trasuntó el incumplimiento del deber genérico de prestar eficientemente el servicio(50).

¿Resulta recurrible la producción de una medida de prueba en la etapa de instrucción?

De conformidad con la doctrina de la PTN, no. La negativa se funda en que el RIA no prevé la posibilidad de recurrir estas diligencias probatorias. Entiende el organismo asesor que el procedimiento disciplinario constituye un procedimiento especial en el que se han establecido los recursos que se pueden deducir durante su tramitación. Por ello, los recursos establecidos por el reglamento de la LNPA (decreto 1759/72 y

modificatorios) recién van a adquirir operatividad con el dictado del acto conclusivo del sumario, por parte de la autoridad competente(51).

Por mi parte, considero que el carácter de procedimiento especial que el RIA ostenta, no significa que, ante la ausencia de previsiones relativas a la posibilidad de atacar ciertos actos durante el trámite del sumario, no resulte de aplicación, en subsidio, la LNPA y su reglamento. Con mayor razón, cuando ha sido el propio PEN el que determinó que la LNPA y su reglamento resultaban de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos especiales vigentes (art. 2°, párr. 1°, inc. f, decreto 722/96).

Aclarado ello, entiendo que en este tema no se pueden efectuar afirmaciones absolutas, pues todo depende de las circunstancias en las que, por ejemplo, se deniega la producción de una determinada prueba. Si ésta es vital para la defensa de la posición de quien la solicita, considero que la negativa bien puede ser calificada como un acto asimilable a definitivo y, consecuentemente, resultar atacable inclusive por vía de recurso jerárquico.

Al respecto, la CSJN sostuvo que la omisión de diligenciar una prueba solicitada en forma clara por el investigado disciplinariamente, y que podría lograr una decisión favorable a la pretensión del beneficiario, importaba un ataque a su derecho constitucional de defensa(52).

Por otro lado, aún de considerárselo interlocutorio o de mero trámite, si el acto lesiona un derecho subjetivo o interés legítimo, procede contra él el recurso de reconsideración (art. 84, RLNPA).

4.10. Causales para la aplicación de sanciones. Relación entre deberes, prohibiciones y penas

La Ley Marco 25.164 establece que los agentes tienen deberes que trasuntan un mandato de obrar; arquetípicamente: prestar el servicio personal y eficientemente (art. 23, inc. a) y prohibiciones que implican un no hacer; v. gr. no colocarse en situación de conflicto de intereses, art. 24, inc. b). La violación de éstos y el incumplimiento de aquéllos, da lugar a sanciones administrativo disciplinarias.

En un afán por reglar con mayor precisión la relación entre deberes-prohibiciones y sanciones aplicables, la LMREP determina:

a) el incumplimiento de deberes puede dar lugar al apercibimiento, la suspensión o la cesantía (arts. 31, inc. c y 32, inc. e);

b) la violación de las prohibiciones, posibilita la aplicación de la cesantía o exoneración (art. 32, inc. e) -en el que se alude a los “deberes”, pero al remitir al art. 24 es claro que también involucra a las prohibiciones- y art. 33, inc. d).

La tésis de la regulación es, a nuestro criterio, plausible, en tanto tiende a acotar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones.

Ello no obstante, no puede desconocerse que, tal como quedó establecida la relación entre conductas irregulares y sanciones, ninguna vulneración a un deber -por grave que sea- dará lugar a la exoneración. Y toda violación a una prohibición -por menor que sea- dará lugar al cese o exoneración, excluyendo la posibilidad de una suspensión o apercibimiento (piénsese, por ejemplo, que cualquier violación a la prohibición de “hacer uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal” -art. 24, inc. h- conduciría a la sanción de cese o exoneración, lo que podría resultar excesivo).

Desde otro ángulo, debe hacerse notar que bajo la Ley 25.164 las diferencias entre cesantía y exoneración -ambas, especies del género sanción depurativa que extingue la relación de empleo- se expresan en el período de rehabilitación (dos y cuatro años, respectivamente, arts. 32 y 33 *in fine*) y en que la exoneración implica la ruptura del vínculo en todos los cargos públicos. Recuérdese que, bajo el RJBFP (ley 22.140) esta consecuencia -pérdida de todos los cargos- también estaba prevista para ciertas cesantías, decretadas por razones graves (v. gr., pérdida de la ciudadanía, art. 30).

4.11. Control judicial de la sanción disciplinaria

Antes de la sanción de la LMREP, el sistema impugnatorio de las sanciones reconocía diferencias según se tratara, o no, de una sanción depurativa.

Las sanciones de apercibimiento y suspensión obligaban al agotamiento de la vía y, en su caso, a la impugnación judicial por vía de acción de nulidad ante los tribunales de primera instancia del fuero

especializado.

Cuando la sanción era de cesantía o exoneración, el RJBFP (ley 22.140) establecía que se podía recurrir por ante la CNCAF o ante las Cámaras Federales con asiento en las provincias, en el plazo de treinta días (arts. 40 y 41).

Este recurso directo por ante la Cámara que en su redacción parecía ser de carácter optativo, pudiendo el agente seguirlo o bien agotar la vía e intentar la acción ordinaria fue entendido por la jurisprudencia como de interposición obligatoria y excluyente(53).

De modo que, ante el cese o exoneración, sólo procedía el recurso directo aludido.

Cuando la sanción no fuese depurativa, era posible la interposición, además, de un recurso por ante el Procurador del Tesoro de la Nación por errónea aplicación de la ley 22.140, inobservancia o errónea aplicación del RIA o de las normas que otorgan competencia a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (art. 124, Reglamento de Investigaciones Administrativas).

El recurso resultaba optativo y, en caso de decidir su impetración, debía ser interpuesto dentro del plazo de diez días. De ser denegado, quedaba agotada la vía administrativa y, de admitírsele, las actuaciones debían volver a sustanciarse “a partir del último acto válido”(54).

Con posterioridad, la LMREP estableció un sistema impugnatorio distinto, pues contra cualquier tipo de sanción establece una opción de impugnación. Una posibilidad es la de impugnar por la vía administrativa “común” y una vez agotada ésta acudir a sede judicial. La otra opción es la de recurrir directamente el acto por ante la CNCAF o Cámaras Federales de las provincias. La mencionada opción “es excluyente e inhibe la utilización de cualquier otra vía o acción” (art. 39).

El plazo de interposición del recurso se amplía respecto del establecido en la ley 22140 (que era de 30 días) pues ahora se cuenta con 90 días para interponerlo (art. 40). Así, queda equiparado al plazo genérico que rige para la presentación de la acción judicial contra la Administración (conf. art. 25, LNPA).

Interpuesto el recurso por ante el tribunal, éste requerirá el envío de las actuaciones junto al legajo personal del agente, debiendo tales antecedentes ser remitidos dentro de los 10 días a contar desde la requisitoria. Una vez recibido el expediente, se correrá traslado por su orden por diez días perentorios al recurrente y a la Administración. Vencido el plazo y producidas las medidas para mejor proveer que hubiera dispuesto la Cámara, se llamará autos para sentencia, la que será dictada dentro de los 60 días.

De ordenarse la reincorporación del agente, la Administración “deberá habilitar una vacante de igual categoría a la que revistaba”, pudiendo el agente optar por aquella o por la indemnización que prevé el art. 11 de la propia ley.

En suma, luego de la LMREP las posibilidades impugnatorias de las sanciones quedan limitadas a las establecidas en el art. 39. El carácter terminante del art. 39 *in fine*, que preceptúa que “La opción formulada es excluyente e inhibe la utilización de cualquier otra vía o acción”, nos lleva a considerar que ha quedado derogada la vía recursiva prevista en el art. 124 del RIA.

5

Conclusiones

Tengo para mí que el derecho administrativo disciplinario tiene un rol relevante que cumplir en materia de saneamiento de la Administración.

Aún más, considero que tiene un rol relevante que cumplir en materia de lucha contra la corrupción.

Esto último merece una aclaración, pues no es extraño que se sostenga que el régimen disciplinario se dedica a la pesca menor, mientras los tiburones deambulan, cambian de hábitat, se van, vuelven a deambular y así sucesivamente.

No desconozco la desazón que ello produce. Y de allí que propicie la extensión del régimen disciplinario también para los denominados funcionarios políticos.

Pero aún si ello no sucediese, un sistema disciplinario que funcione bien complicaría enormemente el tranquilo andar de eventuales “tiburones”, pues ese tranquilo andar reposa en el conocimiento de los insuperables problemas que para el Derecho Penal (que alcanza a todos por igual) plantean las ambiguas conductas que adopta la corrupción administrativa(55). Conductas reacias a ser encorsetadas en tipos penales y difíciles de asir en descripciones más o menos precisas, como la ley penal lo exige.

Si a ello le sumamos que la Administración constituye hoy un enorme conglomerado de órganos asesores, proponentes, firmantes, etcétera, susceptibles de garantizar, mediante informes favorables -o al menos neutros(56)- la falta de culpabilidad que la conducta delictiva requiere, el escenario se presenta armado para que la corrupción haga su ingreso sin taludes.

Por ello, no es de extrañar que desde los tratados internacionales sobre la materia, se aliente la adopción de vías alternativas de control de tipo preventivo y naturaleza extrapenal. Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción propicia la creación, manutención y fortalecimiento de reglas de conductas para los funcionarios, normas de contratación de funcionarios, bienes y servicios, declaración de ingresos de los agentes, protección de los denunciantes de buena fe, intervención de órganos externos en el control, así como un mayor grado de ingerencia social en la materia (Artículo III, Medidas preventivas, de la CICC).

¿Qué rol podría jugar el derecho disciplinario, en ese plano?

A mi entender, un sistema disciplinario que funcione correctamente, desalienta la conducta indolente o despreocupada de quien -muchas veces con no más rédito que el de no malquistarse con la autoridad de turno- consiente, por acción u omisión, la conducta ilegítima o corrupta del funcionario político. Y, con mucho más razón, la de aquel que -consciente de la ineficacia del derecho disciplinario y penal en estas lides- lisa y llanamente adopta el rol de cómplice de aquél.

Un sistema disciplinario que funcione adecuadamente constituye, pues, un verdadero reaseguro para el agente probo, honesto y eficaz. Que los hay, y muchos. Combinado ello con una carrera administrativa articulada seriamente sobre la base del mérito y la capacidad arrojaría, según creo, rápidas mejoras en el funcionamiento de la Administración.

Además, no debe ignorarse la utilidad que habrá de guardar una investigación disciplinaria bien llevada, para que el juez penal que deba luego intervenir pueda adentrarse con mejores herramientas en los problemas que la Administración, en su enorme complejidad, suele exhibir para quien busca desentrañar la criminalidad de conductas sucedidas en su seno.

Desde la doctrina, la pretensión es más humilde: propiciar el estudio y debate de estas cuestiones, sacarlas a la luz y ayudar, así, con su aplicación práctica.

(0) Tema del Seminario sobre Régimen del empleado público. El Reglamento de Investigaciones Administrativas dictado por el autor en la Universidad Austral los días 23 y 24 de octubre de 2003.

(1) CS, “Recchia de Sedrán”, Fallos, 305:504.

(2) BIELSA, RAFAEL, Derecho Administrativo, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, pág. 340.

(3) GARRIDO FALLA, FERNANDO, Tratado de Derecho Administrativo, 7ª ed., Madrid, 1976, t. I, págs. 82 y 115.

(4) CASSAGNE, JUAN CARLOS, La responsabilidad de los funcionarios públicos, LL, 1989-C-982.

(5) Utilizamos la voz “agentes estatales” para englobar tanto a los empleados comprendidos en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público (o escalafón que corresponda) como a los denominados funcionarios políticos.

(6) CS, “Aires”, Fallos, 319:1034.

(7) Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictámenes, 241:494.

(8) PTN, Dictámenes, 241:494.

(9) Ver, ASÚA BATARRITA, ADELA, La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria, en la obra colectiva “Delitos contra la Administración Pública”, Bilbao, 1997, pág. 14 y GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, El poder punitivo en el Estado democrático, Cuenca, España, 1996, pág. 53, con cita de POLITOFF.

(10) El art. 77 del cód. penal refiere tanto al funcionario como al empleado público en forma uniforme y sin distinguir, caracterizándolo como aquel que en forma accidental o permanente participa en funciones públicas, sea por elección o designación de autoridad competente.

(11) Ver MIR, Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi, en la obra Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, 1994, pág. 159 y sigs. y Tribunal Supremo Español,

sentencia del 5 de abril de 1995, cit. por ASÚA BATARRITA, ob. cit., pág. 37.

(12) Dictámenes, 245:87, entre muchos otros (v. gr. Dictámenes, 233: 156, 203, 386; 234:588, 241:494, 242:64). Nos hemos manifestado plenamente a favor de la extensión de la responsabilidad disciplinaria a los funcionarios políticos en Responsabilidad administrativo disciplinaria de los ministros del Poder Ejecutivo Nacional, Anuario de Derecho de la Universidad Austral N° 2, pág. 167 y sigs.

(13) COMADIRA, JULIO R., La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en la obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Jornadas de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, 2001, pág. 589 y sigs.

(14) CS, "Aires", Fallos, 319:1034.

(15) Desde ese punto de vista, el bien jurídico tutelado coincide con el que es objeto de protección en los denominados "delitos contra la Administración Pública", aunque en el derecho administrativo disciplinario el radio de tutela es más amplio, pues se protege el buen funcionamiento de la Administración no sólo de cara a los particulares y a la sociedad, sino desde una óptica de valoración estrictamente interna, valoración en la que ingresan elementos deontológicos tales como la probidad, honestidad, austeridad, prestigio, buena fe, fidelidad, colaboración, respeto, cortesía, etc. (CANDA, FABIÁN, La responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública, en la obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Jornadas de la Universidad Austral, cit., pág. 617 y sigs.).

(16) CS, "Aires", Fallos, 319:1034, ob. cit.

(17) Por eso decimos que es un "poder" y no una "potestad" pues ésta -según la clásica definición de Santi Romano- constituye un poder jurídico utilizable en interés ajeno (COMADIRA, JULIO, La responsabilidad disciplinaria, cit., pág. 589).

(18) CS, "Aires", Fallos, 319:1034, cit., con cita de Fallos, 250:418 y 258:92.

(19) CS, "Aires", Fallos, 319:1034, ob. cit.

(20) Sobre la laboralización en el régimen de empleo público, ver COMADIRA, JULIO R., Derecho Administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, 2002.

(21) PTN, Dictámenes, 227:240.

(22) Como anticipé, considero no sólo posible sino necesaria la extensión de la responsabilidad disciplinaria a los funcionarios políticos (Responsabilidad administrativo disciplinaria..., cit.).

(23) FIORINI, BARTOLOMÉ, Derecho Administrativo, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. I, pág. 128.

(24) Distinta es la cuestión cuando se trate de establecer posibles sanciones para funcionarios excluidos del régimen de empleo, pues éstos carecen de estabilidad y, por tanto, quedan excluidos de la garantía del art. 14 de la CN. De allí que comparto el criterio antes citado de la PTN, según el cual se sugiere que el régimen sancionatorio de éstos podría ser regulado por reglamento autónomo (Dictámenes, 231:156, cit.).

(25) Art. 14 bis de la CN (estabilidad) y art. 17, inc. c) y 18 de la LMREP 25.164 (derecho a la igualdad de oportunidades en la carrera, fijándose como mecanismo de promoción los cargos vacantes la selección según antecedentes, méritos y aptitudes).

(26) 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, JULIO R., La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Buenos Aires, 2001, Ciencias de la Administración, pág. 595).

(27) 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 CN (ver, por todos, Dictámenes, 231:156, antes citado).

(28) Fallos, 310:316, "Pereiro de Buodo", con citas de Fallos, 203:399, 256:97. Con todo, es dable advertir que la Corte no afirma que no sean aplicables los principios generales del derecho penal, sino los que derivan del Código Penal. Por ello, es dable afirmar que la garantía del art. 18 CN, en tanto está contemplada en la Constitución, sí resulta aplicable. En particular, en "Pereiro de Buodo" puntualizó que no regían los principios de ley penal más benigna ni la aplicación de plazos de prescripción cuando éstos no están establecidos normativamente. Como se observa, se trata de cuestiones que no surgen -al menos directamente- de las previsiones del art. 18 de la CN.

(29) Las opiniones de la PTN, que revisten la calidad de Dictámenes, no resultan vinculantes para el órgano que las solicitó. Ello no obstante, sí resultan de conocimiento y mención obligatoria para la totalidad de los profesionales que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, sin perjuicio de que éstos, en el caso de no compartirlas, puedan dejar a salvo su opinión personal en oportunidad de prestar su asesoramiento jurídico (ley 12.954 y normas reglamentarias).

(30) De más está decir que el recaudo de la idoneidad es exigible no sólo de los empleados sino, con más razón por lo elevado de sus responsabilidades, también a los funcionarios políticos. He allí una razón más para investigarlos en la faz disciplinaria, pues más allá de jerarquías o actuales pertenencias, la Administración tiene el deber de indagar si el empleado o el funcionario han obrado en la necesaria idoneidad que el cargo requería. Si así no fuere, ese antecedente empaña, de por sí, sus antecedentes y deberá ser tenido en cuenta

para cualquier futura designación, en la medida en que incide sobre la idoneidad que la Constitución reclama.

(31) Otra de las medidas esenciales que, en mi concepto, habría que adoptar sin demoras, es la creación de un registro único de sancionados que funcione con permanente actualización y pleno alcance respecto de todas las áreas de la Administración central y descentralizada. Estimo conveniente que este registro sea administrado por un órgano de control ajeno a la propia Administración, para mejor garantizar su funcionamiento idóneo, objetivo y ajeno a eventuales presiones propias de la jerarquía. Tal registro debiera abarcar, asimismo, a los funcionarios políticos, contratados y de gabinete que resultaren sancionados.

(32) Dictámenes, 232:66.

(33) No se trata de caer en la ingenuidad de suponer que el total de los denunciantes formulan sus presentaciones en el interés del sano cumplimiento de la ley. Los habrá que sí y los habrá que no. Lo que importa es si, más allá de sus intenciones, su aporte puede ser considerado o no como una colaboración, permitiéndole, en una medida razonable que de modo alguno implique una sustitución en la dirección del sumario, intervenir activamente en él, propiciando nueva prueba, efectuando formulaciones respecto de la producida, etc. Tal rol debiera permitírsele, con igual o mayor razón, a las entidades intermedias especializadas en la materia, sin que ello signifique una "privatización" del control público, por definición irrenunciable.

(34) Sobre el exceso de punición, ver el desarrollo de la cuestión en COMADIRA, JULIO R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2003, Capítulo 3.

(35) Al aplicarse la sanción directamente, es decir, sin previo sumario, es evidente que el cumplimiento del procedimiento para la determinación "objetiva" de la falta debe ser seguido a pie juntillas. Por ejemplo, para que pueda tenerse por configurado el abandono de servicio, resultará absolutamente indispensable que se haya cursado la intimación previa a retomar las tareas que establece la norma -RJBFP, art. 32 y su reglamentación, LMREP, art. 31, inc. b)-. Es la correcta doctrina que se desprende de Dictámenes, 221:97, en el que se señala que no corresponde disponer el cese por la causal de abandono si además de no haberse cumplido con la intimación no se dispuso luego una información sumaria o sumario para que el imputado se defienda.

(36) Nos hemos manifestado críticamente respecto de esta teoría en la cesantía del empleado público y el debido procedimiento previo (la teoría de la subsanación en sendos fallos de la SCBA y de la CNACAF) EL DERECHO, Serie Especial de Derecho Administrativo del 31-10-00.

(37) Dictámenes, 237:323.

(38) Dictámenes, 197:11.

(39) Dictámenes, 221:124.

(40) Dictámenes, 221:97.

(41) Un plazo es perentorio cuando resulta improrrogable y, una vez transcurrido, el derecho dejado de usar dentro del lapso resulta irremediadamente perdido (COLOMBO, CARLOS J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 691).

(42) Dictámenes, 232:210, reiterado en Dictámenes, 241:298, con cita de D'ALBORA, FRANCISCO.

(43) Una saludable doctrina alumbró la CS recientemente, cuando, en un caso vinculado con el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Poder Judicial respecto de un empleado del fuero comercial, sostuvo que la tramitación de un sumario que insumió casi una década, comportó, de hecho, una virtual sanción, en la medida en que el agente se vio privado en la práctica de progresar en su carrera administrativa ("Méndez", sent. del 30-10-01, JA, 2002-II- 677).

(44) Dictámenes, 242:626 (en esta opinión se aconseja la inaplicación del art. 38 de la LMREP al caso, por la propia Administración, en razón de su inconstitucionalidad. Se sigue así la posición del maestro MARIENHOFF en cuanto a que la Administración puede abstenerse de aplicar una ley inconstitucional cuando, como en el caso, a través de la ley se cercenan atribuciones propias del PEN. Se citan dictámenes de la época en que MARIENHOFF fuera Procurador del Tesoro, en los que quedó plasmada la aplicación de tal doctrina. Sobre el tema ver, asimismo, COMADIRA, JULIO R, Derecho Administrativo, cit., capítulo 23.

(45) En Dictámenes, 243:349 se analiza la reglamentación del art. 38 efectuada por el decreto 1421/02, concluyéndose que "la declaración dogmática determinante de un plazo de seis meses que por arbitrario resulta inconstitucional, y como tal agravio no puede superarse con la reglamentación a dicho artículo... sólo cabe atenerse en orden a los plazos de la sustanciación del sumario disciplinario, a lo dispuesto por el Reglamento de Investigaciones Administrativas...".

(46) Dictámenes, 243:620.

(47) Dictámenes, 241:219.

(48) Dictámenes, 241:219.

(49) Dictámenes, 241:219, con cita de Dictámenes, 169:166.

(50) Dictámenes, 241:268.

(51) Dictámenes, 233:170.

(52) CS, "Méndez", 30-10-01, JA, 2002-II-677.

(53) CS, Fallos, 310:2338, 312:1724, 317:387.

(54) De la redacción se desprende que se trataba de un recurso por vicios en el trámite del sumario, antes que por el fondo de la cuestión. De allí que, en caso de ser admitido, el contenido de la resolución quedaba limitado a que se vuelva a sustanciar el sumario, a partir del último acto válido.

(55) SABAN GODOY, ALFONSO, El marco jurídico de la corrupción, Madrid, 1991, pág. 68 y sigs.

(56) Cuando no francamente indescifrables. Asesoramientos que comienzan diciendo “En principio...”, para enseguida aclarar, “ello no obstante”, agregando trascriptón, “sin perjuicio de”..., etc.

© Copyright: El Derecho