

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS. ALGUNAS CERTEZAS E INCERTIDUMBRES

MARIO REJTMAN FARAH

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo,
Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Una necesaria advertencia preliminar. II. Un control judicial pleno y efectivo. III. Algunas cuestiones particulares. IV. El interés público en juego. V. La prevalencia de la presunción de inocencia por sobre la de legitimidad del acto administrativo. VI. El control judicial del procedimiento disciplinario previo. VII. Los plazos. VIII. La entidad de las medidas cautelares. IX. El control judicial y los principios generales del Derecho. X. La existencia de los hechos. XI. Una motivación adecuada. XII. Extensión de las facultades judiciales: el riesgo de las sentencias como categorías simbólicas. XIII. Colofón.

I. UNA NECESARIA ADVERTENCIA PRELIMINAR

La cuestión tratada en este trabajo no es nada novedosa. Calificados autores la han desarrollado con alta solvencia, extensión y profundidad. No pretendo, pues, emularlos ni plantear aquí temas que no hayan sido ya abordados, antes de ahora, con suficiente rigor. Mi único propósito es intentar llamar la atención del lector respecto al funcionamiento de ciertos aspectos relacionados con aquel, en el intento por contribuir, en la medida de lo posible, a evitar se incurra en alguna injusticia *como consecuencia de aplazar la regla de acción hasta el momento en que la acción se halla madura*¹.

Como lo he señalado en otras oportunidades, el Derecho es algo más que un conjunto de normas formales por donde casi en forma inexorable parece transitar la realidad². Tampoco la jurisprudencia nos muestra un panorama completo

1 Ampliar en CARDOZO BENJAMÍN, *La naturaleza de la función judicial*, Librería Editorial Depalma S.A., Buenos Aires, 1955, p. 118 y ss.

2 Entre otros, ver REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, Cap. I. También nos hemos referido a la cuestión en REJTMAN FARAH, MARIO, “Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración Pública en materia de contrataciones administrativas”, en *Suplemento Extraordinario Administrativo, 75º Aniversario, La Ley*, 2010, reproducido luego en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T. VII, Capítulo XXVII. Conforme lo puntualiza RADBRUCH,

ni nos brinda seguridad respecto al tratamiento esperable en situaciones aun similares³. Ello plantea un doble desafío que no resultaría conveniente ignorar al momento de tratar la cuestión aquí planteada.

Para ello me propongo, a modo de pinceladas, dar cuenta de diferentes perspectivas en torno al tema y de algunas oscilaciones o criterios jurisprudenciales en ocasiones dispares, que permiten –una vez más– considerar al Derecho como algo vivo y por lo tanto menos puro, neutral o abstracto de lo que en ocasiones se lo piensa o se lo estudia.

No es, pues, a nuestro juicio, cuestión de detenerse sólo en repasar los principios en abstracto, sino de analizar cómo aquellos se aplican o funcionan efectivamente en la realidad. En cualquier caso, no sólo analizar lo que debe hacerse sino cómo ello se hace⁴.

II. UN CONTROL JUDICIAL PLENO Y EFECTIVO

Existe alto grado de consenso, pero en ocasiones sólo desde una perspectiva teórica, respecto a la plena potestad para controlar judicialmente actos administrativos, como los disciplinarios, dictados en ejercicio de facultades discrecionales. Calificada doctrina se ha referido con anterioridad a este tema. Nos limitamos a citar –por razones de espacio– sólo alguna de ella⁵.

La materia no presenta diferencia sustancial con cualquier otra sometida al control jurisdiccional. Corresponde en tal sentido a los jueces verificar, sin

GUSTAV, *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 38, “no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia”.

3 Ampliar en NIETO, ALEJANDRO, *Balada de la justicia y la ley*, Trotta, Madrid, 2002. Es que “un caso tiene solamente autoridad para aquello que realmente decide”, de acuerdo a la cita que recuerda BENJAMÍN CARDOZO en *La naturaleza de la función judicial*, op. cit., de lo afirmado por Lord HALSBURY en el caso “Quinn v. Leatham”.

4 Como afirma NIETO, ALEJANDRO, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, “el sentido común –y más todavía el sentido jurídico– obliga a distinguir entre lo vivo y lo pintado, entre lo deseado y lo realizado, entre lo ordenado y lo cumplido”. Esto es lo que el autor llama *el Derecho en acción*. En el mismo sentido, ver también el trabajo de COHEN, FÉLIX, *El método funcional en el Derecho*, traducido en Argentina por GENARO CARRIÓ como *El método funcional en el derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1955 (*Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, en su versión original). CARRIÓ explica en el prólogo a dicho libro la razón de tal traducción.

5 Entre otros muchos, y a mero título ilustrativo, puede consultarse, además de las obras generales que tratan el tema aquí abordado y la citada más adelante, el trabajo de SESIN, DOMINGO J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Depalma LexisNexis, Buenos Aires, 2004, aun cuando plantea ciertas restricciones respecto al contralor judicial; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948; CAMPOLIETI, FEDERICO, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en TAWIL, GUIDO S. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011; FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”,

cortapisas, que se respete –y consiguientemente que no se haya violado– el principio de legalidad o de juridicidad.

El panorama jurisprudencial, sin embargo, ha sido cambiante. Aun reconociéndose que los jueces se encuentran plenamente facultados para ejercer tal control, varios antecedentes en la materia muestran que, por razones diversas, tal fiscalización se encuentra, en ocasiones, frecuentemente jaqueada.

Encontramos así fallos que han argumentado que quien ejerce la jurisdicción no sustituye ni valora la discrecionalidad y con ello tampoco la oportunidad, mérito o conveniencia de la sanción, ya apreciada y seleccionada por la Administración⁶. Se ha apelado incluso, en ciertas ocasiones, a la llamada *zona de reserva* de la Administración⁷. En alguna ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación

en *Revista de Administración Pública*, N° 186, Madrid, enero/abril 2012, ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes”, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, p. 377 y ss, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-5-alonso-espejitos.pdf>; CORVALÁN, JUAN G., “Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa”, *RAP*, 351: 59; ALONSO REGUEIRA ENRIQUE M., “Discrecionalidad. Muerte y resurrección”, trabajo publicado en la presente obra; COVIELLO, PEDRO J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AA. VV., *Control de la Administración Pública*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003, p. 6; FERNÁNDEZ TOMÁS R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T. I, Parte General, REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, Cap. X; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, *LL*, 2008-E, 1274, COMADIRA, JULIO, “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, *ED*, 186-612; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración” en *Cuestiones de control de la administración pública*, Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2010.

6 CSJN, “Ferradas c. Adm. Gral. De Empresas Comerciales de Radio y Televisión LS 82 Canal 7”, Fallos: 282:332, en el que se sostuvo la improcedencia de control judicial de la oportunidad de la actuación administrativa. En el mismo sentido se ha expresado SESIN, DOMINGO, “Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido”, *RDA*, 2003-763, Buenos Aires.

7 Afirma SESIN, “Intensidad...”, op. cit., que “en el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente les corresponde a cada poder, cada uno obra bajo su propia responsabilidad. Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado”. A nuestro juicio, la discrecionalidad administrativa no es una facultad extralegal que pudiera surgir de una supuesta zona de reserva o poder originario de la Administración Pública al margen de las normas aplicables. Como con precisión lo señala POZO GOWLAND, HÉCTOR, *El incumplimiento de sentencias por el Estado. Ejecución forzosa y poder de sustitución de los jueces*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Premio Doctor MIGUEL S. MARIENHOFF, 2011, “la configuración de la zona de la administración, junto con la reserva de la ley y la reserva del juez, tuvieron por finalidad demarcar el ámbito de las competencias asignada de modo exclusivo a cada uno de los órganos del Estado. Sin embargo, ello de ningún modo sirve de antecedente ni argumento para excluir del control judicial las acciones u omisiones en que la

(en adelante CSJN) ha dicho incluso que la graduación de la sanción que pudiera adoptarse pertenece al ámbito de reserva de la Administración y, como tal, no resulta revisable judicialmente, salvo supuesto de arbitrariedad manifiesta⁸, ya que lo contrario importaría la violación del principio de separación de poderes⁹. También se ha invocado a ésta como fundamento para limitar el control respecto a decisiones administrativas como las aquí tratadas¹⁰. Con lo que el principio generalmente aceptado encuentra, al momento de analizar el derecho aplicado, ciertas dificultades.

Sin dejar de reconocer diversos avances que se han registrado respecto a esta cuestión, no sólo desde la doctrina sino desde la propia práctica judicial, no podemos concluir que el panorama, en materia de control pleno de las facultades disciplinarias, sea homogéneo o que no presente fisuras.

El principio de división de poderes, invocado en ocasiones como impedimento para relativizar los alcances del control judicial, no sólo no constituye un impedimento sino que, por el contrario, lo alienta en tanto aquél tiene, como una de sus principales finalidades, verificar que la actuación estatal no sea arbitraria.

El artículo 116 de la Constitución Nacional (en adelante CN) ratificó tal principio al asignar a la CSJN y a los jueces inferiores, la revisión y el control de la juridicidad de toda la actividad estatal. Ello ha sido recogido, además, por normas supranacionales, conforme artículo 75 inciso 22 de nuestra CN y entre ellas los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹.

La Constitución española es un adecuado ejemplo de tal principio cuando prevé que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (artículo 9.1.) exigiendo, asimismo, que el

Administración pueda incurrir con motivo del ejercicio de la función administrativa”.

8 Comparar con lo sostenido por MARIENHOFF, M. S. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. A su vez la CSJN ha señalado que cada poder, “dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan”, conforme lo expresado en Fallos: 243:513; GOANE, R. M., “El poder disciplinario de la Administración Pública”, en *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Prof. M. S. Marienhoff*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1044.

9 CSJN, Fallos 311:2128. En los autos “Hamilton, Dalton Mario c/ U.B.A. s/ cobro de pesos” (Fallos: 315:701), el mismo Tribunal admitió el agravio referido a que los pronunciamientos de la universidad en el orden disciplinario no podían ser revisados por juez alguno sin invadir atribuciones propias de sus autoridades, pues involucraban la inteligencia de cláusulas constitucionales referentes al principio de división de poderes.

10 Cfr. Fallos: 303-1:1029; 306:1792; 307:1282; 310:2209, entre otros muchos.

11 Ampliar en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (COORD.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho, 2013, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

Estado en general y la Administración Pública en particular actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (artículo 103.1).

III. ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES

Un aspecto sobre el que se ha pronunciado la CSJN en múltiples ocasiones se vincula con la necesidad de que el control judicial sea *suficiente*¹². Sin embargo, cuando se afirma que los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales son revisables sólo si existe *manifiesta* arbitrariedad¹³, ¿puede seguir afirmándose, sin duda alguna, que esa tutela judicial es efectiva y suficiente? Al exigirse que la arbitrariedad tenga tal carácter, ¿ello no implica una reducción del control?

En esta línea, en la causa “Amengual”¹⁴, entre otras, la CSJN afirmó que el Poder Judicial se encuentra investido de la potestad no sólo del control judicial de la regularidad de un acto administrativo, sino también de la razonabilidad de las medidas que los funcionarios adopten en ejercicio de sus facultades, por lo que pueden los jueces anularlas. Pero ello, según el fallo citado, si se ha incurrido en *arbitrariedad manifiesta*. Diversos otros precedentes del mismo Tribunal marcan una firme tendencia en esta misma interpretación¹⁵.

Esto puede terminar por consagrar cierta autorestricción jurisdiccional frente a la existencia de vicios graves, incluyendo el de arbitrariedad, que pueden no resultar manifiestos y que requieren del juzgador indagar sobre la validez de elementos de la actividad administrativa cuya nulidad no surge de tal modo. Limitar, pues, el control de estos actos a la existencia de una nulidad sólo manifiesta poco ayuda, a nuestro juicio, a la proclamada tutela judicial efectiva.

Se sostiene que existen siempre límites jurídicos precisos a la discrecionalidad administrativa y que por ello el juez, para determinar si aquellos han sido o no violados, debe necesariamente revisar el acto, los hechos en el caso concreto y cada uno de los elementos que hacen a la validez de aquél para recién entonces determinar si ha habido trasgresión a dichos límites¹⁶. Pero resulta con frecuencia difícil compatibilizar tal afirmación con aquella conforme la cual se exige, para la revisión judicial, la existencia de una nulidad o una arbitrariedad que aparezcan como manifiestas.

12 Desde el conocido precedente “Fernández Arias”, Fallos: 247:646, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha coincidido siempre con ello, aunque utilizando límites diversos respecto a los alcances de tal afirmación.

13 En relación a una acción de amparo ver CSJN, “Obra Social de Empleados del Tabaco de la República Argentina y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura s/ Amparo y sumarisimos”, Fallos: 325:2583.

14 CSJN, “Amengual, Francisco, A v/Universidad Nacional de Cuyo”, Fallos: 279:65.

15 Ver, entre otros, Fallos: 315:701, op. cit.

16 Ver, por todos, JEANNERET DE PÉREZ CORTES, MARÍA, “El control judicial: alcance y límites. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 975.

En sentido contrario, resulta paradigmático mencionar, entre otros, el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Marengo”¹⁷, a través del cual se resolvió que constituía un contrasentido lógico hablar de irrevisibilidad de la actividad discrecional de la Administración salvo arbitrariedad manifiesta, puesto que, para determinar la existencia de ésta, hay que revisar el acto. Por ello, como lo expresara en su voto el juez COVIELLO en la sentencia dictada en la mencionada causa, no es que los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales estén eximidos del control, sino que, antes bien, significa que ese control existe. La discusión pasa, en todo caso, por si existe un límite para hacerlo.

El criterio restrictivo en materia de control judicial de las facultades discrecionales, que surge, entre otros, de los fallos dictados por la CSJN en las causas “Guast”¹⁸, “Emisiones Platenses”¹⁹, “Astilleros Alianza”²⁰ o “Prodelco”²¹, se atenuó en otros casos, conforme se desprende de lo resuelto por el mismo Tribunal en las causas “Defensoría del Pueblo”²², “Degremont”²³, “Fadlala”²⁴, “Jalife”²⁵ o “Solá”²⁶.

Pero la realidad sigue mostrando fallos en la misma línea argumental de los primeros precedentemente citados, con lo cual la respuesta jurisprudencial frente a este tema no es pacífica. Lo mismo aplica a la revisión judicial de sanciones disciplinarias. Es una cuestión que no podemos ignorar y sobre la que, estimo, debemos estar atentos.

IV. EL INTERÉS PÚBLICO EN JUEGO

En materia disciplinaria, la Administración Pública no tiene asignado determinar, en forma excluyente, cuáles son los intereses públicos y las finalidades en juego al momento de disponer una sanción. Aun admitiendo que esta actividad

17 C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, “Marengo, Guillermo J. c/ Ministerio de Acción Social y Salud Pública”, publicado en *La Ley online*.

18 CSJN, 1997, “Guasti, Ricardo Alberto c/ Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina s/ retiro militar y fuerzas de seguridad”, Fallos: 320:1479.

19 CSJN, 1997, “Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo”, Fallos: 320:1191.

20 CSJN, 1991, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estadio Nacional (PEN) s/ daños y perjuicios”, Fallos: 314:1202.

21 CSJN, 1998, “Prodelco c/ PEN s/ amparo”, Fallos: 321:1252.

22 CSJN, 2006, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 329:4542.

23 CSJN, 2004, “Degremont Sociedad Anónima c/ Tierra del Fuego, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos)” s/ ordinario, Fallos: 327:548.

24 CSJN, 1984, “Fadlala de Ferreira, Celia Ramona s/ amparo”, Fallos: 306:126.

25 CSJN, 1993, “Jalife Elias s/ acción de amparo”, Fallos: 316:3077.

26 CSJN, 1997, “Solá Roberto y otros c/ Estado Nacional- PEN s/ empleo público”, Fallos: 320:2509.

tiene aspectos discrecionales, los jueces no pueden dejar de considerar si se ha valorado y apreciado el interés público alegado, aun tratándose de penalizar en sede administrativa conductas individuales.

Como lo dijera FERNANDO SAINZ MORENO²⁷, el control judicial “penetra en zonas hasta ahora acotadas a la libre decisión administrativa, para llevar allí el criterio de la ley, incluso cuando la ley parece dejar en libertad a la administración para que pueda decidir, y ello porque aquí también tiene que ser legal, esto es, coherente con el ordenamiento jurídico”.

Esta coherencia se vincula, particularmente, con las cuestiones vinculadas al interés público siempre en juego. Ello es, además, un ineludible principio general del Derecho.

La CSJN ha dicho que el resguardo de la juridicidad en cuestiones de índole pública exige observar adecuadamente principio de la buena fe²⁸ sin que deban perderse de vista en ese ámbito las consecuencias perjudiciales e injustas que conlleva para el interés y el patrimonio públicos el ejercicio irrazonable, imprudente o desviado de los poderes públicos.

Conforme lo han señalado BRAIBANT y STIRN²⁹, recordando las palabras de un humorista francés, uno resiste a todo, menos a las tentaciones. Entre ellas los autores identifican, como la primera, a la de la arbitrariedad pues, tal como lo puntualizan, en ocasiones es más fácil actuar de un modo arbitrario que de un modo regular apartándose de las finalidades y los intereses públicos en juego.

En tanto la potestad disciplinaria tiene por objeto preservar la buena marcha de la Administración y el cumplimiento, por parte de sus agentes, de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone, las sanciones que pudieran aplicarse no pueden ser ajenas a tal interés público.

V. LA PREVALENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA POR SOBRE LA DE LEGITIMIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Emparentado con el argumento respecto a la necesidad de que, para que este tipo de actividad sea judicialmente revisable la nulidad debe aparecer como manifiesta, suele aparecer otro, conforme el cual el acto administrativo se presume legítimo. Ambos suelen ir de la mano.

Por cierto, tal presunción es sólo *iuris tantum*. Pero se enfrenta, además, con otra que sí es absoluta, como lo es la de inocencia.

27 Ver al respecto FERNANDO SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 224 y ss.

28 Fallos: 325:1787.

29 Ampliar en GUY BRAIBANT y BERNARD STIRN, *Le droit administratif français*, 7ª ed., Dalloz, París, 2005, Título II, p. 227.

Como con acierto lo recuerdan ALONSO REGUEIRA y CASARINI³⁰, conforme lo han puntualizado GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ³¹, el *privilegio* de la presunción de verdad de los actos sancionatorios cede frente al principio constitucional de presunción de inocencia, consagrado en nuestro ordenamiento positivo por la CN en los artículos 18 y 33 y, luego de la reforma de 1994, en múltiples declaraciones y convenciones de derechos humanos incorporados a ella, conforme lo previsto por el artículo 75, inciso 22³².

Es sabido que la presunción de inocencia, de plena aplicación al proceso disciplinario, supone que sólo a través de una sentencia se determinará en forma definitiva la culpabilidad de un imputado. Por ello la presunción de legitimidad no sólo cesa frente a la de inocencia sino que admite siempre prueba en contrario. En relación con la viabilidad de disponer medidas cautelares se mitiga en forma notable también cuando se impugna un acto administrativo sobre bases verosímiles.

Como lo sostienen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ³³, “la supuesta presunción de verdad de los actos administrativos no es tal, sino un mecanismo de auto tutela previa o provisional que presume sólo la validez en tanto ésta no se destruya a través de un medio impugnatorio (...) pero la impugnación podrá basarse, justamente, en que la Administración no ha alcanzado con sus pruebas a destruir esa presunción constitucional de inocencia”.

Por otra parte, el concepto mismo de presunción de legitimidad de la actividad administrativa ha comenzado lentamente a desmitificarse, considerándose incluso que ella es relativa en el marco del proceso contencioso administrativo. Ello obra a favor de la perspectiva aquí planteada. Recordemos, asimismo, que el juicio de verosimilitud es un juicio de probabilidad y no un juicio de verdad, la que sólo habrá de obtenerse con la sentencia final en el proceso judicial.

Coincidimos con CASSAGNE cuando afirma respecto a tal presunción que ella “supone la validez provisoria de los actos administrativos, ella no puede ser absoluta tanto por la razonabilidad que cabe atribuir al ordenamiento como por la injusticia que puede ocasionar la interpretación más autoritaria acerca del alcance

30 Ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE y CASARINI LUIS, “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, *LL*, 2012-F, 1244.

31 En GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ TOMÁS - RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, con Notas de AGUSTÍN, GORDILLO, T. II, 1ª ed. argentina, Thomson-Civitas, La Ley, 2006, p.181 y ss.

32 En igual sentido, MERTEHIKIAN EDUARDO, “Implicancia de la presunción de legitimidad y el proceso administrativo”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 383, Rap, Buenos Aires, p. 501, quien coincide en señalar que por tener la presunción de legitimidad origen legal, ésta cede ante otras presunciones de rango constitucional tal como sucede con la presunción de inocencia o de no culpabilidad.

33 Ver GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op. cit., p. 181.

de la presunción. Es posible que se crea que de esta manera el particular se convierte en el juez de los intereses públicos pero esto constituye, en realidad, una verdadera falacia, ya que, en definitiva, será ese particular quien deberá responder ante la justicia por su conducta frente a la Administración, arriesgando muchas veces su libertad y su patrimonio”³⁴.

A su turno, también GORDILLO se ha referido en diversas oportunidades a la crisis de esta presunción, en posición que compartimos, sosteniendo que, “si bien se puede admitir en base al decreto-ley 19.549/72 una presunción de legitimidad limitada, no puede hacérselo a nuestro juicio con el alcance de cubrir también el acto nulo. Por lo demás, en el acto nulo se da casi por hipótesis una violación grave justamente de las normas que se han dictado para garantizar al administrado, con lo cual sería contradictorio argumentar, en base concretamente a la existencia de las normas violadas o transgredidas en el caso, que el acto debe presumirse legítimo”³⁵.

VI. EL CONTROL JUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO PREVIO

Resulta imprescindible, y ello debe ser objeto de expreso control jurisdiccional, que exista un procedimiento previo a la aplicación de cualquier sanción, en el que el interesado tenga la oportunidad de ejercer con plenitud su derecho de defensa. Por encima de cualquier previsión reglamentaria o estatutaria, las garantías al debido proceso y a la defensa en juicio han sido constitucionalmente consagradas por el artículo 18 de la CN y ello debe ser objeto de expreso control. No constituye una facultad discrecional asegurar el cumplimiento de tales derechos.

El hecho de que la acción administrativa esté sujeta a determinadas formalidades y que se realice a través de los cauces formales de un procedimiento es una de las primeras cuestiones que plantea el control del ejercicio de las potestades disciplinarias. El procedimiento administrativo es, ante todo, una primera garantía para permitir que la actuación de la Administración preserve, además de los derechos de las partes, el interés público en juego. Por ello la Administración no puede actuar libremente, como podría hacerse en ciertos supuestos en el ámbito privado.

Resulta en tal sentido condición inexcusable, previa a la aplicación de cualquier sanción disciplinaria, que el afectado tenga la ocasión de formular su descargo antes de la emisión del acto, que sea oído en tiempo y forma adecuada y que tenga el derecho de ofrecer, producir y controlar la prueba que hace a su defensa.

La Administración, en ejercicio del poder disciplinario, no puede ni debe –por mandato constitucional– aplicar ninguna sanción sin que antes el

34 Ampliar en CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos”, *LL*, 1988-E, 1103.

35 Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. III, Cap. V, 10ª ed., FDA, Buenos Aires, 2011.

funcionario inculpado pueda tener cabal conocimiento de las actuaciones administrativas en las que se le formule un reproche disciplinario, hacerle conocer éste con precisión, probar lo que estime hace a su derecho y formular su descargo.

El adecuado, correcto y legítimo cumplimiento de estos recaudos son los primeros aspectos susceptibles de contralor judicial. Cualquier actuación u omisión de los órganos estatales, dentro de un proceso administrativo disciplinario, debe respetar el debido proceso legal. Y para que éste exista, es preciso que un justiciable pueda hacer valer en forma previa y en tiempo oportuno sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva.

Esta garantía ha sido objeto, además, de expreso reconocimiento en varios tratados internacionales: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículos 8 a 11; el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, artículos 2, 9 y 14; y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 18 y 26; entre otros.

Marcar la raíz constitucional y convencional del principio del debido proceso en materia disciplinaria tiene particular importancia pues, en tiempos en los que se reafirma el Estado Constitucional de Derecho y los derechos y garantías protegidas por la Constitución, es ya un lugar común sostener que toda la normativa del Estado debe interpretarse y aplicarse conforme ella y los tratados internacionales.

La privación del derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a controlarla nulifica, por sí misma, cualquier sanción disciplinaria. Aun en el caso de sanciones menores, se impone el derecho del eventual sancionado a ser oído en forma previa y a que presente su descargo y la prueba de la que intente valerse, aunque no exista una norma que expresamente lo establezca, el debido proceso constituye un principio constitucional de obligatorio acatamiento. En algunos casos, la oportunidad de formular al menos un descargo implica un procedimiento reducido tendiente a tutelar el derecho de defensa y a facilitar nuevos elementos de juicio a la Administración³⁶.

Toda vez que el principio del debido proceso es aplicable en todos los procedimientos administrativos, aun en aquellos en los que no exista una norma expresa que exija la promoción de un sumario para aplicar sanciones disciplinarias, la Administración no está en consecuencia eximida, como principio general, del

36 Ver al respecto, entre otros antecedentes, lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 08/08/2000, en autos "Bianchi, Víctor Hugo c/ Provincia de Córdoba s/ Plena jurisdicción - Recurso de apelación".

deber de oír previamente al agente involucrado y darle la oportunidad de formular su descargo³⁷.

Nuestro más Alto Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades y en tal sentido que es nula la sanción dispuesta en el marco de un procedimiento sin que se dé vista al inculcado para que efectúe su defensa y proponga las medidas de prueba pertinentes o sin dar traslado al sumariado para que alegue sobre el mérito de las actuaciones, una vez concluidas. Se considera que tales falencias importan la violación de la garantía de defensa en juicio³⁸.

¿Por qué ponemos entonces tanto énfasis en esta cuestión? Porque el panorama jurisprudencial sobre esta cuestión muestra algunos antecedentes, a nuestro juicio disvaliosos, que menoscaban el proclamado control judicial pleno.

En ciertas ocasiones se aceptó la dispensa del sumario previo en tanto se trataban de faltas leves³⁹, cuando a nuestro juicio las garantías constitucionales en juego no admiten cortapisas cualquiera sea la gravedad del eventual incumplimiento. Aun cuando algún cuerpo estatutario pudiera eximir de instruir un sumario, ello no significa en modo alguno que no se le dé al administrado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa (conforme lo previsto, además de las

37 La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que resulta siempre exigible que el Estado indique en forma precisa aquello que constituye la falta y desarrolle los argumentos que permitan concluir que el reproche disciplinario tiene la suficiente entidad para justificar que un funcionario sea sancionado (“Caso Chocrón Chocrón”). En los casos “Baena” y “López Mendoza”, analizó en profundidad la naturaleza de estas sanciones, concluyendo que, al igual que las penales, constituyen una expresión del poder punitivo del Estado, por lo que tienen, en ocasiones, similar naturaleza. Esta afirmación tiene, para la Corte IDH, una consecuencia necesaria. A diferencia, tal vez, de otros actos discrecionales del Estado, las sanciones administrativas se encuentran sujetas a las garantías que, para el Derecho Penal, resguarda el debido proceso legal. Es decir que, para su dictado, el Estado debe cumplir, por principio, no sólo con las exigencias del artículo 8.1 de la Convención, sino también con el 8.2 de dicha norma. Ampliar en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, op. cit.

38 En autos “Farías”, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe recordó que debe siempre existir *una razonable posibilidad de defensa*, y aclaró que ello es así aunque no exista ningún texto legal expreso al respecto. En dicho precedente, también aludió a su criterio según el cual “en ausencia de normas reglamentarias, debe asegurarse al imputado la posibilidad de ser oído, probar y alegar”, como así también que el respeto del derecho de defensa tiene su origen en la Constitución. A su vez, refirió al derecho a ser oído y a producir pruebas de descargo como aspectos fundamentales de la garantía de la defensa, afirmando que integra el del debido proceso, y que constituye una garantía constitucional de la que la Administración no puede prescindir sin mengua del ordenamiento jurídico fundamental (del mismo Tribunal, ver “Ayala”, A. y S. T. 63, p. 384).

39 Como se admitiera en C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 24/02/1998, “Sotelo, Teresa v. Instituto de Servicios Sociales Bancarios”.

normas expuestas por el artículo 1 inciso *f*), apartado 1, de la Ley 19.549⁴⁰). Ello debe ser necesariamente objeto de contralor judicial.

Otra debilidad respecto a esta cuestión surge de lo que se ha dado en denominar *la teoría de la subsanación*, a la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunos tribunales han apelado en ocasiones y en virtud de la cual posibles *defectos en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido*⁴¹.

Afecta conforme nuestro criterio el principio de la buena fe que se intente, por ejemplo, subsanar *ex post* la motivación o el procedimiento previo aplicable. En su voto emitido en la causa “Molinas, Ricardo Francisco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”⁴², el juez BELLUSCIO sentó la doctrina, a nuestro juicio correcta, en el sentido de que no era admisible que la Administración pretendiera motivar tardíamente un acto de cesantía, en el caso al momento de presentar un informe en una causa judicial. No es posible aceptar, pues, que se integren elementos previos o concomitantes a la emisión del acto administrativo con posterioridad a su dictado porque ello implica una burla respecto del sentido protector que aquélla posee para el interés público y el interés privado⁴³.

El sumario previo a la aplicación de una sanción administrativa –como consecuencia de la garantía de defensa y el debido proceso– resulta jurídicamente imposible de subsanar.

Ello es independiente de supuestos excepcionalísimos en los que, frente a ciertas causales, por ejemplo que el agente hubiera incurrido en el límite de inasistencias injustificadas en el transcurso de un año, no se exija en algunos estatutos la institución de un sumario previo, atento la existencia de razones objetivas previstas por tal tipo de normas que, de configurarse, acarrear automáticamente la aplicación de sanciones. Pero la existencia misma de tales hechos, naturalmente, debe ser objeto de control jurisdiccional para verificar su efectiva existencia. Y, aun en tales casos, conferir vista previa al interesado y que éste sea oído es condición inexcusable para la validez de una eventual sanción.

VII. LOS PLAZOS

Los sumarios administrativos suelen demorarse un tiempo irrazonable, en flagrante contravención a la previsión contenida en el artículo 1 de la LNPA que contempla como principio general de obligatorio cumplimiento la celeridad, economía, sencillez y eficacia en el procedimiento.

40 BARÓ, DAISY, *La relación de empleo público*, Buenos Aires, 1982, ps. 68-69. Ver voto del Dr. COVIELLO, considerando IV, en C. Nac. Cont. Adm. Fed., 31/03/00, “Dima Juan Carlos c/ Comisión Nac. de Energía Atómica s/empleo público”.

41 Fallos: 267:393; 273:134; 292:153; 300:1047; 305:831.

42 Fallos: 314:1091.

43 Fallos: 314:1091.

La situación se agrava, si ello fuera posible, cuando al agente se le aplica una cesantía o exoneración y, como consecuencia de una sentencia judicial, se resuelve judicialmente que tales sanciones eran ilegítimas y se impone la obligación a la Administración de reponerlo en el cargo. En tal supuesto nuestra jurisprudencia no ha admitido el pago de los salarios caídos en tanto, como lo ha dicho nuestro Máximo Tribunal, “salvo disposición expresa y específica para el caso, no corresponde el pago de salarios por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del agente público dado ilegítimamente de baja y su reincorporación, ya que no basta la ilegitimidad del acto de baja para acordar dicho reclamo”⁴⁴. Y, aunque no compartimos plenamente tal conclusión, es sin embargo la prevaleciente.

Un interesante precedente con relación a los tiempos que insume el procedimiento previo para aplicar sanciones, aunque el caso no se vinculaba con faltas disciplinarias de agentes públicos, se registró en la sentencia recaída en la causa “Losicer Jorge y otros c/ BCRA – Resol. 169/05”⁴⁵ a través de la cual el Máximo Tribunal revocó la sentencia que desestimó los recursos de apelación interpuestos contra la resolución del BCRA –que impuso multas por aplicación de lo establecido por el inciso 3, del artículo 41 de la Ley 21.526, por diversas infracciones al régimen financiero cometidas por quienes actuaron como directores o síndicos de una sociedad anónima– pues los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentaban como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura, lo que demostraba para el Tribunal una irrazonable dilación del procedimiento administrativo que resultaba incompatible con el derecho al debido proceso.

Ya el mismo Tribunal había sostenido el derecho de todo individuo de liberarse del estado de sospecha propio de cualquier imputación en los fallos “Mattei”⁴⁶ y en “Mozzatti”⁴⁷, por citar sólo algunos ejemplos. La CSJN dejó sin efecto la multa impuesta en ambos casos al considerar que había existido una indebida dilación del procedimiento administrativo, incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el artículo 18 de la CN y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con rango constitucional.

El plazo razonable de duración del proceso al que se alude en el inciso 1 del artículo 8 de la citada Convención constituye una garantía exigible en toda

44 CSJN, Fallos: 307:1215 y 1220; 308:681 y 732; y 312:1382, entre otros.

45 CSJN, Fallos: 335:1126.

46 CSJN, Fallos: 272:188.

47 CSJN, Fallos: 300:1102.

clase de procedimiento cuya verificación cabe a los jueces para determinar si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión, como presunción en contra del acto sancionatorio.

VIII. LA ENTIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Al momento de disponerse medidas cautelares en materia impugnatoria de sanciones disciplinarias, el criterio debe ser amplio. Especialmente cuando se trata de actos administrativos de suspensión provisional o vinculados a sanciones definitivas aplicadas por la Administración.

Como lo tiene dicho la CSJN, estas medidas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. El juicio de verdad, en esta materia, se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. En tal entendimiento, resulta suficiente la comprobación de la apariencia del derecho invocado de manera tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho, suponiendo que el desarrollo de ese proceso principal no resulte un obstáculo para alcanzar esa certeza.

También cabe recordar que la CSJN tiene declarado que siempre que aparezca de manera clara y manifiesta la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía rápida del amparo⁴⁸.

Incluso se ha sostenido que “... si bien y por principio no procede la medida de no innovar –suspensión de los efectos– respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles”⁴⁹.

Disponer medidas cautelares autónomas de forma pretoriana –con todo lo saludable que ello es– pero sin respaldo legal preciso o las restricciones propias de la Ley 26.854 constituyen dos facetas de un mismo problema sobre las que resulta conveniente reflexionar.

Es cierto que se acude a la posibilidad procesal que otorga el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esto es, solicitar el dictado de una medida cautelar autónoma, previa a la iniciación del eventual juicio de conocimiento en el que se podrá debatirse la validez del acto. Posibilidad que hoy recoge la Ley 26.854 (artículo 3.1). Pero, a las dificultades para obtener el

48 CSJN, Fallos: 241:291; 280:228.

49 CSJN, Fallos: 250:154; 251:336; 307:1.702; 316:2.855; 330:5.226, entre otros.

dictado de medidas de esta naturaleza, en especial en cuanto a la reunión de los requisitos exigidos para ello por las normas vigentes o la jurisprudencia aplicable, se suma el hecho de que el citado artículo 207, redactado para regir, como principio, en el ámbito del proceso civil entre privados, exige que el juicio de conocimiento que eventualmente se inicie lo sea dentro de los 10 días hábiles judiciales de trabada la medida, es decir, de prestada la contracautela y notificada la Administración de su dictado.

De allí la necesidad de plantear este tema en el marco de este trabajo.

IX. EL CONTROL JUDICIAL Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La sujeción de la actividad administrativa disciplinaria a la ley incluye su sometimiento a los principios generales del Derecho, por lo que el control judicial debe realizarse a la luz de aquellos. Por ello nos hemos referido más arriba al control de juridicidad que los jueces deben ejercer, a fin de no caer en el equívoco que legitimidad o legalidad puedan ser entendidos como conceptos apegados al mero cumplimiento formal de la ley.

Al informar tales principios, todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también la norma que atribuye la potestad sancionatoria, se impone que la actuación del órgano administrativo se ajuste a las exigencias de aquellos.

Deberá controlarse su plena operatividad y cumplimiento, lo que tiene una mayor incidencia en ocasión de ejercer facultades disciplinarias. Ello permite tener en consideración que también son elementos a controlar judicialmente la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros principios.

La CSJN tuvo ocasión de expedirse respecto a ello, en general, en múltiples oportunidades. Lo hizo así en relación con la doctrina de los actos propios o la confianza legítima⁵⁰, a la buena fe y al principio de no contradicción.⁵¹

Un interesante fallo de dicho Tribunal, dictado en la causa “De Maio”, puso de relieve un relevante modo de control judicial de la actividad administrativa a través del análisis de las finalidades en juego. No se trataba en el caso de una sanción disciplinaria pero sí del dictado de un acto en ejercicio de facultades discrecionales. Como lo señalara el propio Tribunal, es necesario al momento de controlar judicialmente esta actividad no interpretar siempre las normas citándose estrictamente a sus palabras *sino que el espíritu que las nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un*

50 “Compañía Azucarera SA v. Provincia de Tucumán”, Fallos: 149:271.

51 CSJN, “Lan Argentina SA - MORITAN c/ ORSNA- Van Lacke s/medida cautelar (autónoma)”.

formalismo paralizante. El considerando 8 resulta clarificador en tal sentido a la luz, como siempre, de los hechos concretos del caso.

En otro valioso precedente en la causa “Cimet”⁵², el Máximo Tribunal, con relación a un acto de alcance general emitido por la misma CSJN, la Acordada 4/2007, resolvió que la exigencia establecida respecto a la cantidad de renglones por página que deben tener los escritos presentados ante ese Tribunal perseguía como finalidad que no se transgreda tal límite superándolo. Interpretarlo de otra manera, conforme lo menciona el considerando 4 de la sentencia dictada en dicha causa, constituía una interpretación irrazonable que no satisfacía los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada. Estas pautas y directrices son aplicables, en plenitud, al control de las finalidades perseguidas por todo acto cuyo objeto sea imponer una sanción disciplinaria.

X. LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS

No sobreabundaremos en la necesidad, pacíficamente reconocida, respecto a la potestad –y necesidad– de controlar judicialmente la existencia de los hechos, su pertinencia, razonabilidad y adecuación a las finalidades perseguidas. Deben también explicitarse los hechos objetivos que originan la sanción, los que deben estar probados y cuya determinación no entra dentro de la discrecionalidad pues ésta opera respecto de la consecuencia jurídica y no sobre el supuesto de hecho.

Los presupuestos objetivos legalmente previstos para que pueda aplicarse la sanción contemplada en la norma, son tal como la realidad los exterioriza y como quedan acreditados en un expediente administrativo. No es jurídicamente posible prescindir de ellos, inventarlos o desfigurarlos, aunque la Administración tenga conferidas ciertas facultades para su valoración. Los hechos como base de la decisión sancionatoria constituyen, por tanto, el presupuesto fáctico de la norma y su control debe necesariamente llevarse a cabo como medio para garantizar la legalidad del obrar estatal.

En este sentido, independientemente de que la valoración de los hechos puede ser discrecional, éstos existen o no. Y deben estar acreditados. Aunque la prohibición de la arbitrariedad condena también la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa este punto es, a mi juicio, esencial para demostrar que el centro de lo que se debate en el proceso judicial son fundamentalmente los hechos del caso y la disputa no se limita al examen del Derecho aplicable. ¿Es ésta la tendencia mayoritaria? ¿Se compatibilizan estas afirmaciones con el límite de la arbitrariedad sólo manifiesta?

52 Recurso de hecho deducido por la AFIF – DGA en la causa “Cimet S.A. c/ ANA P. Libres”, del 26 de agosto 2014.

Diversos precedentes vinculados al control judicial respecto a los hechos del caso marcan un adecuado sendero por donde debe transitar este aspecto del control. Uno de ellos fue el resuelto por la CSJN en la causa “Arenson”⁵³, fallo en el que no sólo se controlaron las finalidades en juego sino muy especialmente los hechos determinantes y la fundamentación de la medida. Y es interesante el voto de la minoría que también descalificó al acto en tanto la norma en la que éste se había fundado había sido dictada por una autoridad de facto, fundamento no habitual.

Otro antecedente a destacar en el sentido aquí propiciado, aclarando sin embargo que no se trataba en el caso de una cuestión vinculada al ejercicio por parte de la Administración de una potestad disciplinaria, es el fallo dictado en la causa “Silva Tamayo”⁵⁴, en el que la CSJN no sólo anuló el acto por falta de fundamentación sino que, analizando y revisando los hechos, anuló la medida adoptada por padecer un vicio en la causa en tanto verificó que la condición resolutive alegada por la Administración no se había siquiera configurado.

En la sentencia dictada en la causa “YPF S.A. c/ DGA”, descalificó también la actividad supuestamente discrecional de la Administración por entender que las normas que le conferían tal potestad delimitaban su ejercicio y que por lo tanto –en el caso particular– la fijación del valor del gas como un *commodity*, sobre una pretendida cotización internacional, resultaba ajena a la realidad en tanto se carecía de una cotización de tales características. El significativo valor de la sentencia reside, a mi juicio, en el exhaustivo análisis de las circunstancias técnicas y económicas de las que pretendidamente se derivara el acto impugnado, judicialmente controladas, lo que permitió concluir que la Administración no había contado con elementos irrefutables e inequívocos para sustentar su criterio.

En estos y en otros casos, se introdujeron algunas valiosas pautas para, precisamente, reducir la discrecionalidad administrativa y controlar actos dictados en ejercicio de tales facultades⁵⁵.

Todos estos precedentes, mencionados a título meramente ilustrativo, permiten considerar las diferentes perspectivas de análisis que nuestro superior

53 CSJN, Fallos: 306:400.

54 CSJN, Fallos: 334:1909.

55 No debemos dejar de mencionar diversas interpretaciones favorables al control jurisdiccional de los hechos, expuesta en diversos antecedentes de la CSJN conforme surge de lo resuelto, entre otras, en las causas: 1959, “López de Reyes, María Consuelo c/ Instituto Nacional de Previsión Social”, Fallos: 244:548; 1984, “Marra de Melincoff, Alicia Leonor c/ Universidad de Buenos Aires”, Fallos: 306:820; o en 2003, “Medina Julio Ernesto c/ Estado Nacional- Ministerio del Interior. Policía Federal Argentina”, Fallos: 326:2896. Tal como lo afirma el juez PETRACCHI en su voto emitido en esta última causa, la exactitud material de los hechos que motivan la decisión administrativa constituye una condición general de legalidad de todo acto administrativo.

tribunal utiliza para considerar los vicios vinculados a los hechos que sirven de causa a un acto. Todos ellos aplican en la materia aquí tratada.

XI. UNA MOTIVACIÓN ADECUADA

Todo acto a través del que se aplique una sanción disciplinaria, como cualquier otro acto administrativo, debe contar con una motivación suficiente y adecuada. Resulta casi innecesario mencionarlo. Un importante criterio de distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad es la existencia o no de fundamentación. La oportunidad, el mérito o la conveniencia deben ser plenamente conocidos y explicitados a fin de que pueda examinarse si la sanción adoptada es fruto de una discrecionalidad razonable o del capricho de algún funcionario. En consecuencia, siempre debe haber constancia de las razones que avalan una sanción disciplinaria y descartan cualquier otra.

De allí que la Administración no puede limitarse a invocar genéricamente que actúa en virtud de una potestad discrecional, sino que debe exponer, en cada caso, cuáles son las concretas circunstancias que, a su juicio, justifican no sólo la sanción aplicada sino también la elección de la penalidad aplicada.

Este aspecto de la cuestión debe ser considerado con el rigor que el tema amerita para evitar soluciones disvaliosas. Así lo hizo el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires en la sentencia dictada en la causa “Casares”⁵⁶ vinculada a la impugnación judicial de un acto que había exonerado a un agente y a través de la cual se lo anuló por falta de fundamentación respecto a cuáles habían sido las razones concretas por las cuales se había aplicado esa medida si el ordenamiento preveía, frente a los mismos incumplimientos de los deberes a cargo del funcionario, dos posibles sanciones como lo eran la aplicación de una cesantía o una exoneración. Y ello pese a que el Tribunal dio por probada la existencia de las faltas imputadas al agente.

El Tribunal señaló en esa oportunidad que la sola y única invocación de una norma no sólo no aparecía como idónea por sí misma para fundar o distinguir la aplicación de una u otra sanción, sino que no permitía hacer mérito de diferentes consideraciones que pudieron haber estado en el espíritu del órgano que dictó la decisión, pero que no quedaron exteriorizadas satisfactoriamente en los fundamentos del acto.

Se ha resuelto, frente a situaciones análogas, que la mera cita de disposiciones normativas resulta insuficiente como motivación del acto a través del cual se aplica una sanción mayor, en tanto no se explicitan las razones por las cuales se aplicaba, por ejemplo, una pena expulsiva y no la correctiva⁵⁷.

56 13/07/1982, “Casares Eduardo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, B. 48.114.

57 Causas B. 47.247, “Ramos”, sentencia del 11/09/79; Acuerdos y Sentencias, 1977-11-624; B. 48.119.

Existen algunos fallos relevantes, aun cuando no referidos a sanciones disciplinarias pero plenamente aplicables a esta materia, que muestran de qué modo temas habitualmente considerados como no revisables, cuando no hubiera mediado motivación (o incluso donde se difería al PEN la potestad de apelar a una motivación genérica), fueron objeto de adecuado control judicial.

Entre ellos la sentencia dictada en la causa “Gutiérrez, Jorge Amado c. Estado Nacional - Honorable Senado de la Nación”⁵⁸, en la que se avanzó sustancialmente respecto al control de la actividad del PEN en materia de designación de magistrados con relación a la motivación de las propuestas para hacer efectivas aquellas. Se hizo lugar allí a la medida cautelar peticionada tendiente a que el PEN y el Senado se abstuvieran de llevar adelante cualquier acto vinculado a la cobertura del cargo de juez de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, hasta tanto el titular del PEN no fundamentara la decisión instrumentada en el mensaje donde solicitó el acuerdo del Senado para cubrir dicho cargo con el aspirante ternado en segundo lugar. El Tribunal concluyó que la solicitud de acuerdo instrumentada mediante el mensaje al Senado debía formularse *haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada*.

La expansión de este criterio obra para el fortalecimiento del control judicial aquí tratado.

En la causa “Mattera, Marta del R. c. Consejo de la Magistratura Nacional”⁵⁹, el Máximo Tribunal fue más lejos aún, pues resolvió que no era óbice para el pleno control judicial, lo establecido en el último párrafo del acápite c) del artículo 13 de la Ley 24.937, en cuanto preveía que la decisión adoptada por la mayoría del plenario en materia de concursos sería irrecurrible, pues “aun cuando se acepte que la decisión en la que se conforma una terna –o como en el caso, una lista complementaria– es el fruto del ejercicio de una atribución privativa y excluyente del plenario del Consejo de la Magistratura, en modo alguno tal reconocimiento lleva a admitir que, en caso de producirse un uso antijurídico de dicha atribución por parte del órgano competente, esa actuación quede exenta de todo control por los jueces, si éste es requerido por el afectado”.

En relación con el tema aquí tratado y las garantías establecidas por el artículo 8.1. de la CADH⁶⁰, la Corte Interamericana de Justicia puso el énfasis en la necesidad por parte del Estado de cumplir con el deber de motivación⁶¹,

58 Ver *LL*, 2004-E, 714.

59 *JA*, 2002-II-680.

60 Ver al respecto THEA, FEDERICO, comentario al artículo 8 en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, op. cit.

61 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia del 01/09/2011, Serie C, N° 233. Ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Infojus, DACF130093, disponible en: <http://www.infojus.gov.ar/doctrina/>

advirtiendo que no hacerlo constituía una violación al deber estatal de brindar a la persona un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la CADH⁶². En palabras de la CIDH, tal motivación debe contener la justificada razón que permite llegar a una conclusión, de modo que permita conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar la decisión. Así, para la CADH, la falta de motivación del acto discrecional se traduce necesariamente en su arbitrariedad⁶³. En los casos “Baena”⁶⁴ y en el ya citado “López Mendoza”, tuvo ocasión de referirse el mismo Tribunal a la necesidad de respetar el debido proceso legal exigible también para el procedimiento administrativo.

En materia de sanciones administrativas y discrecionalidad, así como con relación a la jurisprudencia de la Corte IDH, nos remitimos a los trabajos de ALONSO REGUEIRA, de imprescindible lectura⁶⁵.

XII. EXTENSIÓN DE LAS FACULTADES JUDICIALES: EL RIESGO DE LAS SENTENCIAS COMO CATEGORÍAS SIMBÓLICAS

Nos preguntamos, por último, cuáles son las facultades judiciales con relación al control de sanciones disciplinarias aplicadas por la Administración. ¿Sólo puede disponer su anulación en caso de considerarlas ilegítimas? ¿Se repara con ello el perjuicio causado al funcionario ilegítimamente sancionado que dejó de percibir haberes, se lo excluye con frecuencia del mercado laboral o sufre una lesión en su honra? ¿Tiene el juez facultades para sustituirlas?

He aquí un tema sobre el cual no existen demasiados acuerdos ni una única respuesta. Tampoco es posible lanzar formulaciones genéricas. Existen algunos interesantes antecedentes en materia sancionatoria en los que se ha admitido reformar la imposición de penalidades. Aun cuando la posición dominante parecería ser la de limitarse a anular para que la Administración Pública, en uso de su poder discrecional, elija una nueva solución.

Creo que reflexionar sobre este problema constituye un paso imprescindible para permitir que el control judicial de las sanciones disciplinarias no se convierta en una categoría simbólica, en tanto el administrado puede en ocasiones llegar a obtener como respuesta a su requerimiento de tutela judicial efectiva sólo la anulación del acto pero no la satisfacción a su pretensión (la que en muchos casos

dacfl30093-alonso_regueira-control_judicial_discrecionalidad_administrativa.htm.

62 Ver párr. 129, “Caso Chocrón Chocrón”. Ampliar también en FREEDMAN, DIEGO y ROJAS, SHUNKO, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, op. cit., ps. 443-446.

63 Conforme Corte IDH, en el citado “Caso Chocrón Chocrón”, párr. 118 y 120.

64 Ver Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 02/02/2001, Serie C, N° 72.

65 Además de los precedentemente citados, ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “Discrecionalidad: Muerte y Resurrección”, op. cit.

no se satisface con la mera anulación)⁶⁶. Como lo señala GORDILLO, “los tribunales procuran dar la solución que satisface su sentido de justicia en la apreciación de los hechos, más allá de si ello supone sustituirlo o reformar el acto ella misma”.⁶⁷

En la causa “Editorial Perfil” –ciertamente ajena al tema abordado en este trabajo, pero vinculada a las potestades jurisdiccionales para modificar un acto administrativo– se hizo lugar a la pretensión de la actora y se ordenó darle publicidad oficial, frente a la ausencia de normativa al respecto previéndose plazos para hacerlo.

En materia de tutela del ambiente, como sucedió en el caso “Mendoza”⁶⁸, vinculado a la contaminación en la cuenca Matanza Riachuelo, se impusieron obligaciones concretas al Estado con relación a la cuestión debatida en dicha causa.

En la causa “Mazza”⁶⁹, donde se debatía la validez de la pesificación ordenada por el Estado, se fijó un valor al dólar estadounidense, invocándose para ello la paz social.

Las distintas alternativas se vinculan, naturalmente, con el tipo de pretensión procesal esgrimida. Así, si se demandara por omisión, existirá probablemente una sentencia que condene a cumplir con una obligación, si existe una vía de hecho se dispondrá cese la actuación irregular. Cuando se pida el reconocimiento o restablecimiento de una situación individualizada y se dispongan medidas para que ella se haga efectiva, la posibilidad de una sola anulación es más lejana.

XIII. COLOFÓN

Como lo expresáramos más arriba, este trabajo no es sino una pequeña invitación para formularnos algunos interrogantes sobre este tema. Como fuera dicho, a veces *es más fácil distinguir una escuela de pensamiento indagando qué pregunta básica propone en lugar de indagar qué teoría básica defiende*⁷⁰.

66 Para CASSAGNE, J. C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2009, Marcial Pons, Buenos Aires, p. 175, el juez no solo “está obligado por el principio de tutela judicial efectiva y por la prohibición de arbitrariedad, a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio de los principios generales del Derecho y los provenientes de la justicia material, sino que la Administración está paralelamente sometida a un control pleno y suficiente por parte de los jueces, cuyas decisiones puede excepcionalmente sustituir, sin incurrir en exceso de jurisdicción”.

67 Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, T. III: “El acto administrativo”, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2011, Cap. XII. En su comentario al caso “Cochlar”, ver *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, ps. 174-175, señala también GORDILLO cómo en el fallo dictado en la mencionada causa el Tribunal “demuestra una vez más la razonabilidad de que el órgano controlante no se limite a declarar la eventual nulidad del acto emitido por el órgano controlado, si es que considera que existe una solución aplicable que resulta intermedia”.

68 CSJN, Fallos: 331:1622.

69 CSJN, Fallos: 329: 5913.

70 Ampliar en COHEN, FÉLIX, *El método funcional en el Derecho*, traducido en Argentina

Ojalá ello nos permita abordar estas cuestiones desde un Derecho Administrativo menos *pasteurizado*, más innovador que sinérgico y más defensor de los valores y los contextos en juego. Ello a fin de evitar lo que ya señalara BIANCHI, en el sentido de que *nuestro sistema de control judicial de la Administración Pública no está debidamente preparado para garantizar la tutela judicial efectiva de la que tanto se habla y se escribe*⁷¹.

por GENARO CARRIÓ como *El método funcional en el derecho*, op. cit.

71 Ver BIANCHI, ALBERTO, “Las debilidades del control judicial sobre la actividad administrativa”, en Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2010, p. 757 y ss.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina