

DERECHOS HUMANOS Y SANCIÓN DISCIPLINARIA A LOS AGENTES PÚBLICOS

LEONARDO PABLO PALACIOS

I. NOCIONES PRELIMINARES

El procedimiento disciplinario del régimen de los empleados públicos es uno de los tantos procedimientos específicos que se plantean en el ámbito de la Administración, pero que, por su finalidad y por sus consecuencias especiales, afecta de manera directa derechos humanos protegidos en forma positiva, tanto en las Constituciones, ya sea la nacional como las provinciales, como en diferentes tratados internacionales de derechos humanos.

Los empleados públicos en Argentina poseen un status jurídico diverso respecto a los trabajadores del sector privado. En primer lugar, poseen una protección especial a partir de lo indicado en el art. 14 bis de la Constitución nacional, denominada estabilidad propia. Por medio de la misma, el Estado no puede válidamente prescindir de los servicios de un agente que hubiera alcanzado estabilidad, si no existe una falta imputable al agente, y previo realizarse un procedimiento denominado sumario administrativo.

En segundo lugar, su régimen jurídico depende de leyes o estatutos específicos, dictados por el Estado nacional o provincial, según dependan de tales jurisdicciones, y en su caso también puede ser por el Estado municipal. La legislación laboral ordinaria que dicta el Congreso de la Nación, en virtud del art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional, que como tal se aplica en forma uniforme en todo el país, excluye explícitamente de su ámbito de aplicación a los empleados públicos (art. 2 inc. a) de la Ley de Contrato de Trabajo. En este sentido, la mayoría de la doctrina entiende que la relación de empleo público forma parte del ámbito del Derecho Administrativo, más allá que por su especificidad en algunos casos, deban aplicarse en la relación algunos principios del derecho laboral¹.

¹ En este sentido TOMÁS HUTCHINSON, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2010 y PABLO O. CABRAL y

El régimen disciplinario del empleado público en Argentina pertenece al Derecho Administrativo, dentro de la especialidad que posee el Derecho Administrativo sancionatorio², y las normas que lo rigen son las leyes de empleo público de cada jurisdicción, ya sea para la cuestión de fondo, es decir las obligaciones que poseen los mismos que pueden dar lugar al inicio de un procedimiento sancionatorio, como aquellas que rigen el procedimiento en si, en los casos en que para aplicar sanciones se deba poner en marcha un procedimiento especial, generalmente denominado sumario administrativo.

En el caso de la Administración Pública nacional, rige la ley 25.164 que aprobó el marco regulatorio del empleo público, y su decreto reglamentario 1421/02. El su art. 17, el marco regulatorio garantiza la estabilidad y sus implicancias. En los arts. 23 a 25 indica los deberes y prohibiciones que poseen los empleados, y en los arts. 27 a 38 reglamenta el régimen disciplinario, indicando los derechos de los empleados en el procedimiento disciplinario, tipos de sanciones, causas para imponerlas, medidas preventivas, y los casos en que se resulta obligatorio realizar un sumario administrativo para aplicar las sanciones³.

El procedimiento específico del sumario administrativo se encuentra normado en el decr. 467/99, que aprobó el Reglamento de Investigaciones Administrativas y que reemplazó al anterior régimen de investigaciones que había sido aprobado en 1980 por el decr. 1798/80, dictado en forma contemporánea con la anterior Ley de Régimen del Empleo Público Nacional 22.140. Así, si bien el decr. 467/99 es anterior al dictado de la ley 25.164 se continúa aplicando, como se hiciera durante la vigencia de la ley 22.140, en una clara señal de la autonomía del régimen procesal del procedimiento disciplinario, que lógicamente debe respetar los derechos que consagra la norma de fondo.

MARCELO SCHREGINGER, *El régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 34/35. En contra de esta postura, ver DAVID DUARTE, "Los casos Sánchez y Ramos en la Corte" en MIGUEL ÁNGEL PIROLO, director, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 539.

² MARÍA GABRIELA DAUD, "El procedimiento administrativo disciplinario" en GUIDO SANTIAGO TAWIL, *Procedimiento Administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, p. 529.

³ En los casos en que lo que se impone es una sanción de apercibimiento, o suspensión de cinco (5) días o menos, no resulta necesario realizar un sumario administrativo. Sin embargo, esta manda legal (art. 35) no debe ser entendida como que se puede evitar la defensa de los derechos del interesado, como por ejemplo que realice un descargo, que ofrezca prueba, que posea patrocinio letrado en el procedimiento, que la decisión sea fundada, y que la misma pueda ser recurrida. Sin duda las formas podrán ser menos rigurosas que en el sumario, pero dichos pasos deben ser garantizados.

Las sanciones para los empleados públicos en general, y para los de la Administración nacional en particular, son de cuatro tipos: apercibimiento, suspensión, cesantía y exoneración. La primera es una advertencia, sin mayores efectos que constituir un antecedente a la hora de merituar la aplicación de una nueva sanción, ya que debe tenerse en cuenta para graduar la misma, o en su caso para las vicisitudes de la carrera administrativa (promociones, calificaciones, etc.).

La suspensión, además del antecedente, posee efectos directos patrimoniales, ya que puede ser de entre 1 a 30 días y su imposición implica la no percepción de haberes durante su ejecución; además se debe tener en cuenta que la sumatoria de días de suspensión durante un período de 12 meses, puede acarrear la cesantía.

La cesantía y la exoneración son las sanciones expulsivas, es decir aquellas que afectarán directamente el derecho a la estabilidad del empleo público, ya que pondrán fin a la relación de empleo, en contra de la voluntad del agente, sin que medie una causa médica (incapacidad), de edad (jubilación), o de servicio (disponibilidad). La diferencia entre ambas surge del tiempo que exige cada una para una rehabilitación que permita en el futuro acceder a un puesto en la Administración Pública a quien se le haya impuesto tal tipo de sanción, de acuerdo a lo que indica la ley 25.164.

II. SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y PENA

Por las implicancias de las sanciones del régimen disciplinario de empleo público, y fundamentalmente a partir de la característica de estabilidad propia, se compara habitualmente a la sanción administrativa con la pena, y por lo tanto al procedimiento para imponer la sanción con el procedimiento penal. En general, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que no se puede asimilar en forma directa ambos elementos –sanción administrativa y pena, así como tampoco procedimiento administrativo sancionatorio y procedimiento penal–, aunque se reconoce que poseen cierto parentesco común, ya que en ningún caso dejan de ser, en general, sanciones, es decir un “mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena”⁴.

MARÍA GABRIELA DAUD⁵, al caracterizar al procedimiento administrativo disciplinario como uno de los tantos en que se deben aplicar los principios generales de derecho, sin perder de vista su finalidad (determinar si hubo una

⁴ Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2001, T. 9.

⁵ MARÍA GABRIELA DAUB, op. cit., p. 532.

falta administrativa y su autor, y en su caso aplicar la sanción correspondiente), nos recuerda los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Avila Posse de Ferrer” (254:43) y “Peiro de Buodo” (310:316) en que la misma sostuvo que “los principios vigentes en materia penal no son de ineludible aplicación al procedimiento disciplinario” y que en este prima “lo atinente a la correcta prestación del servicio público que conviene con el adecuado mantenimiento de la disciplina” más que el interés social por perseguir un delito (Fallos 310:316). Asimismo sostuvo en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que “...las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni el poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal” (Fallos 310:316).

CARLOS FONTÁN BALESTRA dice: “Comúnmente se ha concebido la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito [...] se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad”⁶. A partir de esta definición, aparecen las similitudes con la sanción administrativa: baste cambiar “sanción” por “pena” y “falta” por “delito” y “Administración” por “sociedad” para encontrar el parentesco. Sin embargo existen numerosos *males* que el orden jurídico pone en cabeza de las personas (físicas o jurídicas) en virtud de actos atribuidos a ellas, que conllevan una disminución de un bien jurídico, sin que las mismas pertenezcan al Derecho Penal. De hecho, tal extremo se puede aplicar a cualquier rama del derecho, si pensamos, junto a KELSEN que, en definitiva, lo que distingue al sistema jurídico de otros tipos de sistemas normativos (morales o religiosos, por ejemplo) es la posibilidad de la coacción⁷.

La cuestión cobra importancia a la hora de determinar las garantías que se deben respetar a la hora de tramitar los sumarios administrativos disciplinarios destinados a investigar conductas de los agentes públicos, así como la aplicación de ciertos principios específicos del Derecho Penal en la determinación de las conductas que son sancionables. Como iremos viendo en el desarrollo de este trabajo, esta cuestión se torna interesante, y permite renovar el debate sobre cuestiones discutidas ampliamente, a la luz de institutos como la tutela judicial y administrativa efectiva, la operatividad de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y el denominado control de convencionalidad.

⁶ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 597.

⁷ “Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria”, HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 79.

Pero volvamos a la cuestión de las similitudes entre el Derecho Administrativo disciplinario y el Derecho Penal. Resulta claro que en principio los objetos de ambos son generar una disminución de un bien jurídico en el imputado como responsable de una conducta descrita como desvalorada por el orden jurídico siempre que el mismo haya actuado con mínimo conocimiento de las consecuencias de sus actos. Sin embargo, estamos hablando de ramas de derecho distintas, con diferentes finalidades, de marcos normativos distintos (en Argentina originados en jurisdicciones diferentes), también de diferentes órganos encargados de actuar el derecho (tanto que en uno es el Poder Ejecutivo y otro es el Poder Judicial) y finalmente, muy diferentes en la etapa de ejecución (afortunadamente para los empleados públicos, que, en principio, no deben sufrir las consecuencias del cada vez más deslegitimado sistema de pena privativa de libertad vigente en casi todo el orbe).

Más allá de la postura que cada uno pueda adoptar en la identificación de ambos ordenes, lo cierto es que la legislación argentina entendió que pertenecen a mundos diferentes. Esto surge de los diversos regímenes disciplinarios vigentes en Argentina, que permiten sancionar disciplinariamente a un agente que haya cometido un delito, ya sea en contra de la Administración o no (arts. 32 inc. *f*) y 33 incs. *a*) y *e*) de la ley 25.164), sin que tal posibilidad sea interpretada por el Poder Judicial como una doble imposición, es decir como una violación a la garantía del *ne bis in idem*, que no solo está consagrada a nivel penal, sino además expresamente en los regímenes disciplinarios administrativos (art. 28 de la ley 25.164). Asimismo, cuando un mismo hecho resulta sancionable por el Derecho Penal y por el Derecho Administrativo disciplinario, la absolucón o el sobreseimiento en el primero, no impide la posibilidad que su autor sea sancionado en el segundo, a raíz de las diferentes responsabilidades que acarrea uno y otro, de acuerdo a lo expresamente indicado en los regímenes positivos vigentes (art. 28 de la ley 25.164)⁸.

⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que: “La circunstancia de haberse sobreseído en sede penal a los actores no constituye obstáculo para la determinación de su responsabilidad disciplinaria, ya que el pronunciamiento administrativo es independiente del judicial en razón de ser distintas las finalidades perseguidas y los bienes jurídicos tutelados en cada uno de ellos, así como también son diferentes los principios que se aplican en uno y otro sector y fundamentalmente diversos los valores en juego” (CS, 22/2/1983, “Gallero, Luis y otro c/Gobierno nacional. Administración Gral. de Puertos”, en TOMÁS HUTCHINSON, op. cit., p. 715.

III. FIN Y FUNDAMENTO DE LAS PENAS

Teniendo en cuenta el parentesco mencionado entre sanción administrativa y pena, se podría destacar el amplio desarrollo que desde los orígenes mismos del Derecho Penal tuvo la problemática de los fines y fundamentos de la pena. Teniendo en cuenta que se acepta en general que el Derecho Penal es aquel que está en la primera línea de la coacción del sistema de normas jurídicas de una comunidad organizada políticamente, los fines y fundamentos de la pena es uno de los principales temas que desarrollan los penalistas, desde diferentes posturas filosóficas y políticas, ya que a la hora de plantear una dogmática penal coherente, el posicionarse al respecto resulta ineludible. Así, la producción, en este sentido, fue, es y seguirá siendo, sin dudas, profusa en el ámbito de los juristas abocados al estudio del Derecho Penal.

Contrariamente, la cuestión del fin y fundamento de la sanción administrativa no ha generado tanta producción teórica. En general se sostiene que el fin de las sanciones es el de asegurar el orden dentro de la Administración y sancionar las faltas administrativas⁹, asegurar el buen funcionamiento de la Administración¹⁰, la preservación y autoprotección de la organización administrativa¹¹, prevenir que los agentes incumplan sus deberes o violen las prohibiciones que recaen sobre ellos¹², asegurar la satisfacción del bien público por parte del Estado¹³, preservar el decoro, buen orden y eficacia de la organización administrativa¹⁴ o motivar a los empleados a no incurrir nuevamente en una conducta prohibida o violatoria de sus deberes, y a su vez que las mismas no se generalicen¹⁵.

Un repaso a la producción sobre los fines y fundamentos de la pena que han realizado los penalistas podría ser útil para cuestionar algunas nociones sobre la sanción administrativa. Pero también para relacionar de manera adecuada los derechos consagrados por el bloque de constitucionalidad con el Derecho Administrativo disciplinario del empleo público. Así, podríamos trasladar a esta última materia lo que han sostenido RIQUERT y JIMENEZ respecto

⁹ TOMÁS HUTCHINSON, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 649.

¹⁰ MARÍA GABRIELA DAUD, op. cit., p. 529.

¹¹ MIRIAM M. IVANEGA, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, RAP, 2010, p. 45.

¹² ALFREDO L. REPETTO, *Procedimiento administrativo disciplinario*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, p. 4.

¹³ PABLO O. CABRAL y Marcelo SCHRENGINGER, op. cit., p. 580.

¹⁴ CARLOS A. R. STEFANELLI, "La objetividad y las garantías en el orden sumario administrativo" en *La Ley On Line* y RENÉ MARIO GOANE, "Cuestiones del régimen disciplinario en el empleo público", *La Ley* 2008-D, p. 683.

¹⁵ JULIO R. COMADIRA, *El acto administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 46.

a la cuestión de los fundamentos y fines de la sanción penal: “El conocer estos desarrollos nos permitirá ubicar de un mejor modo el modelo constitucional, reconociendo sus puntos fuertes así como sus eventuales contradicciones, intentando efectuar, de verificarlas, una propuesta que procure superarlas”¹⁶.

Ya dijimos que las sanciones administrativas son el apercibimiento, la suspensión, la cesantía y la exoneración. Las sanciones penales, por otra parte, pueden ser multa, inhabilitación y privación de libertad (la pena de muerte fue excluida del ordenamiento jurídico argentino con la sanción de la ley 26.394 en el año 2011, hasta cuyo momento se había mantenido vigente en el ámbito militar). Es necesario tener presente las diferentes sanciones existentes al plantear los objetivos que poseen, sobre todo cuando se generaliza sin tener en cuenta algunas importantes diferencias.

Quienes plantean la cuestión desde el ámbito penal, hacen una primera clasificación de las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena en absolutas y relativas, para luego agregar las teorías mixtas¹⁷. Las primeras no se interesan por legitimar la pena fuera de ella misma, ya que es un mal que se aplica como retribución al mal que ha infringido quien cometió el delito, siendo además posible que se presente en sentido de retribución o de reparación.

Las teorías relativas justifican la pena a partir una finalidad que excede a la pena misma. Cuestionan o ponen de relieve la *utilidad* de la pena, que en principio debería ser una medida para impedir que se cometieran delitos. Dentro de estas posturas, se pueden encontrar a su vez las que hacen hincapié en la prevención general, es decir aquellas que sostienen que la función de la pena está destinada a toda la población, generando en ella la voluntad de no cometer delitos. Esto se puede lograr de dos formas: la positiva, en la cual la aplicación de un pena refuerza la idea de la sociedad de que quien actúa contra la misma encuentra su castigo, y una negativa, en la cual lo que actúa sobre la voluntad de los ciudadanos para evitar que cometan delitos, es la amenaza del castigo para el caso que realicen una conducta penada legalmente.

A su vez, las teorías relativas que parten de la prevención especial, focalizan su atención en el sujeto que ha cometido el hecho punible. En principio, la idea es que la pena actúe sobre el sujeto, a los fines de evitar que repita una conducta antijurídica. También presenta dos vertientes: la positiva, aquella

¹⁶ MARCELO RIQUERT y EDUARDO JIMENEZ, *Teoría de la pena y derechos humanos. Nuevas formulaciones a partir de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1998, ps. 222/223.

¹⁷ Seguiremos aquí a MARCELO RIQUERT y EDUARDO JIMENEZ en la obra citada, pidiendo disculpas de antemano por realizar una exposición tan (mal) reducida del capítulo IV de su libro, en el cual realizan un minucioso, erudito, ilustrativo y didáctico análisis de los fundamentos y fines de la pena.

que intenta operar re-educando o re-socializando al sujeto, y la negativa, aquella que intenta directamente incapacitar de alguna manera al sujeto para que no represente un peligro para la sociedad en el futuro, desentendiéndose de su inserción social futura.

Por otra parte, las teorías mixtas sobre la fundamentación de la pena, indican que si bien la misma es una retribución, hay finalidades que la legitiman que van más allá de la pena misma. De acuerdo a RIQUERT y JIMENEZ, son las posturas predominantes en la actualidad, y señalan: “La pena en las teorías mixtas será legítima en la medida que sea a la vez justa y útil –valores que en las absolutas son excluyentes mientras en las relativas prima el segundo–...”¹⁸. Asimismo explican que se puede sub agrupar a estas teorías en tres tipologías distintas: las que combinan retribución y prevención especial, retribución y prevención general, y las combinan la prevención especial y prevención general, de acuerdo al acento que se ponga en cada uno de los aspectos que la integran.

La larga discusión que lleva sosteniendo el Derecho Penal en este punto no carece de buenas razones. En muchos casos, la postura que se tome, derivará, a la hora de tipificar conductas y determinar penas, en sistemas penales más o menos ajustados a la teoría general de los derechos humanos. Así, cuando encontramos tipos penales de los denominados de peligro abstracto, la pregunta sobre cuál es el fundamento y la finalidad de penalizar dichas conductas adquiere gran relevancia¹⁹.

IV. RELACIÓN CON LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Hecho este brevísimo repaso, podemos plantear la utilidad de llevar estas categorías al análisis de la sanción administrativa. Si ponemos en juego los fundamentos que citamos de diversos autores, respecto a la función de la sanción administrativa, veremos que se pueden trazar algunos paralelos entre los fines de la sanción penal y administrativa. Y también, como se sostuviera, preguntarnos en cada caso cuál sería la finalidad de sancionar algunas conductas, sobre todo teniendo en cuenta que en la esfera administrativa, la tipicidad resulta una característica mucho menos estricta que en el ámbito de la sanción penal.

Quienes sostienen que la sanción administrativa se fundamenta en el buen funcionamiento de la Administración, sin mayores aclaraciones parecerían

¹⁸ RIQUERT y JIMENEZ, op. cit., p. 271.

¹⁹ La declaración de invalidez del art. 14, segundo párrafo de la ley 23.737, a la luz del art. 19 de la Constitución nacional, que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en el caso “Arriola, Sebastián” del 25 de agosto de 2009, es una forma de contestar el interrogante.

fundarse en una postura absoluta del fin de la sanción y meramente retributiva: ante la falta, se sanciona al infractor, mero cumplimiento de las normas. La suspensión muchas veces aparece como una sanción retributiva, sobre todo en los casos en que la ausencia de un agente puede afectar el servicio que preste la dependencia a la que pertenece, en cuyo caso la utilidad de la sanción no aparecería definida. Sin embargo, no parecería ser esta la postura predominante, ya que cada autor encuentra una función de medio a fin en la sanción administrativa.

Aquellos que sostienen que sirve para que las conductas incorrectas se generalicen, se podrían enrolar en una postura relativa de prevención general negativa: se sanciona para que el resto de los empleados se motiven a actuar correctamente, ante la amenaza de una sanción.

La prevención general positiva se puede emparentar con quienes sostienen que la sanción se relaciona con el orden y la eficacia administrativa: así, viene a reforzar la idea de que quien contraviene los valores positivos de la organización administrativa tiene su castigo. En este caso no podemos dejar de remarcar que, si bien la prevención sería respecto al resto de los agentes públicos, también puede aparecer frente al administrado que no posee relación de empleo con el Estado, pero que, por determinadas razones, se podría haber anoticiado de un incumplimiento de un agente –pensemos en una víctima de la infracción–: aquí la sanción funcionaría como un reforzamiento de los valores positivos y de la legalidad a cargo del Estado²⁰.

Por otra parte, en cuanto a la prevención especial positiva, se relaciona con aquellas posturas que sostiene que la sanción sirve para motivar al agente involucrado a no cometer nuevas infracciones (un apercibimiento, por ejemplo), en tanto que la prevención especial negativa ya sería una sanción expulsiva, puesto que posee la capacidad de desentenderse del agente infractor, y se vincularía con aquellas posturas que fundamentan la sanción administrativa en la eficacia, decoro y buen funcionamiento de la Administración.

Sin embargo, al igual que en el Derecho Penal, las teorías mixtas parecerían dar más respuestas a la compleja realidad que se intenta clasificar desde las ciencias sociales. Aunque difícil de dar cuenta empíricamente –al igual que en materia penal– resulta más explicativo que una sanción, por ejemplo una suspensión de unos días sin percibir salario, posee por un lado un carácter retributivo como es la afcción patrimonial, y por otro un carácter preventivo especial, para que el agente se motive en no cometer nuevas infracciones y preventivo general positivo o negativo, para motivar al resto de los agentes a actuar en forma ajustada a los reglamentos. Por otra parte un apercibimiento,

²⁰ RENÉ MARIO GOANE, op. cit., p. 689.

por un lado parece ser retributivo, ya que no genera importantes efectos dentro de la organización, y preventivo especial positivo, al advertir al agente que debe actuar correctamente. A su vez, una cesantía o exoneración posee claramente un efecto de prevención especial negativa, pero también de prevención general, ya sea negativa, destinado al resto de los agentes, que visualizan la posibilidad de una afectación grave del bien jurídico trabajo si cometen una falta, o positiva, en el sentido que el resto de los empleados encuentran que quien no cumple las normas posee su castigo y por lo tanto forman parte de un sistema administrativo que funciona eficazmente.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La insistencia en comparar las facultades disciplinarias hacia el empleo público y el Derecho Penal, más allá de entender que no se pueden trasladar todas las categorías del segundo al primero, se comprende en la medida que lo que se trata de proteger, con las máximas garantías posibles, es esa relación de empleo que posee estabilidad propia, en virtud de nuestra Constitución nacional. Y es el Derecho Penal, fundamentalmente a partir del impulso que cobró con la obra de BECCARIA el pensamiento iluminista²¹, el que ha revestido a la sanción penal de características más que estrictas, a los fines de proteger lo que a partir de la modernidad se mostró como el bien jurídico máspreciado de una persona: su libertad²².

En este sentido, el art. 18 de la Constitución nacional, reconoce un antecedente directo en el Decreto de Seguridad Individual, dictado por el Triunvirato en noviembre de 1811, que se informaba de los –en ese momento– jóvenes principios penales y procesales penales más avanzados de occidente –provenientes fundamentalmente de Francia, Gran Bretaña y EE.UU.–, que se originan en torno al nacimiento de una teoría revolucionaria de la concepción del poder: la soberanía popular.²³ MARÍA ANGÉLICA GELLI lo expresa de esta manera: “El art. 18 de la Constitución nacional constituye una de las máximas garantías de la libertad personal, frente al abuso del poder y más allá de los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva. En la

²¹ CESARE BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Losada, Buenos Aires, 2004.

²² Y esto aún cuando la pena privativa de libertad no se había convertido en la pena hegemónica en que si iba a transformarse a partir de la sanción del Código Penal de Napoleón en 1810, de acuerdo a IÑAKI RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

²³ EDMUND S. MORGAN, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

versión clásica, la garantía procura evitar que inocentes resulten condenados mediante la confesión obtenida por apremios, torturas o pruebas fraguadas o que los gobernantes persigan, de ese modo, a sus enemigos políticos. Desde la perspectiva de los derechos naturales –o de su nueva formulación, los derechos humanos– las seguridades y límites del art. 18 de la Constitución, consagran tanto la dignidad del eventual afectado por aquellas prácticas prohibidas, como de la sociedad en su conjunto, que se denigra a si misma si las permite y del Estado quien, si emplea conductas delictivas, pierde su legitimidad moral y jurídica. En consecuencia, la norma contiene una serie de garantías procesales e impone límites precisos a la actividad represiva del Estado y a los instrumentos para hacerla efectiva. [...] Las garantías personales del art. 18 recibieron un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial y se extienden a todo tipo de proceso”²⁴.

Como explica JIMENEZ²⁵, del art. 18 de la Constitución nacional se desprende un régimen de derechos, expresos e implícitos “estableciendo para su salvaguarda un sistema de garantías” en conjunto con los arts. 16 y 19 y a su vez ampliado por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, que se esparce por todo el orden jurídico, constituyendo la denominada tutela judicial efectiva, que incluye las fases de acceso al juez natural, el debido proceso y la sentencia constitucional.

VI. TIPICIDAD Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA

El desarrollo precedente cobra su sentido, en la relación entre derechos humanos y responsabilidad administrativa disciplinaria, si podemos poner en perspectiva cuatro tópicos fundamentales que no son privativos de una u otra rama de derechos, pero que hacen a la configuración de la sanción administrativa. Estos tópicos son: la tipicidad, la finalidad de la sanción, y los espacios de discrecionalidad (que incluyen la más estricta motivación de los actos administrativos y ponen en juego la noción de arbitrariedad) y el juicio de reproche que constituye la culpabilidad.

La tipicidad compone la definición de delito, ya que si la conducta no está contenida en un tipo penal previamente legislado, no alcanzará el rango de hecho punible. Esta característica no está presente en la sanción administrativa, ya que las conductas que dan lugar a la misma se encuentran

²⁴ MARÍA ANGÉLICA GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 219 y 221.

²⁵ EDUARDO JIMENEZ, *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 548.

descriptos genéricamente, y engloban un sinnúmero de conductas que, al producirse en lo fáctico, van a quedar a consideración del operador (instructor, superior jerárquico, etc.) su calificación como falta administrativa. Así, algunos de los deberes a los que se encuentran sujetos los empleados son, de acuerdo al art. 23 de la ley 25.164: prestar el servicio personalmente, encuadrando su cumplimiento en principios de eficiencia, eficacia y rendimiento laboral, en las condiciones y modalidades que se determinen; observar las normas legales y reglamentarias y conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal; responder por la eficacia, rendimiento de la gestión y del personal del área a su cargo, respetar y hacer cumplir, dentro del marco de competencia de su función, el sistema jurídico vigente; obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente.

Existen otras conductas descriptas, y en el art. 24 de la norma, las prohibiciones, pero sirva la enumeración como ejemplo de la diferencia (una más) entre sanción administrativa y penal: las conductas mencionadas se corresponden a tipos abiertos o en blanco, en general rechazados en el Derecho Penal, si es que los podemos llamar *tipos*, puesto que no se construyen técnicamente como tales. Esto es lógico, ya que la actividad de la Administración es tan amplia, y las vicisitudes de la relación de empleo tan extensas, que trasladar la misma exigencia del tipo penal a la sanción administrativa, resultaría una exigencia no muy razonable.

En este sentido, IVANEGA sostiene que: “Así, la concreción de los tipos abiertos de los tipos infraccionales en el ámbito disciplinario no es una cuestión de discrecionalidad, sino del uso de conceptos jurídicos indeterminados. Ello supone seguir operaciones y procedimientos lógicos para determinar su alcance que llevan a determinar un concepto jurídico y no la elección entre alternativas igualmente válidas. [...] En definitiva, y no obstante se considere que estamos frente a conceptos jurídicos indeterminados o frente a discrecionalidad administrativa, lo cierto es que resulta imposible establecer una descripción exhaustiva de las conductas prohibidas”²⁶.

Hay otras conductas que llevan a la sanción administrativa y en su caso a las más graves, es decir a las expulsivas. Así, el art. 32 de la ley 25.164, contiene además de las mencionadas en los arts. 23 y 24 las de: inasistencias injustificadas que excedan de 10 días discontinuos, en los 12 meses inmediatos anteriores; abandono de servicio; infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas, que hayan dado lugar a 30 días de suspensión en los 12

²⁶ MIRIAM M. IVANEGA, op. cit., p. 97.

meses anteriores; concurso civil o quiebra no causal, salvo casos debidamente justificados por la autoridad administrativa; delito doloso no referido a la Administración Pública, cuando por sus circunstancias afecte el prestigio de la función o del agente; calificaciones deficientes como resultado de evaluaciones que impliquen desempeño ineficaz durante 3 años consecutivos o 4 alternados en los últimos 10 años de servicio y haya contado con oportunidades de capacitación adecuada para el desempeño de las tareas; sentencia condenatoria firme por delito contra la Administración Pública nacional, provincial o municipal; falta grave que perjudique materialmente a la Administración Pública; pérdida de la ciudadanía; imposición como pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

Nótese que en la enumeración precedente las causas para imponer una cesantía o exoneración son muy diversas. Existen algunas de carácter (casi) objetivo, como por ejemplo el abandono de servicio, las inasistencias injustificadas, la acumulación de sanciones, o las calificaciones deficientes por un período determinado que claramente tienen que ver con la eficacia en el funcionamiento de la Administración, que puestos relacionarlas con las funciones de la pena, podríamos decir que su fin es la prevención especial negativa, es decir segregar a quien no cumple con un mínimo de eficacia su labor. Otros casos, como la imposición como pena principal o accesoria de la inhabilitación para la función pública, ya no tienen que ver con la actividad administrativa, sino que responden a la ejecución de una sanción penal. El caso de la pérdida de la ciudadanía, que también aparecería como objetivo y relacionado con circunstancias exteriores a la Administración Pública, debería hoy ser analizado más detenidamente a la luz de los precedentes judiciales que a partir de criterios más estrictos respecto a la no discriminación, entienden que la exigencia del art. 4 inc. *a*) de la ley 25.164 (ser argentino nativo o naturalizado) podría ser dejada de lado en los casos en que dicho requisito no está relacionado con la idoneidad exigida por la misma norma y la Constitución nacional.

Las causales de concurso civil y delito doloso, también se remiten a una cuestión objetiva y externa a la Administración, pero dejan abierta la posibilidad de que la sanción no se aplique en los casos en que no se vea afectada la actividad o el prestigio administrativo. Aquí existe un amplio margen discrecional para que la autoridad administrativa decida finalizar con la estabilidad propia de la que goza el agente público. Es también el margen discrecional que existe en los casos en que la cesantía o la exoneración es impuesta por violaciones a los deberes del art. 23 de la ley 25.164 o a las prohibiciones del art. 24 de la misma norma, atento que dichas causales, se pueden graduar en sanciones que van desde el apercibimiento hasta la cesantía o la exoneración.

Es en estos casos, donde la pregunta sobre la función de la sanción administrativa, y por lo tanto su fin o fundamento, en el caso que no sea meramente retributivo, cobra su mayor significado. Y si partimos de este supuesto, el sumario administrativo, la actividad de la instrucción y la motivación del acto administrativo que impone una sanción devienen medios fundamentales para el cumplimiento de la garantía de la tutela administrativa efectiva.

La ley 25.164 impone la obligación de realizar un sumario administrativo cuando la sanción sea mayor a los 5 días de suspensión, y para el caso de cesantía, lo exceptúa en algunas causas objetivas (art. 35, para el caso de abandono de servicio, acumulación de inasistencias injustificadas o de sanciones suspensivas). Esto no exime, como sostiene RENÉ MARIO GOANE, que en un procedimiento que no sea un sumario administrativo, para imponer una sanción, le asegure al interesado la posibilidad de producir un descargo y ofrecer pruebas, así como articular los recursos que considere necesarios²⁷.

VII. MOTIVACIÓN, DEBIDO PROCESO Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Habiendo visto la relación entre tipicidad y fin de la sanción administrativa, y en qué casos la pregunta sobre este último aspecto cobra relevancia, debemos sumar la motivación del acto administrativo que impone la sanción, para poder advertir la importancia de la plena realización de las garantías que revisten los derechos humanos en el siglo XXI en el procedimiento sancionatorio.

La motivación del acto administrativo es uno de los elementos fundamentales del mismo, ya que sin motivación, o con una motivación insuficiente el acto deviene nulo. En el caso de una sanción administrativa, el sumario administrativo es el procedimiento que sostiene la motivación del acto que finalmente impone la sanción y aquel que resguarda los derechos del debido proceso que consagran expresamente los regímenes disciplinarios.

La manera en que se desarrolle este procedimiento es fundamental, en relación al espacio discrecional que posee la Administración, en virtud de la flexible tipificación de la sanción administrativa. Decimos que la Administración posee una amplia discrecionalidad en algunos casos, ya que como dijéramos, una misma falta, por ejemplo incumplir la prestación del servicio en forma eficiente, puede dar lugar a un apercibimiento o a una cesantía, de acuerdo a la ley 25.164. Nótese la obvia diferencia de los bienes jurídicos afectados, y el diferente fin que posee una y otra sanción, a pesar que la norma (no prestar el servicio eficientemente) que la habilita es la misma.

²⁷ RENE MARIO GOANE, op. cit., p. 690.

Retomando lo que se mencionara respecto de la garantía de la tutela judicial efectiva, integrada por el acceso al juez natural, el debido proceso y la sentencia constitucional, debemos decir que dichas categorías son trasladables sin esfuerzo al procedimiento del sumario administrativo, y en general son receptadas formalmente en todos los Reglamentos de Investigación de las diferentes administraciones. Sin embargo, lo que deviene fundamental, es el cumplimiento material de dicha tutela.

Suponiendo la competencia del órgano administrativo que vaya a ordenar el sumario administrativo y dictar el acto administrativo que lo finalice, y la inexistencia de causales de recusación del instructor, podemos suponer que la garantía de acceso al juez natural se encontraría cumplida en el procedimiento sumarial. Está claro que en esta garantía, el principal problema que se presenta es que la nota de imparcialidad que exige el juez natural. En el sumario administrativo, quien hace las veces de juez de instrucción es el instructor, y quien cumple el rol de tribunal o juez de sentencia, es la autoridad administrativa que puede válidamente imponer la sanción. El instructor actúa bajo las órdenes de quien debe dictar el acto sancionatorio, con lo cual existe una relación de dependencia que podría afectar su accionar. Las leyes de procedimiento contienen la posibilidad de la recusación con causa, a los fines de superar una posible parcialidad respecto al sumariado, pero está claro que existe una relación con la Administración, que finalmente impondrá la sanción. Sin dejar de reconocer esta dificultad, es la propia actividad del instructor la que debe establecer la garantía de imparcialidad, al asegurar que todos los aspectos del debido proceso que se detallan más adelante se encuentren presentes en el sumario que se realice²⁸.

El debido proceso, de acuerdo a lo que ha sostenido en numerosas ocasiones la CSJN²⁹, se debe integrar por lo menos con cuatro etapas: acusación, defensa, prueba y sentencia. En el sumario administrativo reglamentado por el decr. 467/99, estas etapas se encuentran estructuradas de manera que permitan al instructor realizar una investigación y coleccionar prueba, escuchando al sumariado, a partir de lo cual dicta un informe que, en el caso de determinar *prima facie* la existencia de una falta y el autor de la misma, abre la instancia contradictoria del proceso, en la cual el sumariado puede presentar descargo y

²⁸ Esto dicho en forma muy breve y reducida, ya que la garantía del juez natural puede presentar innumerables situaciones que por cuestión de espacio no abordan en este trabajo, y que han sido objeto de innumerables e interesantes producciones teóricas de la doctrina argentina y latinoamericana.

²⁹ MARÍA ANGÉLICA GELLI, op. cit., p. 220.

ofrecer prueba³⁰. El informe del instructor sería la acusación y el descargo, la defensa. La instancia de prueba se abre posteriormente, y cumplida la misma se genera un informe final de la instrucción, que notificado al sumariado, habilita la instancia de los alegatos del sumariado. Producido el alegato, se eleva a la autoridad que debe resolver, para que previa intervención de la asesoría jurídica, dicte el acto administrativo que concluya el sumario, que puede coincidir (total o parcialmente) o no con el informe final del instructor. Este acto, sería el equivalente a la sentencia, en el debido proceso judicial, y por lo tanto genera la apertura de la vía recursiva en la propia instancia administrativa, pero también la revisión judicial, incluso con acciones específicas (como el recurso judicial directo normado en los arts. 39 a 41 de la ley 25.164).

Lo expuesto, indica que la función de la instrucción es central en el procedimiento sancionatorio para llevar adelante un proceso administrativo que cumpla con todos los estándares impuestos por la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las pautas interpretativas que fija la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dentro de esos parámetros, que apuntan cada vez más a la posibilidad material de garantizar efectivamente los derechos y no sólo al cumplimiento de los pasos formales del procedimiento, se debe exigir que la instrucción se comprometa con los mandatos mencionados, más allá de que su accionar pueda posteriormente ser revisado judicialmente, ya que la conformidad del acto administrativo con la progresividad del sistema de derechos humanos, resulta cada vez más estricta, y en este sentido ese acto administrativo será más legítimo, cuanto mayor haya sido el compromiso de la instrucción con su tarea.

Así, el informe de la instrucción (la acusación) debe ser claro y preciso, fundamentalmente, detallado en cuál es la conducta concreta que se le imputa al sumariado y cuales las pruebas que la sustentan, para poder suplir la tipicidad *disminuida* de las normas administrativas. Un ejercicio de la defensa en juicio debe contar con estos elementos, ya que si no existe el razonamiento expreso de la instrucción, no se puede suplir con suposiciones de la defensa. Además, debe quedar claro cuál es concretamente el juicio de reproche (que afecta a la culpabilidad³¹) que realiza el instructor y cuáles son las constancias *objetivas* en las que se apoya.

³⁰ Para un estudio detallado del sumario administrativo, se puede consultar, entre otros ALFREDO L. REPETTO, *Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008.

³¹ “En el derecho disciplinario, la responsabilidad objetiva (conocida también como responsabilidad por el mero resultado) está proscripta [...] Se exige que el agente haya actuado con dolo, culpa o negligencia, por lo que la Administración durante la instrucción sumarial debe probar que actuó de dicha forma. [...] No es posible imponer una sanción disciplinaria sin tener

A partir del cumplimiento de estas condiciones, el ejercicio de la defensa en juicio será materialmente posible. Al respecto, la instrucción deberá tener una postura que favorezca la producción de prueba conducente y no limitativa de las posibilidades del sumariado. En este aspecto es necesario mencionar que el derecho de defensa en juicio siempre implica una efectiva defensa técnica. En el sumario, se admite el patrocinio letrado del sumariado, pero este no resulta obligatorio. El sumariado podría atravesar todo el procedimiento sancionatorio (hasta llegar a una sanción expulsiva) sin un asesoramiento legal técnico. En el caso que el mismo no poseyera asesoramiento soportado con sus propios recursos, la Administración no posee la obligación legal de brindarle ninguna alternativa. En este sentido, y a la luz de las exigencias de la Corte Interamericana de cumplir una efectiva tutela administrativa, se debería plantear la necesidad que se asegure a los sumariados esta defensa técnica, en todos los casos.

Concluida la etapa de prueba, el informe final del instructor deberá ser aún más estricto que el primero, en el sentido de la descripción de la conducta y la exteriorización de la voluntad del agente, pero además con el análisis de la prueba ofrecida, indicando porque resulta o no un elemento de convicción de descargo (o de cargo, en su caso) y emitiendo opinión y aconsejando como resolver todos los puntos que podría plantear la defensa, como excepciones, recusaciones o nulidades, que no hayan sido resueltas anteriormente. Aquí es finalmente cuando el instructor va a aconsejar la sanción, por lo que el razonamiento del mismo debe ser lo más claro y expreso posible, y es aquí, donde las finalidades de la sanción deben quedar prístinamente expuestas, puesto que el bloque de constitucionalidad actual, siguiendo la regla *pro homine* que se desprende del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no podría aceptar una sanción meramente retributiva, es decir si la misma no se justificara de alguna manera trascendente a la misma.

El acto administrativo que ponga fin al sumario, debe contener, dentro de la equiparación posible, todos los parámetros de una sentencia constitucional, al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “una derivación razonada del derecho vigente, relativa a los hechos ventilados en la causa”, es decir que debe ser motivada escrita, “con expresión de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en se sustenten”³².

Una sentencia que no contuviera estos elementos, sería una sentencia arbitraria. La cuestión de la sentencia arbitraria ha tenido un intenso desarrollo a partir de la acción de la CSJN, que pretorianamente ha impuesto esta

en cuenta la voluntad del autor”. MIRIAM M. IVANEGA, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, RAP, Buenos Aires, 2010.

³² EDUARDO JIMENEZ, op. cit., p. 578.

cuestión, junto a la de gravedad institucional, como una posibilidad más para habilitar la instancia del recurso extraordinario federal, más allá de las normas expresamente en el art. 14 de la ley 48 ¿pero, qué es una sentencia arbitraria? PALACIO DE CAERIO lo expresa de este modo: “Autorizados tratadistas, coinciden en considerar a la sentencia arbitraria como una cuestión federal, y señalan que tal resolución al no reunir los recaudos para ser considerada acto judicial, carecer de motivación o fundamentación, no ser una decisión razonablemente previsible, ni derivación razonada del derecho vigente, ni respetar las garantías del debido proceso adjetivo y de la debida defensa en juicio o, violar derechos patrimoniales o de propiedad garantizados por la Constitución nacional, introduce en el pleito una materia federal que antes no existía”³³.

Si comparamos el acto administrativo que pone fin a un sumario con una sentencia que no sea arbitraria, debemos exigir que el mismo sea motivado debida y acabadamente, que aplique la legislación vigente, que respete las garantías del debido proceso adjetivo y la defensa de los derechos en sede administrativa, todos aspectos que se relacionan con una actividad de la instrucción comprometida con los mandatos del bloque de constitucionalidad.

Dichos mandatos implican en la actualidad, además de las garantías mencionadas, el cumplimiento del plazo razonable³⁴ y de la doble instancia³⁵,

³³ SILVIA B. PALACIO DE CAERIO, *El recurso extraordinario federal. Doctrina. Jurisprudencia. Práctica*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 109.

³⁴ “Que, ello sentado, cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función– sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales. Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por la razón mencionada, esa Corte considera “que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana” (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Losicer, Jorge A, y Otros C/BCRA”, 26/6/212.

³⁵ En este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (Causa “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá” del 2 de febrero de 2011, citado en JUAN BAUTISTA JUSTO, “El doble conforme en el procedimiento disciplinario” en TOMAS HUTCHINSON y HORACIO ROSATI, *Revista de Derecho Público. Empleo Público 2012-1*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012).

garantías expresamente contenidas en los arts. 8.1 y 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VIII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TUTELA INTERNACIONAL

En la actualidad la noción de control de convencionalidad introducida por la Corte Interamericana de Justicia, impregna todo el sistema judicial argentino, a través de la interpretación de la misma que la CSJN ha realizado en numerosos fallos de la última década, desde los casos “Arancibia Clavel” (24/8/2004), “Simón” (14/6/2005) y “Mazzeo” (13/7/2007)³⁶.

El control de convencionalidad de acuerdo a lo indicado por SUSANA ALBANESE, es una “garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”³⁷. Tal como lo ha definido la Corte Interamericana, a partir de su vigencia, este control implica que los órganos judiciales de los países miembros no solo deben resolver los casos a partir de la normado en la Convención Americana de Derecho Humanos, sino también teniendo en cuenta “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁸. Inclusive en la actualidad, y a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Carranza Latrubesse”, del 6 de agosto de 2013 se introduce la discusión sobre si las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son de obligatoria aplicación para los jueces en Argentina³⁹.

Si bien en un principio es un mandato explícito dirigido a los jueces y no a la Administración Pública, no podemos obviar que la interpretación que de las garantías procesales realice ahora no sólo la Corte Suprema argentina, sino también la Corte Interamericana a través de sus sentencias, e incluso la Comisión Interamericana a través de sus recomendaciones, deberán ser tenidas en cuenta por los funcionarios administrativos que actúen el procedimiento

³⁶ ADELINA LOIANO, “El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema argentina “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”, en SUSANA ALBANESE (COORD.), *Control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, p. 118.

³⁷ SUSANA ALBANESE, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” en SUSANA ALBANESE (COORD.), *Control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, p. 15.

³⁸ Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006.

³⁹ En sentido negativo se pronuncia Gustavo ARBALLO, luego de analizar detalladamente los votos que conforman la mayoría en el fallo, y cómo se ha pronunciado cada miembro de la Corte respecto al tema, en post titulado “Corte Argentina, sobre –no– obligatoriedad de informes de la Comisión Interamericana”, en <http://www.saberderecho.com/2013/08/corte-argentina-sobre-no-obligatoriedad.html>, 2/9/2013.

sancionatoria, so pena de someter sus decisiones a revisiones exitosas en sede judicial.

La Convención Americana contiene en su art. 8 las denominadas garantías judiciales, en el cual concurre en general la garantía de toda persona a ser oída por un juez independiente e imparcial cuando sus derechos se encuentren en juego, sean de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, con una serie de garantías específicas, desde la presunción de inocencia al derecho a la asistencia letrada y la doble instancia, entre otras, que definen lo que hoy se considera el debido proceso a la luz de los Tratados de Derechos Humanos, y que se ha ido delineando a partir de la interpretación que la Corte Interamericana ha realizado a partir de numerosos fallos.

A su vez, el art. 25 de la Convención Americana regula el derecho a la protección judicial, en el cual cada Estado se obliga a asegurar a los habitantes un recurso judicial sencillo y rápido que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, y en el cual especialmente los Estados se comprometen “a desarrollar las posibilidades de recurso judicial” (art. 25, 2.b)

Respecto de la interrelación de estos dos artículos en la actividad de la Corte Interamericana, SUSANA ALBANESE expresa: “Desde los primeros casos contenciosos, los arts. 8 y 25 de la Convención Americana han sido interpretados de una manera armónica y vinculándolos, a su vez, con el carácter subsidiario o complementario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y con la obligación de los Estados no sólo de respetar los derechos sino de garantizar su ejercicio”⁴⁰.

Por su parte, la propia Corte Interamericana ha sostenido que: “Los Estados parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentra en su jurisdicción”⁴¹.

En diferentes pronunciamientos la Corte Interamericana se ha referido a cómo juegan las garantías de los arts. 8 y 25 en relación a la materia administrativa. Así, en el Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001 sostuvo en sus párrafos 124, 126 y 129:

“124. Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisito que deben observarse en las instancia

⁴⁰ SUSANA ALBANESE, op. cit., p. 36.

⁴¹ Caso “Velásquez Rodríguez, Excepciones preliminares”, 26 de junio de 1987, párr. 91, citado en SUSANA ALBANESE, op. cit., p. 37

procesales a efecto de que las persona estén en condicione de defender adecuadamente sus derecho ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentra regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”.

La claridad de lo expuesto por la Corte Interamericana en este caso releva al intérprete, por caso la Administración, de la necesidad de realizar alguna compleja operación para asegurarle al agente que se encuentra sumariado una amplia posibilidad de defensa en sede administrativo de su derecho al debido proceso, con todo lo que este incluye.

GREGORIO FLAX⁴² realiza una enumeración de otros pronunciamientos de la Corte Interamericana, en los cuales mantiene estos criterios, ante diversas situaciones en las cuales se encuentra involucrada la Administración. Así, menciona el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, del 6 de febrero de 2001, en la cual la Administración vulneró los derechos del Sr. Bronstein, consagrados en los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Americana, al privarlo de la nacionalidad peruana en un procedimiento administrativo en el cual no pudo controlar los elementos probatorios en su contra ni ser oído en el mismo. También hace referencia al caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, del 28 de febrero de 2003, en el cual la Administración debe cumplir las decisiones judiciales, en un caso que se habían rebajado pensiones de ex trabajadores de la Administración Pública y al caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, del 29 de marzo

⁴² GREGORIO FLAX, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo” en SUSANA ALBANESE (COORD.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

de 2006, en el cual se aborda la violación al derecho a un pronunciamiento en plazo razonable en sede administrativa.

IX. COROLARIO: LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

Finalmente debemos mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en la causa “Astorga Bracht” (327:4185) del 14 de octubre de 2004, que una resolución administrativa, en ese caso del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), era violatoria “del art. 18 de la Constitución nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva...”.

Al definir la tutela administrativa y judicial efectiva, la Corte sostuvo que esta supone: “...la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada (Fallos 310:1819)”.

En definitiva, lo que supone la definición de la tutela administrativa efectiva que hace la Corte Suprema, así como la extensión del debido proceso legal al proceso administrativo que tan claramente realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que impregna nuestro sistema jurídico a través de la obligación de realizar un control de convencionalidad como nuevo mandato a las autoridades estatales —y no sólo judiciales— es que la normativa tanto de forma como de fondo por la cual se sanciona a un agente del Estado, debe ser interpretada a la luz de dichos criterios. Es por ello que el sumario administrativo se debe realizar ajustando estrictamente la normativa que pueda reducir de algún modo, las garantías y defensas que pueda presentar el sumariado, sobre todo teniendo en cuenta la tipología abierta de la que parte la sanción administrativa, donde la fundamentación y motivación del acto sancionatorio, en relación con los fines de dicha sanción, adquiere un carácter de plena garantía ante la posibilidad de un acto discrecional de la Administración que se aleje de los fines de concreción de los derechos humanos que debe poseer toda acción estatal.

La idea de revestir a la sanción penal de máximas garantías no tiene que ver con dejar de castigar aquellas conductas que una sociedad de un modo

democrático y en determinado momento ha asumido que deben ser castigadas, sino con aquellas determinadas formas y determinados medios por los que se llega al castigo, que deben poner el acento en el hombre y su dignidad, antes que en otros aspectos. Igualmente, el trasladar las máximas garantías establecidas para los procedimientos judiciales –adaptadas al poder administrador– no tiene que ver con dejar de sancionar las conductas que pueden perjudicar a la Administración, sino contrariamente, con dotar al poder sancionatorio del empleo público, de mayor legitimidad democrática, a los fines de preservar a la propia Administración, y a aquellos agentes que entienden que su función es valorada positivamente.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, SUSANA, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- ARBALLO, GUSTAVO, “Corte Argentina, sobre –no– obligatoriedad de informes de la Comisión Interamericana”, en <http://www.saberderecho.com/2013/08/corte-argentina-sobre-no-obligatoriedad.html>, extraído el 2 de septiembre de 2013.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas*, Losada, Buenos Aires, 2004.
- CABRAL, PABLO O. y SCHREGINGER, MARCELO, *El régimen de empleo público en la provincia de Buenos Aires*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009.
- COMADIRA, JULIO R., *El acto administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- DAUD, MARÍA GABRIELA, “El procedimiento administrativo disciplinario” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Procedimiento administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.
- Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición, reimpresión especial para Grupo Editorial Planeta, Buenos Aires, 2001, T. 9.
- DUARTE, DAVID, “Los casos ‘Sánchez’ y ‘Ramos’ en la Corte” en PIROLO, MIGUEL ÁNGEL, director, *Tratado jurisprudencial y doctrinario Derecho del Trabajo. Relaciones individuales*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- FLAX, GREGORIO, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo” en ALBANESE, SUSANA (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal. Introducción y parte general*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1991.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

- GOANE, RENÉ MARIO, “Cuestiones del régimen disciplinario en el empleo público”, *La Ley* 2008-D, p. 683.
- HUTCHINSON, TOMÁS, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho Administrativo. Responsabilidad del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- IVANEGA, MIRIAM M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.
- JIMENEZ, EDUARDO, *Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- JUSTO, JUAN BAUTISTA, “El doble conforme en el procedimiento disciplinario” en HUTCHINSON, TOMAS y ROSATTI, HORACIO, *Revista de Derecho Público. Empleo Público 2012-1*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- MORGAN, EDMUND S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.
- PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., *El recurso extraordinario federal. Doctrina. Jurisprudencia. Práctica*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- REPETTO, ALFREDO L., *Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008.
- RIQUERT, MARCELO y JIMENEZ, EDUARDO, *Teoría de la pena y derechos humanos. Nuevas formulaciones a partir de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1998.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y política penitenciaria*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- STEFANELLI, CARLOS A. R., “La objetividad y las garantías en el orden sumario administrativo” en *La Ley On Line*.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

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