

PRIMER ENCUESTRO
REFLEXIONES ACERCA DE LA POTESTAD
DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN



Viernes 17 de agosto de 2012 a las 18 hs. en el Aula 1 de Extensión Universitaria,
Facultad de Derecho (UBA)

Ciclo de debates "Dr. Omar Dalmazzo"

**"Reflexiones acerca de la potestad disciplinaria
de la administración"**

Primer encuentro del Ciclo de Debates "Dr. Omar Dalmazzo", organizado por el Departamento de Público II de la Facultad de Derecho de la UBA y la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

Presidente de las Jornadas:
Alberto A. Spota (h)

Comité Académico:
Marialma Berrino, Pablo Cayssials, Sergio G. Fernández y Mario Rejtman Farah

Comité Organizador:
Erica Gorbak, Leandro A. Martínez y María Gimena Olmos Sonntag

Moderador:
Edgardo Tobías Acuña

Expositores:

Enrique Alonso Regueira: *"Facultades discrecionales, proporcionalidad y Derechos Humanos"*

Diego Freedman: *"El procedimiento ante la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo de la Magistratura de la Nación"*

Ariel Cardaci Méndez: *"Extinción de la potestad sancionatoria"*

Guido J. Dubinski: *"Facultades sancionatorias de la administración pública en los contratos administrativos"*

Entrada libre y gratuita.

Entrega de certificados de asistencia con inscripción previa via correo electrónico
asociaciondedocentes@gmail.com | dpubldos@derecho.uba.ar



Diego Freedman, Guido Julián Dubinski, Alberto A. Spota,
Enrique M. Alonso Regueira y Ariel Cardaci Méndez

FACULTADES DISCRECIONALES, PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS HUMANOS (RESUMEN)

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Las reflexiones que quiero sumar al debate nacieron de la lectura de un fallo que, a primera vista, no tiene relación con el tema pero que muchos deben tener presente: “FAL s/ medida autosatisfactiva”, de marzo este año. Allí la Corte Suprema reafirma que la “función primordial” del Poder Judicial consiste en “velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales”.

Esto me llevó a plantearme algunos interrogantes relacionados con los límites de la discrecionalidad administrativa y de su control: ¿Resulta relevante dicha función primordial al momento de analizar el alcance del control judicial de la discrecionalidad administrativa? ¿Existen límites convencionales a dicha discrecionalidad?

Para contestar esto, conviene primero analizar la originalidad la garantía de razonabilidad del art. 28 de nuestra Constitución y destacar tres particularidades de nuestro sistema constitucional de especial relevancia en el tema. La potestad judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes, las limitaciones constitucionales al ejercicio de dicha potestad y el principio de legalidad al que se encuentra sujeto la Administración.

La discrecionalidad administrativa está siempre íntimamente ligada al principio de legalidad y/o juridicidad, ya que ella se funda en la existencia de una norma atributiva de competencia a un determinado órgano administrativo.

En cuanto su control judicial, resulta conveniente primero evidenciar sus particularidades desde un punto de vista práctico o cotidiano, para luego evaluar, en dicho contexto, la fundamentación institucional de sus límites y la incidencia que tienen ellos, los principios enunciados precedentemente. Puntualmente, respecto de las potestades del Poder Judicial para examinar la constitucionalidad de las leyes, siempre dentro de un caso concreto, de modo instrumental y como último recurso o argumento del ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de este análisis, y considerando también que el principio de división de poderes tiene su razón de ser en la limitación del poder, se concluye no parece plausible sostener que dicho principio mengüe la potestad judicial de valorar la legitimidad de actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, en tanto ellas se sustentan en normas que también se encuentran sujetas al control judicial de constitucionalidad.

Frente a esta postura, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se refirió recientemente a esta cuestión, al respon-

sabilizar a la Argentina en el caso “Fontevicchia”, exigiendo que los jueces efectúen, aun de oficio, un “control de convencionalidad” sobre las normas internas, tanto a la luz de la Convención, como de la interpretación que de ella ha efectuado dicha corte.

Como consecuencia de ello, resulta conveniente efectuar un análisis de las limitaciones convencionales a la discrecionalidad administrativa, a la jurisprudencia de la Corte IDH. En este sentido ha sostenido que la discrecionalidad debe tener siempre como límite, por un lado, la arbitrariedad del Estado y, por el otro, el deber de motivación suficiente. De este modo, se aclaró que esta última garantía, integra el debido proceso legal receptado en el art. 8.1 de la Convención y repercute también en la garantía de “recurso efectivo” de su art. 25, la cual resulta de aplicación tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos.

Puntualmente, respecto de las sanciones administrativas, la Corte IDH sostuvo que la discrecionalidad administrativa e incluso la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no resultaban necesariamente incompatibles con su naturaleza punitiva. No obstante lo cual, en comparación con otros actos discrecionales, consideró que dichos actos estaban sujetos a un deber de motivación mayor que el resto de los actos discrecionales, así como a las garantías propias del debido proceso legal que el art. 8.2 de la Convención receta para el Derecho Penal.

Por lo demás, sostuvo también que resultaba aplicable a ellas el principio de legalidad y no retroactividad penal garantizado en su art. 9, siendo necesario para su cumplimiento, el respeto de lo que denominó “test de previsibilidad”.

Finalmente, consideró que el control judicial efectivo de la actividad sancionatoria del Estado, garantizado por el art. 25 de la CADH, importaba que los jueces analicen las circunstancias reales del caso, es decir, que requiere un control amplio sobre los hechos del caso.

Para terminar, quisiera traer a colación una frase recurrente de la Corte IDH sobre el tema: la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Creo que ella refuerza, de alguna manera, la esperanza de que el intérprete se esfuerce por no correr del centro de su atención a las personas y analice en cada caso si se han vulnerados derechos y garantías constitucional o convencionalmente protegidos.

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN DE DISCIPLINA Y ACUSACIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN (RESUMEN)

DIEGO FREEDMAN

En primer lugar es necesario analizar los estándares constitucionales y de derechos humanos aplicables al procedimiento disciplinario y acusatorio de los magistrados. Debe tenerse en cuenta que no sólo está en juego el debido proceso, sino también la garantía de independencia judicial. Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional e internacional. Sobre el particular, me gustaría detenerme por un momento en los estándares fijados recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) referente a la sanción y remoción de magistrados. Al referirse a la estabilidad de los magistrados, la Corte IDH ha considerado que exige la “permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción”¹, aclarando que “la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias”².

Al momento de precisar las razones para suspender o remover un magistrado ha definido que pueden ser la “mala conducta” o la “incompetencia”³, sosteniendo enfáticamente que “los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior”⁴. Estas causales coinciden con lo establecido por nuestra Constitución nacional y las prácticas desarrolladas en nuestra historia institucional, que han considerado que procede la destitución de un magistrado cuando ejerce en forma irregular sus funciones o comete crímenes comunes.

La Corte IDH ha exigido que el juzgamiento y la aplicación de sanciones o la destitución de un magistrado sea ejercido por un órgano cuya competencia haya sido establecida por la ley al momento del hecho⁵ y que cumpla con los

¹ Caso Reverón “Trujillo Vs. Venezuela”.

² Caso “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

³ Caso “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

⁴ Caso “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

⁵ Caso “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

estándares de imparcialidad⁶ e independencia⁷. Los magistrados deben ser informados en forma oportuna y completa de los cargos en su contra para poder ejercer su defensa⁸. A la vez, deben contar con tiempo suficiente para preparar la defensa, acceder a los elementos de prueba y estar facultados para interrogar a los testigos⁹. La decisión de remoción debe estar suficientemente motivada analizando la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción¹⁰.

En nuestro país, la aplicación de sanciones y la acusación de un magistrado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados con el fin de removerlo están a cargo del Consejo de la Magistratura de la Nación, siendo de competencia de la Comisión de Disciplina y Acusación¹¹. El Consejo actúa de oficio o por denuncia de otros órganos del Poder Judicial, magistrados, funcionarios o particulares. Se han definido legalmente como faltas disciplinarias: “1. La infracción a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones, establecidas para la magistratura judicial; 2. Las faltas a la consideración y el respeto debidos a otros magistrados; 3. El trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes; 4. Los actos ofensivos al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo; 5. El incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias; 6. La inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento reiterado en su juzgado del horario de atención al público; 7. La falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes, así como de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional”¹². Las sanciones previstas por estas faltas disciplinarias son la advertencia, el apercibimiento y la multa de hasta un treinta por ciento de sus haberes¹³.

Por su parte, la ley 24.937 ha definido de manera no taxativa como supuestos de mal desempeño a: “1. El desconocimiento inexcusable del derecho. 2. El incumplimiento reiterado de la Constitución nacional, normas legales o reglamentarias. 3. La negligencia grave en el ejercicio del cargo. 4. La realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones.

⁶ Caso “Aritz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

⁷ Caso “Aritz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

⁸ Caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”.

⁹ Caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”.

¹⁰ Caso “Aritz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”.

¹¹ Integrada por un representante de los abogados de la matrícula federal, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el representante del ámbito académico y científico y el representante del Poder Ejecutivo (art. 12).

¹² Art. 14, inc. a) de la ley 24.937.

¹³ Art. 14, inc. a) de la ley 24.937.

5. Los graves desórdenes de conducta personales. 6. El abandono de sus funciones. 7. La aplicación reiterada de sanciones disciplinarias. 8. La incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo”. Expresamente se prevé en la ley que no se podrá sancionar o acusar a un magistrado por el contenido de sus sentencias¹⁴.

El procedimiento para aplicar una sanción disciplinaria y para acusar a un magistrado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es idéntico y está regulado en detalle por el Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación. Se prevé que el magistrado sea notificado de la denuncia en su contra permitiéndole formular un descargo por escrito, ofrecer y designar un abogado defensor. En el caso que se produzcan declaraciones testimoniales, el magistrado debe ser notificado y tiene derecho a estar presente y presentar un pliego de preguntas. Cuando se considere que hay mérito en las imputaciones contra el magistrado, se lo cita mediante una resolución de la Comisión que contenga “una sintética relación de los hechos imputados, la calificación provisional de su conducta como falta disciplinaria o causal de remoción, y la exposición de las pruebas obrantes en el expediente que serán puestas a disposición del magistrado”. De lo contrario, la Comisión está facultada para producir un dictamen desestimatorio de la denuncia, que debe ser aprobado por el Plenario del Consejo.

El magistrado citado tiene la opción de presentarse ante la Comisión y hacer su defensa en forma oral y pública o presentar su descargo por escrito y ofrecer nuevas medidas de prueba. Una vez cumplido el descargo, la Comisión está facultada para elaborar un dictamen proponiendo la desestimación de la denuncia, la aplicación de una sanción disciplinaria o la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados con la suspensión del magistrado denunciado.

La aplicación de una sanción disciplinaria requiere mayoría absoluta de los miembros presentes del Plenario, mientras que la acusación necesita dos tercios para su aprobación. La decisión de aplicar una sanción disciplinaria es recurrible ante la Corte Suprema, mientras que la decisión de acusar a un magistrado es irrecurrible.

Este procedimiento se extiende por un plazo de tres años, luego del cual la denuncia debe ser sometida al Plenario “para su inmediata consideración”.

¹⁴ Art. 14, inc. b) de la ley 24.937.

LA INCOMPETENCIA EN RAZÓN DEL TIEMPO (A PROPÓSITO DE LOS SUMARIOS ADMINISTRATIVOS) (RESUMEN)

ARIEL CARDACI MÉNDEZ

La potestad sancionatoria de la Administración en los procesos sumariales seguidos a sus agentes y el instituto de la prescripción necesariamente deben ser analizados en conjunto para su cabal comprensión. En el presente trabajo se evidenciará cómo ambos operan en el régimen jurídico de la Nación, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el del Servicio Exterior de la Nación, que merece especial atención por su particular situación jurídica.

En lo que respecta al ámbito nacional, el trámite de sumarios por faltas cometidas por los agentes se encuentra regido por la ley 25.164 y su decreto reglamentario 1421/02. El art. 37 de la norma señala los plazos en los que operará la prescripción y el art. 38 indica que la designación de las autoridades competentes para aplicar las sanciones será por vía reglamentaria. En idénticos artículos, el decreto reglamentario prevé, en primer término –art. 37– las causas interruptivas de la prescripción, y en segundo –art. 38– los plazos y formas previstas para que sea llevado a cabo el procedimiento de investigación.

Por su parte la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), con relación al art. 127 del anterior Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por *decr. 467/99* entendió que el plazo de noventa días referido a la etapa de investigación, es meramente ordenatorio, con lo cual su vencimiento no determina la caducidad o extinción del deber o de la facultad no ejercitada por la Administración. Por dicho motivo, se trata de un plazo prorrogable expresa o tácitamente por el funcionario, de ahí que está establecido que podrá ser ampliado (*dictámenes 232:210 y 241:298; resolución PTN 47, del 15 de mayo de 2001, expediente 1140/94, CONICET*).

Entonces, ¿qué competencia tiene el funcionario público para prorrogar los tiempos si la normativa habla de plazos improrrogables y de prescripción? operada esta última y conforme las previsiones del art. 14 inc. *b*) de la ley 19.549, el Estado nacional carecería de competencia en razón del tiempo para juzgar conductas cuando ha transcurrido el plazo señalado. Por lo tanto, sea que se la llame incompetencia en razón del tiempo o prescripción de las posibles sanciones por transcurso del tiempo, resulta claro que el empleado no puede ser sancionado por los actos, hechos u omisiones supuestamente cometidos, pasados los plazos legalmente establecidos.

En la órbita del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el tema es regulado por la ley 471 y el reglamento de sumarios administrativos, aprobado por el decr. 3360/68. El art. 54 de la ley antes citada establece las causales de extinción del poder sancionador del Estado, mientras que los arts. 23 y 28 de su decreto reglamentario establecen, el primero el plazo de duración del sumario y el segundo, las circunstancias en las cuales el agente no puede ser sometido a sumario alguno.

En lo que respecta al régimen del Servicio Exterior de la Nación, se encuentra especialmente regulado por la ley 20.957 que no posee ninguna mención al instituto de la prescripción y que además por la aplicación del art. 3 de la ley 25.164, ha quedado excluido del régimen especial, hecho que desató controversias tendientes a dilucidar si analógicamente es dable aplicarle el régimen general, y en particular, si es aplicable el instituto de la prescripción a los agentes que prestan funciones en la repartición.

Por su parte, la PTN tiene dicho que “en ausencia de disposición que contemple específicamente una situación determinada, es lícito remitirse a disposiciones de leyes o reglamentos administrativos análogos”, entendiendo en este caso que correspondía, ante la falta de previsiones de las normas del Servicio Exterior de la Nación, la aplicación analógica de las previsiones del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública (dictámenes 206:203 y 250:330).

Sobre la aplicación o no del instituto de la prescripción en el ámbito disciplinario del personal del Servicio Exterior de la Nación, señaló que: “La ley 22.140 no es de aplicación supletoria al personal del Servicio Exterior de la Nación. Cuentan con un régimen disciplinario específico instituido por la ley 20.957. Por ello en virtud de que dicha ley ha establecido un régimen disciplinario específico sin contemplar la posible extinción de la potestad disciplinaria por prescripción, no resulta procedente hacer lugar a la petición formulada” (dictámenes 250:330).

Es decir, la PTN, en incomprensible posición entiende que no hay aplicación supletoria del régimen general al Servicio Exterior de la Nación, en clara contradicción con su anterior Doctrina, y que las faltas disciplinarias cometidas en su ámbito son imprescriptibles.

Si la ley 20.957 y su reglamentación no han previsto en sus disposiciones un instituto de tanta trascendencia como el de la prescripción o incompetencia en razón del tiempo, en principio no resulta admisible en nuestro ordenamiento constitucional considerar que no hay plazos, porque ello viola claramente el derecho al debido proceso y de defensa en juicio, e implicaría asignar un tratamiento inequitativo a determinados funcionarios en abierta violación del

art. 16 de la Constitución nacional que consagra expresamente el principio de igualdad.

La posición actual de esos organismos es violatoria de normas específicas, de derecho interno y de derecho internacional en materia de prescripción, que son de aplicación ineludible por parte de las autoridades nacionales bajo pena de infringir no sólo el principio de igualdad ante la ley sino el de defensa en juicio, ambos de raigambre constitucional (conf. acta 11 del año 2005 de la Honorable Junta de Calificaciones del Servicio Exterior de la Nación).

Como se ha observado, las normas hablan de plazos breves, obligatorios e improrrogables y luego por interpretación se ha llegado a situaciones absolutamente absurdas, donde por ejemplo el homicidio simple prescribe a los 12 años, pero la falta administrativa puede ser investigada, válidamente, por más de 18 años.

Con esto quiero señalar que el tema debe ser materia de revisión legislativa, primero por la disparidad de los plazos establecidos en los diferentes regímenes jurídicos y segundo, por las diversas interpretaciones que de ellos se han efectuado, claramente incompatibles con el debido proceso y el derecho de defensa en juicio al que hace referencia la Corte Suprema en el fallo "Losicer".

FACULTADES SANCIONATORIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (RESUMEN)

GUIDO J. DUBINSKI

Las facultades sancionatorias de la Administración Pública durante la ejecución contractual se fundamentan en las amplias prerrogativas de poder público que aquella ostenta de acuerdo a las facultades exorbitantes inherentes al Derecho Público administrativo.

Sin embargo, dichas facultades no son ilimitadas y no queda abstraída de su ejercicio el principio de razonabilidad.

Es que la aplicación de sanciones de carácter represivas y económicas por parte de un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, tiene su correlato en la correspondiente garantía para el administrado/contratista para recurrir y cuestionar la sanción aplicada, primero en la vía administrativa y mediante la articulación de recursos, y luego mediante la impugnación judicial ante el rechazo expreso o tácito de los citados recursos

La aplicación de una sanción económica o represiva requiere como expresión y exteriorización de la voluntad del órgano estatal, el dictado de un acto administrativo con todas las formalidades que prescribe el art. 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Dicho acto debe, indefectiblemente, ser notificado al sancionado, quien podrá ejercer las defensas que considere contra tales sanciones.

¿Cuándo debe cuestionarse la aplicación de la sanción? Al momento de la imposición o luego del finalizado el contrato?

En el plenario “Petracca” (24/4/1986) la Cámara Contencioso estableció que “la impugnación de los actos administrativos prevista en los incisos *a* y *b* del art. 23 de la ley de procedimientos, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido por su art. 25”.

El citado plenario, como todos ya saben, no siguió los lineamientos de la Corte en el caso “Mevopal c. Banco Hipotecario Nacional”, 1985 (Fallos 307:2216), aunque luego la Corte zanjó la cuestión en el fallo Gypobras, (1995, Fallos 318:441), remitiéndose a los lineamientos de “Petracca”.

Tipos de penalidades y sanciones:

El art. 29 del decr. delegado 1023/01, establece que se pueden aplicar como *a) Penalidades*. 1. Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta

o de cumplimiento del contrato; 2. Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones; 3. Rescisión por su culpa.

Y como *b) Sanciones*: 1. Apercibimiento; 2. Suspensión; 3. Inhabilitación.

Por otra parte, la aplicación de las sanciones y penalidades resulta de una facultad discrecional de la Administración Pública, pudiendo esta “decidir” libremente y ante circunstancias objetivas, no aplicar ninguna sanción.

Asimismo, toda sanción debe ser razonable, y la potestad sancionatoria de la Administración Pública deriva de las normas legales que regulan la contratación administrativa, tales como el reglamento de contrataciones, y normas inferiores que complementan a aquella regulando sus pormenores.

Por último, queda para el análisis del intérprete evaluar si la aplicación de una penalidad y luego de una sanción no implica una doble punición prohibida por el *non bis in idem*.