

EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

Leandro SALGAN RUIZ ¹

SUMARIO: 1. Introducción: la proyección de la tutela jurisdiccional del Derecho Penal al ámbito de las sanciones en la función administrativa.- 2. Desarrollo. 2.1. Dirección constitucional de la legalidad en la sanción disciplinaria: la delimitación de la zona de reserva del Congreso en la regulación legal del contrato administrativo de empleo público. 2.2. El correcto y adecuado funcionamiento de la organización administrativa: papel preventivo de la responsabilidad del funcionario público en la fiscalización administrativa en el desvío de las conductas previstas del régimen disciplinario. 2.3. Dos expresiones del nuevo principio de buen desempeño de las funciones públicas: participación defensiva y objetividad del instructor como garantías adjetivas del funcionario en el sumario administrativo. 2.4. Procuraduría de Investigaciones Administrativas: su participación en los sumarios disciplinarios a partir de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. 2.4.1. Facultades investigativas: la promoción de investigaciones por conducta de funcionarios públicos. 2.4.2. Facultades de requerimiento: el sumario administrativo como medio para asegurar el debido proceso a todo agente de la Administración Pública. 2.4.3. Facultad para asumir parte acusadora: el rol en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467/99. 2. 4.4. Facultad de intervención directa en el proceso penal: la facultad recursiva como medio para asegurar el mandato constitucional de legalidad y evitar la responsabilidad del Estado. 2. 5. Sindicatura General de la Nación: la recuperación judicial y extrajudicial del perjuicio patrimonial registrado de los sumarios disciplinarios. 2.5.1. Las condiciones de procedencia de la responsabilidad patrimonial en la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del

¹ Abogado (UBA). Especialista en Contratos Administrativos, Derecho Procesal y Abogacía Pública en la Procuración del Tesoro de la Nación. Diplomado Post magistral en Derecho Administrativo Profundizado. Mg. en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Mg. en Abogacía del Estado (UNTREF). Doctorando en Derecho (Universidad Kennedy). Profesor de Ciencias Jurídicas (USAL) con actividad docente de grado y postgrado (Seminarios, Diplomaturas, Programas de Actualización, Especializaciones y Maestrías). Investigador categorizado por el Ministerio de Educación. Expositor en eventos jurídicos. Autor de publicaciones en revistas especializadas nacionales y del exterior.

Sector Público Nacional. 2.5.2. La determinación del perjuicio fiscal a través del procedimiento administrativo del régimen disciplinario de empleo público. 2.5.3. La gestión administrativa del Servicio Jurídico Permanente de la jurisdicción para el cobro extrajudicial del cargo al responsable de la deuda. 2.5.4. La regulación de la prescripción de la responsabilidad contractual en la nueva Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.994.- 3. Reflexiones: los desafíos del régimen disciplinario en el Estado Constitucional y Social de Derecho.- 4. Bibliografía

1. Introducción: la proyección de la tutela jurisdiccional del Derecho Penal al ámbito de las sanciones en la función administrativa

Sabemos que nuestra Constitución exige al legislador ² una norma penal con determinados *rasgos*. Debe estar promulgada para impedir su *retroactividad* por leyes más severas. Debe ser *escrita* para restringir el uso de Derecho consuetudinario en los tipos penales. Debe ser *estricta* para que su contenido se desprenda del texto expreso de la ley evitando la analogía.

Frente a ella cada habitante goza de un *estado de inocencia* que sólo cede ante su *culpabilidad* debidamente acreditada en un *proceso penal* por un juez *imparcial e independiente* que determinará la *responsabilidad penal*. En esa tarea no deberá aplicar dos veces la misma sanción ni tampoco prescindir de la más favorable ³ para el reo.

El *Derecho Penal* ha estudiado con rigurosidad y profundidad estas garantías que se han trasladado al ámbito de las sanciones administrativas. Esto es especialmente cierto en aquellos países ⁴ donde el *principio de legalidad* las comprende expresamente en su texto constitucional ⁵.

² Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 75°, inciso 12.

³ Ley 11.179: BO del 3/11/1921. Art. 2°.

⁴ Constitución Española, Art. 25°, apartado 1°; Constitución Venezolana, Art. 49°, apartado 6°.

⁵ Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Art. 13°.

De hecho, pese a que algunos principios del Código Penal son inaplicables ⁶ ha operado ciertamente un traslado hacia el nivel local ⁷. Es aquí donde aparecen dos disciplinas claves: de un lado, el *Derecho Administrativo sancionador* para las sanciones de orden general como las faltas y contravenciones y de otro, el *Derecho Administrativo disciplinario* para las sanciones administrativas del régimen disciplinario.

Dentro de esta última, una de las instituciones más emblemáticas está representada sin dudas por el *procedimiento administrativo sancionador*. En este breve trabajo abordaremos el procedimiento administrativo del régimen disciplinario del empleo público.

Se trata en la especie de un procedimiento administrativo *especial* ⁸; al cauce que se sigue para el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública debemos sustanciar un procedimiento administrativo especial ⁹. Se caracteriza por ser esencialmente escrito, reservado, contradictorio, discrecional, gratuito, impulsado de oficio y con formalidades moderadas ¹⁰.

Desde este cauce nos ocuparemos fundamentalmente de las *sanciones disciplinarias* como variante de la potestad sancionadora de *autoprotección* donde existe una *relación de sujeción especial*. Hay en ellas una relación entre lo sustantivo y lo adjetivo ¹¹.

En este contexto nos preguntamos cómo podemos aplicar las garantías del Derecho Penal al procedimiento administrativo san-

6 CSJN, 17/2/1987, "Pereiro de Buodo". Ver también *Fallos*, 203:399 y 256:97.

7 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 121° y 122°.

8 Ley 19.549: BO del 27/4/1972. Art. 2°. Decreto 722/96: BO del 8/7/1996.

9 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII, Art. 38°.

10 LO TURCO, Carlos A., "El régimen disciplinario frente al procedimiento administrativo nacional"; JA 2010-II-957 a 966, Suplemento de Empleo Público, 2/6/2010.

11 LAPIERRE, José Augusto, "Procedimientos administrativos"; en AA. VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, ps. 545-549.

cionador. La respuesta a este interrogante nos llevará a plantearnos primero el diseño del principio de legalidad, continuaremos por abordar el bien jurídico tutelado en la responsabilidad disciplinaria y culminaremos por la reformulación y reconducción del estado de inocencia hacia el empleo público. Por últimos haremos unas breves reflexiones sobre los aspectos indicados y su actualidad frente a los aportes provenientes de los instrumentos de protección de derechos humanos.

2. Desarrollo

2.1. *Dirección constitucional de la legalidad en la sanción disciplinaria: la delimitación de la zona de reserva del Congreso en la regulación legal del contrato administrativo de empleo público*

Para aplicar el *principio de legalidad* en el procedimiento administrativo sancionador ponemos el acento en las *sanciones y conductas* reguladas por el legislador en el contrato de empleo público.

Particularmente exploramos las disposiciones constitucionales¹² y convencionales¹³ que lo reciben para pasar luego a las legales y reglamentarias dictadas como consecuencia del resultado de esa elección. Ellas son retomadas singularmente por el *órgano de investigación* cuando formula el reproche disciplinario en el sumario administrativo.

Es sabido que el Congreso desarrolla una actividad en el marco de un procedimiento específico diseñado en la Constitución. Ese cauce implica que la cláusula constitucional tiene un curso de acción sustancial definido por el constituyente en la Norma Suprema desde el artículo 77 hasta el 84¹⁴.

Cuando el legislador elige la custodia de un bien jurídico se proyectan consecuencias. Esa elección tiene su eje en el régimen

12 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Arts. 18° y 19°.

13 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 9° y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 9.1.

14 COMADIRA, Julio R., "Las bases constitucionales del procedimiento administrativo", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública-Rap: 309:229, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2003.

jurídico que atiende al ámbito de la potestad sancionadora, a la infracción, a la sanción y al procedimiento administrativo sancionador¹⁵.

En el ámbito de la función pública, el legislador no sólo crea y suprime empleos¹⁶ sino que además fija los gastos de la Administración en el presupuesto¹⁷, incluso más ya que define cuál va ser el número y el alcance de la competencia de los Ministros¹⁸.

La competencia para dictar normas estatutarias para el personal de la Administración Pública Nacional es asignada al Poder Legislativo dado que es una reglamentación del derecho constitucional a la estabilidad y del requisito de idoneidad para el acceso a la función pública¹⁹. Desde el ejercicio de sus atribuciones constitucionales²⁰, fijó la fuente de financiamiento específica en el presupuesto general de gastos de la Administración²¹.

Esta última cuestión pone el acento en el diseño del *régimen de estabilidad* y en la *carrera administrativa* que la integra. En lo que hace a la fuente de financiamiento nuestro Máximo Tribunal abordó recientemente el tema desde un enfoque de la división de poderes²².

Cuando se consolidó el Estado de Derecho el traslado de la función legislativa al Congreso lo convirtió en titular exclusivo, título que fue acompañado de materias reservadas inherentes a la propie-

15 GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Sanciones de policía. La distinción entre los conceptos de delito y faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la Administración", en *Servicio Público, Policía y Fomento*, RAP Buenos Aires, 2003, ps. 751-766.

16 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 75°, inciso 20°.

17 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 75°, inciso 8°.

18 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 100°.

19 Dictámenes PTN 121:366.

20 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 75°, inciso 8°.

21 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 8°.

22 *Fallos*, 333:311, consider. 8° del voto de mayoría de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay.

dad y libertad ²³. Sólo el legislador tiene la atribución de reglamentar los derechos de acuerdo a las previsiones de los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional. Esas dos normas del texto constitucional forman parte inescindible del principio de legalidad que limita el poder de policía del Estado ²⁴.

Para el ordenamiento jurídico cualquier afectación punitiva del patrimonio y la libertad física forma parte de la zona de reserva de ley ²⁵. Esto implica que toda restricción de derechos debe contar con base legal formal puesto que el goce de los derechos se ajusta a las leyes que reglamentan su ejercicio y esa legislación no puede alterar su sustancia constitucional ²⁶.

El régimen disciplinario en el empleo público federal ha sido tratado especialmente en el capítulo IV de la Ley N° 25.164. Es en ese pasaje de la norma donde se han definido los derechos ²⁷, deberes ²⁸ y prohibiciones ²⁹ del funcionario público.

La responsabilidad disciplinaria del funcionario público implica su violación en casi todos los sistemas nacionales ³⁰. Además del comportamiento del funcionario, también tipificó las sanciones co-

23 USLENGHI, Alejandro Juan, "Régimen jurídico de la potestad reglamentaria" en *Acto Administrativo y Reglamento*, RAP, Buenos Aires, 2002, ps. 487-495.

24 PALAZZO, Eugenio Luis, "El empleo público en la Constitución, los tratados y la jurisprudencia", EDC 2004-733 (2004).

25 COMADIRA, Julio R., "La responsabilidad disciplinaria del funcionario público", en AA VV, *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 590.

26 CANDA, Fabián Omar, "El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la ley marco de regulación del empleo público y el reglamento de investigaciones administrativas)"; EDA 2003-565 (2003).

27 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. IV. Arts. 16°-22°.

28 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. V. Art. 23°.

29 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. V. Arts. 24°-25°.

30 COMADIRA, Julio R., "La responsabilidad disciplinaria...", cit.

rectivas como el apercibimiento³¹ y la suspensión³² y la extendió a las expulsivas como exoneración³³ y la cesantía³⁴. Incluso precisó el supuesto de aplicación³⁵ de cada una, su modo de graduación³⁶ y el cómputo de tiempo de prescripción³⁷.

Existen entonces dos contenidos centrales definidos por el legislador: de un lado, las sanciones y de otro, el comportamiento del funcionario público.

El *Instructor Sumariante* investiga los hechos que motivan la apertura mediante acto administrativo de una investigación administrativa. Especialmente nos interesa en la especie, el sistema diseñado para el *sumario administrativo* puesto que se constituye en idóneo para proponer sanciones³⁸.

En efecto, se trata de un cauce que tiene por finalidad determinar objetivamente, con las acreditaciones idóneas y pertinentes, la real existencia de una o más faltas disciplinarias y, además, la identidad del o de los autores de la misma que permitan la esclarecida imputación del cargo que resulte conforme al régimen jurídico disciplinario³⁹.

En ese marco, el instructor es un órgano con competencia administrativa asignada en materia de investigación. En su rol en la tarea forma parte de los órganos que integran el Poder Ejecutivo y a su vez, este último como uno de poderes públicos, ejerce la función administrativa en el contrato de empleo público y por

31 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Art. 30°, inciso a.

32 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Art. 30°, inciso b.

33 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Art. 30°, inciso c.

34 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Art. 30°, inciso c.

35 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Arts. 31°-33° para la aplicación de las sanciones de apercibimiento, suspensión, cesantía y suspensión.

36 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Art. 35°.

37 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Cap. VII. Art. 37°.

38 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 42°.

39 STEFANELLI, Carlos A. R., "La objetividad y las garantías en el sumario administrativo", disponible en www.laleyonline.com.

consiguiente junto al Legislativo y el Judicial forma parte del Estado Nacional.

El despliegue del principio de legalidad de las sanciones fortalece la función del legislador en la *reglamentación de los derechos en el contrato de empleo público*. Puntualmente en el régimen disciplinario, las acciones u omisiones y la sanción administrativa deben tener cobertura legal lo más detalladamente posible ⁴⁰.

En todo caso, la ley formal asegura de sustancia legal a las sanciones del régimen disciplinario ajustada a la representación popular y a la deliberación como dos pautas políticas del Poder Legislativo como órgano del Estado ⁴¹.

Su vigencia en el Derecho Administrativo disciplinario nos exige que exista una ley que mande o prohíba una conducta para que una persona pueda incurrir en falta por acción obrada y/u omitida y que también fije sanciones para aplicar ⁴². Debemos evitar su transgresión, lo que puede ocurrir precisamente cuando esa norma legal previa no existe ⁴³.

El uso inadecuado de los *conceptos jurídicos indeterminados* presentes en las normas de fondo implica un riesgo cierto para las *sanciones administrativas* que pueden agravar la situación del empleado y sus derechos emergentes en la función pública.

Nuestro Máximo Tribunal no admite: “[...] que los funcionarios están expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas cuya descripción concreta depende de un juicio formulado *a posteriori* por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste. Esto supondría tanto legitimar la existencia de un poder legal en blanco [...]” ⁴⁴.

40 IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, RAP, Buenos Aires, 2010, ps. 91-114.

41 COMADIRA, Julio R., “Las bases constitucionales...”, cit.

42 IVANEGA, Miriam M., “Nuevos interrogantes acerca de las responsabilidades de los agentes públicos frente a la laborización y precarización del empleo”, en AA VV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 995 y sigs.

43 Dictámenes PTN 250:314 y 259:432.

44 *Fallos*, 329:3617.

Esto implica que la mera indeterminación de un concepto, no habilita implícitamente al sancionador a llenarlo de contenido a su “gusto” ni a describirlo *a posteriori* de su ocurrencia, no legitimándose un poder legal en blanco con facultad de crear infracciones in-nominadas ⁴⁵.

Para superar el inconveniente del uso de los *conceptos jurídicos indeterminados* debemos concretar adecuadamente la *falta disciplinaria* a través de la *relación de empleo público*, la *conducta violatoria* y el *elemento subjetivo de la responsabilidad disciplinaria*.

Nos parece que ocupa un lugar central la *relación de empleo* para entender la naturaleza del vínculo que existe entre la persona y el Estado en el marco del contrato administrativo. En esa relación jurídica de empleo público existen claros límites a la voluntad de las partes. Ella no puede transferirse y en su dinámica funcionan operativamente prerrogativas del poder público. Es formal, onerosa, nominada y se ejecuta en forma sucesiva ⁴⁶.

De hecho, a nuestro modo de ver lo más importante de la relación de empleo público reside en su *rasgo retributivo* de cara a la sanción administrativa prevista en el régimen disciplinario, lo que se sustenta por su contenido sustancial ⁴⁷. Éste es un presupuesto fundamental para el ejercicio del poder disciplinario ⁴⁸.

En segundo lugar, en lo que hace a la conducta violatoria, sabemos que la responsabilidad disciplinaria del funcionario público requiere que el Instructor investigue si el funcionario público cometió una conducta incompatible con los deberes y prohibiciones del régimen disciplinario.

45 PERALTA, Manuel, “La aplicación de los principios del Derecho Penal a la responsabilidad disciplinaria del funcionario público” en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario*, Rap, Buenos Aires, 2008, ps. 128-137

46 DOCOBO, Jorge José, “La relación jurídica de empleo público”, en Universidad Austral. Facultad de Derecho, *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*; Jornadas sobre Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, ps. 188-196.

47 COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria...”, cit.

48 *Fallos*, 251:369.

El núcleo principal descriptivo de la conducta infractora en la norma legal recibe la colaboración del reglamento para que sea completado ⁴⁹. Esa dinámica hace que las sanciones disciplinarias se sujeten a tipos abiertos ⁵⁰.

Cualquier verificación de comportamiento del funcionario público -por acción o por omisión- que no se ajuste a las acciones esperadas por la Administración en el desempeño de las funciones asignadas torna factible la eventual falta disciplinaria.

Esto implica en sí una violación de un agente o ex agente de aquellos deberes y prohibiciones que han sido establecidos en los sistemas estatutarios. Puede darse el caso de que se agrave la situación en el caso en que el reproche disciplinario provenga en su origen de un comportamiento que deriva del quebrantamiento de las prohibiciones dado que en la especie las consecuencias son más severas ⁵¹.

Así podemos constatar que las facultades de investigación del Instructor colaboran sustancialmente con la determinación de la responsabilidad disciplinaria del funcionario público que deriva de una violación a sus deberes y prohibiciones a los que se sujeta en el marco de su relación de empleo público. Esto hace posible que la Administración Pública luego aplique las sanciones administrativas previstas por el legislador en la norma formal.

En tercer lugar, constatada la conducta violatoria en el marco de la relación de empleo, debemos acreditar el elemento subjetivo en la responsabilidad disciplinaria.

En efecto, debemos recordar que la esencia de la *sanción administrativa* no es otra cosa que una consecuencia jurídica dañosa que la Administración aplica a una persona vinculada por una relación de empleo público, en tanto constate una infracción a los deberes y obligaciones inherentes a la función que se desempeña o en ocasión del ejercicio de la misma, que se imputa a esa persona *en razón de culpa o dolo* ⁵².

49 GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Sanciones de policía...*, cit.

50 DOCOBO, Jorge José, "La aplicación de principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario", JA 1996-IV-785 a 792.

51 COMADIRA, Julio Rodolfo, "La responsabilidad disciplinaria...", cit.

52 CHÁVEZ, César, "Las aporías del Derecho Administrativo disciplinario", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap: 7:229, Ediciones Rap, Buenos Aires, 1997.

Es por eso que en Derecho Administrativo sancionador es un *presupuesto* esencial la culpa del agente público para la configuración de la responsabilidad excluyendo la posibilidad de que sea determinada en forma objetiva o por el mero resultado. La *culpabilidad* representa un límite puesto que exige el requerimiento de demostrar que la acción llevada a cabo por el sujeto derive de un incumplimiento de un deber objetivo de cuidado que se proyecta en negligencia, impericia o riesgo innecesario ⁵³.

2.2. *El correcto y adecuado funcionamiento de la organización administrativa: papel preventivo de la responsabilidad del funcionario público en la fiscalización administrativa en el desvío de las conductas previstas del régimen disciplinario*

Para aplicar el principio del *non bis ídem* al procedimiento administrativo sancionador debemos enfocar el *bien jurídico tutelado* en la responsabilidad disciplinaria.

Esa responsabilidad administrativa implica asegurar de modo inmediato el *adecuado funcionamiento de la Administración Pública* que es inherente a la división y autonomía de los poderes ⁵⁴.

La autoridad del Poder Ejecutivo con competencia legal para aplicar las sanciones administrativas puede sufrir variaciones según se trate de sanción expulsiva o no.

Lo importante es que tiene una *participación* en el procedimiento sancionador, de carácter *orgánico*, con un ejercicio de la función administrativa en materia de empleo público y se integran en forman *permanente* dentro de la estructura de la organización administrativa a nivel central y descentralizado ⁵⁵.

El artículo 38 de la Ley N° 25.164 prescribe que por vía reglamentaria: “[...] se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo [...]”. Por su

53 IVANECA, Miriam M., “Cuestiones de potestad disciplinaria...”, cit.

54 COMADIRA, Julio Rodolfo, “La responsabilidad disciplinaria...; cit.

55 COMADIRA, Julio Rodolfo, “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas”, ED abril 2005, Serie especial, Derecho Administrativo ps. 400-428.

parte, el Decreto N° 1421/2002 atribuye la competencia para aplicar sanciones disciplinarias que depende de la gravedad ⁵⁶.

Para ello el órgano que aplica la sanción, además de los recaudos reglamentarios ⁵⁷ y legales ⁵⁸ que hacen a la estructura de validez del acto administrativo conclusivo, en su núcleo tiene que resolver la cuestión del trámite seguido en el expediente, las excepciones y el tema de fondo. Este último aspecto implica dilucidar la existencia o no de falta administrativa y resolver en su consecuencia la situación del funcionario público sumariado ⁵⁹.

Si la autoridad competente aplica las sanciones administrativas del régimen disciplinario ejerce la potestad administrativa o poder inherente cuyo resultado se orienta a *asegurar el correcto y normal funcionamiento* ⁶⁰ de la Administración.

Cuando aplicamos la cesantía por superar 10 inasistencias injustificadas dentro del plazo de 12 meses ⁶¹, por haber sido suspendido 30 días ⁶², o cuando se agrava la sanción por la sentencia definitiva de un proceso penal ⁶³ o cuando se extiende la sanción a otros empleos, lo que hacemos es proteger ese bien jurídico tutelado ⁶⁴. En estos casos parecería que no rige el principio *non bis in ídem* ⁶⁵.

⁵⁶ Decreto 14212/2002: BO del 9/8/2002. Art. 38°.

⁵⁷ Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Art. 122°.

⁵⁸ Ley 19.549: BO del 27/4/1972 y Decreto 1759/1972. Arts. 7° y 14°.

⁵⁹ REPETTO, Alfredo L., “El acto conclusivo y el agente sumariado”, JA 2010-II-974 a 983, Suplemento Empleo Público, 2/6/2010.

⁶⁰ Fallos, 307:295. Considerando 6° del voto del juez Petracchi.

⁶¹ Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 32°, inciso a.

⁶² Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 32°, inciso c.

⁶³ Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 34°.

⁶⁴ Decreto 1797/1980: BO del 8/9/1980. Art. 30°.

⁶⁵ APESTEGUÍA, Carlos A., “Acerca de lo ilícito disciplinario administrativo. (El porqué de la aplicación relativa de los principios del Derecho Penal)”; LL 1988-D-704.

En el Derecho Administrativo disciplinario su vigencia plena se ve reforzada ⁶⁶ dado que permite deslindar la conducta ser objeto de sanción en más de un esfera ⁶⁷. En efecto, ningún funcionario público: “[...] *podrá ser sancionado más de una vez por la misma causa [...]*” ⁶⁸.

De suyo posee contornos definidos en el *principio de razonabilidad* y la *independencia* de la acción disciplinaria respecto del proceso penal. A la *legalidad objetiva* -formada por las normas sustantivas y adjetivas- se agregará el principio de *razonabilidad* -idoneidad, necesidad y proporcionalidad-.

Para motivar a través de la razonabilidad la autoridad administrativa competente deberá poner el acento en el propósito perseguido por el legislador en el régimen disciplinario (*idoneidad*), luego en la elección de la sanción administrativa más adecuada y ajustada a la gravedad del comportamiento del funcionario público (*necesidad*) y finalmente en la graduación del *quantum* de la sanción y su aptitud de afectar el vínculo (*proporcionalidad*).

Recordemos que debemos tener presente la gravedad de la falta cometida y los antecedentes del sumariado. La proporcionalidad se aplica en la tipificación de la conducta entre las alternativas jurídicas disponibles y para decidir la sanción aplicable entre el mínimo y máximo posible ⁶⁹.

La Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional N° 25.164 habilitó para elegir el plazo de la sanción administrativa de suspensión del régimen disciplinario ⁷⁰. La elección del plazo de sus-

66 ANGANUZZI, Mario Lucio, “A propósito de los principios del derecho penal al proceso disciplinario”, LL 1988-E- 785

67 DOCOBO, Jorge José, “La aplicación de principios...”, cit.

68 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 28°. Antes estaba previsto en el artículo 39 del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública N° 22.140 y el artículo 42 *in fine* del Estatuto del Personal de la Administración Nacional aprobado por el Decreto ley N° 6666/57.

69 IVANEGA, Miriam M., “Cuestiones de potestad disciplinaria...”, cit.

70 GARCÍA PULLÉS, Fernando, “Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público” en *Las bases constitucionales del derecho administrativo*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap: 309:353, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003.

pensión debilita la relación de empleo pero no genera extinción del vínculo. La actualización del sistema estatutario a nivel federal ha reducido esas zonas de discrecionalidad en el régimen disciplinario y que aún hoy se mantienen latentes ⁷¹.

Asimismo, resulta importante destacar que la: “[...] substanciación de los sumarios por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, *son independientes de la causa criminal* [...]” ⁷².

Refuerza a la razonabilidad y autonomía de la acción disciplinaria, el plazo de *prescripción* fijado por el legislador para la acción disciplinaria. En tal sentido, según su gravedad o entidad de la falta administrativa, el artículo 37 del Capítulo VII de la Ley N° 25.164 prescribe que la acción disciplinaria opera a los seis meses para el apercibimiento ⁷³ y suspensión ⁷⁴, al año para la cesantía ⁷⁵ y a los dos años para la exoneración ⁷⁶.

2.3. *Dos expresiones del nuevo principio de buen desempeño de las funciones públicas: participación defensiva y objetividad del instructor como garantías adjetivas del funcionario en el sumario administrativo*

En el Derecho Penal hablamos de *estado de inocencia* del *habitante*, lo que implica asegurarle el *derecho de defensa* en el *proceso penal*. Se sostiene que la presunción de inocencia presente en el principio *in dubio pro reo* se convierte *in dubio pro disciplinado* en el procedimiento administrativo disciplinario puesto que no se puede sancionar al supuesto infractor sin pruebas que permitan destruir aquella presunción. Por ende, cualquier persona acusada de una infracción sancionable será considerada inocente mientras no

71 COMADIRA, Julio R., “La responsabilidad disciplinaria...”, cit.

72 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 34°.

73 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 37°, inciso a.

74 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 37°, inciso a.

75 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 37°, inciso b.

76 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 37°, inciso c.

se demuestre lo contrario ⁷⁷.

Nosotros lo visualizamos en el *principio de buen desempeño en el ejercicio de la función pública* que conduce a que al *funcionario público* se le asegure la *acción disciplinaria defensiva* de la *tutela administrativa efectiva* en el procedimiento especial.

Nos hemos referido oportunamente a la necesidad del elemento de la culpabilidad del agente cuando abordamos la tipificación de las sanciones disciplinarias, ahora agregamos a ese elemento subjetivo su análisis desde el criterio reciente que ha sido establecido por la jurisprudencia en el tema.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sola” ⁷⁸ señaló que en la órbita del: “[...] ámbito administrativo, la presunción de buen desempeño de las funciones sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo [...]”.

Esa expresión refleja una *presunción de buen desempeño* que sólo puede ser desvirtuado con un reproche disciplinario concreto y probado.

Esto se ve reforzado por la *idoneidad* que no sólo se verifica en el ingreso a través del concurso como *mecanismo de selección* sino que se consolida luego de esa incorporación en el progreso en la carrera administrativa a través de la promoción horizontal y vertical. Ciertamente es una instancia donde se ponderan particularmente otros factores como la *experiencia* en el puesto, *capacitación* y las *evaluaciones de desempeño*.

Esa *idoneidad* exige el reconocimiento de una *acción defensiva* ⁷⁹ para el funcionario público con el objetivo central de asegurarle el uso efectivo y oportuno de los mecanismos de defensa diseñados normativamente y tutelar de ese modo sus derechos derivados de la relación de empleo público reguladas en estatutos o convenios colectivos.

⁷⁷ IVANECA, Miriam M., “Cuestiones de potestad disciplinaria...,” cit.

⁷⁸ Fallos, 320: 2509. Considerando 5º del voto del Juez Belluscio.

⁷⁹ SALGÁN RUIZ, Leandro G., “Horizontes de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento sancionador: la acción disciplinaria hoy y la efectividad de su cauce en la función administrativa del empleo público”, JA 2012-II-39 a 50, Suplemento Derecho Administrativo del 9/5/2012.

Para que sea viable necesitamos el debido proceso objetivo ⁸⁰ del régimen disciplinario con el reenvío a las pautas diseñadas para el procedimiento general o común ⁸¹ en caso de ser necesario. En tal sentido, se ha reforzado la oportunidad y eficacia del uso de los mecanismos de defensa en los entes públicos no estatales cuya discontinuidad genera la invalidez del acto sancionatorio por el vicio en sus elementos ⁸².

Ciertamente, el funcionario se defiende en sede administrativa a través del derecho a ser oído a través de sus declaraciones ⁸³, a ofrecer la producción de prueba de cargo ⁸⁴ y a producirla, a la vista de las piezas del expediente sumarial para su conocimiento ⁸⁵, a presentar su escrito de descargo ⁸⁶, al alegato de la prueba producida en la etapa de descargo ⁸⁷, a la audiencia pública ⁸⁸, a un acto administrativo sancionatorio ⁸⁹ debidamente motivado y fundado y a la posibilidad de articular recursos administrativos ⁹⁰.

Estos actos consagran en su conjunto la regla de que resultará nulo el acto de cesantía dispuesto en el marco de un procedimiento sin que se ordenase formalmente instruir el sumario sin designarse instructor sumariante, sin que se dé vista al inculpado para que efectúe su defensa y proponga las medidas de prueba pertinentes, sin dar traslado al sumariado para que alegue sobre el mérito de

80 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 29°.

81 Ley 19.549: BO del 27/4/1972. Art. 1°, inciso f.

82 *Fallos*, 334:1372.

83 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Arts. 61°-62°.

84 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Careos (art. 90 y ss); pericia (art. 95 y ss); informativa e instrumental (art. 103 y ss) y testigos (art. 75 y ss).

85 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Cap. XIII. Art. 110°.

86 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Cap. XIV. Art. 111°.

87 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Cap. XV. Art. 116°.

88 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Cap. XV. Art. 119°.

89 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Cap. XV. Art. 122°.

90 Decreto 467/1999: BO del 13/5/1999. Título IV. Art. 124°.

las actuaciones una vez concluidas. Se considera con acierto que tales falencias importan tanto como la inexistencia de sumario previo ⁹¹.

Esos mecanismos de defensa hoy se encuentran alcanzados dentro del concepto de la *tutela administrativa efectiva* ⁹² que se refiere a la garantía constitucional con la facultad de acceso a un procedimiento administrativo conducido en legal forma, que garantice una decisión fundada suficientemente en derecho y que, en la práctica, resulte útil y oportuna.

En efecto, esa inclusión en la garantía, configura la razón central por la que la doctrina actualmente se ha ocupado de estudiar su dinámica en el inicio, desarrollo y final con referencia al procedimiento común o general ⁹³; sus implicancias prácticas que derivan de su concreta y efectiva aplicación como principio jurídico ⁹⁴; el desarrollo de sus contenidos propios a su autonomía conceptual ⁹⁵ y su distinción con la garantía de tutela judicial efectiva en orden a su vinculación ⁹⁶.

Esto último muestra particularmente que por vía pretoriana el precedente ha escindido la tutela administrativa de la judicial y que se la reconoce en el ámbito del primero al procedimiento como un nuevo principio sustancial que se proyecta en sus efectos a toda la

91 ZINGARETTI, Gisela, "La facultad disciplinaria de la Administración en el empleo público", RDLSS 2011/9/819.

92 *Fallos*, 327:4185.

93 CANOSA, Armando Norberto, "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Ediciones RAP, Buenos Aires, ps. 75 a 88.

94 URRUTIGOITY, Javier, "El principio de tutela administrativa efectiva", JA 2005-IV- 1383 a 1391.

95 GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., "Tutela y prevención administrativas", *Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes*; Ediciones RAP; ps. 377-384.

96 GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A., "El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva"; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*; 383, ps. 349 y ss.

actividad de la función administrativa ⁹⁷.

Por supuesto que para que ceda el *principio de buen desempeño de funciones públicas* debemos sustanciar siempre un *sumario administrativo*. No participamos de la idea de que apliquen *sanciones de plano* en la relación de empleo público ⁹⁸.

Es cierto que el proceso penal asegura al juez la garantía de *imparcialidad* y la *independencia* de criterio para el ejercicio de su jurisdicción, pero esas condiciones de actuación en el Derecho disciplinario exigen que el órgano de investigación goce de *objetividad* para su tarea lo que implica el deber de asegurar determinadas condiciones para alcanzarla en su actuación.

Sabemos que el Decreto N° 467/99 dispone en el artículo 6° que la: “[...] sustanciación de las informaciones sumarias y los sumarios se efectuará en la oficina de sumarios del área respectiva, y estará a cargo de funcionarios *letrados de planta permanente* [...]”.

Este artículo es de suma importancia ya que la actividad de investigación deberá desarrollarse en la órbita de una asesoría jurídica de cada repartición por un abogado de planta permanente. El *carácter propio* es el rasgo que define a la estabilidad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y brinda un mayor grado de protección a la persona en su relación de empleo público.

Cuando removemos sin causa a un empleado público ⁹⁹, declaramos la nulidad de ese despido, reincorporándolo a su puesto trabajo y abonándole los salarios caídos ¹⁰⁰.

Ciertamente esa estabilidad ha sido puesta en duda en algún momento por el propio órgano de interpretación del Reglamento de Investigaciones Administrativas que aceptó en condiciones de ex-

97 IVANEGA, Miriam M., “Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa”; JA 2010-II-967 a 963, Suplemento Empleo Público del 2/6/2010.

98 SALGÁN RUIZ, Leandro G., “La sanciones de plano y la problemática de su aplicación por la Administración pública en el régimen disciplinario del contrato de empleo público. Avances y retrocesos del Derecho Administrativo disciplinario”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 395; ps. 67-77.

99 *Fallos*, 330:1989.

100 CSJN, 15/4/2007, “Ruiz, Emilio David”.

cepcional a la designación transitoria ¹⁰¹.

No obstante, la solución de la problemática de la inestabilidad laboral como alternativa posible del artículo 6° del Decreto N° 467/99 se logró luego en el control preventivo de nombramientos ¹⁰² para las funciones de los abogados del Estado. En efecto, en el año 2010, la Procuración del Tesoro de la Nación revisó la situación de los abogados designados en planta transitoria en los sumarios ¹⁰³.

Existe otro punto débil para la aplicación del artículo 6° reseñado que tiene que ver con la inexistencia de la oficina de sumarios en la estructura de la organización administrativa de los entes descentralizados.

Con relación a insuficiencia y falta de previsión orgánica, la Procuración del Tesoro de la Nación opinó que la: “[...] ausencia de una oficina de sumarios en un organismo descentralizado se supera con la colaboración de la oficina de sumarios correspondiente al Ministerio a cuya jurisdicción pertenece el ente mediante la designación de un instructor para que se encargue de la sustanciación del sumario administrativo disciplinario [...]” ¹⁰⁴.

También que dentro de ese ámbito de actuación, es un abogado del Cuerpo de Abogados del Estado ¹⁰⁵ de planta permanente el que realizará la tarea de naturaleza investigativa, con la superintendencia de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Otro aspecto relevante que promueve a la transparencia administrativa se relaciona también con la autonomía funcional y la independencia del Instructor Sumariante.

La idea de que el reglamento asegure la independencia funcional del órgano de investigación nos parece pertinente al ejercicio autónomo de las facultades orientadas a un resultado objetivo.

En este orden de ideas, el artículo 15 del Reglamento prescribe: “[...] Los instructores tendrán *independencia en sus funciones*, debiendo evitarse todo acto que pueda afectarla”.

101 Dictámenes PTN 260:223.

102 Resolución PTN 17/2009 del 3/4/2009.

103 Dictámenes PTN 272:40.

104 Dictámenes PTN 246:224.

105 Ley 12.954: BO del 10/3/1947.

Cuando el instructor lleva adelante una investigación sumaria para esclarecer hechos y determinar eventuales responsables, debe tener muy presente las actitudes que se esperan de ellos, haciendo honor a la confianza que la sociedad ha depositado en ellos. Se espera la objetividad en el diagnóstico, en los procesos y en las decisiones ¹⁰⁶.

2.4. Procuraduría de Investigaciones Administrativas: su participación en los sumarios disciplinarios a partir de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal

2.4.1. Facultades investigativas: la promoción de investigaciones por conducta de funcionarios públicos

La Procuraduría de Investigaciones Administrativas (en adelante PIA) tiene la facultad de promover investigaciones sobre la conducta de los agentes públicos. El inciso a) del artículo 27 de la Ley N° 27.148 autoriza al Fiscal a investigar no sólo la conducta de los agentes de la Administración centralizada y descentralizada sino también a las empresas, sociedades y a todo órgano del Estado. El ejercicio de esta facultad investigativa no sólo es directo sino también amplio.

De un lado, su carácter directo se sustenta en la ausencia de sujeción a instrucciones o directivas de otro órgano ajeno a su estructura ¹⁰⁷. Bastará para su progreso el solo impulso ¹⁰⁸ o requerimiento ¹⁰⁹ del Fiscal.

De otro, su carácter amplio ¹¹⁰ se justifica en su ejercicio ya que alcanza a cualquier organismo, persona física o jurídica, pública o privada ¹¹¹. Su amplitud permite que se investigue a cualquier funcionario público sin reparar en su jerarquía dentro de la Adminis-

106 STEFANELLI, Carlos A. R, “La objetividad y las garantías...”, cit.

107 Ley 24.940: BO del 23/3/1998. Art. 1°.

108 Decreto 14.096/62 y Decreto Ley 21.383/76: BO del 20/8/1976.

109 Decreto Ley 11.265/62.

110 *Fallos*, 336:2293. Considerando 7°.

111 Decreto Ley 21.383/76: BO del 20/8/1976. Art. 6°, inciso b.

tración ¹¹².

Ciertamente cuando el fiscal ordena pericias ¹¹³ o requiere informes ¹¹⁴ esos requerimientos alcanzan a todo organismo público -nacional, provincial o comunal- así como a los organismos privados, e incluso se extiende a los particulares.

El despliegue de la facultad investigativa por la PIA exige analizar algunos aspectos previos tales como las modalidades de ejercicio, supuestos previstos por el legislador y las acciones posteriores de la investigación practicada.

En primer lugar, el Fiscal promueve por su solo impulso ¹¹⁵ y en forma directa la investigación administrativa.

En segundo lugar, verifica que concurren en la especie los supuestos previstos para el ejercicio de la facultad investigativa.

De un lado, si es una conducta administrativa del agente público ¹¹⁶ investiga si son faltas administrativas de índole administrativo ¹¹⁷. Se trata de un criterio subjetivo toda vez que la norma pone el acento en la estructura de la organización administrativa del Estado ¹¹⁸.

De otro, si se trata de una institución o asociación investiga eventuales irregularidades en los recursos de aporte estatal ¹¹⁹. En tal sentido, su análisis aborda objetivamente en el destino regular de la fuente desde donde proviene el origen de los fondos públicos ¹²⁰.

En tercer lugar, en ambos supuestos, la promoción directa de la investigación administrativa por la PIA opera por su solo impulso

112 CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas” en *Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial*, RAP, Buenos Aires, 2003, ps. 739-775.

113 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 50°.

114 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 26°.

115 Ley 27.148: BO del 18/6/2015. Art. 27°, inciso a.

116 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°, inciso a.

117 *Fallos*, 336:2293. Considerando 7°.

118 CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones...”; cit.

119 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°, inciso b.

120 CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones...”; cit.

a través de facultades de requerimiento y colaboración respectivamente.

Ante todo, el Fiscal requiere informes a todo organismo público -nacional, provincial y municipal- ¹²¹. También ordena diligencias que las implementa a través de los organismos de seguridad. Entre ellas, convoca testigos en su despacho.

Esa colaboración de la autoridad policial se sujeta directamente a las directivas e instrucciones generales ¹²² impartidas por Procuración General e implica operativamente un uso razonable de sus medios disponibles ¹²³.

Asimismo dispone ya sea por funcionario público o *ad hoc* la confección de exámenes periciales¹²⁴. Además informa a la Procuración General situaciones donde un funcionario jerárquico impide el progreso de la investigación ¹²⁵.

En cuarto lugar, a menos que se recomiende el archivo de las actuaciones, según el resultado que arroje la investigación practicada por el Fiscal de Investigaciones Administrativas se sustanciará sumario por la comisión de falta disciplinaria y eventualmente se radicará también una denuncia penal en aquellos casos en que el hecho investigado configure delito.

El Fiscal promueve de modo amplio y directo investigaciones de toda falta disciplinaria de índole administrativa cometida por los funcionarios públicos. Para ello requiere informes técnicos, recibe testimonios, ordena exámenes periciales y ante cualquier interferencia de funcionario público jerárquico comunica a la Procuración General esta situación para asegurar el pleno ejercicio de sus facultades.

El ejercicio directo de la facultad investigativa prevista en el inciso a) del artículo 27 de la Ley N° 27.148 permite que la PIA indague sobre los procederes de la totalidad de los servidores públicos y especialmente el accionar de las máximas autoridades ad-

121 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 26°.

122 Ley 27.148: BO del 18/6/2015. Art. 27°, inciso a.

123 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 26°.

124 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 50°.

125 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 50°.

ministrativas ¹²⁶. Ello contribuye a un control riguroso y específico de la función pública ¹²⁷.

2.4.2. *Facultades de requerimiento: el sumario administrativo como medio para asegurar el debido proceso a todo agente de la Administración Pública*

La PIA tiene la facultad de requerimiento para que se sustancien las actuaciones sumariales en la órbita de la repartición de la Administración Pública centralizada, descentralizada y de otro órgano del Estado. De hecho, antes el texto del artículo 49 de la Ley N° 24.946 establecía expresamente el deber jurídico de la autoridad pública competente para que inicie el sumario disciplinario donde la investigación del Fiscal servirá de cabeza.

Con la redacción actual del artículo 28 de la Ley 27.148 aquella facultad para requerir la apertura de sumario administrativo no sólo es amplia sino también directa.

De un lado, la amplitud proviene de su alcance ya que no se detiene en los agentes de la Administración centralizada y descentralizada sino que también se extiende a sociedades del Estado, incluso a todo órgano estatal ¹²⁸.

En el año 2016 dictaminó que todo agente público -independientemente de su vínculo con el Estado- es pasible de ser sometido a un procedimiento disciplinario dado que es el único mecanismo de asegurar el respeto a la garantía constitucional del debido proceso ¹²⁹.

Ello revierte la posición que *excluye al personal contratado* ¹³⁰ con sustento en el principio de legalidad ¹³¹ que genera serios inconvenientes para el agente público sujeto al régimen de contrataciones

126 CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones...”, cit.

127 *Fallos*, 336:2293.

128 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°, inciso a.

129 Dictamen MPF del 8 de enero de 2016 (Expte. N° 28.953).

130 Dictámenes PTN 284:80.

131 Dictámenes PTN 261:112. En igual sentido, Dictámenes PTN 270:174.

ya que la reglamentación en sus condiciones actuales no asegura la defensa de sus derechos.

En efecto, esa *interpretación restrictiva* de la insuficiencia reglamentaria no sólo impide el acceso del personal contratado al régimen disciplinario ¹³² sino que también proyecta consecuencias negativas de la precarización del empleo público hacia el sistema de responsabilidades disciplinaria y penal ¹³³.

De otro lado, su carácter directo se justifica en el hecho de que una vez que el fiscal solicitó la apertura a la autoridad pública esa solicitud progresará sin más en sede administrativa. Esto será inmediato por cuanto el requerimiento de la PIA no se encuentra condicionado al criterio de otra autoridad estatal ¹³⁴ que lo disponga ya que si fuera así se sujetaría la apertura a una directiva impartida por un órgano ajeno a su estructura ¹³⁵.

Para el despliegue directo y amplio de la facultad de requerimiento de la PIA cuyo requerimiento genera la instrucción de sumario disciplinario debemos analizar algunos aspectos.

En primer lugar, el Fiscal constata que se vulneró la norma administrativa ¹³⁶. Cuando investiga la conducta administrativa del agente público ¹³⁷ lo que se promueve es el esclarecimiento de las faltas de índole administrativo ¹³⁸.

En segundo lugar, según el resultado de la investigación se emitirá un dictamen fundado que sugiere como único curso de acción el envío del expediente a la autoridad pública correspondiente. Cuan-

132 PAPAIZAN, Rosana C., “Acerca de la posibilidad de someter a sumario administrativo disciplinario a personal contratado en los términos del artículo 9º de la ley marco de regulación de empleo público nacional N° 25.164”, RAP, Buenos Aires, N.º 375, ps. 77/95.

133 IVANEGA, Miriam M., “Nuevos interrogantes acerca de las responsabilidades de los agentes públicos frente a la laborización y precarización del empleo”, cit., ps. 995 y ss.

134 Ley 27.148: BO del 17/8/2015. Art. 27º, inciso a.

135 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 1º.

136 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49º.

137 Ley 19.549: BO del 27/4/1972. Art. 45º, inciso a.

138 *Fallos*, 336:2293. Considerando 7º.

do se trate de funcionarios jerárquicos esos antecedentes derivan en la Procuración del Tesoro de la Nación ¹³⁹.

En tercer lugar, la autoridad competente ordenará la apertura del sumario disciplinario donde incorporará los antecedentes enviados por fiscal ¹⁴⁰. El acto administrativo reunirá las circunstancias de tiempo, lugar, persona y modo de comisión de los hechos ¹⁴¹. A nivel central lo dispone la autoridad no inferior a Subsecretario ¹⁴². A nivel descentralizado lo ordenará la máxima autoridad de la entidad descentralizada ¹⁴³ a menos que estuviera delegada ¹⁴⁴ en otra.

Tal como hemos podido observar la PIA requiere de modo directo y amplio la apertura de un sumario administrativo para investigar la conducta de los agentes públicos. Para ello primero verificará falta disciplinaria en su investigación, luego emitirá dictamen y finalmente solicitará a la autoridad competente en razón el grado el acto de apertura pertinente.

En algunos casos la viabilidad ¹⁴⁵ de la hipótesis ¹⁴⁶ de ilícito disciplinario se convertía en una condición para que la autoridad pública discrecionalmente supedita la sustanciación del sumario administrativo. De esta manera, se excluía del control específico de la PIA a todos aquellos sectores de la Administración Pública que adopten un criterio restrictivo ¹⁴⁷ de la instrucción del sumario administrativo con sustento en el examen de los antecedentes.

Para que la autoridad pública instruya el sumario administrativo en virtud de la investigación practicada por el Fiscal la Corte Suprema de Justicia de la Nación remarcó nuevamente el carácter

139 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 7°.

140 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49°.

141 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 45°.

142 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 44°.

143 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 44°.

144 Ley 19.549: BO del 27/4/1972. Art. 3°.

145 Dictámenes PTN 266:56.

146 Dictámenes PTN 269:102.

147 Dictámenes PTN 248:85.

directo que el artículo 49 de la Ley N° 24.946.

En efecto, todo requerimiento de instrucción no se sujeta en ningún momento a instrucciones ¹⁴⁸ de órgano ajeno a su estructura así como tampoco necesita que otra autoridad estatal lo disponga ¹⁴⁹.

El ejercicio directo de la facultad de requerimiento prevista en el artículo 49 de la Ley N° 24.946 promueve la continuidad de la investigación practicada por el Fiscal de Investigaciones Administrativas y lo habilita luego a que asuma el rol de parte acusadora en el sumario disciplinario que ordene la autoridad pública competente.

2.4.3. Facultad para asumir parte acusadora: el rol en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467/99

La PIA asume como parte acusadora en materia de investigaciones disciplinarias. Ciertamente, la segunda parte del artículo 28 de la Ley N° 27.148 legitima al Fiscal de Investigaciones Administrativas para que en esa calidad ofrezca, incorpore y produzca prueba así como para que impugne toda resolución adversa a sus pretensiones.

Podemos calificar a ese carácter de parte acusadora como nuclear, directa y amplia. Se trata de una facultad nuclear del órgano en materia de control. En efecto, desde este rol en el procedimiento disciplinario, el Fiscal no sólo ejerce las facultades de requerimiento ¹⁵⁰ sino también las de colaboración con los organismos de seguridad ¹⁵¹ e incluso de las investigativas especiales ¹⁵².

Asimismo el carácter directo implica la ausencia de sujeción a instrucciones o directivas de otro órgano ajeno a su estructura ¹⁵³.

148 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 1°.

149 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49°.

150 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 26°.

151 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 26°.

152 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 50°.

153 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 1°.

Bastará para su progreso el solo impulso¹⁵⁴ o requerimiento¹⁵⁵ del Fiscal. Además su carácter amplio se justifica en su ejercicio ya que alcanza a cualquier organismo, persona física o jurídica, pública o privada¹⁵⁶.

Nuestro Máximo Tribunal determinó que efectivamente está legitimada para promover los sumarios disciplinarios no originados en su propia sede¹⁵⁷. Este criterio posteriormente fue ratificado¹⁵⁸ y convalidado en casos análogos¹⁵⁹. El mero requerimiento de la PIA será suficiente para que avance su competencia específica en esas actuaciones administrativas aun cuando ya se hubieran iniciado por las propias reparticiones del Estado¹⁶⁰.

Su omisión habilita a la PIA a requerir la suspensión cautelar de los efectos del acto estatal¹⁶¹ consagrada en el artículo 13 de la Ley N° 26.854 de Medidas Cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados¹⁶².

Para que la PIA asuma a través del Fiscal el rol de parte acusadora en las actuaciones sumariales es necesario que ponderemos al-

154 Decreto 14.096/62 y Decreto Ley 21.383/76: BO del 20/8/1976.

155 Decreto Ley 11.265/62.

156 Decreto Ley 21.383/76: BO del 20/8/1976. Art. 6°, inciso b.

157 *Fallos*, 336:2293. Considerando 2°.

158 CSJN, 3/6/2014, “FIA c/EN -M° RREE- resol 2046 (expte. 40422/04) y otro s/proceso de conocimiento”.

159 CSJN, 15/2/2015, “Fiscalía de Investigaciones Administrativas c/E.N -Casa Militar- resol. 268/11 s/proceso de conocimiento”.

160 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°, inciso a. En igual sentido, el inciso d) del artículo 5° del decreto-ley N° 11.265/62 y el inciso f) del artículo 5° del decreto-ley N° 14.096/62.

161 Juz. Cont. Adm. Fed. N° 1, 24/6/2015, “Fiscalía de Investigaciones Administrativas c/EN-Ministerio del Interior y Transporte s/proceso de conocimiento” (Expte Nro. 8018 / 2015).

162 SALGÁN RUIZ; Leandro G., “El nuevo Régimen de Medidas Cautelares contra el Estado y sus Entes Descentralizados aprobado por la Ley N° 26.854”, JA 2013-II, Suplemento Dossier, “Medidas cautelares en la que es parte o interviene el Estado Nacional”, 12/6/2013, ps. 57-70.

gunos aspectos. El ejercicio previo de las facultades investigativas; el ofrecimiento, producción e incorporación de los medios de prueba; los medios de impugnación del acto conclusivo y el perjuicio fiscal registrado en las actuaciones sumariales.

Ante todo, el sumario disciplinario que ordenó la autoridad pública supone previamente el ejercicio directo de las facultades de investigación. Ello así debido a su carácter nuclear en materia de control público.

El ejercicio de las facultades del Fiscal en materia de investigaciones disciplinarias ¹⁶³ alcanza a todo organismo estatal ¹⁶⁴. De suyo, ese alcance implica que su actuación no se reduce al Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto 467/99 sino que se proyecta a todos los sumarios labrados por la Administración.

Esto significa que el alcance de la competencia ¹⁶⁵ de la PIA se extiende a la totalidad de los sumarios disciplinarios sustanciados por la Administración Pública. Ello implica su intervención en las investigaciones propias iniciadas en su ámbito como aquellas originadas fuera de ella.

En primer lugar, dentro del trámite de ese sumario disciplinario ¹⁶⁶ el fiscal tiene idénticos derechos que el funcionario público sumariado¹⁶⁷. De hecho, el agente adquiere esa calificación procesal cuando lo convocamos ¹⁶⁸ a la audiencia ¹⁶⁹ en la etapa de investigación.

163 Ver los artículos 45 y 49 de la Ley N° 24.946.

164 *Fallos*, 336:2293. Considerando 8°.

165 SALGÁN RUIZ, Leandro G., “El criterio de la especialidad en la competencia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas: nuevas proyecciones como parte acusadora en los sumarios disciplinarios”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* N° 436, Ediciones RAP, febrero 2015, Año XXV ps. 25-41.

166 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 42°.

167 Ley 27.148: BO del 18/6/2015. Art. 28°. En igual sentido, Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49°.

168 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 61°.

169 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Arts. 64°-74°.

En segundo lugar, a los derechos emergentes de esa situación frente al procedimiento sumarial le sumamos aquellas facultades reglamentarias para el ofrecimiento, producción e incorporación de elementos de prueba en el expediente ¹⁷⁰. En efecto, luego de la notificación ¹⁷¹ fehacientemente del informe ¹⁷² se le reconoce al sumariado determinados derechos durante el desarrollo de la etapa contradictoria.

Entre ellos no sólo presenta el descargo ¹⁷³ sino también ofrece diversas medidas de prueba ¹⁷⁴ donde propone una cantidad limitada de testigos ¹⁷⁵. También alega sobre el mérito de la prueba ¹⁷⁶ y asiste a la audiencia pública ¹⁷⁷.

En tercer lugar, con el dictado del acto conclusivo ¹⁷⁸ por autoridad competente, la ley orgánica del Ministerio Público habilita expresamente al Fiscal a impugnar toda decisión adversa a sus pretensiones ¹⁷⁹.

Por un lado, para agotar la instancia administrativa existe un recurso específico para sanciones no expulsivas ¹⁸⁰ ante la Procuración del Tesoro de la Nación ¹⁸¹ que excluye ¹⁸² la vía recursiva común

170 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49°.

171 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 110°.

172 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 108°.

173 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 111°.

174 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Arts. 90° (careo); 94° (confesión); 95° (pericias); 103° (instrumental); 104° (informativa) y 106° (inspecciones).

175 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 114°.

176 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Arts. 117° y 118°.

177 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Arts. 119°-121°.

178 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 122°.

179 Ley 27.148: BO 18/6/2015. Art. 28°. En igual sentido, Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49°.

180 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 124°.

181 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 125°.

182 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 126°.

prevista por el procedimiento general ¹⁸³.

Por el otro, la impugnación a través de los recursos directos permite la revisión del acto administrativo. En efecto, esta acción produce la apertura de una verdadera instancia judicial que revisa plenamente la actividad administrativa en un plazo breve ¹⁸⁴.

A su carácter revisor debemos adicionar su carácter optativo. En efecto, al agente de planta permanente se le presentan dos opciones: de un lado, la vía administrativa común y de otro, el recurso judicial directo ¹⁸⁵.

2.4.4. Facultad de intervención directa en el proceso penal: la facultad recursiva como medio para asegurar el mandato constitucional de legalidad y evitar la responsabilidad del Estado

La PIA tiene la facultad de requerimiento para denunciar ante el juez competente aquellos hechos de los funcionarios públicos que configuran delitos. Ciertamente el inciso c) del artículo 27 de la Ley 27.148 asigna al Fiscal de Investigaciones el deber de ejercer en todo el territorio de la República la acción penal pública y todas las facultades previstas por la leyes penales y procesales en aquellos casos donde el objeto principal de la investigación lo constituya la irregularidad de la conducta administrativa de los funcionarios públicos.

La facultad de la PIA para el ejercicio de la acción pública es amplia, directa y necesaria. En efecto, es amplia dado que la competencia del fiscal extiende ¹⁸⁶ su participación a todo proceso

183 Ley 19.549: BO del 27/4/1972 y el Decreto N° 1257/92.

184 GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, "Recurso directo", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 348, RAP, Buenos Aires, ps. 159-165.

185 Ley 25.164: BO del 8/10/1999. Art. 39°.

186 SALGÁN RUIZ, Leandro G., "El nuevo alcance de la competencia de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas: el avance del control público en el diseño de la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario público", JA 2012-II-28 a 38, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/8/2012.

penal ¹⁸⁷ incluso si éste no deriva de su propia denuncia ¹⁸⁸.

A esa amplitud adicionamos el carácter de directo que se justifica en el hecho de que la PIA asumirá en cualquier estado ¹⁸⁹ cuando el fiscal tuviera un criterio contrario a la continuidad de la causa. Más allá del carácter amplio y directo, la intervención de la PIA o sus magistrados que se designe a ese efecto en el proceso penal será necesaria. Ciertamente se trata de una función pública cuyo interés radica centralmente en la aplicación de la pena ¹⁹⁰.

Para ejercer la facultad prevista en el inciso c) del artículo 27 de la Ley N° 27.148 debemos analizar previamente algunos aspectos. Entre ellos el ejercicio previo de las facultades investigativas, la radicación de la denuncia penal ante el juez competente; el ejercicio de la acción pública por el fiscal y finalmente la intervención necesaria del Fiscal de Investigaciones Administrativas.

En primer lugar, deriva de una investigación ¹⁹¹ llevada a cabo por el Fiscal donde constató que el hecho configura delito sea por la inconducta del funcionario público ¹⁹² o la afectación del patrimonio estatal ¹⁹³. Este expediente adquiere luego el valor de prevención sumaria.

En segundo lugar, se radica la denuncia penal ante el juez competente. Eventualmente podrá radicarse esa acción pública ante la Cámara de Apelación o bien en la de Casación respectivamente ¹⁹⁴.

187 Resoluciones PGN N° 18/05; N.º 147/08 del 5/11/2008 y N.º 133 del 13/10/2009.

188 *Fallos*, 335:622 (2012). Dictamen de la Procuración General.

189 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°, inciso c. En igual sentido, Ley 21.383: BO del 20/8/1976. Art. 3°, inciso d.

190 *Fallos*, 237:323.

191 Ver el inciso a) del artículo 27 de la Ley N° 27.148. En igual sentido los incisos a) y b) del artículo 45 de la Ley N° 24.946.

192 Ley 11.179: BO del 3/11/1921. Título XI.

193 *Fallos*, 310:1510. Voto de los jueces Caballero y Belluscio.

194 Ley 27.148: BO del 18/6/2015. Art. 27°, inciso c. En igual sentido, Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°, inciso c.

En tercer lugar, radicada la denuncia ante el Tribunal competente, ejercerá la acción pública el Fiscal ¹⁹⁵. Es insustituible su actuación en tanto y en cuanto no puede ser desplazado ni excluido de la causa ¹⁹⁶.

En cuarto lugar, más allá de que el fiscal tiene a su cargo la acción pública, la PIA a través de sus respectivos magistrados, fiscales generales y adjuntos ¹⁹⁷ necesariamente interviene ¹⁹⁸ en el proceso penal. Su omisión provoca la nulidad absoluta de las actuaciones.

Podemos constatar que el Fiscal no sólo investiga las conductas de los funcionarios públicos sino que también formula denuncia cuando éstas configuran delito y hasta ejerce directamente la acción pública cuando el fiscal competente desiste de su prosecución ¹⁹⁹.

La facultad recursiva ²⁰⁰ de la PIA no sólo le permite cumplir con la misión constitucional de proteger la legalidad y los intereses de la comunidad sino también evita la responsabilidad internacional que podría caberle al Estado Argentino.

El ejercicio de la facultad prevista en el inciso c) del artículo 45 de la Ley N° 24.946 reconoce al Fiscal de Investigaciones Administrativas como sujeto procesal cuya intervención es autónoma y obligatoria ²⁰¹.

2.5. Sindicatura General de la Nación: la recuperación judicial y extrajudicial del perjuicio patrimonial registrado de los sumarios

195 Ley 27.148: BO del 18/6/2015. Art. 27°, inciso c. También, Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 45°.

196 *Fallos*, 311:593.

197 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Arts. 46° y 47°.

198 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 33°, inciso t.

199 CANDA, Fabián Omar, “La Fiscalía de Investigaciones...”; cit.

200 CSJN, 9/12/2015, “Recurso de hecho deducido por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas en la causa Skanska S.A - Causa N° 12.935”. Considerando 12.

201 FIGUERERO, José María, “Un acertado fallo que revitaliza el rol de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, ED 250-422.

disciplinarios

2.5.1. *Las condiciones de procedencia de la responsabilidad patrimonial en la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional*

El legislador imputa la responsabilidad patrimonial a toda persona física ²⁰² que preste servicios en los organismos que se encuentran dentro del ámbito de actuación de la Auditoría General de la Nación.

Ello nos conduce a la problemática de conocer cuáles son las *condiciones sustanciales* para que se configure. Para determinar la responsabilidad resulta necesario que concurren tres presupuestos básicos.

En primer lugar, el *daño económico* ²⁰³ lo genera un funcionario público que desarrolla sus tareas en las entidades que forman parte del Sector Público Nacional ²⁰⁴. Es competencia del Servicio Jurídico Permanente de la jurisdicción la opinión acerca de la existencia y estimación del perjuicio patrimonial ²⁰⁵.

En segundo lugar, *imputamos* ese daño económico a un agente público que desarrolla sus tareas en los cuadros del Estado. Se adoptó una noción amplia ²⁰⁶ de funcionario público ²⁰⁷ que alcanza a toda modalidad de empleo público.

Ello es concordante no sólo con las disposiciones del Código Penal ²⁰⁸, la Ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública ²⁰⁹ e incluso con los instrumentos internacionales de transparencia de la

202 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 130°.

203 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 130°.

204 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 8°.

205 Dictámenes PTN 207:293.

206 Dictámenes PTN 236:477. En igual sentido Dictámenes PTN 238:451; 239:592 entre otros.

207 Resolución SIGEN N° 12/2007.

208 Ley 11.179: BO del 3/11/1921. Art. 77°.

209 Ley 25.188: BO del 1/11/1999.

función pública ²¹⁰.

Ciertamente su ámbito comprende a la Administración Pública centralizada ²¹¹ del Poder Ejecutivo Nacional ²¹², organismos descentralizados ²¹³ incluso los de Seguridad Social.

Las empresas del Estado de la jurisdicción del Poder Ejecutivo ²¹⁴ se encuentran alcanzadas por el radio de acción de la Auditoría General de la Nación ²¹⁵. Las sociedades del Estado ²¹⁶ bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional ²¹⁷ se encuentran alcanzadas por el radio de acción de la AGN. Su régimen jurídico ²¹⁸ permite que estas entidades desarrollen actividades industriales, comerciales o que exploten un servicio público ²¹⁹.

Asimismo los entes reguladores ²²⁰ que controlan la prestación de los servicios públicos bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional ²²¹ están dentro del alcance de la competencia de la AGN. Cuando los entes públicos no estatales ²²² gestionen fondos públicos o subsidios extendemos la jurisdicción de la Auditoría General de la Nación.

En tercer lugar, el factor de atribución es *subjetivo* dado que ese agente público obró con *dolo, culpa o negligencia*. Ciertamente el

210 Convención Interamericana de la Lucha contra la Corrupción aprobada por la Ley 24.759.

211 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. I. Art. 117.

212 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Art. 8°, inciso a.

213 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. I. Art. 117°.

214 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Art. 8°, inciso b.

215 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. I. Art. 117°.

216 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. I. Art. 117°.

217 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Art. 8°, inciso b.

218 Ley 20.705: BO del 26/8/1974.

219 *Fallos*, 338:1104.

220 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. I. Art. 117°.

221 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Art. 8°, inciso a.

222 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. I. Art. 120°.

desempeño irregular de sus funciones en el organismo ²²³ es doloso ²²⁴. Se entiende por *dolo* a la producción intencional del daño con manifiesta indiferencia a los intereses ajenos ²²⁵. La carga de la prueba del factor subjetivo se encuentra en cabeza de quien lo alega ²²⁶.

También se imputa al funcionario público un desempeño deficiente de sus funciones de modo culposo ²²⁷. Se entiende por *culpa* a la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación según las circunstancias de tiempo, persona y lugar ²²⁸. La carga de la prueba de este factor subjetivo se encuentra en cabeza de quien lo alega ²²⁹.

Se atribuye al agente público un desempeño anómalo de sus funciones cuando es negligente ²³⁰. La negligencia, la imprudencia y la impericia en el arte o la profesión se encuentran comprendidas actualmente dentro de la noción de culpa ²³¹. Por aplicación de la *teoría de las cargas dinámicas de la prueba* ese deber podrá eventualmente ser exigible a la persona que esté en mejores condiciones de aportar esa prueba ²³².

Según el curso normal y ordinario de las cosas la actividad que desplegó el funcionario público es idónea para producir el perjuicio patrimonial. Se asume que el nexo entre ambos extremos se encuentra vinculado por una *relación de causalidad adecuada* ²³³.

223 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Arts. 117° y 120°.

224 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 130°.

225 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1724°.

226 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1734°.

227 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 130°.

228 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1724°.

229 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1734°.

230 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 130°.

231 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1724°.

232 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1735°.

233 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 1726°.

2.5.2. La determinación del perjuicio fiscal a través del procedimiento administrativo del régimen disciplinario de empleo público

Pero la regulación de la responsabilidad patrimonial del funcionario público carecía de un *procedimiento administrativo específico* que determine el perjuicio patrimonial. Esta omisión de los artículos 130 y 131 de la Ley N° 24.156 impedía que la Unidad de Auditoría Interna ²³⁴ de cada entidad informe oportunamente a la autoridad de la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional los datos ²³⁵ del perjuicio patrimonial provocando serias dificultades para el inicio de la acción resarcitoria.

Ciertamente su actividad se proyecta hacia diversos aspectos: el alcance del ámbito de aplicación ²³⁶, la necesidad de investigación administrativa previa de los hechos ²³⁷, las notificaciones a los órganos de control público ²³⁸, los límites del secreto de la etapa de investigación del sumario ²³⁹; las conclusiones elaboradas por el Instructor ²⁴⁰; el traslado ²⁴¹, elevaciones al Superior Jerárquico ²⁴², la audiencia pública ²⁴³ y el acto conclusivo que termina normalmente con el procedimiento ²⁴⁴.

En sus conclusiones el órgano de investigación ²⁴⁵ enumera y pondera aquellos *informes y documentos* que configuren el presunto

234 Resolución SIGEN N° 59/94. Art. 3°.

235 Resolución SIGEN N° 59/94. Arts. 1° y 2°.

236 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 1°.

237 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 3°.

238 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 10°.

239 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 46°.

240 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 108°.

241 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 109°.

242 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 110°.

243 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 119°.

244 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 122°.

245 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 10°, inciso d, apartado 3.

perjuicio patrimonial ²⁴⁶. El Instructor Sumariante verifica si el importe supera la pauta ²⁴⁷.

El Decreto N° 1012/12 fija nueva pauta del presunto perjuicio fiscal que promueve una intervención *selectiva* y *eficiente* en el sumario administrativo disciplinario que atiende específicamente a su monto. Eso así: ese examen se lleva a cabo exclusivamente *dentro* de cada una de las jurisdicciones del Sector Público Nacional.

Con ella elevamos al procedimiento administrativo del régimen disciplinario de empleo público hacia un nuevo papel: un procedimiento interno que nos permite no sólo analizar sino también valorar el perjuicio fiscal en los sumarios administrativos ²⁴⁸.

La fijación *anticipada* del monto económico; su inserción en una instancia específica de evaluación y calificación dentro de la *etapa contradictoria* del sumario administrativo; el *alcance* de la competencia de los órganos de investigación y control, son algunas de las singularidades que presenta el diseño de la nueva pauta.

La pauta económica será fijada *anticipadamente* para que en forma *exclusiva* el Instructor no sólo evalúe sino que especialmente califique el perjuicio fiscal dentro de la etapa contradictoria del sumario administrativo.

Destacamos que el monto será fijado conjuntamente por la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) y la Sindicatura General de la Nación (SIGEN). Ambos emitieron conjuntamente el acto que fija la pauta del monto presunto del perjuicio fiscal emergente de los sumarios administrativos disciplinarios ²⁴⁹.

2.5.3. *La gestión administrativa del Servicio Jurídico Permanente de la jurisdicción para el cobro extrajudicial del cargo al responsable de la deuda*

Cuando recibe las actuaciones sumariales la SIGEN califica si es relevante ²⁵⁰ el perjuicio fiscal por su significación econó-

246 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 108, inciso e.

247 Decreto 1012/2012: BO del 6/7/2012.

248 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 108°. 2.

249 Resolución Conjunta 23/2012 y 139/2012: BO del 4/9/2012.

250 Resolución SIGEN N° 28/06. Apartado V.

mica ²⁵¹. Ese daño se produce en el momento de la *erogación* que representa el egreso de recursos de la hacienda pública. Su actividad consiste en una opinión técnica y objetiva que siguen los criterios ²⁵² fijados para los daños que con frecuencia sufre el erario público ²⁵³.

Son causas del detrimento el faltante ²⁵⁴ o daño parcial ²⁵⁵ de bienes; percepción indebida de haberes ²⁵⁶; faltante de fondos públicos ²⁵⁷; omisión de rendición de cuentas ²⁵⁸; incorrecta percepción de tributos ²⁵⁹; indemnizaciones a terceros ²⁶⁰; intereses, multas y recargos por pagos fuera de término ²⁶¹; daños a recursos naturales ²⁶² y pagos de títulos públicos ²⁶³.

El Servicio Jurídico Permanente gestiona el cobro en sede administrativa a través de una intimación ²⁶⁴ que cursa al responsable de la deuda. Se le adiciona al perjuicio valorado los intereses moratorios y financieros ²⁶⁵. Si fracasa se promoverá la acción judicial en la

251 Decreto 467/99: BO del 13/5/1999. Art. 109°.

252 Resolución SIGEN N° 28/06. Apartado IV, incisos, a, b, c, d, e, f, g y h.

253 Resolución SIGEN N° 28/06. Arts. 1° y 2°.

254 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.1.

255 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.2.

256 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.3.

257 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.4.

258 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.5.

259 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.6.

260 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.7.

261 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.8.

262 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.9.

263 Resolución SIGEN 28/2006. Anexo I, apartado 5.2.8.

264 Decreto 1154/97: BO del 17/10/1996. Art. 3°.

265 Decreto 1154/97: BO del 17/10/1996. Art. 5°.

medida que no sea antieconómica ²⁶⁶.

Comienza el cómputo del plazo ²⁶⁷ de prescripción desde el momento en que el daño se produce o cuando ya se ha producido. En el año 2015 con la Ley N° 27.077 entró en vigencia del Código Civil y Comercial ²⁶⁸ donde el legislador no sólo redujo el plazo a 5 años ²⁶⁹ sino que reconoció la facultad de las provincias para regular la prescripción liberatoria de sus tributos ²⁷⁰. Asimismo el nuevo ordenamiento estableció normas relativas a la aplicación intertemporal de las leyes ²⁷¹.

2.5.4. La regulación de la prescripción de la responsabilidad contractual en la nueva Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.994

Aunque se trate de una materia de Derecho público local, la provincia es incompetente ²⁷² dado que se trata de un poder originario indefinido ²⁷³ y por esa razón nunca pudo regular el plazo de prescripción ²⁷⁴.

De hecho, cada gobierno local se amparó en que se trataba una materia de Derecho público local que nunca delegó a la Nación ²⁷⁵.

De esta manera se vislumbraba un criterio autónomo ²⁷⁶ en la materia de prescripción en las legislaciones provinciales.

266 Decreto 1154/97: BO del 17/10/1997. Art. 4°.

267 Ley 24.156: BO del 29/10/1992. Cap. III. Art. 131°.

268 Ver Ley N° 26.994.

269 Ver art. 2532 CCYCN.

270 Ver art. 2560 CCYCN.

271 Ver arts. 7° y 2537 CCYCN.

272 *Fallos*, 332:2250.

273 *Fallos*, 332:2108.

274 CSJN, 6/12/2011, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Bottoni; Julio Heriberto s/Ejecución Fiscal –radicación de vehículos".

275 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Arts. 121°, 122° y 126°.

276 Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As, 17/11/2003, "Sociedad Italiana de Beneficencia".

Ahora bien, el daño que deriva de la actuación de una provincia en el ámbito del Derecho público es una materia cuya regulación corresponde al Derecho Administrativo ²⁷⁷ y es resorte exclusivo del gobierno local ²⁷⁸.

A menos que el trámite del proceso se encuentre avanzado ²⁷⁹, no corresponde la competencia originaria ²⁸⁰ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ²⁸¹ ni siquiera en casos de litisconsorcio ²⁸² de provincia con un tercero ²⁸³.

Con un criterio riguroso se circunscribe la causa civil ²⁸⁴ a los litigios regidos exclusivamente por normas y principios de Derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, de la determinación y valuación del daño resarcible ²⁸⁵.

La Ley N° 26.994 aprobó el nuevo régimen de responsabilidad del Estado ²⁸⁶. Frente a nuevo ordenamiento en la materia cada provincia puede adherirse ²⁸⁷ o dictar su propia legislación ²⁸⁸. Se estableció

277 *Fallos*, 329:759.

278 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 121°.

279 *Fallos*, 331:1690.

280 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 117°. Decreto 1285/58.

281 *Fallos*, 330:563.

282 CSJN, 12/2/2008, “Dorado, Leonardo Favio y otro c/Tucumán Provincia de y otros s/daños y perjuicios”.

283 CSJN, 21/10/2008, “González, Germán c/Chavero Ferreras, Gregorio Nicolás y otros s/ordinario”.

284 *Fallos*, 329:3894.

285 *Fallos*, 330:3447.

286 SALGÁN RUIZ; Leandro G., “El nuevo régimen de la responsabilidad del Estado aprobado por la Ley 26.944”, Suplemento de Derecho Administrativo; El Dial Biblioteca Jurídica, 10/4/2015.

287 Ley 3396 de la Provincia de Santa Cruz: BO del 27/11/2014.

288 Ley 560 de la Provincia de Chubut: BO del 10/8/2015.

un plazo de prescripción de tres años para demandar al Estado por su responsabilidad contractual ²⁸⁹.

Con esta modificación se redujo de 10 años a 3 años. Se aplicará la ley anterior si éste vence antes de la entrada en vigencia del nuevo régimen. De lo contrario, si el vencimiento del plazo originario opera después aplicaremos el nuevo ²⁹⁰.

El nuevo Código Civil y Comercial consagra la autonomía de las provincias para regular el plazo de prescripción de los tributos de su jurisdicción ²⁹¹. Con la nueva precisión en el texto legislativo ²⁹² que introduce el Congreso Nacional se convalida la tesis de la autonomía local y asigna un nuevo contenido y alcance en el Derecho común.

3. Reflexiones: los desafíos del régimen disciplinario en el Estado Constitucional y Social de Derecho

A nuestro modo de ver el *principio de legalidad de las sanciones disciplinarias* se inserta en el *principio de juridicidad* al que se somete la actividad de investigación de la Administración. Esto permite la recepción del principio de legalidad ²⁹³ junto a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional ²⁹⁴.

Éste se conforma en un bloque integrado por los principios generales del Derecho, la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, los Tratados, las leyes, los reglamentos, actos generales no normativos y las sentencias judiciales con efectos *erga omnes* ²⁹⁵.

289 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 7°.

290 Ley 340. Art. 4051°.

291 Ley 26.994: BO del 8/10/2014. Art. 2532° o.

292 *Fallos*, 332:616. Voto de la de la Dra. Carmen M. Argibay.

293 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Arts. 18° y 19°.

294 Ley 24.430: BO del 10/1/1995. Art. 75°, inciso 22.

295 SAMMARTINO, Patricio M. E., *Procedimiento administrativo...*, cit.

Configura un principio sectorial del ordenamiento positivo de Derecho público. Es el fundamento raigal y cardinal de toda la actividad administrativa. De suyo, todo *comportamiento material o fáctico* y toda *declaración* deben ajustarse a él ²⁹⁶.

Promovemos *crear una juridicidad de valores* donde la *dignidad del trabajador* y *justicia social* orienten las decisiones en el ámbito público reforzando el *deber de actuación positiva* de la autoridad que ejerce la *función administrativa* en materia de empleo público para lograr la efectividad del *derecho social a trabajar* ²⁹⁷.

El ejercicio de las funciones es adjudicado a la Procuraduría de Investigaciones Administrativas que forma parte permanente del Ministerio Público Fiscal ²⁹⁸ como órgano desconcentrado de la Procuración General. Por esa razón debe ajustar su accionar a las instrucciones generales impartidas ²⁹⁹ así como informar cualquier situación que interfiera en el ejercicio de sus funciones ³⁰⁰.

En cuarto lugar, el ejercicio de las facultades previstas en la Ley N° 24.946 por la Fiscalía de Investigaciones Administrativas tiene como *finalidad específica* la de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad ³⁰¹.

Con el dictado del Decreto 1012/12 y sus complementarias aumenta la *previsibilidad* acerca de los perjuicios económicos que por su entidad y relevancia institucional ameritan la intervención de la SIGEN.

296 GOANE, René M., “El principio de juridicidad y su incidencia en los procedimientos administrativos”; Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, ps. 76-96.

297 SALGÁN RUIZ, Leandro G., “Las nuevas líneas en el empleo público en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El derecho indemnizatorio como nuevo contorno en el contrato de locación de servicios en el ámbito público”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 397; ps. 75-94.

298 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 43°.

299 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 49°, inciso a.

300 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 50°, inciso b.

301 Ley 24.946: BO del 23/3/1998. Art. 1°.

Se reducirá en esos casos su *competencia técnica y específica* dentro del universo de control público interno en todo lo que hace a la responsabilidad patrimonial del funcionario público prevista en los términos de los artículos 130 y 131 de la Ley N° 24.156.

Desde ahora el Instructor Sumariante adicionalmente calificará el monto del *daño económico* sufrido por el erario público. Esa evaluación -que antes realizaba la SIGEN- se implementará en lo sucesivo en sus *conclusiones* que se producen con posterioridad a la clausura de la etapa de investigación del sumario administrativo.

Esto elimina notablemente la *participación* del órgano de control interno en aquellas erogaciones indebidas de la hacienda pública que sean *inferiores* a la pauta que será fijada conjuntamente con la Procuración del Tesoro de la Nación. Ese cambio se ve reflejado en el artículo 108 del Decreto 467/99. El *derecho a trabajar* en el ámbito público ha sido receptado por los Tratados Internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En efecto, el derecho a trabajar se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 6°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 23), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XIV), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5° e. i).

Debemos desde Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicar como operadores jurídicos los principios jurídicos que la jurisprudencia y la doctrina han consolidado como la *igualdad y no discriminación* ³⁰², *pro homine* ³⁰³, *plazo razonable* ³⁰⁴, *igualdad de armas*, *tutela administrativa efectiva* ³⁰⁵ y *publicidad*.

302 *Fallos*, 327:5118, 329:2986, 331:1715 y 333: 2306.

303 *Fallos*, 330:1989.

304 *Fallos*, 332:1492. Es valioso en este punto el trabajo de ARAGÓN, Enrique O., "Procedimiento disciplinario: derecho de defensa y duración razonable del procedimiento", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* Nro. 383, ps. 153-162.

305 Ver Artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

La costumbre y las prácticas administrativas refuerzan su vigencia. Asimismo asignar la *estabilidad en la función* al órgano de investigación que revista en planta permanente para consolidar la objetividad de criterio y su compromiso al interés público que se gestiona directamente en la potestad disciplinaria.

Necesitamos *reducir* en la mayor medida posible los detalles de las sanciones vía reglamento de ejecución y esperar una mayor precisión del legislador acerca de los deberes de la Ley N° 25.188 en el régimen disciplinario.

Proponemos *eliminar* la interpretación de aquellas disposiciones relativas a la prescripción, ley penal más benigna y la supletoriedad del Código de Procedimientos Penal puesto que las normas de empleo público y procedimiento poseen disposiciones específicas de fondo en materia de plazos³⁰⁶ y procesos de integración que reenvían primero al Decreto 467/99, luego a la Ley N° 19.549 y su decreto reglamentario y por último al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sugerimos *crear* un *principio de buen desempleo de funciones públicas* con sustento en la *idoneidad* del funcionario público para su *participación defensiva y oportuna* en el marco de un *procedimiento especial* que asegure la *tutela administrativa efectiva*.

4. Bibliografía

AA. VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998.

AA. VV., *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario*, Rap, Buenos Aires, 2008.

DOCOBO, Jorge José, “La aplicación de principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario”.

FIGUERERO; José María, “Un acertado fallo que revitaliza el rol de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas”.

GOANE, René M., “El principio de juridicidad y su incidencia en los procedimientos administrativos”, Revista Argentina del Régi-

2 inc. 3 aps. a y b, y 14 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

306 Dictámenes 242:626.

men de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires.

IVANEGA, Miriam M. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, RAP, Buenos Aires.

SALGÁN RUIZ, Leandro G., “Horizontes de la tutela administrativa efectiva en el procedimiento sancionador: la acción disciplinaria hoy y la efectividad de su cauce en la función administrativa del empleo público”.

STEFANELLI, Carlos A. R., *La objetividad y las garantías en el sumario administrativo*.

URRUTIGOITY, Javier, *El principio de tutela administrativa efectiva*.

ZINGARETTI, Gisela, *La facultad disciplinaria de la Administración en el empleo público*.