

**PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO:
DERECHO DE DEFENSA Y MEDIOS PROBATORIOS¹**

Dra. Miriam Mabel Ivanega

I. Introducción. El procedimiento sumarial

El sumario administrativo es un procedimiento administrativo vinculado a la relación de empleo público con estabilidad. Es, por tanto, un freno a la desestabilización de la relación permanente, causado en conductas discriminatorias, o persecutorias.

Cuando se requiere la instrucción del sumario, la sustanciación tiene entre otras finalidades la aplicación una sanción. Pero el sumario no tiene por único objeto aplicar una sanción. En realidad, hay varias finalidades que se persiguen con el sumario administrativo².

En nuestra opinión, al existir un bien jurídico protegido general, su finalidad debe ubicarse justamente en la protección que persigue el sistema legal. En ese marco, su objetivo prioritario es determinar la existencia o no de una falta disciplinaria y así partiendo del carácter subjetivo de ésta, determinar el sujeto involucrado, para luego evaluar si es posible de sanción y en su caso la magnitud de éste.

Por eso, coincidimos en el criterio que entiende que dar inicio a este procedimiento especial permite esclarecer si se ha cometido, o no un ilícito disciplinario y, en su caso, la “creación del acto administrativo que declarará al sujeto sometido, pasible o no de la sanción preestablecida”³.

El principio de verdad material tiene plena vigencia en estos procedimientos, como una forma integrante incluso del derecho de defensa. Más allá de los argumentos y pruebas aportadas por los sumariados y sin violentar las etapas procedimentales, la Administración siempre debe enderezar la sustanciación en el marco de la juridicidad y tales principios la conforman.

En ese sentido, debe hacerse lugar a la nulidad de un acto administrativo cuando existan razonables dudas de que se ha afectado la defensa del agente. “Tal garantía debe ser

¹ Conferencia brindada en el III Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, octubre de 2011, Venezuela.

² Ivanega Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.

³ PTN, *Dictámenes*: 267:632; 262:125; 233:270.

celosamente custodiada por la Instrucción, quien tiene que entender que su misión no es castigar sino encontrar la verdad, sea cual ésta fuere”⁴.

II. Presunción de inocencia

El Pacto de San José de Costa Rica, en el Artículo 8º, establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad

El principio *in dubio pro reo* se aplica en el procedimiento disciplinario como *in dubio pro disciplinado*.

En materia sancionadora, las personas acusadas por la comisión de infracciones son inocentes, mientras no se pruebe su culpabilidad y en consecuencia, su responsabilidad. En virtud de este principio, el Estado debe probar la responsabilidad del infractor a través del procedimiento administrativo respectivo.

La presunción de inocencia debe observarse también en la aplicación de sanciones disciplinarias como una derivación del debido proceso adjetivo.

Este principio supone que no se puede sancionar al supuesto infractor, sin pruebas que permitan destruir aquella presunción.

Respecto del sistema disciplinario, se sostuvo que la presunción constitucional de inocencia, proclamada como principio cardinal del proceso penal y derecho fundamental de todos los individuos, permite que cualquier persona acusada de una infracción sancionable sea considerada como inocente mientras no se demuestre lo contrario.

Esta presunción sólo se destruye cuando un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley, declara su culpabilidad en un proceso celebrado respetando todas las garantías. Por ello, la suspensión preventiva, en tanto medida coercitiva aplicada durante la sustanciación del sumario administrativo, esto es bajo la presencia de la garantía constitucional que presume inocente al imputado, no puede implicar la conculcación excesiva de los derechos personales del actor.

⁴ Sánchez Alberto, *El sumario administrativo en la provincia de San Juan*, San Juan, Editorial Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1996, p. 57.

El fundamento de ellos es impulsar una rápida sustanciación de los sumarios instruidos por la administración y, principalmente, preservar la situación de inocencia en la que se halla el imputado durante el proceso administrativo⁵.

La actividad probatoria no necesariamente debe referirse a prueba directa, y es válida la prueba indiciaria o indirecta, o de la que pueda inferirse la falta administrativa ésta última, como así también la participación del agente utilizando al efecto un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar⁶.

III. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

En la República Argentina, a nivel nacional, tanto el sumariado como las partes acusadoras –si éstas se hubiesen presentado en tal calidad (Sindicatura General de la Nación y Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas)– pueden proponer medidas probatorias, tanto en la etapa de investigación como en la contradictoria⁷.

Los elementos de pruebas son apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que significa que “el legislador no ha predeterminado el valor que debe asignarse a esos datos objetivos, sino que ha dejado que ellos sean ponderados según las reglas de la lógica, de la psicología, y de la experiencia, tanto por el instructor como por la autoridad que dicta el acto conclusivo”⁸.

Este sistema también denominado de libre convicción radica en que la ley no vincula a la autoridad fijando pautas que cercenen su arbitrio. Por eso tiene amplias atribuciones para apreciar las pruebas, según “los principios lógicos reguladores del correcto entendimiento humano”⁹. Ese razonamiento debe ser puesto de manifiesto en el acto administrativo que dicte al concluir el sumario administrativo.

Los poderes públicos están vinculados a los valores materiales del ordenamiento jurídico y no a los meramente formales. Entre aquellos valores, consagrados en la Constitución, se encuentra la justicia la cual ha de entenderse como justicia material. Con esa concepción, es el Poder Ejecutivo, particularmente, el que “en su doble función de

⁵ CACAyT de la CABA, Sala II, “Giribaldi, Juan Eduardo c/ GCBA s/ amparo”, del 28-6-2001.

⁶ TSJ Provincia de Córdoba, “Zorzenón, María Eugenia y otra c/ Municipalidad de Córdoba s/ Plena Jurisdicción - Recurso directo”, del 9-8-2000.

⁷ Es recién en esta etapa en la que puede ejercer, con amplitud, el llamado derecho de contradicción.

⁸ PTN *Dictámenes*: 241:298.

⁹ D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 318.

impulsor de la legalidad y servidor imparcial de los intereses generales, no puede permanecer neutral en esta materia [...]. La búsqueda de la decisión justa es el gran reto que el Estado material de Derecho le impone a la Administración pública para hacer realidad el valor de la Justicia”¹⁰.

Se reconoce que si la autoridad administrativa competente para decidir en un sumario, considera que el instructor no ha dado primacía a la verdad jurídica objetiva, puede apartarse del informe de éste y resolver en consecuencia.

IV. La declaración del sumariado

La declaración como agente sumariado constituye una forma esencial del procedimiento; su omisión afecta los actos que se vinculan con él, pues desde la requisitoria hasta el descargo y la resolución, sin haber asumido tal carácter, resultan írritos¹¹.

Previo a recibirle declaración indagatoria, debe hacerse saber al declarante las causas que determinaron la instrucción, la responsabilidad que se le atribuía, la posibilidad de ser asistido por un letrado o de negarse a declarar sin que ello hiciera presunción en su contra, todo ello, sin exigirle juramento o promesa de decir verdad¹².

Resulta nulo el sumario administrativo y también la resolución administrativa que dispuso la cesantía del agente si al tomarle la declaración en carácter de testimonial, se vulneró su derecho de defensa en el trámite del sumario administrativo¹³.

La declaración como testigo, sin haberle indicado que podía negarse a declarar y ser asistido por un letrado, invalidan el procedimiento; máxime si las imputaciones al agente surgieron de sus propias declaraciones testimoniales.

Aplicando los criterios del proceso penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que permitir la declaración de una persona, previo juramento de decir verdad, sin darle antes a conocer el motivo de su citación, afecta la garantía del Artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí

¹⁰ López Gonzalez, José I., *Principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1988, p. 81.

¹¹ PTN, *Dictámenes*: 250: 276; 220:89; 232:210.

¹² CNCAFral., Sala V, “Ocampo, José Aníbal c/ Hospital Garrahan - Resolución N° 994/2004 (Expte. 1264/03) s/ Amparo Ley N° 16.986”, del 2-11-2005. Del voto del Juez Otero.

¹³ CNCAFral., Sala V, “Ocampo, José Aníbal c/ Hospital Garrahan - Resolución N° 994/2004 (Expte. 1264/03) s/ Amparo Ley N° 16.986”, del 2-11-2005. Del voto del Juez Otero.

mismo. En ese sentido, consideró que las posiciones tomadas al procesado, bajo juramento, son contrarias a la cláusula constitucional pues tal juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma. Exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra¹⁴.

La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, el que no debe siquiera verse enfrentado con un problema de conciencia, lo que sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento de decir verdad. Esto es extensivo a las actuaciones administrativas; las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria¹⁵.

En resumen, las garantías constitucionales se encuentran violadas si el sustento de las imputaciones que se le formulan al agente surge de sus declaraciones prestadas testimonialmente, pues en ese carácter no pudo ejercer el derecho de negarse a declarar ni servirse de asistencia letrada. En el caso, el despido se fundó en los testimonios que prestó el agente, previo juramento de decir verdad y sin perjuicio de que tal vez las faltas pudieron ser acreditadas a través de otros medios, las circunstancias de las que derivó su responsabilidad, se basaron en sus respuestas¹⁶.

En cuanto a si el reconocimiento de los hechos es suficiente para tenerlos por ocurridos o si es necesaria la producción de otras pruebas, la doctrina penal señala que la declaración indagatoria no constituye un medio de prueba sino de defensa, aunque pueda contener elementos de convicción como ser el dicho confesorio¹⁷.

Sobre este aspecto, adherimos al criterio que exige a la Administración Pública acreditar la materialidad de los hechos y que si bien el reconocimiento del agente pueden ser un elemento decisivo, *prima facie* no es el único, dado que el procedimiento administrativo se aplican los principios de la verdad material, impulso e instrucción de oficio. Todo ello

¹⁴ CSJN *Fallos*: 281:177 (1971).

¹⁵ CSJN *Fallos*: 324:3593 (2001).

¹⁶ CSJN *Fallos*: 324:3593 (2001).

¹⁷ Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 325 y sigs.

refleja un rol activo de la Administración en los procedimientos por estar comprometido el interés público.

Resulta esencial la aplicación del principio de congruencia, en la declaración indagatoria, lo que implica que se lo interroge sobre los hechos endilgados, describiéndoselos en forma precisas.

V. Medios de prueba

Uno de los aspectos que merece atención a la hora de valorar el alcance del debido proceso adjetivo, es el de los medios de pruebas que la propia Administración produce, utilizando cámaras ocultas o escuchas telefónicas¹⁸.

Hemos extraído tres ejemplos de la jurisprudencia que se diferencian por la modalidad aplicada en la obtención de aquellas. En ellos se declararon la validez de los medios de prueba aplicados, son los casos “Le Donne” (en el cual la Administración pre-constituye prueba), “Plácido Rita” (la prueba es obtenida por un tercero ajeno a la Administración), “De Lorenzi” (organismos públicos disponen cámaras ocultas y escuchas telefónicas en un ámbito privado).

En el primer caso, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza interpretó que no existían inconvenientes para que la Administración pública recurriera a formular una constancia de que se iba a *pre-constituir* una prueba, que obviamente sería una prueba de cargo de un futuro sumario y que luego debería ser confrontada con la réplica de la defensa, que podría cuestionarla y demostrar o no la falsedad de su contenido.

Frente a una prueba de cargo pre-constituida en la etapa investigadora e instructora del proceso disciplinario del sumario administrativo, sobreviene dentro de los mismos procedimientos una etapa de descargo y defensa que es plenamente ejercida y en la que el sumariado puede y debe precisamente neutralizar la prueba de cargo, con la que el instructor formula su acusación.

Este criterio fue sostenido en el marco de una causa en la que se analizó el valor probatorio de las grabaciones efectuadas por una grabadora de filmación, a través del procedimiento denominado “cámara oculta”, dicho Tribunal consideró que a la altura de los

¹⁸ Ivanega Miriam M. Cuestiones...op.cit., Capítulo IV.

avances tecnológicas y en pleno siglo XXI parecería un verdadero despropósito negarle eficacia probatoria, tanto a las filmaciones de la cámara oculta o a las escuchas telefónicas.

Si bien existen facilidades tecnológicas que llevan a trucar, alterar o presentar de un modo creíble la realidad, utilizando estrategias y técnicas de falseamiento, existen también modos de ilustrar al intérprete si los medios utilizados han sido o no adulterados, falseados o desfiguran de un modo esencial la realidad grabada, sea fílmica o telefónica¹⁹.

Ahora bien, estas pruebas aun en el sumario administrativo deben ser tomadas como elementos indiciarios de la registración de los hechos, correspondiendo valorar además otras pruebas.

Los indicios se presentan como presunciones que tienen carácter de medio de prueba. “Se basan en hechos que se encuentran frente al hecho a probar en relación de autonomía y no de representación”²⁰.

En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba entendió que la actividad probatoria no necesariamente debe referirse a prueba directa, siendo válida la prueba indiciaria o indirecta, definida como “aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de la falta administrativa, pero de los que puede inferirse ésta última, como así también la participación del agente utilizando al efecto un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”²¹.

Otro aspecto a destacar es el agente instigador. Se consideró falta de ética la utilización de esta figura para formar una *mise-en-scène*, fabricar un escenario que demuestre la intención de los agentes públicos de cometer una irregularidad administrativa o un delito penal. Al igual que el agente encubierto, cuestionándose la validez ética y jurídica de este tipo de procedimientos, ya que se recurre al fraude, a la sorpresa, se atenta contra la buena fe del agente investigado.

¹⁹ “Le Donne, Arnaldo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ acción procesal administrativa”, SCJ de Mendoza, Sala Segunda, 4-10-2002.

²⁰ PTN *Dictámenes*: 241:298. PTN

²¹ TSJ Córdoba, “Zorzenon, María Eugenia y otra c/ Municipalidad de Córdoba s/ Plena Jurisdicción - Recurso directo”, del 9-8-2000.

Pero como bien ha sostenido el citado Tribunal provincial, “es un tema de delicada dilucidación. Nos encontramos por un lado con la existencia de una generalizada corrupción administrativa y política a través o alrededor de la actividad estatal. Generalmente sus partícipes, con lógico accionar, tratan de no dejar evidencias.

Normalmente los sujetos corruptibles conocen del procedimiento administrativo y tratan de no dejar huellas y procurar su impunidad. Frente a tales dificultades y como un método para luchar contra la corrupción, encontrar pruebas y evidencias, se recurre a estas técnicas modernas de escuchas telefónicas, filmación de circunstancias preparadas para sorprender a los sospechados en acciones verdaderamente reprochables, procurando así munirse de las evidencias necesarias para proceder a las instrucciones sumariales y de tal manera expulsar a los empleados deshonestos y corruptos. Es verdad que se puede sorprender al agente instigado en su buena fe, pero se trata precisamente de comprobar que el agente instigado es proclive a realizar acciones reprochadas por la sociedad [...]. De todos modos, este procedimiento debe ser cuidadosa y prudentemente evaluado por el juzgador sea penal o disciplinario para tomar las decisiones ajustadas a la realidad y sin desconocerle los derechos elementales al debido proceso”.

La figura del agente provocador ha sido varias veces considerado en el ámbito judicial penal, incluso por la Corte Suprema, distinguiéndose el caso del agente que se aprovecha de las oportunidades o facilidades que le otorga el propio investigado, de los que son producto de la actividad creativa de aquellos²².

Sobre estos tipos de pruebas y de consuno con la mayoría de los autores, en la causa “Plácido Rita Celia c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos”, la Sala I de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, de junio 2004, sostuvo que no puede dejarse de lado la posibilidad de recurrir a medios probatorios impuestos por el lógico avance tecnológico, que permitan verificar la existencia de hechos que de otra forma no podrían ser detectados. Aun sin regulación específica, pueden ser admitidos como prueba, siempre y cuando se produzcan dentro de los límites constitucionales, esto es, con respeto al derecho de propiedad, a la intimidad, entre otros.

²²CSJN *Fallos*: 313:1305.

Por último, en la causa “De Lorenzi María Gabriela c/ EN - M° Justicia IGJ- Resol. N° 6/2008”, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal entendió que las medidas probatorias realizadas mediante los mecanismos cuestionados –videofilmación con cámara oculta y grabación de comunicaciones telefónicas– no afectan el ámbito de autonomía individual de la actora que constituye el derecho a la intimidad o hubieren lesionado la garantía consagrada en el Artículo 18 de la Constitución Nacional. Ello porque “esos derechos no son absolutos sino que encuentran su límite legal siempre que se hallen implicados asuntos institucionales o de interés público u ofendan el orden y la moral públicas. En ese sentido, debe tenerse en cuenta la condición de empleada pública de la actora que cumplía funciones en la planta permanente de la Inspección General de Justicia [...] y que proporcionó voluntariamente su número de teléfono particular como también el domicilio del estudio jurídico en el que libremente y por su propia iniciativa concertó y formalizó una entrevista con personas desconocidas por ella para charlar personalmente acerca de trámites ante dicho organismo que esas personas pudieran requerirle [...]”.

En el caso, las pruebas (las filmaciones y grabaciones de audio secretas se llevaron a cabo en un organismo pública y en un estudio jurídico particular) estuvieron a cargo de un investigador con conocimiento del Fiscal de Control Administrativo dentro del ámbito de una investigación. Aquél se encontraba facultado para disponer la realización de dichas pruebas, a los fines de verificar un hecho constitutivo de una irregularidad u obtención de pruebas al respecto. También contaba con atribuciones amplias respecto a las medidas de pruebas, siempre que no implicaran injerencia en un derecho o garantía individual, en cuyo caso debía requerir autorización judicial.

Como se señaló, en el Tribunal consideró que el método utilizado era válido y no afectado derechos individuales.

VI. El derecho de defensa y las sanciones “menores”

Debe considerarse si la circunstancia de que las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores, sin sumario previo, obliga igualmente a resguardar el derecho de defensa.

Reiteramos que aun en estos casos se impone el descargo del sumariado, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aun en ausencia de ella el debido proceso constituye un principio constitucional de obligatorio acatamiento. El descargo supone un procedimiento reducido tendiente a tutelar el derecho de defensa y a facilitar nuevos elementos de juicio a la Administración. Empero, si bien no requiere la formalidad propia del procedimiento sumarial, debe resguardar, aunque mínimamente, el cumplimiento de los derechos a ser oído; a ofrecer y producir prueba y a una decisión fundada. Todo ello en el marco sumarísimo que la naturaleza de ese trámite implica²³.

Ahora bien, si no obstante ello la Administración hubiese ordenado instruir un sumario administrativo, a mi entender, ésta debe cumplir con todos los requisitos legales exigidos, no puede so pretexto de que no es necesario instar un procedimiento soslayar el cumplimiento de alguna etapa esencial, pues se estaría configurando una violación al ordenamiento jurídico²⁴.

En definitiva, la exigencia de procedimiento debe guardar debida proporción con el tipo de infracción que se imputa, de ahí que para las sanciones leves, por ejemplo, apercibimiento y suspensión de hasta cinco días –según la legislación argentina: artículo 35 de la Ley N° 25.164– se prevea que no se requerirá sumario.

Es razonable este tipo de previsión, pues al asegurarse el derecho de defensa no es dable exigir mayores trámites documentados pues ello sería –al decir de Sánchez Morón– como “matar moscas a cañonzos”²⁵.

²³ TS Córdoba, “Bianchi, Víctor Hugo c/ Provincia de Córdoba s/ Plena jurisdicción - Recurso de apelación”, 8-8-2000.

²⁴ En principio, es discutible la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en la causa “Hernández, Pablo Fabián c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción”, del 30 de julio de 2003, que rechazó la acción interpuesta por el actor que entendió que en el procedimiento sumarial que se le siguió en sede administrativa se había vulnerado la garantía del debido proceso. El Tribunal entendió que bastaba para rechazar una hipotética violación del derecho de defensa tener en cuenta que, dada la entidad de la sanción en definitiva aplicada –tres días de suspensión–, no era necesaria la tramitación del sumario (Arts. 55 y 56, Ley N° 8.525) –como se hizo en el caso– bastando, de acuerdo con la Ley N° 8.525, con la “vista previa al agente por dos días para que efectúe su descargo”. Por ello, consideró que se había configurado la vulneración al debido proceso invocada, desde que la Administración garantizó al agente su defensa mediante la tramitación del complejo procedimiento del sumario administrativo, cuando le hubiera bastado con sólo correr una vista previa, formalidad ésta que en la especie pudo, pues, considerarse observada, y con creces.

²⁵ Sánchez Morón, Miguel, *Derecho a la función pública*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 308

El derecho de defensa, en el marco del régimen nacional, se garantiza al exigirse la notificación al agente de las imputaciones que se le formulan, citándolo a una audiencia para que efectúe su descargo y acompañe pruebas. Luego, previo dictamen del servicio jurídico permanente del área, la autoridad competente resolverá sin más trámite.

VII. La “teoría de la subsanación”

Los aspectos vinculados a la satisfacción de la garantía de defensa en una etapa posterior a la administrativa –cuando en ésta no se respeta– tiene solución jurisprudencial (objetable a nuestro entender), interpretándose que si se configura alguna restricción resulta posible que posteriormente se subsane en la etapa judicial. Las omisiones en las que se pudo incurrir en la instancia administrativa son en principio salvables en la instancia judicial posterior²⁶.

El principio general en los tribunales judiciales ha sido que las deficiencias en la sustanciación de los procedimientos administrativos (en el caso de las actuaciones sumariales) no importan violación del derecho de defensa, si la parte que alega la conculcación de este derecho no acredita que las mismas son de imposible subsanación en la una posterior instancia judicial²⁷.

Esta teoría se basa específicamente en que el desplazamiento del derecho de defensa a una etapa posterior a la resolución del caso, es válida siempre que medie la posibilidad de atacar la resolución para hacer efectivo el ejercicio de ese derecho. El defecto es subsanable si el derecho de defensa puede ser ejercido en un recurso administrativo o judicial posterior²⁸.

Con ese razonamiento si en el sumario previo se presentaron vicios en algún aspecto concerniente al derecho de defensa, con este criterio, se encontrarían subsanados si posteriormente al tramitarse el recurso jerárquico se concedió la oportunidad de ejercerlo con amplitud²⁹.

Cabe rechazar el pedido de nulidad del procedimiento administrativo –en el caso, del sumario administrativo– si con ello sólo se satisface un principio teórico; razón por la cual

²⁶ CSJN *Fallos*: 253:229 (1962).

²⁷ CNACAFral., Sala V, “Lata, Jaime R. c/ Hospital de Clínicas José de San Martín”, 30-12-1996.

²⁸ CSJN *Fallos*: 258:299 (1964).

²⁹ PTN *Dictámenes*: 115:289; 242:19.

no corresponde hacer lugar a dicha solicitud cuando el defecto es subsanable, sin afectar el derecho de defensa del administrado en el posterior proceso judicial.

Por ello, cualquier omisión de un trámite en el expediente administrativo no resulta suficiente para motivar la nulidad de la resolución emitida en él, dado que tal declaración de nulidad requiere la ponderación, en cada caso, de las consecuencias que producen a la parte interesada, la omisión que endilga y si derivada en la falta de defensa. En ese sentido, se ha valorado que “el principio de economía procesal impide la anulación de dicha resolución cuando, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever que, lógicamente, se emitiría un acto administrativo igual al anulado”³⁰.

La Sala I de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo en la causa “Nazzareta, Diego Andrés c/ CNRT Res. N° 2.233/2004 s/ medida cautelar autónoma”, del 18 de noviembre de 2005, coincide en que no puede subsanar en el proceso judicial a las omisiones del procedimiento administrativo. El criterio opuesto lo sostuvo la Sala III en “La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.C.C.F. c/ Comisión Nacional de Regulación del Transporte”, del 28 de febrero de 2006.

Coincidimos con la postura que entiende que el debido proceso para ser efectivo, debe ser ejercido con anterioridad a la sanción misma. De allí la necesidad del “sumario previo”. No se puede asimilar la garantía el debido proceso previo con el acceso al control administrativo a través de la vía recursiva, pues son dos temáticas diferentes. En efecto, el recurso es una impugnación de un acto administrativo que se interpone *a posteriori* de la imposición de la sanción. Su objetivo es agotar la vía administrativa como paso previo a la judicial.

Ello armoniza con los principios del derecho disciplinario moderno, enmarcados en los postulados contenidos en las nuevas constituciones, que distinguen entre vía recursiva y descargo o sumario previo, como dos garantías independientes e igualmente valiosas, la primera instituida para posibilitar el efectivo control de legalidad de la actividad administrativa y la segunda como concreción de la garantía constitucional del debido

³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Ponchón, Jesús A. c/ Policía Federal Argentina”, del 18-5-1999.

proceso legal. Así las cosas, la omisión de al menos un mero descargo, no puede en modo alguno considerarse suplida por la posterior instancia recursiva³¹.

Sin embargo, la teoría de la subsanación ha encontrado sus límites, en la opinión de la Procuración del Tesoro. En ocasión de considerar que es de cumplimiento ineludible el derecho de defensa, conforme al procedimiento del Decreto N° 1.421/2002; entendió que si bien el agente a quien se aplicó una cesantía por inasistencias injustificadas pudo argumentar su defensa al interponer el recurso de reconsideración y jerárquico, no surgía de las actuaciones que sus dichos hubiesen sido investigados y que se hubiera producido la prueba ofrecida por él. Por ello, sin perjuicio de que las inasistencias fueron justificadas, lo que podía dar lugar a una cesantía, se debió –en la etapa recursiva– proveer las medidas necesarias para determinar con un grado mayor de certeza dicho extremo³².

Como sostiene el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires en la causa “Rackauskas”, la teoría de la subsanación no puede ser entendida en términos absolutos, debiendo ponderarse en cada caso la entidad del perjuicio que pudo causarle al particular la omisión de algún requisito del acto y si ese perjuicio persiste luego de la pretendida subsanación. Con cita de Comadira recuerda que la facultad disciplinaria está sujeta a condicionamientos formales y sustanciales que impone el ordenamiento normativo³³.

VIII. Progresividad “versus” derecho de defensa

Superada la etapa de investigación, la autoridad competente para dictar el acto conclusivo es quien puede, ante el asesoramiento del servicio jurídico permanente, ponderar si se dan circunstancias especiales para reabrir el sumario. Ello puede configurar ante alguna nulidad absoluta durante el procedimiento o para lograr una investigación integral de los hechos objeto de la pesquisa que no hubieran sido debidamente examinados.

³¹ En ese sentido, ver “Rius, Guillermo Clemente c/ Provincia de Córdoba s/ Contencioso Administrativo - Plena Jurisdicción - Recurso de Apelación”, TS deCórdoba, 7-12-1999.

³² PTN *Dictámenes*: 251:399.

³³ Causa “Rackauskas Milda Ángela c/ GCBA s/ impugnación actos administrativos”, CACAyTCBA, Sala I, diciembre de 2004. diciembre de 2004

Siempre deberá ponderarse en cada caso si esa reapertura afecta el principio de progresividad y preclusión, según el cual si hubo un procedimiento disciplinario cumplido regularmente deviene improcedente retrotraer el trámite a etapas superadas³⁴.

Como principio general, el procedimiento del sumario administrativo disciplinario se compone de diversas etapas y el principio de progresividad impide retrotraerlo a etapas superadas, en tanto los actos realizados regularmente se precluyen, sin que sea necesario su notificación. El fundamento de ello es la seguridad jurídica, pero también como lo sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación, se basa “en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable; pero sobre todo, satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha”³⁵.

³⁴ PTN, *Dictámenes*: 165:63; 196:180; 235:493.

³⁵ PTN, *Dictámenes*: 183:54.