

Requisitos de validez del acto que dispone la suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado

Autora:
Sánchez Caparrós, Mariana

Cita: RC D 2933/2020

Tomo: 2020 1 Poder Ejecutivo - I

Revista de Derecho Público

Sumario:

I. Introducción. II. Las medidas cautelares en el procedimiento disciplinario. La suspensión preventiva y el traslado. 1. Las medidas cautelares en el procedimiento disciplinario. 2. El traslado preventivo. 3. La suspensión preventiva. III. La suspensión preventiva del agente sujeto a proceso por un hecho del servicio o vinculado. 1. El tratamiento de la cuestión en los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. 2. La cuestión en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. IV. La naturaleza jurídica del acto que decreta la suspensión preventiva del agente, ¿acto reglado o discrecional? 1. La naturaleza jurídica del acto de suspensión preventiva. 2. ¿La suspensión preventiva conlleva el ejercicio de una potestad reglada o discrecional? V. Requisitos de validez del acto que dispone la suspensión preventiva. 1. La finalidad del acto que suspende preventivamente al agente. La duración de la medida y su relación con la presunción de inocencia. 2. La motivación y el cumplimiento de los procedimientos previos: el informe exigido por el artículo 56 del RIA. VI. Conclusiones.

Requisitos de validez del acto que dispone la suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado

I. Introducción, pág. 333

La potestad disciplinaria, que es inherente a la Administración Pública, permite hacer efectiva la responsabilidad que aparece cuando el agente ha cometido una falta que transgrede las reglas propias de la función pública. Todo ello con el fin último de preservar el buen funcionamiento de la Administración^[1].

En otras palabras, se trata de una potestad que tiene por destino la custodia y el buen orden de la función y organización de la Administración sobre sus agentes^[2].

En la relación disciplinaria, se ha dicho, intervienen dos sujetos: el pasivo, autor de la infracción, y el activo que es el órgano que puede juzgar al funcionario incurso en la falta y aplicarle la sanción correspondiente, previa tramitación de un procedimiento administrativo específico, que debe desarrollarse con absoluto respeto a los principios inherentes al debido proceso legal para preservar los derechos del agente público^[3].

El procedimiento disciplinario aparece entonces como un procedimiento administrativo especial, que se integra con una serie, secuencia o sucesión de actos dirigidos a encauzar el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración para con sus agentes^[4].

En el ámbito nacional, el artículo 38 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164 -LMREPN- dispone que será la reglamentación la que deberá fijar el procedimiento de investigación aplicable en materia disciplinaria.

Así, la sucesión de actos dirigida a hacer efectivo el ejercicio de la potestad disciplinaria se encauza por vía del procedimiento establecido en el reglamento aprobado por el decreto nacional 467/99, que rige ultraactivamente en tanto a la fecha no se ha emitido un nuevo decreto reglamentario que lo reemplace.

De otro lado, la LMREPN regula dos medidas de carácter precautorio que la Administración puede adoptar durante el curso de un procedimiento sumarial. Ambas están reguladas en el artículo 36 que dispone: "[E]l personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o trasladado dentro de su zona por la autoridad administrativa competente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos

investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa..."

De este modo, la norma califica de medidas precautorias al traslado y a la suspensión preventiva. Esta última no debe confundirse con la suspensión como variedad sancionatoria normada en el artículo 30, inciso b, de la LMREPN.

El presente trabajo tiene por objeto examinar en particular la medida de suspensión precautoria del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado, con la finalidad de indagar en los alcances del precepto que la regula a partir de la interpretación que de su texto han hecho la jurisprudencia y la doctrina a lo largo del tiempo. Y entonces repensar dichos lineamientos a partir de un examen más detallado de la naturaleza jurídica del acto que dispone la suspensión y de la especie de potestad que se ve involucrada al ejercer la prerrogativa suspensiva que confiere la norma, con el fin último de proponer algunas pautas que puedan emplearse tanto al tiempo de decidir si cabe o no aplicar la medida suspensiva, así como al evaluar si se justifica su continuidad en el tiempo una vez adoptada.

II. Las medidas cautelares en el procedimiento disciplinario. La suspensión preventiva y el traslado, pág. 335

1. Las medidas cautelares en el procedimiento disciplinario, pág. 335

En el ámbito nacional, es la Ley Marco de Regulación del Empleo Público la que prevé las dos especies de medidas cautelares que pueden dictarse en el curso de un procedimiento sumarial. Ellas son: la suspensión preventiva y el traslado.

Esta solución luce acertada atendiendo a la circunstancia de que se trata de medidas que por repercutir en la esfera de derechos del agente estatal -que ocupa aquí el rol de administrado y no de órgano-, por aplicación del principio de legalidad que deriva de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, deben estar previstas en una ley formal^[5].

El artículo 36 de la LMREPN establece que el personal sumariado podrá ser suspendido preventivamente o bien trasladado dentro de su zona cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa o riesgosa, señalando que la medida -que deberá ser tomada por la autoridad competente con los debidos fundamentos- tendrá los efectos de una medida precautoria.

Ambas medidas tienen por objeto asegurar el ejercicio de la potestad disciplinaria, garantizando la formación del acto administrativo que pone fin al trámite sumarial y proteger la verdad material que se busca al instruirlo -verbigracia: evitando la desaparición de pruebas o el entorpecimiento de la investigación-.

En otras palabras, podría decirse que, como regla general, su finalidad se relaciona con el esclarecimiento del hecho investigado, dado que con ellas se procura el éxito de la pesquisa, evitando que se disperse la prueba o se entorpezca la misma^[6].

Además, en el caso particular de la suspensión preventiva con motivo de estar el agente sujeto a proceso penal, ella procura custodiar "...el deber del funcionario de mantener una conducta decorosa y de prestigio que no perjudique el crédito moral que debe reconocerse a los agentes de la Administración pública..."^[7]

En razón de lo señalado, se comparte con el profesor Canda que sólo deben ser dispuestas cuando su no adopción "...conlleve riesgos ciertos y fundados para el bien jurídico tutelado por la responsabilidad administrativo-disciplinaria, esto es, el buen funcionamiento de la administración..."^[8], a lo que se añade que en el caso particular de la suspensión del agente sujeto a causa penal, ella debería decidirse -como se verá más adelante- sólo cuando se corrobore que es necesaria para preservar el crédito moral que debe mantener todo agente durante la relación que lo une al Estado, así como el de la propia Administración.

2. El traslado preventivo, pág. 336

El traslado preventivo previsto como medida precautoria en el artículo 36 de la LMREPN tiene por finalidad asegurar el éxito de la investigación, evitando que la permanencia en funciones del agente sumariado en el mismo lugar pueda constituirse en un inconveniente para el esclarecimiento del hecho, sea porque disperse la prueba o entorpezca la investigación de algún otro modo^[9].

En ese marco, el artículo 53 del RIA -Reglamento de Investigaciones Administrativas- lo disciplina reservándolo para los casos en que la permanencia del agente en funciones fuera inconveniente para el esclarecimiento del hecho investigado, disponiendo que debe hacerse dentro del asiento habitual de tareas o de no ser posible, en un radio no mayor de 50 kilómetros y por un plazo no mayor al de la instrucción sumarial, que ahora debe entenderse limitado a tres meses dado lo expuesto en el artículo 36 de la Ley Marco[10].

Como pauta general, el RIA establece un orden de prelación en materia de traslados y suspensiones, previendo que cuando la permanencia fuere inconveniente para esclarecer el hecho investigado se podrá disponer el traslado -artículo 53- y sólo cuando éste no fuera posible o la gravedad del hecho lo haga aconsejable, será factible decretar la suspensión preventiva -artículo 54-.

En virtud de ello se ha señalado que de ser indispensable la adopción de una medida cautelar, ésta será el traslado, que es la menos gravosa, y sólo cuando este último no fuera posible o la gravedad del hecho lo aconseje, gravedad que deberá ser debidamente fundada y vinculada con los conceptos de "permanencia peligrosa o riesgosa" a los que alude la LMREPN en el artículo 36, procederá la suspensión[11].

3. La suspensión preventiva, pág. 337

La suspensión preventiva, por su parte, es una medida de carácter precautorio que se dispone durante el trámite del procedimiento sumarial y que no debe confundirse con la suspensión sancionatoria, que es la que se dicta, previa sustanciación del sumario, como medida disciplinaria[12].

No obstante unificarse la denominación de esta medida bajo la noción de suspensión preventiva, lo cierto es que existen diversos supuestos de suspensión precautoria en función de las distintas razones que pueden justificar su adopción, que reciben diferente tratamiento en lo relativo a la percepción de haberes durante el lapso por el que ésta se extiende[13].

Así, la suspensión preventiva del agente puede disponerse, primeramente, cuando no fuera posible su traslado o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable, por un término no mayor a treinta días, prorrogable por un nuevo período de hasta sesenta días corridos -artículo 54 del RIA-.

No obstante, también podría decretarse cuando al agente estuviera sujeto a un proceso penal, sea por un hecho ajeno al servicio o a él vinculado, o bien estuviera privado de la libertad, en cuyo caso corresponderá estar a las reglas de los artículos 57 al 60 del Reglamento de Investigaciones Administrativas.

En el primer supuesto de esta última alternativa, es decir, cuando se trate de un agente al que se le hubiera dictado auto de procesamiento por un hecho ajeno al servicio, la reglamentación dispone que cuando la naturaleza del delito que se le imputa resultara incompatible con su desempeño en la función, siempre que no fuera posible asignarle otra tarea, se lo podrá suspender hasta tanto recaiga pronunciamiento en la respectiva causa penal[14].

Para la hipótesis del agente sujeto a proceso penal con motivo de un hecho del servicio o a él vinculado, también se prevé la posibilidad de suspenderlo preventivamente hasta la finalización del mismo a su respecto[15].

Y si se tratara de un agente privado de la libertad, la norma estipula que la Administración deberá suspenderlo instruyendo el sumario pertinente, y en el caso de que recobrarla libertad, reintegrarlo al servicio dentro del plazo máximo de dos días[16].

Con relación a los haberes devengados mientras dura la suspensión preventiva, se estipula que una vez concluido el sumario, si no resultara de éste la aplicación de sanciones o bien se aplicara alguna de la especie que no determina pérdida de haberes, corresponderá que al trabajador afectado por la medida se le abonen los salarios caídos por el lapso de vigencia de la suspensión o bien la parte proporcional según le corresponda[17].

En sentido concordante, el artículo 60 del Reglamento de Investigaciones dispone que el pago de haberes durante el lapso de suspensión variará según el caso, estableciendo que:

- a) Cuando se originare en hechos ajenos al servicio, el agente no tendrá derecho a pago alguno de haberes, excepto cuando fuere absuelto o sobreesido en sede penal y sólo por el tiempo que hubiere permanecido en libertad y no se hubiere autorizado su reintegro, y
- b) cuando se originare en hechos del servicio o vinculados a él, tendrá derecho a la percepción de los haberes devengados durante el lapso de la suspensión, sólo si en la respectiva causa administrativa no resultara sancionado, puesto que si en esta última se le aplicara una sanción menor, no expulsiva, los haberes le serán abonados en la proporción correspondiente, y si la sanción fuera expulsiva -cesantía, exoneración-, no le serán abonados.

III. La suspensión preventiva del agente sujeto a proceso por un hecho del servicio o vinculado, pág. 339

1. El tratamiento de la cuestión en los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, pág. 339

La Procuración del Tesoro ha señalado que la suspensión, como medida precautoria, presenta dos modalidades. La primera se sostiene en la sustanciación de un sumario administrativo disciplinario y tiene por finalidad, al igual que la medida preventiva de traslado, asegurar el éxito de la investigación en cuanto a la reunión de prueba, evitando que permanezca en funciones el agente cuando ello pueda significar un inconveniente para el esclarecimiento de los hechos que se investigan, fuera porque puede dispersar la prueba o porque pudiera entorpecer la investigación[18].

La otra modalidad, que es la que interesa a los fines del presente trabajo, es la que se origina con motivo de la tramitación de un proceso penal[19].

Así, ha dicho que debe distinguirse "...la suspensión aplicada como consecuencia de la tramitación del sumario administrativo y la suspensión provisional, que no constituye una sanción sino que es una medida preventiva tendiente a evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones del que está sometido a proceso..."[20]

Respecto de esta última, la Procuración del Tesoro ha concluido que el artículo 59 del RIA -que reproduce el artículo 38 de su par anterior, el decreto 1797/80- que prevé la alternativa de suspender al agente hasta la finalización del proceso penal, no obstante hallarse sistemáticamente ubicado bajo el título Agente procesado, no demanda para su adopción que éste invista calidad de imputado procesado, sino que basta con que exista un proceso iniciado en hechos del servicio o a él vinculados[21].

En esta senda, ha interpretado que cuando se promueve el proceso penal mediante una denuncia ante la justicia federal se le asigna al agente la condición de imputado, por lo que resulta absurdo entonces pretender su previa vinculación como parte del proceso penal para recién prolongar la medida cautelar suspensiva.

Ello en el entendimiento de que la Administración debe precaverse de males mayores en los casos en los que un mismo hecho acarree sanción disciplinaria y penal, siendo ésta la finalidad de esta especie de medida cautelar[22], pues "...es norma en el ámbito judicial no admitir el reintegro a sus funciones del agente bajo proceso (conf. Fallos:311:307)..."[23]

Con relación a la extensión de la medida, ha interpretado que el plazo de tres meses previsto en el artículo 36 de la Ley Marco de Empleo Público sólo comprende a la suspensión originada en el desarrollo de un sumario administrativo, dado que su finalidad es la de urgir los procedimientos administrativos tramitados como consecuencia de las irregularidades cometidas por los agentes en el servicio[24], careciendo de efectividad respecto de los términos que pueda requerir el procesamiento criminal de un agente[25].

No obstante lo señalado, ha dejado sentado que la potestad de suspender preventivamente al agente es facultativa, es decir, es discrecional, circunstancia que no resulta debatible en tanto la norma utiliza el verbo "podrá", lo que lleva también a que "...resulte potestativo para el caso de considerarlo necesario, oportuno y conveniente dejar sin efecto la suspensión preventiva en cualquier momento, aun antes de finalizar el proceso penal..."[26]

Finalmente, se observa que durante un tiempo -en una posición que no se comparte- este organismo negó la naturaleza de acto administrativo de las medidas precautorias que pueden dictarse en el curso de un sumario al rechazar la alternativa de que puedan ser impugnadas por vía de recurso. Ello bajo el argumento de que "...dependen de una evaluación legítima por parte del órgano de aplicación, que se deriva de su poder disciplinario, para apreciar la oportunidad o conveniencia de disponerlas y que, además, están legalmente limitadas en el tiempo..."[27]

Sin perjuicio de ello, se verifica que en dictámenes posteriores se dio tratamiento a los recursos administrativos interpuestos por agentes contra actos que habían decretado su suspensión preventiva[28], lo que habilitaría a suponer un cambio de postura respecto de la naturaleza jurídica de esta especie de actos, más allá de no encontrar una referencia específica al asunto.

2. La cuestión en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pág. 341

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha sostenido reiteradamente que "...es norma en el ámbito judicial no admitir el reintegro a sus funciones del agente bajo proceso...", ya que "...la suspensión preventiva resulta, en principio, un arbitrio adecuado a las circunstancias, tendiente a evitar las consecuencias

del mantenimiento en funciones de quien está sometido a proceso..."[29]

En esa línea, ha interpretado que el término de la suspensión preventiva sin derecho a percibir haberes difiere según exista o no proceso criminal, y que mediando proceso "...la suspensión debe durar hasta la conclusión de la causa o del sumario administrativo, en su caso..."[30]

No obstante, en el entendimiento de que ostenta la facultad de morigerar la medida[31], ha admitido de forma excepcional que aquella transcurra con goce parcial de haberes -cincuenta por ciento (50%)- cuando existen motivos suficientes para justificar tal decisión y a los fines de que los agentes puedan atender la situación de emergencia que alegaban[32].

Estas razones se presentarían, por ejemplo, en la hipótesis de que por la gravedad de los hechos investigados, lo vasto del sumario y la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho que allí se plantean, se cree una situación que lleve a prolongar en el tiempo la suspensión preventiva y los interesados no se encuentren habilitados para ejercer la profesión u otra actividad lucrativa[33].

Y en otra oportunidad, ha dispuesto que el agente suspendido reciba la cobertura asistencial correspondiente de su obra social sin abonar los aportes personales, con el objeto de evitar que la medida precautoria dispuesta, originada en un procesamiento, derive en una situación de privación de aquellas prestaciones relacionadas con la protección de su salud[34].

IV. La naturaleza jurídica del acto que decreta la suspensión preventiva del agente, ¿acto reglado o discrecional?, pág. 342

Previo a ingresar en lo relativo a los recaudos que debe reunir el acto que dispone la suspensión preventiva del agente que se halla sujeto a un proceso penal por hecho del servicio o vinculado, resulta necesario discernir dos cuestiones.

La primera se vincula con cuál es la naturaleza jurídica de dicho acto. La segunda con lo relativo a la especie de potestad -reglada o discrecional- que ejercita la Administración cuando dispone que una decisión de este tipo nazca al mundo jurídico.

1. La naturaleza jurídica del acto de suspensión preventiva, pág. 343

Se ha señalado con acierto que la pregunta relativa a si el acto que decreta la suspensión preventiva es o no un acto administrativo, no constituye una cuestión trivial. Ello por cuanto considerar que sí lo es, traerá aparejadas dos consecuencias de relevancia: la primera -que es la que interesa para el presente- viene dada por el hecho de que ese acto para ser válido deberá contar con todos los elementos esenciales que manda la Ley de Procedimiento Administrativo y la segunda, que el acto que disponga la medida será impugnabile judicialmente[35].

En punto al tema, se comparte la posición sentada por el doctor Canda, en cuanto a que el acto por el que se decide suspender preventivamente a un agente en el marco de un procedimiento disciplinario constituye un típico acto administrativo. Ello en tanto produce efectos jurídicos directos e individuales respecto del agente estatal que se ve afectado por la medida, que no recibe la decisión en su carácter de órgano administrativo sino como un tercero, dado que está en juego la relación de servicio entre él y la Administración que opera como su empleadora.

En el mismo sentido se ha pronunciado García Pullés, sosteniendo que cabe concluir que la medida precautoria de suspensión o traslado puede ser objeto de recurso -o de impugnación judicial-, ya que no es posible suponer -aun en el ámbito cautelar- que exista una decisión administrativa insusceptible de control jurisdiccional[36].

Así pues, se descarta la posición sostenida en alguna oportunidad por la Procuración del Tesoro de la Nación que en diversos dictámenes había señalado que las medidas preventivas adoptadas en el curso de un sumario no eran susceptibles de ser impugnadas por vía de recurso administrativo[37], dejando entrever que no se estaba frente a un acto administrativo pasible de ser cuestionado por el agente afectado.

Corolario de la naturaleza de acto administrativo que cabe asignarle, esta especie de medida debe ser dictada contando con los elementos esenciales que manda la LNPA y, por ello, ser emitida con competencia, estar debidamente motivada, seguir el procedimiento previo dispuesto en el Reglamento de Investigaciones que exige el informe fundado del instructor previo a su dictado -artículo 56- y ser notificada al agente afectado. Además, será impugnabile administrativa y judicialmente.

2. ¿La suspensión preventiva conlleva el ejercicio de una potestad reglada o discrecional?, pág. 344

La segunda cuestión respecto de la que interesa dejar sentada postura es la relacionada con la índole de la actividad que ejerce la Administración al dictar esta medida precautoria. En otras palabras, la decisión de suspender preventivamente a un agente sujeto a proceso penal, ¿irroga el ejercicio de una potestad reglada o discrecional?

A modo de breve introducción, se ha de recordar que en el Estado de Derecho actual, la discrecionalidad debe entenderse como un margen de apreciación que la norma confiere a la actuación administrativa, que se encuentra doblemente juridizada. Por un lado, porque presupone la existencia de la norma atributiva de competencia, y por otro, porque el despliegue de esa potestad discrecional debe sujetarse a los límites que le vienen impuestos por el ordenamiento[38].

El reconocimiento de la discrecionalidad puede hacerse indagando en la forma lingüística de la proposición normativa que regula la potestad. Así, de advertir que el supuesto de hecho y la consecuencia prevista en la regulación se encuentran unidos de forma potestativa u optativa, denotando que existe la opción de actuar o no o, incluso, de elegir entre diversas alternativas de acción, podrá concluirse que se está, *prima facie*, frente a una decisión de tipo discrecional[39].

La alocución *podrá*, así como el *facúltase*, *permítase*, *autorícese* y otras equivalentes, constituye una pauta típicamente indicadora de discrecionalidad[40].

Atendiendo a lo señalado, por el modo en que el artículo 59 del RIA regula la potestad de suspender preventivamente al agente sujeto a proceso penal por hecho del servicio o vinculado[41], dado que señala que la Administración frente a este supuesto de hecho podrá suspender al agente hasta la finalización del mismo a su respecto, es dable concluir que se está frente a una facultad de índole discrecional.

De esta forma, podría haber sumario sin suspensión preventiva del agente cuando la Administración valorara que no existe mérito suficiente para éste que transite la investigación sin prestar servicios o incluso podría dejar sin efecto la suspensión preventiva que hubiera dispuesto en cualquier momento previo a que finalice el proceso penal en caso de considerarlo oportuno y conveniente[42].

V. Requisitos de validez del acto que dispone la suspensión preventiva, pág. 345

De una parte se tiene que el acto que decreta la medida cautelar de suspensión preventiva del agente sujeto a proceso penal por un hecho del servicio o vinculado a él es un acto administrativo. Por ello, para ser válido, debe contar con todos los elementos esenciales enunciados en el artículo 7° de la LNPA.

Por lo demás y en tanto conlleva el ejercicio de una potestad discrecional, los recaudos de motivación, el cumplimiento del debido procedimiento previo a través del requerimiento del informe previo y fundado del instructor[43] y el cumplimiento de la finalidad al tiempo de dictarlo, cobran especial relevancia.

Al respecto, ha señalado la CSJN que no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de un órgano administrativo pueda constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de cumplir con los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la LNPA[44].

Es que "[E]s precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias..."[45]

Ello puesto que "...el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -competencia, forma, causa, finalidad y motivación- y, por el otro, el examen de su razonabilidad..."[46]

1. La finalidad del acto que suspende preventivamente al agente. La duración de la medida y su relación con la presunción de inocencia, pág. 346

La finalidad es un elemento esencial del acto exigido por la LNPA, que prevé que éste deberá cumplir con aquella que surja de la norma que otorga la potestad pertinente al órgano emisor, sin que pueda perseguir encubiertamente otros fines, sean públicos o privados, distintos de los que justifican el dictado del acto, su causa y objeto[47].

Es que la atribución de potestades a los órganos administrativos se formula "...en razón de un fin cuya efectiva concreción debe vertebrar todo el accionar de la Administración Pública..." Por ello, las medidas que el acto involucre deben ser "...proporcionalmente adecuadas a su finalidad..."[48], dado que así lo exige el artículo 7°, inciso f, de la LNPA.

El Régimen de Empleo Público Nacional exige que los agentes reúnan determinadas condiciones éticas[49] que hacen al buen funcionamiento de la Administración, lo que demanda ponderar sus antecedentes tanto al tiempo de designarlos como durante su desempeño[50].

En dicho marco, la suspensión preventiva mientras tramita la causa penal que involucra a ese agente, se ha dicho, viene a custodiar "...el deber del funcionario de mantener una conducta decorosa y de prestigio que no perjudique el crédito moral que debe reconocerse a los agentes de la Administración pública..."[51] Es decir, es ésta la finalidad específica que se sigue cuando se decide adoptar esta particular medida preventiva.

Identificada la finalidad que persigue la norma atributiva de la competencia discrecional -en el caso, resguardar el deber del funcionario de mantener una conducta decorosa y de prestigio que no perjudique el crédito moral que se le reconoce y, por ende, el que se reconoce a la propia Administración-, "...dicha finalidad debe confrontarse con lo que efectivamente decide o declara el acto discrecional, por lo que debe identificarse el objeto del acto administrativo..."[52]

Si el objeto del acto persigue la finalidad identificada, podrá decirse que éste "...se adecua a ella y, en esos términos, es razonable y, por ende válido..." Caso contrario, si se utilizara para perseguir encubiertamente otros fines, nos hallaremos frente a un acto afectado por desviación de poder[53].

Pero además, como se dijo, el acto no sólo debe tender a la finalidad perseguida, sino también hacerlo de manera proporcionalmente adecuada, ya que así lo exige la propia Ley de Procedimiento Administrativo en el artículo 7°, inciso f. Ello en razón de que "...dicha finalidad no puede justificar actos que, si bien se adecuan a ella, contienen una decisión que resulta, en términos absolutos, excesivamente lesiva de los derechos de la persona..."[54]

En consecuencia, frente a la alternativa de suspender preventivamente al agente que está sujeto a una causa penal por un hecho del servicio o vinculado a él en los términos del artículo 59 del RIA, será necesario evaluar, primeramente, si la medida efectivamente cumple con la finalidad referida de preservar el crédito moral que debe mantener todo agente así como el de la propia Administración, para lo cual deberá indagarse en el hecho que ha dado lugar a ese proceso penal así como en el tipo de tareas que cumple el agente y el cargo que ostenta, corroborando si efectivamente podrían comprometer ese crédito moral de continuar el empleado en funciones, evitando caer en el empleo de fórmulas rituales carentes de contenido.

Pero también se deberá verificar que la medida en cuestión sea proporcionalmente adecuada a aquella finalidad, para lo que deviene necesario que tanto al adoptarla como al revisar si se sostiene en el tiempo, el ejercicio de la potestad administrativa se compatibilice con la presunción de inocencia que asiste al agente sujeto a un proceso penal que puede atravesar diversas etapas e instancias, que inician con la mera denuncia -conforme la interpretación dada por la Procuración del Tesoro de la Nación- y que pueden variar sustancialmente a lo largo de todo el trámite procesal.

Máxime atendiendo a que se trata de una decisión que de un momento a otro conlleva una severa restricción del derecho a trabajar del agente con la inevitable afectación de sus ingresos, lo que le dificultará, al menos en el corto plazo, garantizar la atención de sus necesidades básicas de alimentación, vivienda y salud, entre otras.

Siendo necesario compatibilizar la finalidad que persigue el dictado de esta medida preventiva con la presunción de inocencia del agente sujeto a proceso penal, se estima pertinente morigerar aquella interpretación que pregona que la suspensión preventiva puede disponerse fundada exclusivamente en circunstancia de existir un proceso penal originado en una denuncia hecha contra el agente sumariado y, luego, extenderse durante todo el trámite del proceso penal sin alternativa de revisión por no regir a su respecto el límite temporal dado por el artículo 36 de la Ley Marco de Empleo Público.

Ello dado que no puede perderse de vista que la suspensión preventiva es una medida cautelar y no una medida de carácter punitivo, lo que demanda especial cautela de parte de la autoridad administrativa, que debe prevenir que por esta vía termine por anticiparse la sanción al agente.

En otras palabras, la aplicación de esta especie de medida cautelar sólo será compatible con la presunción de inocencia si se adopta mediante una resolución fundada y se examina -tanto al tiempo de dictarla como durante su mantenimiento-, si con ella se logra la finalidad que persigue el artículo 59 del RIA y también si la medida en cuestión presenta proporcionalidad con dicha finalidad, lo que deberá evaluarse atendiendo al hecho que ha dado lugar al proceso penal y a las condiciones particulares del agente -verbigracia, tipo de funciones que cumple, cargo que ocupa, entre otras-, procurando además que tenga un tiempo de duración acorde a las

características y complejidad del proceso judicial que lo involucra.

Caso contrario, "...cuando la suspensión en las funciones se prolonga en demasía en el tiempo pierde su naturaleza accesoria, instrumental y cautelar para tornarse, en cuanto al exceso, en una sanción o pena anticipada..."[55]

Es que no debe perderse de vista que como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inclusive en materia administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene como límite infranqueable el debido respeto de los derechos humanos, siendo uno de ellos el de obtener todas las garantías que permitan obtener decisiones justas[56].

Ello así, "[L]a justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8° de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales..." puesto que "[P]ermítirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso..."[57]

2. La motivación y el cumplimiento de los procedimientos previos: el informe exigido por el artículo 56 del RIA, pág. 350

La motivación del acto administrativo se ha definido como la exteriorización de su causa y finalidad; constituye un elemento esencial de éste y es particularmente exigible cuando se trata -como en el caso de la medida cautelar de suspensión preventiva-, de actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, pues dicha facultad discrecional debe encontrar un cauce formal convincente que demuestre la existencia de razonabilidad en su ejercicio[58].

Ésta ha sido, por lo demás, la postura adoptada por la CSJN en diversos precedentes, en los que ha sentado que "...en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (*Fallos*: 324:1860)..."[59]

Corolario de ello, la omisión de motivar o el ejercicio de la potestad administrativa discrecional mediante el empleo de fórmulas carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad o simple mención de citas legales[60], conllevará la presencia de un vicio en este elemento determinará la nulidad absoluta del acto -artículos 7°, inciso e, y 14, inciso b, LNPA-.

De otro lado, tenemos que el RIA refiere que en los casos en que las medidas preventivas o su prórroga se dispongan durante la instrucción del sumario, éstas deberán resolverse previo informe fundado del instructor, sin efectuar distinciones en cuanto a si se trata o no de medidas dirigidas a suspender a un agente sujeto a un proceso penal[61].

Corolario de ello y en tanto este recaudo se estima aplicable al supuesto de suspensión precautoria del agente sujeto a causa penal por un hecho del servicio o vinculado, el informe previo del instructor se configura como un procedimiento esencial exigido normativamente, que debe cumplirse de forma previa al dictado del acto suspensivo y cuya omisión se constituirá en un vicio esencial que afectará el debido procedimiento previo, conduciendo a la invalidez de la medida preventiva que se adopte (cfr. art. 7°, inc. d, LNPA).

En otras palabras, la ausencia del informe previo y fundado del instructor que exige el artículo 56 del RIA determinará, por la presencia del defecto enunciado -violación del debido procedimiento previo-, que el acto resulte nulo de nulidad absoluta y, por ende, no sea susceptible de ser saneado, puesto que ésta es una consecuencia propia de las nulidades absolutas, que se ve justificada -fundamentalmente- por el principio de juridicidad.

De esta manera, el debido procedimiento previo que se cumple con el informe que debe evacuar el instructor aparece, en el caso, íntimamente vinculado con el requisito de motivación del acto administrativo, puesto que al ser el instructor quien mejor conoce en detalle las cuestiones que se ventilan en el procedimiento sumarial que se sustancia contra el agente sujeto a causa penal, será quien estará también en mejores condiciones de proveer a la autoridad con competencia para dictar la medida preventiva de los elementos que le permitan explicar de manera fundada las razones por las cuales habrá de adoptarla.

En orden a lo expuesto, resulta que la suspensión preventiva no puede tenerse como una consecuencia automática del inicio del sumario y la denuncia penal hecha al agente sumariado. Por el contrario, debe la autoridad competente evaluar las circunstancias objetivas y ciertas que se presentan en el caso concreto para

estimar si ellas resultan decisivas para decretarla o no, para lo cual el informe del instructor previo a adoptar esa decisión se constituirá en un instrumento sustancial a los fines de que el acto que se emita aparezca debidamente motivado.

La exigencia del informe previo del instructor y el deber de motivar adecuadamente el acto previenen que la Administración incurra en un ejercicio abusivo de la potestad que la norma le asigna que, incluso, como se dijo, puede terminar por convertir la medida suspensiva en un anticipo de sanción, evitando que el acto se torne nulo de nulidad absoluta por portar un vicio en ambos elementos.

VI. Conclusiones, pág. 352

La potestad disciplinaria permite a la Administración hacer efectiva la responsabilidad del agente que ha cometido una falta que transgrede las reglas propias de la función pública, con el fin último de preservar el buen funcionamiento de la Administración.

En ese marco, el procedimiento disciplinario aparece como el cauce formal de la potestad disciplinaria a través de una serie, secuencia o sucesión de actos que, en lo sustancial, están regulados en el RIA que rige ultraactivamente en tanto a la fecha no se ha emitido un nuevo decreto reglamentario que lo reemplace.

De otro lado, se tiene que la LMREPN contempla expresamente dos especies de medidas de carácter precautorio que la Administración puede adoptar durante el curso de un procedimiento sumarial: el traslado y la suspensión preventiva. Esta última no debe confundirse con la suspensión como variedad sancionatoria normada en el artículo 30, inciso b, de la misma ley.

Existen además, dentro de la suspensión preventiva como especie cautelar, diversas subespecies de suspensión definidas en razón de los diversos motivos que pueden justificar su dictado, que además reciben diferente tratamiento en lo relativo a la percepción de haberes durante el lapso por el que la medida se extiende[62].

La primera modalidad de suspensión, se ha señalado, deriva del hecho de estar tramitándose un sumario administrativo disciplinario y tiene por finalidad, al igual que la medida preventiva de traslado, asegurar el éxito de la investigación en cuanto a la reunión de prueba[63].

La otra, es la que se origina con motivo de la tramitación de un proceso penal[64] y procura "...evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones del que está sometido a proceso..."[65] En otras palabras, busca preservar el crédito moral que debe reconocerse a los agentes estatales, así como a la propia Administración[66]. El acto por el que se decide suspender preventivamente a un agente en el marco de un procedimiento disciplinario constituye un típico acto administrativo, dado que produce efectos jurídicos directos e individuales respecto del agente estatal afectado por la medida.

Corolario de ello, habrá de ser emitido con competencia, motivación, cumpliendo los procedimientos esenciales y sustanciales previstos en el RIA, y deberá ser notificado al agente afectado que podrá impugnarlo administrativa y judicialmente.

No obstante, y en tanto la adopción de una medida de la especie implica el ejercicio de una facultad de índole discrecional, podría haber sumario sin suspensión preventiva si se valora que no existe mérito suficiente para que el agente transite la investigación sin prestar servicios o incluso, podría dejarse sin efecto la suspensión adoptada previo a que finalice el proceso penal, si ello se estima oportuno y conveniente durante el trámite del sumario[67]. De otra parte, atendiendo a que se está frente al ejercicio de una potestad discrecional, de tomarse la medida se deberá tener presente que los recaudos de motivación; el cumplimiento del debido procedimiento previo -que en el caso se cumple a través del requerimiento del informe previo y fundado del instructor[68]-, y el cumplimiento de la finalidad que esta medida cautelar persigue al tiempo de dictarla, cobrarán especial relevancia.

En consecuencia, al tiempo de decidir si se suspende o no preventivamente al agente que está sujeto a una causa penal por un hecho del servicio o vinculado y luego, si esa medida se sostiene en el tiempo, se deberá ponderar si ésta cumple con la finalidad referida de preservar el crédito moral que debe mantener todo agente así como el de la propia Administración, indagando concretamente en el hecho que ha dado lugar a ese proceso penal, así como en el tipo de tareas que cumple el agente y el cargo que ostenta, evitando que pierda su naturaleza accesoria y cautelar, y que se convierta por ello en una sanción anticipada.

Pero no sólo ello, sino que la medida deberá adoptarse previo informe fundado del instructor, recaudo éste que se integra al debido procedimiento previo previsto como elemento esencial en el artículo 7°, inciso d, de la LNPA y que aparece íntimamente relacionado con el requisito de motivación del acto, ya que al ser el instructor quien mejor conoce el detalle de las cuestiones ventiladas en el sumario, será quien estará en mejores condiciones de proveer a la autoridad con competencia de los elementos que le permitan explicar de manera fundada las

razones por las cuales habrá de adoptarla.

En suma, la exigencia del informe previo del instructor, el deber de motivar adecuadamente el acto y la verificación del cumplimiento de los fines que justifican su dictado, así como de la existencia de una adecuada proporcionalidad entre la medida a tomar y dichos fines, coadyuvarán a prevenir que se incurra en un ejercicio abusivo de la prerrogativa estatal que dé lugar a la nulidad absoluta del acto.

[1]

Fallos: 319:1034, RC J 566/05.

[2]

FIORINI, Bartolomé, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 845.

[3]

Fallos: 319:1034, RC J 566/05.

[4]

CANDA, Fabián, Medidas cautelares en los sumarios disciplinarios, en Revista de Derecho Público, N° 2012-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; RC D 17/2015, p. 3.

[5]

CANDA, ob. cit., p. 3.

[6]

REPETTO, Alfredo L., Procedimiento administrativo disciplinario, Cathedra Juridica, Buenos Aires, p. 485.

[7]

FIORINI, ob. cit., t. I, p. 854.

[8]

CANDA, ob. cit., p. 3.

[9]

Dictámenes 241:219; 236:361; 243:620, entre otros.

[10]

GARCÍA PULLÉS, Fernando, Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 371.

[11]

CANDA, ob. cit., p. 6.

[12]

MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, t. III-B, p. 330.

[13]

FIORINI, ob. cit., t. I, p. 851.

[14]

Cfr. art. 58, RIA.

[15]

Cfr. art. 59, RIA.

[16]

Cfr. art. 57, RIA.

[17]

Cfr. art. 36, LMR.

[18]

Dictámenes 241:219.

[19]

Dictámenes 241:219.

[20]

Dictámenes 241:219.

[21]

Dictámenes 241:219.

[22]

Dictámenes 169:166, 241:219 y 238:481, entre otros.

[23]

Dictámenes 241:219.

[24]

Dictámenes 241:219.

[25]

Dictámenes 241:219 y 242:287.

[26]

Dictámenes 242:287.

[27]

Dictámenes 95:312; 98:37; 124:372; 151:590; 251:72 y 260:72.

[28]

Dictámenes 276:94.

[29]

Fallos: 290:382 y RC J 3224/20; 311:307; 329:5741.

[30]

Fallos: 256:182, RC J 3228/20.

[31]

Resolución 14/07, del 6-2-2006.

[32]

Fallos: 307:1485, RC J 112045/09.

[33]

Fallos: 307:1485, RC J 112045/09.

[34]

Resolución 14/07, del 6-2-2006.

[35]

CANDA, ob. cit., p. 8.

[36]

GARCÍA PULLÉS, ob. cit., p. 371.

[37]

Dictámenes 95:312; 98:37; 124:372; 151:590; 251:72 y 260:72.

[38]

COMADIRA, Julio R. y ESCOLA, Héctor José, Curso de Derecho Administrativo, coord. por Julio P. Comadira, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 103.

[39]

COMADIRA y ESCOLA, ob. cit., t. I, p. 104.

[40]

MARIENHOFF, ob. cit., t. II, p. 335.

[41]

Art. 59: "[C]uando el proceso se hubiere originado en hechos del servicio o a él vinculados, podrá suspenderse al agente hasta la finalización del mismo a su respecto..."

[42]

Dictámenes 242:287.

[43]

Ver art. 56, RIA.

[44]

Fallos: 331:735. También "Scarpa, Raquel Adriana T. c/Estado Nacional", 22-8-2019, RC J 9082/19.

[45]

Fallos: 307:639 y RC J 3100/20; Fallos: 320:2509 y RC J 100217/09; Fallos: 331:735 y RC J 13213/10.

[46]

Fallos: 315:1361, RC J 100200/09.

[47]

COMADIRA y ESCOLA, ob. cit., t. I, p. 405.

[48]

COMADIRA y ESCOLA, ob. cit., t. I, ps. 405/406.

[49]

Ver en la LMREPN los arts. 4° -inc. b-, 5°, 23 y 24.

[50]

Fallos: 314:1876.

[51]

FIORINI, ob. cit., t. I, p. 854.

[52]

ALONSO REGUEIRA, Enrique M., El control judicial de la Administración va al jardín de infantes. La discrecionalidad y "los espejitos de colores", en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), Estudios de Derecho Público, Asociación de Docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, p. 383.

[53]

ALONSO REGUEIRA, ob. cit., p. 383.

[54]

ALONSO REGUEIRA, ob. cit., p. 383.

[55]

CFed. de la 4ª Circuns. Judicial, sala A, 4-2-2018, "Musante, Liliana María c/AFIP-DGI", RC J 3266/20.

[56]

CIDH, "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", párrs. 126 y 127, RC J 5612/16.

[57]

CIDH, "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", párr. 129, RC J 5612/16.

[58]

COMADIRA y ESCOLA, ob. cit., t. I, p. 111.

[59]

Fallos: 329:4577, RC J 3268/20.

[60]

Fallos: 314:625, RC J 100194/09, y Fallos: 334:1909, RC J 13946/11.

[61]

Cfr. art. 56, RIA.

[62]

FIORINI, ob. cit., t. I, p. 851.

[63]

Dictámenes 241:219.

[64]

Dictámenes 241:219.

[65]

Dictámenes 241:219.



[66]

FIORINI, ob. cit., t. I, p. 854.

[67]

Dictámenes 242:287.

[68]

Ver art. 56, RIA.