

RÉGIMEN Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. UNA MIRADA DESDE LA CONSIDERACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS COMO ÁMBITOS SENSIBLES A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Por Magíster María José Rodríguez 

El presente artículo se difunde con la autorización expresa de su autora y forma parte de la obra colectiva “Décimo Aniversario de la Ley N.º 107-13, que regula los derechos de las personas en sus relaciones con la administración y de procedimiento administrativo”, de República Dominicana (pp. 659-678). Editorial Librería Jurídica Internacional SRL (2024)

SUMARIO

1. La dignidad de la persona humana	02
1.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75, inc. 22, CN	02
1.2. La dignidad de la persona humana: la filosofía como saber subalternante que alumbró su conceptualización	04
1.3. Los derechos humanos como medios para el cumplimiento de los fines existenciales del hombre que fincan en su dignidad	07
1.4. El principio de juridicidad como expresión de la nomocracia griega, corolario de la dignidad de la persona humana	09
2. La potestad disciplinaria.....	10
2.1. La potestad sancionatoria (externa) y la potestad sancionatoria disciplinaria (interna)	10
2.2. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador....?	12
3. El derecho de defensa	13
4. El régimen de investigaciones administrativas como reglamentación de la potestad disciplinaria y del derecho de defensa	14
5. El nuevo reglamento de investigaciones administrativas aprobado por el Decreto N.º 456/2022 y la consagración de la jurisprudencia interamericana	15

5.1. Algunas innovaciones del nuevo RIA de marcado tenor garantístico que vehiculizan los resguardos del art. 8 CADH	17
6. Procedimientos perquisitivos anómalos que afectan garantías constitucionales por no culminar con el dictado de un acto administrativo recurrible	19
7. Consideraciones de cierre: la evolución conciencia jurídica hoy no admite procedimientos disciplinarios que vulneren la dignidad de la persona	21

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

1.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75, inc. 22, CN

La dignidad de la persona humana es reconocida por la CADH en su art. 11 –y, por ende, por el art. 75, inc. 22, de la CN– que lleva como título “Protección de la Honra y de la Dignidad”. A tenor de la aludida disposición, “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Refiere BUSO, “que la palabra ‘dignidad’ fue incluida en el texto del artículo 11 en la décima sesión de la Comisión I de la Conferencia Especializada –encargada de revisar los : referidos a la ‘materia de protección’– a raíz de una propuesta formulada por Uruguay, Estado que sugirió incorporar un primer párrafo al artículo 10 del proyecto de la CIDH con el objeto de establecer el ‘**principio general**’: ‘Toda persona tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad’, inclusión que fue aprobada”¹ (lo resaltado no está en el original).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la CIDH ha utilizado la noción tanto como fundamento de derechos como de un derecho en sí mismo².

La CSJN en diferentes fallos ha considerado a la dignidad de la persona humana como como “un valor supremo en nuestro orden constitucional (...) que impone que

1. Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, <http://orcid.org/0000-0002-3865-569X> (v. apartado III. Origen del artículo 11 de la CADH).

2. Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho...”, op. cit. (v. Capítulo V. “Conclusiones”).

*cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general*³.

Ha expresado en tal sentido: *“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente–, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”⁴.

Desde la doctrina administrativista, CASSAGNE, si bien considera a la dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos⁵, no vacila en referir también específicamente al “principio” de dignidad⁶; expresa, en tal sentido, que *“El principio de dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos, etc.) y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (...) Su quebrantamiento implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte de la constitución...”*⁷.

En similar dirección, se ha destacado que *“...el principio de juridicidad se integra en la dogmática jurídica del derecho administrativo como un verdadero pilar de las restantes nociones, como un verdadero imperativo del principio de la dignidad de la persona humana que atiende a su dimensión social. Esta integración dogmática es de recibo en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que luego de pasar revista al catálogo de derechos de la primera parte, en el artículo 32 manda interpretarlos conforme con las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”⁸.

3. CSJN, 20/04/2010, “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandros/ causa n° 4733”, Fallos 333:405; cabe tener presente que la invocación de la dignidad del hombre le permitió a la Corte, en el caso “Sejean” (Fallos 308:2268), admitir el divorcio vincular cuando la legislación aún lo prohibía.

4. CSJN, 21-9-04, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales s/ accidente ley 9688”, Fallos 327:3753.

5. CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021, ps. 90 y 92 a 93.

6. Ello sin perjuicio de considerarla fuente central de todos los principios y derechos (v. CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 90).

7. *Ibidem*, ps. 92 a 93.

8. María José Rodríguez, “La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad” en: RODRÍGUEZ R. Libardo (Director), RIVERO ORTEGA, Ricardo (Coordinador), Volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil, *El acto administrativo*, Colección de Derecho Administrativo Comparado, Editorial Temis, IIDA, Editorial jurídica venezolana, Bogotá, Colombia, 2022, p. 34; v. sobre la profunda dimensión social del principio de juridicidad, María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ,

1.2. La dignidad de la persona humana: la filosofía como saber subalter- nante que alumbra su conceptualización

Si bien la dignidad es de recibo tanto por la CADH (art. 11, también arts. 5° y 6°) y de consiguiente por nuestra Constitución nacional (art. 75, inc. 22), así como en numerosos otros tratados internacionales de derechos humanos, y afirmada constantemente por la doctrina, lo cierto es que no se encuentra en los mencionados dispositivos una definición respecto de su esencia.

Ello torna necesario recurrir a la filosofía en tanto disciplina que provee los conceptos fundamentales de las nociones antropológicas que nutren al derecho.

Sobre la dignidad de la persona humana expresa HERRERA: “*En relación con la noción de persona y particularmente de persona humana, encontramos la concepción también fundamental de dignidad humana. “Dignitas quiere decir la cualidad de ‘dignus’. Esta palabra, deriva de la misma raíz ‘dec’ que encontramos en el verbo defectivo ‘deceat’ (‘es conveniente’, ‘merece’) y en el sustantivo ‘decor’ (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir, con la apariencia excelente pero merecida”. En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a **la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre**. En consecuencia, según cual sea la concepción de persona será la de dignidad humana”*⁹ (lo resaltado no está en el original).

Desde una perspectiva filosófica clásica, propia de nuestra tradición cultural y jurídica, la dignidad humana finca en el ser del hombre, en su naturaleza o esencia humana¹⁰.

María José, “La estabilidad del acto administrativo frente la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria” disponible online en CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As. (mpba.gov.ar).

9. HERRERA, Daniel A., (HERRERA, Daniel A., “La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico”, en AA.VV. *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires, PÉREZ CURSI, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf>, p. 29.

10. Ídem, p. 30.

BOECIO, citado por HERRERA, definía a la persona humana como sustancia individual de naturaleza racional, lo cual implica que todo ser humano es persona. Se ha corregido esta definición acotando que más que sustancia, persona es el sujeto que subsiste en el género de sustancia racional¹¹, es el titular de una sustancia de naturaleza racional¹².

Las personas son individuos que existen *per se* y tienen dominio de sus propios actos. Sus acciones no resultan simplemente de la naturaleza como, por ejemplo, un proceso digestivo. No solo actúan como las demás cosas sino que obran por sí mismas. Son libres. En definitiva, para la filosofía clásica, persona es lo más perfecto que existe en toda la naturaleza¹³.

La persona se define en definitiva por la dignidad de su naturaleza racional que le permite inteligir y comprender sus fines existenciales propios y dirigir su voluntad hacia ellos, en libertad y bajo su propia responsabilidad¹⁴.

Para YACOBUCCI, *“El concepto de dignidad viene a significar una posición de preeminencia del sujeto al que se refiere. Por eso, al hablar de dignidad humana lo que se quiere expresar es el lugar privilegiado que tiene el hombre en relación con los otros seres, es decir, su rango superior y diferente respecto de estos. Spaemann, recordando el análisis kantiano, señala que el hombre no tiene propiamente hablando valor sino dignidad, pues un valor es intercambiable con otro y puede entrar en un cálculo comparativo, mientras que la persona, no. La dignidad, así considerada, es ‘la propiedad merced a la cual un ser es excluido de cualquier cálculo por ser el mismo medida de cálculo’.* Los textos bíblicos son en este sentido muy ilustrativos por cuanto sirven para determinar la idea occidental de dignidad, tanto en punto a la posición del hombre en el mundo cuanto al contenido fundamental que justifica esa posición. ‘En estos textos se hace presente el señorío de la persona humana, determinado por su espiritualidad racional y su libertad sobre lo existente, incluida el desenvolvimiento de su propia vida. Por eso, en la metafísica cristiana el concepto

11. Ídem, p. 27.

12. Ídem, p. 25.

13. Ídem, p. 27.

14. MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 35 a 36.

mismo de persona expresa la dignidad de una naturaleza marcada por la espiritualidad que, en el caso del hombre, se da bajo forma de racionalidad'. La persona, dice Santo Tomás, 'significa algo perfectísimo en toda la naturaleza, es decir, un sujeto subsistente en una naturaleza racional' (Sum. Theol., I, q. 29, a. 3). Es más, en este aspecto, el Aquinate afirma que 'todo individuo de naturaleza racional se llama persona' y menciona especialmente la idea de hipóstasis o subsistencia dignificada por la racionalidad de su ser y, a la postre por su trascendencia. La persona humana aparece así como 'un pequeño absoluto', 'cada sustancia intelectual es en cierto modo todas las cosas, en cuanto por su intelecto comprende todos los entes' (Suma contra Gentes, III, 112)." (...) Es por eso que el sentido de la dignidad humana viene relacionado en la tradición del pensamiento occidental con las nociones de racionalidad, consciencia, espiritualidad, libertad, señorío y autonomía. De todos modos, los distintos períodos históricos fueron marcando diversos aspectos de estas nociones conformando posturas e ideologías particulares."¹⁵

No colacionamos en este lugar la perspectiva funcional de persona que surge a partir del kantismo y se proyecta en los enfoques constructivistas (Rawls, Habermas), ni el estatuto ético jurídico que resulta consecuencia obligada de esta mirada. Ello, toda vez que, en nuestra opinión, este, al prescindir del fundamento ontológico permite derivas jurídicas y resultados concretos que la propia historia ha acreditado como reduccionistas¹⁶ respecto de la dignidad de la persona, entendida esta por nosotros como concepto comprensivo de todos los seres humanos¹⁷.

15. YACOBUCCI, Guillermo Jorge, "Algunos aspectos del principio de dignidad humana en el derecho penal.", en www.saij.jus.gov.ar Id SAIJ: DACF040066.

16. Así, por ejemplo, los enfoques raciales propios de regímenes totalitarios que han negado derechos fundamentales a diversas etnias o categorías de personas, sobre la base de considerarlos *sous-hommes* (subhombres).

17. Sin perjuicio de nuestra personal opción por la perspectiva ontológica y metafísica y por un estatuto ético jurídico coherente con esta, remitimos para un análisis exhaustivo de las diferentes conceptualizaciones filosóficas de las nociones de persona y dignidad, al trabajo de Daniel Herrera, *supra* citado (v. HERRERA, Daniel A., "La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico", en AA.VV. *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires, PÉREZ CURSI, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf>, p. 23 y ss.

1.3. Los derechos humanos como medios para el cumplimiento de los fines existenciales del hombre que fincan en su dignidad

Para el cumplimiento de sus fines existenciales la persona tiene derechos que, en puridad, son medios para lograr aquellos. Los derechos no son fundantes, sino que son fundados por la naturaleza humana porque el obrar sigue al ser. El derecho positivo reconoce estos derechos humanos como fundamentales.

Ahora bien, estos derechos pueden ser restringidos conforme las justas exigencias del Bien Común (art. 32, CADH); pero siempre sobre la base del respeto del principio de juridicidad, entendido como la vigencia irrestricta de la legalidad (en sentido amplio); de lo contrario se verificaría, en el lenguaje de la CADH, “una injerencia ilegítima” (v. art 11).

Porque es el principio de juridicidad, el ordenamiento jurídico, el que regulará y perfilará el ejercicio del poder estatal y las garantías de los particulares en orden a vehicular las exigencias del Bien Común.

En efecto; la autoridad política debe introducir un orden en el conjunto del ordenamiento; este tiene su expresión ejemplar en el *orden jurídico*. En tal sentido, las leyes son los grandes medios que el legislador adopta para la realización del bien común¹⁸.

De consiguiente, cabe concluir que la causa formal de la sociedad política es el orden que la autoridad introduce en la vida del cuerpo social, con el fin de ajustar todas las actividades para la obtención efectiva del bien común. Esa coordinación general de las actividades encuentra su expresión y modelo en el orden jurídico¹⁹.

El orden jurídico es entonces orden del bien común, es el orden de la sociedad requerido por la ayuda que necesitan todos sus miembros y que se hace posible por su cooperación social en el cumplimiento de las tareas vitales que les son

18. SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, Vórtice, Bs. As., 2008, op. cit., p. 156.

19. Ídem.

impuestas por los fines existenciales y bajo el principio de la propia responsabilidad²⁰.

La esencia del bien común es constituir esa ayuda. Por ello, el hacer posible esta ayuda por medio de la cooperación social es por sí mismo un fin existencial que determina todo el orden de la sociedad e influye también en todo el derecho considerado como fundamento del orden de la sociedad²¹.

En esa dirección, el ordenamiento jurídico cimentará prerrogativas, potestades, poderes del Estado para viabilizar este Bien Común; entre ellas, la potestad sancionatoria, en la especie, la potestad sancionatoria disciplinaria.

Ahora bien, las sanciones que aplique el Estado, concretamente en ocasión de desplegar su función administrativa, importarán la restricción de derechos de la persona sancionada²². De ahí que cabe enfatizar *la potencialidad ablatoria de derechos de toda potestad sancionatoria* y la especial sensibilidad de los procedimientos sancionatorios a la dignidad de la persona humana²³. Porque toda sanción que fuera aplicada con prescindencia del respeto de las garantías jurídicas afectará ineludiblemente la dignidad de la persona humana e impactará, injustificadamente sobre sus derechos que, como enseña la filosofía, se vinculan con sus fines existenciales, con su ontología y naturaleza.

Desde esta mirada es que, en la medida en que toda actividad perquisitiva del Estado que se da en un procedimiento sancionatorio disciplinario puede vulnerar derechos por la virtualidad esencialmente ablatoria que tiene la sanción -e incluso el *iter* previo a ella²⁴-, el principio de dignidad humana que impera la

20. MESSNER, Johannes, op. cit., ps. 325 a 326.

21. Ídem nota anterior.

22. Explica Uslenghi que la sanción administrativa es un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, consistiendo ese mal en la privación de un bien o de un derecho (USLENGHI, Alejandro "Control judicial de la potestad sancionatoria de la Administración", Revista Rap, Ejemplar del 1-05-2003).

23. Tomamos la idea de la sensibilidad de estos ámbitos perquisitivos con respecto de la dignidad humana, de Daniel Herrera que con similar sentido se refiere a los ámbitos penales y penitenciarios (HERRERA, Daniel A., "La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico", en A.A.VV. *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires, PÉREZ CURSI, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf>

24. Sobre el "entorno de 'coacción inherente' que rodea a un interrogatorio" y su virtualidad para afectar la dignidad humana, v. María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ, María José: "La potencialidad autoincriminatoria de las

preservación de los derechos con fundamento en los fines existenciales de la persona y de su dignidad debe regir con especial vigor a lo largo de todas las etapas de estos procedimientos disciplinarios y debe estar asegurado y garantizado por cierto, por los textos normativos que los perfilen²⁵.

1.4. El principio de juridicidad como expresión de la nomocracia griega, corolario de la dignidad de la persona humana

Ya PLATÓN y ARISTÓTELES se preguntaban qué era más conveniente si el gobierno de los hombres (los mejores), o de las leyes²⁶. Y ambos, el PLATÓN último de *Las Leyes* y ARISTÓTELES a lo largo de su *corpus* doctrinario optaron por el gobierno de las leyes, enrolándose en la tradición helénica de la nomocracia. Ello, sobre la base del dato de la realidad de que las leyes, a diferencia de los hombres, no tienen pasiones. Expresaba ARISTÓTELES que la ley es “razón sin apetito”²⁷.

En la hipótesis del gobierno de los hombres, si estos son arrastrados por sus pasiones y deciden según estas de modo desigual, resulta afectada la igual dignidad óntica de las personas. Contrariamente, esta afectación no se verifica con la ley, por las notas de generalidad, impersonalidad y objetividad que caracterizan a esta. Porque las leyes no tienen pasiones.

primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible online en: https://youtu.be/a22bVcx4_QE?t=2400.

Es de resaltar que la CIDH, en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisita por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. CIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1.º septiembre de 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad -v. párr. 102-; v. en igual sentido, Res. PG N° 1267/22 del 26 de octubre de 2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Prov. de Buenos Aires).

25. María José Rodríguez en RODRÍGUEZ, María José, “Los procedimientos sancionatorios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona”, conferencia vertida en: XXV Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral “Derecho administrativo, Interés Público y Persona”, 17 de octubre de 2022, disponible online en: <https://youtu.be/YJVSg0dcE2c?t=1594>.

26. Sobre el aporte de estos dos grandes filósofos al denominado “Rule of law” (Estado de Derecho), v. LALANNE, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?: El problema en Platón y Aristóteles”, en línea, *Prudentia Iuris*, 79, 2015, ps. 295/310, disponible en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3962>; ver en similar sentido, Daniel Herrera en HERRERA, Daniel, “La politicidad del derecho y la juridicidad de la política en el Estado Constitucional de Derecho”, conferencia vertida en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado por el MPBA (CIJur) y la UNNE, los días 9,10 y 11 noviembre de 2022, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15081>.

27. LALANNE, Julio E., op. cit. p. 310.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el principio de juridicidad, que enraiza en la tradición de la nomocracia griega, deviene una exigencia de la dignidad de la persona.

Correlativamente, el gobierno —y la administración— que no se ajustaran a la conducta predeterminada por la norma, conducen al decisionismo, a la diversidad de soluciones frente a casos similares, violando la igualdad ante la ley y vulnerando así la dignidad de la persona.

Por otra parte, el gobierno de la ley requiere su publicidad y fulmina los *arcana imperii* propios del gobierno absoluto, que también se encuentran en pugna con la dignidad de la persona. Ello, en tanto en definitiva implican una subestimación de esta, al connotar un “desprecio por el vulgo”, “por la bestia salvaje que debe ser domesticada”²⁸.

2. LA POTESTAD DISCIPLINARIA

2.1. La potestad sancionatoria (externa) y la potestad sancionatoria disciplinaria (interna)

La función administrativa se endereza teleológicamente a concretar de un modo directo e inmediato el bien común o interés general que se suele denominar “*interés público primario*”²⁹.

Para concretar este fin requiere, entre otras prerrogativas, de la potestad sancionatoria.

La potestad sancionatoria puede ejercerse sobre los particulares administrados cuando estos incurren en ilícitos administrativos (infracciones, faltas). O bien, puede desplegarse en el seno interno de la organización administrativa cuando los funcionarios y empleados que se desempeñan en la Administración Pública no lo hacen según las normas aplicables que perfilan deberes y

28. V. BOBBIO, NORBERTO, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996, ps. 33 y ss.

29. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2022, p. 43 y ss.

prohibiciones. En este caso se denomina potestad sancionatoria disciplinaria interna³⁰.

La potestad sancionatoria disciplinaria que se despliega *ad intra* de la organización administrativa, tutela lo que se suele llamar en doctrina, el “interés público secundario”³¹.

Este interés público secundario consiste en el buen funcionamiento de la Administración; se trata, en definitiva, de asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la Administración Pública en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedimental general y uniforme en materia de investigaciones³².

En este trabajo nos referiremos singularmente a la potestad sancionatoria disciplinaria (interna) dirigida a los funcionarios y empleados públicos que integran la organización administrativa, destacando la importancia del ejercicio de la potestad sancionatoria disciplinaria en el marco de este colectivo profesional³³.

Porque, en efecto, lastima la lógica que el Estado persiga el bien común con organizaciones que no funcionan o que escandalizan a través del incumplimiento de las reglas por sus propios integrantes.

30. *Ibidem*, p. 27.

31. *Ibidem*, p. 43.

32. Leemos en los considerando del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas: “Que el conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configura el régimen disciplinario tiene por objeto investigar y, en su caso, aplicar las sanciones que establece la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley N.º 25.164 y su reglamentación, aprobada por el Decreto N.º 1421/02, una vez verificadas aquellas conductas de las o los agentes estatales que lesionen el buen funcionamiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL y que se originen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones inherentes a su relación de empleo público.

Que el régimen disciplinario constituye un sistema tendiente a coordinar la acción de los órganos administrativos tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedimental general y uniforme en materia de investigaciones.”

33. COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, p. 64 y ss.

2.2. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador....?

Cada uno de los denominados poderes del Estado (en puridad, se trata de las funciones del poder) desarrolla actividad administrativa para viabilizar el cumplimiento de sus incumbencias constitucionales propias (legislativa, ejecutiva y judicial en la clásica tipología tripartita), es decir, de un modo propedéutico a concretarlas.

De consiguiente, es razonable colegir que cada uno de los poderes, en el marco de la actividad administrativa que despliegan para concretar sus incumbencias constitucionales específicas o típicas, deben contar con potestades disciplinarias para restaurar el interés público eventualmente vulnerado en ese marco.

Desde esa atalaya, el ejercicio de esta potestad resulta del resorte de una competencia autónoma, propia de la función administrativa que despliega cada uno de los tres órganos que titularizan las funciones del poder de modo propedéutico a la concreción de su función constitucional específica.

Pero en la medida en que el ejercicio de esta potestad disciplinaria alberga la posibilidad de incidir sobre derechos de las personas, restringiéndolos, deviene aplicable el art. 28 de la CN que impera que los derechos de las personas sean regulados por ley formal del congreso³⁴.

De consiguiente, podemos concluir que no resulta contradictorio sostener que la potestad disciplinaria es inherente a la función administrativa³⁵, pero que al propio tiempo, en tanto esta recaerá ineludiblemente sobre derechos de las personas, toda regulación restrictiva de derechos reclamará el concurso de la intervención del Poder Legislativo. Este podrá regular y establecer cauces y márgenes de actuación para el despliegue de la apuntada potestad sancionatoria pero

34. La intervención del legislador resultaría también imperativa si se adscribe a la idea de la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones o faltas, por aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*, prescripto por nuestra Constitución; v. GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal, *Prudentia Iuris*, Número aniversario, 2020, ps. 263/279.

35. COMADIRA, Fernando G., *Derecho administrativo disciplinario*, p. 65.

nunca podrá aniquilarla o anularla porque resultaría afectado el principio de división de funciones del poder³⁶.

3. EL DERECHO DE DEFENSA

Entre las trabas o limitaciones que preocupaban particularmente a BODIN, HOBBS y sus contemporáneos de los siglos XVI y XVII estaba la existencia de un derecho fijo y establecido. Para estos doctrinarios del Estado soberano, el gobernante debía tener libertad para cambiar todas las leyes, con el objeto de que le ayudasen a gobernar eficientemente. Pero hasta para el mismo HOBBS, padre de los regímenes absolutistas y totalitarios, la decisión arbitraria del gobernante se encontraba con la limitación infranqueable del derecho a la propia defensa que tenía cada uno de sus súbditos³⁷.

El derecho de defensa, reconocido por la Constitución Nacional (art. 18 CN) y reflejado tempranamente en los ordenamientos subconstitucionales, hoy resulta regulado por el art. 8 de la CADH³⁸, que a partir de 1994 resulta de recibo por la Constitución Nacional (v. art 75, inc. 22, CN).

Las garantías perfiladas por el art. 8 de la CADH, más allá de su adjetivación como “judiciales” resultan aplicables a los procedimientos administrativos y sanciona-

36. Ídem.

37. FIEDRICH, Carl J. y BRZEZINSKI, Zbigniew, *Dictadura totalitaria y autocracia*, Libera, Buenos Aires, 1975, ps. 23/24.

38. La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) que integra el plexo de tratados que tienen rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 75, inc. 22, en su art. 8° relativo a “Garantías Judiciales” contempla las siguientes: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

torios. Así lo ha considerado la jurisprudencia de la CIDH en los casos “Baena, Ricardo”³⁹; “Ivcher Bronstein”⁴⁰; “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa”⁴¹ y “Claude Reyes”⁴², entre otros⁴³.

Sobre el particular debe tenerse presente que según la corte federal argentina, la jurisprudencia de la CIDH relativa a la CADH es una pauta insoslayable de interpretación para todos los poderes constituidos argentinos⁴⁴.

Desde un análisis metafísico del aludido art. 8 de la CADH, no cabe dudar que sus contenidos garantísticos revisten el carácter de coprincipios constitutivos del ser (relaciones trascendentales) del derecho de defensa; cada uno reclama la coexistencia del otro para que el derecho de defensa se concrete en forma óptima y la afectación de cualquiera de estos contenidos se comunica inevitablemente a los otros, impidiendo su optimización⁴⁵.

4. EL RÉGIMEN DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS COMO REGLAMENTACIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA Y DEL DERECHO DE DEFENSA

Un régimen de investigaciones administrativas implica la reglamentación tanto de la potestad disciplinaria de la Administración como del derecho de defensa de los agentes investigados.

39. CIDH, caso “Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2 de febrero 2001, párrs. 124, 125, 127, 130, 134 y 143.

40. CIDH, caso “Ivcher Bronstein”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrs. 104,105 y 110.

41. CIDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa”, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrs. 81 y 82.

42. CIDH, caso “Claude Reyes y otros”, sentencia del 19 septiembre de 2006, Serie C, N.º 151, párr. 118.

43. Así lo ha sostenido expresamente la Procuración del Tesoro de la Nación en el dictamen IF 2021-18545425-APN-PTN del 3-3-2021, disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/3239/IF-2021-18545425-APN-PTN_de_fecha_3-3-2021.pdf; v. también, Julio Conte-Grand, “Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo” en: BORDA, Alejandro (Dir.), CALDERONE, Sofía (Coord.), EL DERECHO, 60 años, Bs. As., 2022, ps. 293/296.

44. V. CSJN, 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, Fallos 333:1657.

45. Sobre el abordaje metafísico de diversos institutos jurídicos, replicamos, si bien en distinto ámbito de predicación, las categorías de análisis utilizadas por Julio Conte-Grand, en “Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo”, ob. cit., ps. 297 a 298 y 320; v. también María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ, María José: “La potencialidad autoincriminatoria de las primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible online en: https://youtu.be/a22bVcx4_QE?t=2400.

En definitiva, un régimen de investigaciones constituye una suerte de bisagra entre la potestad sancionatoria disciplinaria (inherente a la Administración) y los derechos y garantías de los servidores públicos, cuya regulación resulta del resorte de la ley formal.

La debida preservación y el restablecimiento del interés público tanto primario como secundario, eventualmente afectados, dependerá del adecuado equilibrio⁴⁶ que resulte de estos dos elementos.

5. EL NUEVO REGLAMENTO DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS APROBADO POR EL DECRETO N.º 456/2022 Y LA CONSAGRACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

En línea con jurisprudencia sentada por la CSJN in re “Videla”, *supra* citado, el considerando 12 del reciente Decreto N.º 456/2022 (B.O. 3/8/2022) que aprueba el nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas (en adelante, RIA) reza:

“Que corresponde receptor la doctrina y jurisprudencia forjadas en el ámbito nacional e interamericano, a partir del reconocimiento de la tutela administrativa efectiva y la extensión al plano administrativo disciplinario de las garantías reconocidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994”

El nuevo RIA se ha puesto al día con la jurisprudencia vertida por la CIDH en redor del art. 8.º de la CADH y ha plasmado importantes modificaciones que po-

⁴⁶ El equilibrio puede ser examinado por analogía con la virtud humana cuyo análisis ocupa la mayor parte de las tres Éticas de ARISTÓTELES. La virtud humana es definida por el filósofo como un “justo medio entre dos extremos viciosos”. Expresa ARISTÓTELES, citado por Fraile: “En toda cantidad continua y divisible pueden distinguirse tres cosas, el más, el menos y lo igual. Lo igual es una especie del término intermedio entre lo mucho y lo poco, entre el exceso y el defecto. El medio, cuando se trata de una cosa es el punto que se encuentra a igual distancia de los dos extremos, el cual es uno y mismo en todos los casos. Pero cuando se trata del hombre, el medio es lo que no peca ni por exceso ni por defecto y esta medida dista mucho de ser una, ni la misma para todos los hombres.” Según el filósofo, dado lo fluctuante de los actos y de la materia, sobre la que versa la Ética y de su sujeción a las más variadas circunstancias, es imposible establecer un medio matemático riguroso en la mayor parte de las virtudes, porque excepto en la justicia conmutativa, no se trata de un medio exacto en sí mismo, sino por relación a las personas. Por esto, -remarca- en la Ética no puede exigirse la misma exactitud que cabe en otras ciencias. Aristóteles deja la determinación concreta del medio proporcional de las virtudes morales a la experiencia y al juicio prudente de un varón sensato que discurra rectamente. Pero indica que hay acciones morales en las cuales no cabe establecer ningún medio proporcional. Define más adelante, a la virtud, como “Un hábito adquirido, voluntario, deliberado, que consiste en el justo medio en relación a nosotros tal como lo determinaría el buen juicio de un varón prudente y sensato juzgando conforme a la recta razón y a la experiencia”, v. FRAILE, Guillermo, *Historia de la filosofía*, tomo 1, Grecia y Roma, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1982, p. 527.

nen en valor al derecho de defensa en el ámbito de aplicación del mencionado RIA (v. art. 1.º).

Pero es de hacer notar que la aplicación de este al personal que se rija por regímenes específicos es supletoria, es decir, supeditada a la ausencia de una disposición específica que rija el supuesto, lo cual limita, por cierto, la virtualidad de las mejoras introducidas⁴⁷. Por otra parte, el RIA resultaría de aplicación analógica a otros procedimientos perquisitivos que se ventilaran fuera del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, v.gr. en el marco de las funciones administrativas que despliegan tanto el poder judicial como el legislativo.

Ello lleva a considerar que muchos de los supuestos regulados específicamente por regímenes disciplinarios de colectivos profesionales, al no admitir la aplicación supletoria o analógica del nuevo RIA por no verificarse el presupuesto de la falta de regulación del supuesto en cuestión, pueden resultar anacrónicos cuando no inconstitucionales en caso de no ajustarse a la jurisprudencia interamericana aplicable al art. 8.º de la CADH que, recordemos, tiene rango constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994⁴⁸.

Si bien, en nuestra opinión, frente a la clara jurisprudencia de la CSJN recaída en “Videla”, no resultaría en puridad aplicable la jurisprudencia de la PTN a cuyo tenor la Administración no puede declarar la inconstitucionalidad de leyes o reglamentos (Dictámenes 240:158, 298:207 entre otros)⁴⁹, lo cierto es que razones de seguridad jurídica aconsejan adaptar los aludidos reglamentos disciplinarios específicos a la jurisprudencia interamericana.

47. V. María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ, María José: “La potencialidad autoincriminatoria de las primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC y FUCER, conferencia disponible *online* en: https://youtu.be/a22bVcx4_QE?t=2400.

48. María José Rodríguez en RODRÍGUEZ, María José: “La potencialidad autoincriminatoria de las primeras declaraciones...”, op. cit.

49. Esta doctrina fluctúa pendularmente; con carácter previo, la PTN había sostenido que la Administración debía abstenerse de aplicar una ley que considerara inconstitucional (Dictámenes 84:102). Esta opinión sostenida en el aludido asesoramiento por el entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Miguel S. Marienhoff, fue luego también expresada en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.º edición, 1970, Tomo I, p. 397; v. en igual sentido, COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, “La posición de la Administración pública ante la ley inconstitucional”, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.º edición, 2003, ps. 735/746. Recientemente, la PTN parece haberse enrolado nuevamente en la doctrina sentada en Dictámenes 84_102 (v. https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/1677/3-_dictamen_rectificaci%C3%B3n_de_g%C3%A9nero.pdf).

Desde otra mirada, la expresa declaración de la aplicación de la jurisprudencia de la CIDH a partir del reconocimiento de la tutela administrativa efectiva y la extensión al plano administrativo disciplinario de las garantías reconocidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994, en materia de procedimientos sumariales que efectúa el apuntado considerando 12 del Decreto N.º 456/2022 reclamará una hermenéutica coherente con aquellas; ello puede conducir a dotar de un renovado sentido a disposiciones del RIA, aun cuando reeditaran cláusulas que ya se encontraban previstas en el antecedente aprobado por el Decreto N.º 467/99.

5.1. Algunas innovaciones del nuevo RIA de marcado tenor garantístico que vehiculizan los resguardos del art. 8 CADH

El nuevo reglamento plasma una mayor sistematicidad a través de una redacción más clara que a lo largo de las disposiciones extiende de modo explícito el trato garantístico del sumariado al imputado⁵⁰ (v.gr., arts. 47, 50, 52, 62, 63, 64, 66, 67, entre otros). Ello preserva ciertamente la garantía contra la no autoincriminación, en tanto la investigación puede conducir a que el imputado varíe su situación y pase a revestir la condición de sumariado.

Cabe tener presente que según los arts. 8.2, inc. g, y 8.3 CADH, que consagran, respectivamente, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, ni violación alguna de las reglas del debido proceso, es fundamental informar con carácter previo en qué calidad se toma la declaración en el marco de la investigación de los hechos.

De tal suerte, se viola el derecho de defensa si no se proporciona en la convocatoria a declarar, comunicación previa y detallada de los hechos investigados que se pretende enrostrar ni se indica en qué condición la persona es citada⁵¹; el

⁵⁰. Para el RIA aprobado por el Decreto N. 456/2022, se declara en carácter de sumariado cuando hubiere motivo suficiente para considerar que un agente es responsable del hecho que se investiga (v. art. 61); la declaración en carácter de imputado tiene lugar cuando existiere solamente estado de sospecha (art. 62).

⁵¹. CIDH, 01/02/2006, "López Alvarez vs. Honduras", párr. 149; CIDH, 22/11/2005, "Palamara Iribarne vs. Chile", párr. 225; CIDH, 07/09/1984, "Tibi vs. Ecuador", párr. 187; CIDH, 24/06/2005, "Acosta Calderón vs. Ecuador", párr.

cumplimiento de este recaudo debe acontecer antes de la primera declaración ante cualquier autoridad pública⁵².

La garantía contra la no autoincriminación implica el derecho a no comparecer, a no declarar, a dejar de declarar, a la asistencia jurídica, a ser anoticiado con carácter previo a toda declaración tanto de los hechos con que se lo vincula o que directamente se le atribuyen como de las garantías mencionadas.

Estas garantías han sido desde siempre postuladas, tanto en el orden nacional, como en la jurisprudencia internacional de derechos humanos como requisitos imperativos, y su ausencia causa una nulidad irreparable⁵³.

El nuevo RIA, sin perjuicio de mantener la vigencia del secreto de las actuaciones hasta la clausura de la etapa de investigación de los sumarios disciplinarios, al otorgar el acceso a las actuaciones a partir del llamamiento a prestar declaración sea en calidad de imputado o sumariado, permite que quienes fueren convocados cuenten con los elementos necesarios para ejercer con plenitud su derecho de defensa (v. arts. 46 y 47). Teniendo en cuenta la potencialidad autoincriminatoria de las primeras declaraciones⁵⁴, esta disposición claramente se enrola en asegurar la garantía contra la no autoincriminación.

118, citados por Julio Conte-Grand, en: CONTE-GRAND, Julio, “La abogacía estatal y el Ministerio Público: el debido proceso adjetivo como punto de confluencia en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial”..., op. cit. y en “Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo” en: BORDA, Alejandro (Dir.), CALDERONE, Sofía (Coord.), *EL DERECHO*, 60 años, Bs. As., 2022, ps. 291y ss.

52. CIDH, 17/11/2009, “*Barreto Leiva vs. Venezuela*”, párrs. 29 y 30. En similar sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) ha considerado que el derecho a no incriminarse a sí mismo y mantener silencio, supone una exigencia elemental del derecho a un juicio justo. Este derecho implica que no puede fundarse una acusación contra una persona o un reconocimiento de hechos en su silencio y que tampoco son válidas las pruebas obtenidas bajo amenaza o presión o por violación de cualquiera de las garantías que integran el debido proceso (CEDH, 25/02/1993, “*Funke c. Francia*”, Serie A, núm. 256-A, apartado 44), citados por Julio Conte-Grand, en: CONTE-GRAND, Julio “La abogacía estatal y el Ministerio Público: el debido proceso adjetivo como punto de confluencia en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial”..., op. cit. y en “Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo” en: BORDA, Alejandro (Dir.), CALDERONE, Sofía (Coord.), *EL DERECHO*, 60 años, Bs. As., 2022, ps.291y ss.

53. V. Dictámenes 304:394; también Dictámenes 212:71; 200:55; 166:244, citados por COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, op. cit., p. 309.

54. V. María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ, MARÍA JOSÉ: “La potencialidad autoincriminatoria de las primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible online en: https://youtu.be/a22bVcx4_QE?t=2400.

Esta potencialidad autoincriminatoria que revisten las primeras declaraciones se advierte con claridad en dos recientes sentencias de la CEDH, a saber: CEDH, 18/01/2022, “*Aristain Gorosabel c. España*”; CEDH, 28/04/2022, “*Wag c. Francia*”.

Este derecho de acceso al expediente se completa con el que se le reconoce a la persona sumariada o imputada, en el caso de contar con asistencia letrada, a mantener una entrevista con el o la profesional actuante, con carácter previo al inicio del interrogatorio (v. art. 51).

En efecto; la instrucción debe informar sobre este derecho antes de proceder al interrogatorio (art. 67), es decir, una vez que el declarante ha sido puesto en conocimiento de los hechos que se investigan; de consiguiente, podrá el letrado aconsejar al sumariado o imputado sobre la conveniencia de declarar o no, lo cual ciertamente se inscribe en la misma línea de protección de la mencionada garantía contra la no autoincriminación.

En otro orden, también se reconoce el derecho de intervención del letrado en cada acto en que deba participar la persona sumariada o imputada en resguardo de la observancia del debido proceso (art. 50); y de conformidad con el principio de presunción de inocencia, contemplado asimismo en el art. 8 CADH, se establecen requisitos más rigurosos para suspender preventivamente a agentes involucrados en una causa penal.

6. PROCEDIMIENTOS PERQUISITIVOS ANÓMALOS QUE AFECTAN GARANTÍAS CONSTITUCIONALES POR NO CULMINAR CON EL DICTADO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIBLE

Existen en el orden nacional procedimientos perquisitivos que no culminan con un acto administrativo sino con un dictamen o informe técnico⁵⁵. Estos, al no revestir el carácter de acto administrativo sino de acto preparatorio (art. 80, RLNPA), no serían en puridad, recurribles, con lo cual el control típico de juridicidad que posibilita el acto administrativo no se verificaría en estos casos. Pero estos informes, al emanar de órganos estatales, gozan de un “entorno de legitimidad” o “aura de legitimidad y autoridad” y tienen virtualidad para producir seguimiento por parte de los operadores jurídicos tanto estatales como privados.

55. Ver a título de simple ejemplo, la Res. 1/09 de la Comisión Bicameral de Inteligencia y la Disposición INADI N.º 32/2012.

De consiguiente, son susceptibles de producir, si bien de manera mediata, indirecta, “*un efecto notable*”⁵⁶ sobre la esfera jurídica del particular administrado o sujeto vinculado con una investigación estatal.

Es por ello que estimamos, que tal como lo ha hecho el Consejo de Estado francés⁵⁷, debe abrirse la vía recursiva administrativa respecto de estas piezas en las que concluyen los mencionados procedimientos (en tanto serían actos administrativos anómalos o virtuales) para posibilitar la tutela administrativa y judicial efectiva. Así lo ha entendido la PTN, si bien no en el marco de un procedimiento directamente sancionatorio sino propedéutico a la determinación de oficio de tributos, al resolver frente al carácter opinable de ciertos actos emitidos por un organismo de control, la ex Oficina de Control Comercial Agropecuario (ex ONCCA), que impropia mente habían sido calificados como actos administrativos coligados -y que en puridad, revestían el carácter de informe o medida preparatoria- la apertura de la vía recursiva (Dictámenes 303:448)⁵⁸.

56. Esta es la fórmula que emplea el Consejo de Estado para abrir la vía al control de actuaciones que no revisten el carácter de acto administrativo.

57. La jurisprudencia reciente del Consejo de Estado francés indica que nuevas formas de la actividad de la Administración (*soft law*), ciertamente influidas por las nuevas tecnologías, determinan la necesidad de su control administrativo y judicial para que el Estado de Derecho no quede rezagado frente a los avances de la tecnología. La decisión N.º 434684 del CE del 19-6-2020 recaída en un caso relativo a la prohibición de las COOKIE-WALLS [*muros o paredes de cookies*] en Francia por la autoridad reguladora nacional, la CNIL, a través de una directriz emitida por la CNIL, así como en otro anterior del 12 de junio 2020 recaído en el marco del cuestionamiento de una recomendación o “nota de actualidad” emitida por la policía de fronteras francesas (v. CE, Decisión N.º 418142, caso GISTI, del 12 de junio de 2020) inauguraron en Francia una perspectiva que amplía el control judicial a novedosas y “desmaterializadas” formas de actuación de la administración, incididas sin duda por las nuevas tecnologías que *flexibilizan* y agilitan los modos de expresión institucional a través de lineamientos, recomendaciones, comunicados etc., instrumentos todos constitutivos de lo que se denomina “*derecho suave*”, “*soft law*” o “*droit souple*”; este se expresa muchas veces a través de formatos no tradicionales, como por ejemplo, un *tweet*, o “*preguntas y respuestas*” que lucen en páginas estatales.

En las dos decisiones mencionadas, entre otras, el Consejo de Estado francés analizó estos instrumentos informales de la Administración que carecen de fuerza coactiva, esto es, se pronunció en favor de la admisibilidad formal del recurso jurisdiccional (“*de amulación por exceso de poder*”), decidió controlar este *derecho informal*, más allá de lo que decidió en cuanto al fondo en cada uno de los casos.

En el caso GISTI del 12 junio 2020, admitió como se dijo, la procedencia formal del recurso pero rechazó la demanda en cuanto al fondo; y en el caso de la CNIL del 19 de junio 2020, consideró que el derecho suave o flexible no era un medio apto para prohibir las cookie- walls.

Lo importante es que a través de este control de expresiones de voluntad informales de la administración, particularmente desarrollados en el contexto de una sociedad participativa, -que además se inserta en un paradigma de “autorregulación regulada”-, formateada por las nuevas tecnologías, que requieren “normas rápidas y accesibles” o explicaciones ágiles y sencillas emitidas por las propias autoridades, se amplía el control judicial de juridicidad a nuevas formas de manifestación de la voluntad estatal que no califican como actos administrativos y el Estado de Derecho no queda rezagado frente las consecuencias de la tecnología (v. entrevista a Christophe CHANTEPY, presidente de la sección del contencioso del consejo de Estado (v. p. 76 del balance -“bilan”- anual 2020 del CE, publicado en la página web del CE).

58. Disponible en CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As. (mpba.gov.ar)

7. CONSIDERACIONES DE CIERRE: LA EVOLUCIÓN CONCIENCIA JURÍDICA HOY NO ADMITE PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS QUE VULNEREN LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Las breves reflexiones expuestas nos conducen a sostener que en el estadio actual de evolución de la conciencia jurídica, la Administración —y sus agentes— deben exhibir una conducta ejemplar, modélica en materia de protección del bien común y de los derechos fundamentales de las personas.

Por cierto, desde una perspectiva que imbrica estas nociones en una unión y armonía inescindible⁵⁹. La Administración debe tener en cuenta que sus agentes son “servidores” del Bien común y de las personas⁶⁰ y este debe ser el punto de vista y análisis permanente y constante de sus competencias.

Esta apreciación de carácter general se especifica en los procedimientos administrativos sumariales y reclama la insoslayable *idoneidad técnica del instructor sumariante*. Este concepto implica no solo la necesaria independencia e imparcialidad (esta última sobre la base del principio de objetividad de la Administración⁶¹), sino también su profundo sentido —entrenado por el conocimiento— jurídico y aún más, filosófico y ético.

Porque en el ámbito de la investigación disciplinaria está en juego de un modo protagónico, en un primer plano, la dignidad del ser humano, fundamento primero y último del derecho.

⁵⁹. En efecto, no existe contraposición entre los derechos individuales o personales o bienes individuales y el bien común. Tal como explica MESSNER, el bien común es el que posibilita el bien individual, el bien individual jamás puede lograrse a expensas del bien común o prescindiendo del bien común . Señala este filósofo que el bien de la comunidad y el bien de sus miembros se encuentran en una estrecha relación de dependencia, pero son de especie diferente. El bien común consiste en los presupuestos condicionados por la cooperación social que hacen posible a los miembros de la sociedad, el cumplimiento de sus tareas propias fundadas en los fines existenciales, en libertad y bajo su propia responsabilidad. El bien del todo social es una realidad supraindividual y el bien de la persona humana es una realidad suprasocial (v. MESSNER, op.cit., ps. 232 a 233).

⁶⁰. Esta concepción se contraponen totalmente con la del burócrata que describe Hannah Arendt al formular su tesis de la banalidad del mal; justamente supone la capacidad de la empatía, y el ejercicio del “pensar”, fulmina toda interpretación mecanicista y automática de las normas.

⁶¹. La Administración Pública, materialmente considerada, es decir la función administrativa desplegada por los denominados poderes del Estado, debe actuar al *servicio objetivo del interés general*, siendo de gran relevancia su sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. Ciertamente, uno de los aspectos axiales que se desprenden del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho está constituido por el ejercicio de la función administrativa en base a los principios de objetividad e imparcialidad; este impera el establecimiento de reglas de comportamiento tendentes a asegurar el correcto uso de las potestades administrativas.