

**EL PODER EJECUTIVO, LA POTESTAD  
DISCIPLINARIA Y EL PLAZO RAZONABLE:  
Un análisis crítico de la doctrina de la procuración  
del tesoro de la nación sobre la inconstitucionalidad  
del artículo 38 de la ley de empleo público \***

*THE EXECUTIVE BRANCH, THE DISCIPLINARY  
POWER AND THE REASONABLE TERM:*

*A critical analysis of the doctrine of the solicitor of the treasury  
of the nation on the unconstitutionality of article 38 of the public  
employment law*

*Ramiro Manuel Fihman\*\**

**Resumen:** El presente trabajo lleva a cabo un análisis crítico de la doctrina sostenida desde el año 2002 por la Procuración del Tesoro de la Nación con relación a que el artículo 38 de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional -que establece un plazo máximo de seis meses para sustanciar un sumario administrativo- sería inaplicable por inconstitucional. No se pretende defender la razonabilidad de uno u otro plazo sino demostrar que los dictámenes producidos por el máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo Nacional adolecen de graves defectos que tornan inválidos sus argumentos y las conclusiones posteriores emanadas de ellos. Se discute con especial énfasis uno de los presupuestos de esta interpretación, que es la facultad de la Administración de no aplicar una Ley por considerarla inconstitucional.

---

\* Trabajo recibido el 15 de junio de 2020 y aprobado para su publicación el 4 de agosto del mismo año. El autor agradece a Clara Lucarella y a Francisco Sáez Zamora por sus comentarios, como también a Federico Vicente Herrero por haber despertado su interés por el tema.

\*\* Graduado de la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Diplomado en Igualdad y No Discriminación (RR.II. - FDUBA). Becario del Programa de Movilidad de Estudiantes de la FD-UBA en la Universitat Autònoma de Barcelona (2019/2020); Exdirector y Secretario de Redacción de la Revista Jurídica Lecciones y Ensayos. Becario de investigación DeCyT 2018. Ayudante

**Palabras clave:** Sumarios - Derecho administrativo - Derecho constitucional - Plazo razonable - Procuración del Tesoro.

**Abstract:** This article makes a critical analysis of the Solicitor of the Treasury's doctrine -held since 2002- concerning the unconstitutionality of the article 38 of the Public Employment Act which establishes that administrative summaries must be conducted within six months. It is not intended to defend the reasonableness of that period, but to demonstrate that the Solicitor of the Treasury's decisions regarding this issue suffer from several shortcomings which make its subsequent decisions invalid. One of the main assumptions of this interpretation will be specially refuted: the fact that the executive power has the ability to not to fulfill a Law because it is considered as unconstitutional.

**Keywords:** Summaries - Administrative law - Constitutional law - Reasonable period - Solicitor of the Treasury.

**Sumario:** I. Introducción. II. El sumario administrativo y la regulación del plazo para sustanciarlo. A. La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164. B. El Decreto Nº 1421/2002. C. El Decreto 467/1999 (el "RIA"). III. La Procuración del Tesoro y el plazo de los sumarios. A. Análisis de los Dictámenes 242:626 y 243:349 del año 2002. B. El dominó del absurdo jurídico. Dictámenes, 243:620 y 255:304. IV. Sobre la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa. A. El núcleo del problema y algunas consideraciones. B. Pero entonces..., ¿qué puede hacer el Poder Ejecutivo frente a una ley inconstitucional? V. Reflexiones finales. VI. Bibliografía.

## I. Introducción

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164 (en adelante "LMREPN"), en su artículo 38, establece el plazo máximo que puede durar un sumario administrativo que tenga por fin investigar una conducta no permitida cometida por un agente de la Administración Pública Nacional. Determina que por vía reglamentaria se establecerán cuestiones específicas, pero que los plazos no pueden exceder los seis meses y serán perentorios e improrrogables. Esto es confirmado por el Decreto Reglamentario Nº 1421/2002, que en su artículo 38 establece: "(...) Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses (...)".

Este escenario normativo, que parece sencillo, ha sido puesto en jaque por la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante "PTN") a través de sus Dictámenes. Este organismo considera, desde el año 2002, que el artículo 38 de la LMREPN no debe aplicarse; de hecho, así ocurre en el Estado. En la prác-

tica, contrariamente a lo que dice la ley, no existe un plazo para la duración de un sumario en la Administración Pública Nacional, más allá del límite que impone la norma relativa a la prescripción de la aplicación efectiva de las sanciones (lo cual es independiente de si se sustanció o no un sumario). El argumento para no aplicar la normativa en cuestión consiste en que el límite de seis meses sería inconstitucional por diversos motivos. Para realizar tal afirmación, la PTN invocó la supuesta facultad del Poder Ejecutivo de no aplicar una ley que considera contraria a la Constitución (lo cual, en sus efectos, y como se verá más adelante, es idéntico a declarar la inconstitucionalidad de una norma).

El objetivo de este trabajo no es defender la redacción del artículo 38 de la LMREPNI ni tampoco la premisa de que el tiempo adecuado para llevar adelante un sumario es de seis meses, sino que la idea es mostrar por qué los argumentos de la PTN no son válidos para inaplicar una norma jurídica que fue dictada por el Poder Legislativo. En ese sentido, el objetivo es realizar un análisis de la doctrina de la PTN relativa a la inaplicabilidad *por inconstitucionalidad* del artículo 38 de la LMREPNI desde un punto de vista crítico.

El tema es relevante siempre y cuando se comparta la necesidad de defender un Estado de Derecho que respete las autonomías personales, con especial consideración respecto de los casos de relaciones de poder evidentemente desiguales como lo es la relación entre la Administración y sus empleados/as. Es decir que se parte de un conjunto de principios relativos a la protección de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser vulnerados mediante decisiones de gobierno. Las sanciones disciplinarias -como se verá más adelante- implican que el Poder Ejecutivo puede infligir un mal a una persona, en los casos previstos por la ley. Pero ese mal no puede ser infligido de cualquier forma, sino que debe respetar ciertas pautas, al igual que ocurre en el Derecho Penal. La defensa del respeto de esas reglas no significa sostener que su contenido es perfecto ni pétreo, pero sí implica que el Estado de Derecho requiere que, si las reglas de juego que diseñamos nos parecen injustas, la solución sea encargarnos de cambiarlas, sin *hacer trampa*.

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar se hará un breve análisis de la normativa relevante en materia de sumarios administrativos para entender la regulación jurídica de la cuestión bajo estudio (II); luego se presentará lo que constituye la doctrina de la PTN en relación a la aplicación del plazo máximo de seis meses para sustanciar sumarios (esto comprende un Dictamen principal, uno ampliatorio, y luego una breve mención a algunos casos que profundizaron esa doctrina) desde una óptica esencialmente crítica (III); con posterioridad, se desarrollará con un grado mayor de profundidad uno de los argumentos empleados por la PTN, que consiste en la facultad de “inaplicar” leyes por considerarlas inconstitucionales (IV); finalmente, se elaborarán algunas reflexiones finales (V).

## II. El sumario administrativo y la regulación del plazo para sustanciarlo

El concepto de “sanción” en el Derecho Administrativo ha sido definido por García de Enterría como “(...) un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”<sup>1</sup>; es decir que la Administración puede imponer sanciones a los/as ciudadanos/as. Pero los/as empleados/as y funcionarios/as públicos tienen una relación de sujeción *especial* con la administración, como la tienen también las personas privadas de su libertad o los estudiantes de instituciones públicas<sup>2</sup> por lo que pueden ser sancionados, además, en otro sentido: cuando cometen faltas disciplinarias en sus funciones. Esto es lo que se denomina “potestad disciplinaria” del Estado<sup>3</sup>. El fundamento, principalmente, consiste en que una burocracia que obra impunemente contribuiría al desquiciamiento de la Administración<sup>4</sup>. En otras palabras, el objeto de esta potestad sería mejorar el “servicio público” brindado por el Estado, y es con ese argumento<sup>5</sup> que existen *penas correctivas* cuando esto es posible y *penas expulsivas o depurativas* cuando pareciera no poder lograrse esa mejora<sup>6</sup>.

Una de las expresiones de la potestad disciplinaria de la Administración es el sumario administrativo, que se erige como un procedimiento interno tendiente a investigar acabadamente la existencia de las faltas, siendo el principal fundamento de su existencia evitar la aplicación arbitraria de sanciones por parte de la Administración<sup>7</sup>. En el plano del empleo público a nivel nacional es necesario llevar adelante un sumario administrativo para aplicar una sanción disciplinaria, excepto para ciertas sanciones leves que pueden aplicarse directamente<sup>8</sup>.

---

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1º ed., 2006 (versión original de 1977), p. 163.

(2) BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 297.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1º ed., 2006 (versión original de 1977), p. 169-170.

(4) BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017, p. 262.

(5) Existen algunas discusiones doctrinarias con relación al origen constitucional de la potestad disciplinaria de la Administración que serán tratadas en profundidad más adelante. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que, a través de la doctrina y la jurisprudencia, se ha construido una fundamentación de ésta en manos del poder administrador, que tiene un alto grado de aceptación en los/as expertos/as.

(6) BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017, p. 263.

(7) BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017, p. 278.

(8) Cfr. Artículo 35 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164, promulgada de hecho el 6 de octubre de 1999. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>] el 16/4/2020.

A continuación, se hará una sucinta presentación de las normas que regulan el régimen aplicable para llevar a cabo sumarios administrativos, y en particular lo relativo al plazo que tiene la Administración para hacerlo.

### ***A. La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25164***

La LMREPN fue sancionada el 15 de septiembre de 1999 y promulgada el 6 de octubre de 1999, siendo de aplicación, con algunas excepciones específicas, para "(...) las personas que (...) prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados..." (conforme Artículo 3).

El Capítulo VII de dicha norma regula el Régimen Disciplinario para los agentes alcanzados. En ese orden de ideas, existen cuatro tipos de sanciones posibles en función del tipo de conducta violatoria realizada: apercibimiento, suspensión, cesantía o exoneración. El artículo 37 regula los plazos de prescripción para la aplicación de esas sanciones disciplinarias (es decir el tiempo que tiene el Estado, independientemente de si se inició o no un proceso de investigación sumarial, para sancionar a un agente). Así, regula que para las causales que dieran lugar a la aplicación de apercibimiento y suspensión, la prescripción es de seis meses; para las causales que dieran lugar a la cesantía, es de un año; y para las causales que dieran lugar a la exoneración, es de dos años.

Por otro lado, el artículo 38 de la Ley es especialmente relevante para este trabajo y, como se adelantó en la introducción, establece: "Por vía reglamentaria se determinará las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones a que se refiere este capítulo, como así también el procedimiento de investigación aplicable. Este procedimiento deberá garantizar el derecho de defensa en juicio y establecerá plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, que nunca podrán exceder de seis (6) meses de cometido el hecho o la conducta imputada".

### ***B. El Decreto N° 1421/2002***

El Decreto N° 1421/2002 es el que reglamenta la LMREPN y fue publicado en el Boletín Oficial por parte del Poder Ejecutivo el 8 de agosto de 2002. Al igual que la Ley, el Capítulo VII regula el régimen disciplinario. El artículo 37 establece las causas de suspensión de los plazos de prescripción que habían sido establecidos por el artículo 37 de la Ley.

El artículo 38 de esta norma tiene dos partes, lo que resulta lógico teniendo en consideración que la Ley había mandado que debían reglamentarse "las autoridades con atribuciones para aplicar las sanciones" como así también "el procedimiento de investigación aplicable". En ese sentido, la primera parte determina la jerarquía mínima que debe tener una autoridad para aplicar cada tipo de sanción (tema que no es de relevancia en el presente trabajo). Sobre lo segundo determina que "El procedimiento de investigación aplicable será el establecido por el Decreto N° 467

del 5 de mayo de 1999 o el que se dicte en su reemplazo. Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses, en concordancia con las previsiones y términos establecidos en el artículo anterior. No se computarán dentro del plazo del sumario las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites cuya duración no dependa de la actividad del instructor y por otras situaciones ocasionadas por el imputado o terceros. En caso de que existiere causa penal en curso, los sumarios quedarán suspendidos al cumplirse el tercer mes de su sustanciación hasta la resolución de la causa penal<sup>9</sup>.

Entonces, tenemos que el Decreto Reglamentario, en su artículo 38, nos indica que el procedimiento será el establecido en el Reglamento de Investigaciones Administrativas (en adelante “RIA”, que será analizado en el próximo apartado) y, por otra parte, reafirma lo dicho en la Ley con relación a que el plazo máximo improrrogable para llevar a cabo el sumario es de seis meses (sin contar las demoras esperables en cualquier procedimiento administrativo).

### *C. El Decreto 467/1999 (el “RIA”)*

Finalmente, el RIA fue publicado el día 5 de mayo de 1999, es decir que cronológicamente fue la primera de estas normas en entrar en vigor (aunque las tres tienen poca distancia temporal entre sí). De hecho, como es incluso anterior a la LMREPN, en su artículo 1 hace referencia a que es de aplicación, entre otros, para el personal comprendido en el “Régimen Jurídico Básico de la Función Pública”, que era el nombre previo a la sanción de la LMREPN.

En el Considerando 14° de la de la aprobación de la norma se menciona que se trata de “un procedimiento administrativo especial, de naturaleza correctiva interna que constituya garantía suficiente para la protección de los derechos y correcto ejercicio de las responsabilidades impuestas a los agentes públicos”. Así, regula con detalle cómo debe llevarse a cabo el procedimiento sumarial.

Es la tercera norma que debe tenerse presente para el análisis que se llevará adelante con posterioridad. En particular, tomará en Cuenta el artículo 127 que regula el plazo para llevar adelante la etapa de instrucción: “La instrucción de un sumario se sustanciará en un plazo de noventa (90) días, contados desde la fecha de notificación de la designación al instructor y hasta la resolución de clausura a que se refiere el Artículo 107, no computándose las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites, cuya duración no dependa de la actividad del instructor. Dicho plazo podrá ser ampliado a juicio

---

(9) La decisión de copiar textualmente la totalidad de algunos artículos cumple una doble función: en primer lugar, busca evitar cualquier tipo de sospecha acerca de la tendenciosidad de un eventual parafraseo; por otro lado, pretende que el/la lector/a pueda remitirse fácilmente al texto de los artículos cuando, más adelante, se los mencione con mayor ligereza.

del superior cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen. Si la demora fuera injustificada, el superior deberá tomar las medidas conducentes para establecer la responsabilidad del instructor, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 18”.

### III. La Procuración del Tesoro y el plazo de los sumarios

El Procurador del Tesoro es la cabeza del Cuerpo de Abogados del Estado, es decir que es el máximo órgano asesor, en materia jurídica, del Poder Ejecutivo Nacional<sup>10</sup>. El cargo fue creado en el año 1865 y su nombre se debe a una traducción literal de un órgano estadounidense, el *Solicitor of the Treasury*, aunque esta denominación no se corresponde con sus funciones<sup>11</sup>. Depende jerárquicamente del Presidente de la Nación, tiene jerarquía de Ministro y ejerce sus funciones con independencia técnica<sup>12</sup>.

En principio, en cada jurisdicción o entidad de la Administración Pública existe una delegación del Cuerpo de Abogados del Estado (el “servicio jurídico permanente”) con dependencia funcional del Procurador del Tesoro. Estas delegaciones someten sólo algunos casos a consideración de la Procuración, como por ejemplo aquellos que revistan un especial interés para la Administración en general o en cuestiones de una elevada trascendencia desde el punto de vista jurídico. Además, son sometidos a dicho organismo de forma obligatoria algunos casos específicos (como los recursos jerárquicos interpuestos contra Resoluciones de Ministros/Secretarios o en las operaciones de crédito público, por ejemplo)<sup>13</sup>.

Una de las áreas de la PTN es la Dirección Nacional de Dictámenes, que se encarga de asistir al Procurador del Tesoro de la Nación en el asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo Nacional y demás organismos y entidades que integran el Sector Público Nacional, y en la política de determinación de los criterios de la PTN en materia de interpretación y aplicación normativa<sup>14</sup>.

Estos “criterios”, que generalmente se expresan a través de Dictámenes, son obligatorios para todos los integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, es decir

---

(10) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ma ed. 2002, p. 335.

(11) CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ma ed. 2002, p. 335-336.

(12) *Cfr.* Artículo 1 de la Ley N° 24.667, promulgada el 08/07/1996, consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38034/norma.htm>] el 27/04/2020.

(13) RODRÍGUEZ, María José. “El control de legalidad en sede administrativa. La gravitación de las características del órgano sobre el alcance y modalidades del control de legalidad” en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 307.

(14) *Cfr.* Decreto 1755/2008, de fecha 23/10/2008, consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/146393/texact.htm>] el 27/04/2020.

que todos los servicios jurídicos permanentes del Estado tienen la obligación de actuar conforme lo determine la PTN<sup>15</sup>.

### *A. Análisis de los Dictámenes 242:626 y 243:349 del año 2002*

Uno de los temas sobre los que ha trabajado la PTN a través de sus dictámenes es la aplicación del artículo 38 de la LMREPN. En este sentido, se analizarán en este apartado dos dictámenes que corresponden al mismo expediente, es decir, fueron realizados para el mismo caso. El segundo (243:349) es “ampliatorio” del primero (242:626) y ambos fueron suscriptos por la misma autoridad, con aproximadamente dos meses de diferencia.

#### *A.1. El Dictamen principal*

El instrumento en cuestión<sup>16</sup> es de fecha 8 de septiembre de 2002. En ese entonces la Argentina estaba bajo la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y el Procurador entonces designado era Rubén Miguel Citara -cuñado del Presidente-. La pieza jurídica bajo análisis está suscripta por la entonces Subprocuradora del Tesoro, Silvia Susana Testoni. La opinión está dirigida al Síndico General de la Nación, que es quien había remitido en consulta el caso al jefe máximo del Cuerpo de Abogados del Estado. El Síndico General de la Nación, en ese entonces, era Julio Rodolfo Comadira (reconocido administrativista, que será traído a colación a posteriori).

La consulta llega a la PTN en el marco de un sumario llevado a cabo en contra de un agente de la Sindicatura General de la Nación por haber “...patrocinado o intervenido en trámites de terceros ante la Administración Pública, en el caso, en la suscripción de formularios de Requerimiento de Pago”<sup>17</sup>, por lo cual se proponía una sanción de veinte días de suspensión. En el marco de dicho sumario, el agente presentó un descargo en el que solicitaba la aplicación del artículo 38 de la LMREPN. Cabe resaltar que, en ese momento, todas las normas mencionadas en el acápite anterior ya se encontraban vigentes. Es decir que la LMREPN del Empleo Público Nacional, el Decreto 1421/2002 y el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto 467/1999, ya debían ser aplicados.

Nótese, antes de continuar en la profundización, el absurdo al que lleva en ocasiones el diseño institucional que tiene el Estado federal: un funcionario designado por el Presidente de la Nación por la confianza que tiene en su persona (Sindicatura General de la Nación) le solicita a otro funcionario también designado por el Presidente en base a la confianza que se tienen (Procuración del Tesoro de la

---

(15) Ibidem.

(16) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002.

(17) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 13.



Nación) que dictamine si puede sancionar disciplinariamente a un empleado de su dependencia a pesar de haber pasado los seis meses que dispone el artículo 38 de la LMREPN. No hace falta haber pasado años estudiando derecho o caminando los pasillos de la Administración para intuir que la opinión que emita la Procuración puede llegar a estar condicionada por el vínculo que existe tanto con el Presidente como con el Síndico.

#### *A.1.a. Los argumentos del “Subdirector Nacional”*

No es relevante para este caso desarrollar la opinión de la PTN en este caso respecto de los temas de fondo con relación a la adecuación de la normativa específica que motivaría la aplicación de sanciones en función de la conducta presuntamente realizada por el agente. En ese sentido, será analizado este dictamen desde el punto de vista de lo que el órgano opina sobre el artículo 38, cuya aplicación había sido solicitada por el sumariado.

Lo primero que resulta llamativo desde el punto de vista de la rigurosidad científico-jurídica es que, para ello, la Subprocuradora Testoni afirma que se remitirá (es decir, tomará como fuente principal) a un “memorando”<sup>18</sup> producido por el “Subdirector Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas”. Este memorando se titularía “Observaciones al Proyecto de Reglamentación de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164” y el titular de dicha dirección habría “compartido los términos” de dicho instrumento. Cabe destacar que tanto el Subdirector Nacional de Sumarios e Investigaciones Administrativas como el Director Nacional son funcionarios que dependen de la PTN<sup>19</sup>. En otras palabras, el instrumento tomado como base para opinar sobre la aplicación de un artículo de una Ley era un memorando interno que había sido producido por la propia Procuración.

Sin embargo, ese no es el hecho más alarmante, sino que la situación empeora cuando la Subprocuradora comienza a citar textualmente el memorando en cuestión. La cita es la siguiente<sup>20</sup>: “Expondré los reparos que ofrece el art. 38 (LMREPN) para lo cual reproduciré la argumentación desarrollada en la *obra inédita* -registrada- ‘Sobre el Régimen Disciplinario de los Agentes Públicos’ con la numeración

(18) En ese momento regía el Decreto 333/1985 sobre las “Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativo”. En ese Decreto, el Artículo 1.1.10 del Anexo define el instrumento *Memorandum* estableciendo que se trata de un “Escrito de uso interno que se cursa a una autoridad determinada, comunicándole una situación especial o exponiendo elementos de juicio referentes a un asunto en trámite, que le servirán de ayuda memoria para encarar la solución del caso. (Se dirige de persona a persona).” Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40882/norma.htm>] el 29/03/2020.

(19) Ver Decreto N° 1336/98 de fecha 11/11/98. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/54359/norma.htm>] el 29/03/2020.

(20) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 35.

de ese trabajo de *mi autoría*”<sup>21</sup>. Generalmente la escritura jurídica resulta bastante alejada del lenguaje cotidiano y las expresiones son excesivamente intrincadas<sup>22</sup>. Más allá del problema que esto genera, en ocasiones es en esas complejidades donde podemos encontrar algunas “trampas” en los argumentos. En este caso, en medio de algunas dificultades semánticas, se encuentra una insólita confesión: el “memorando” del Subdirector Nacional copia una “obra inédita” de su propia autoría; es decir, cita algo que él mismo escribió, que nadie más vio ni controló (ya que no está publicado en ningún lado) y que perfectamente podría tratarse de anotaciones en su agenda personal.

La obra inédita del Subdirector Nacional<sup>23</sup> sostiene que “La mención de plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios administrativos, sólo se puede entender como un ‘supuesto’ plazo de caducidad del procedimiento”<sup>24</sup>. Acto seguido afirma la CSJN ha dicho que “(..) la caducidad de instancia sólo halla justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito o a prolongar las situaciones de conflicto (Fallos 313:1156 y 319:1616) de manera que por ser dicho instituto un modo anormal de terminación del proceso, su aplicación debe adecuarse a ese carácter sin llevar ritualistamente el criterio que la preside más allá de su ámbito propio (Fallos 297:10; 306:129693 y 319:1616)”.

Se analizarán, entonces, los casos citados por el Subdirector Nacional que sustentarían sus afirmaciones. El pronunciamiento de Fallos 313:1156 es una sentencia de 1990, de la CSJN, que corresponde a un juicio civil, en donde la actora solicita la caducidad de instancia en los términos del artículo 310 inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este caso no trata ninguna cuestión de derecho administrativo, sino que, como se lee, hace referencia a que la caducidad de instancia del Código Procesal Civil y Comercial no implica que el poder judicial no pueda

---

(21) Los destacados me pertenecen.

(22) DE CUCCO ALCONADA, María Carmen. “¿Cómo escribimos los abogados? La enseñanza del lenguaje jurídico”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 14, Nº 28, pp. 127-144.

(23) Sorprendentemente, a pesar de tratarse de una cita de autoridad, no se menciona el nombre del funcionario. Luego de una investigación acerca de quiénes ocuparon ese cargo se ha advertido que se trata del Señor Alfredo Repetto, quien se desempeñó laboralmente en la entonces “Dirección Nacional de Sumarios” desde el año 1988 hasta el año 2017, siendo Subdirector Nacional desde 1991. Esta información se obtiene, precisamente, del prólogo de su obra titulada “Procedimiento Administrativo Disciplinario”, en la cual el autor, paradójicamente, cita los Dictámenes de la PTN para fundar su opinión sobre la inconstitucionalidad del artículo 38 de la LMREPN. Es decir, la PTN emite un Dictamen basándose en una “obra inédita” de un funcionario de su dependencia, que después emplea ese mismo dictamen para fundar sus argumentos (en el mismo sentido) en publicaciones propias. Podemos suponer que la “obra inédita” de la que se trata sería justamente esta, pero no esa información no es corroborable. Véase REPETTO, Alfredo. *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 3ra Ed., 2019.

(24) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 36.

pronunciarse sobre el fondo del asunto, aunque haya caducado el proceso porque una de las partes no lo impulsó.

El caso de Fallos 319:1616, que es de donde el autor cita textualmente la combinación de extractos de pronunciamientos de la CSJN, es un juicio de daños y perjuicios contra el “Consortio de Propietarios Coronel Díaz 1865 y otros” que se inició por la muerte “...del señor Mario Concepción González, que cayó diez pisos por el hueco de un ascensor...”. En este precedente, que evidentemente no tiene ningún elemento que pueda ser aplicado al presente caso, se agrega a la doctrina del caso anterior de la Corte, que habla de lo que el Subdirector Nacional menciona en la segunda parte de la cita: la cuestión de que la aplicación de la caducidad de instancia debe adecuarse a su carácter de modo anormal de terminación del proceso “sin llevar ritualistamente el criterio que la preside más allá de su ámbito propio”. El fallo citado (que es el de Fallos 297:389) corresponde a un juicio sucesorio, del señor “Juan Russo”.

Pero la cita sobre la caducidad tampoco es original de este fallo, sino que se advierte que, en última instancia, proviene de un proceso de daños y perjuicios del año 1977, que habla sobre la caducidad de instancia en un juicio del fuero privado que nada tiene que ver con el caso bajo análisis (Fallos 297:10).

En síntesis, el autor (que es citado por la Subprocuradora) estaría intentando defender el argumento de que el plazo de seis meses “perentorio e improrrogable” que establece la LMREPN en realidad no es ni perentorio ni improrrogable, debido a que la “caducidad de instancia” del Código Procesal Civil y Comercial, según fallos del fuero civil resueltos por la CSJN, no impide un pronunciamiento sobre el fondo del pleito. Vale la pena resaltar que no se trata de precedentes que traten la “caducidad” del procedimiento administrativo y mucho menos de cuestiones de la potestad disciplinaria de la Administración.

A fin de echar un poco de luz sobre el tema del uso de este instituto<sup>25</sup> por parte del Subdirector Nacional vale destacar que la caducidad de instancia (que es la que tratan los fallos presentados por el autor) es entendida como una garantía particular dentro del debido proceso, dada a favor del demandado, a los efectos de garantizar la razonabilidad de los plazos de su juzgamiento<sup>26</sup>. Paradójicamente, nos encontramos nuevamente con un argumento/instituto pensado para proteger derechos siendo empleado con el objetivo de restringirlos. Algo similar ocurre con los dichos de la corte respecto de que la caducidad no debe llevar “ritualistamente el criterio que la preside más allá de su ámbito propio”; el Subdirector Nacional, y por tanto la Procuración, parecieran entender al debido proceso adjetivo que protege a los agentes constituye un “ritualismo”. Quien no debe ser víctima de ritualismos, en el Derecho

(25) Le agradezco a Andrea Schuster por insistirme en trabajar este punto.

(26) CARRANZA Torres, Luis R. “La caducidad de instancia en el proceso falencial”, *El Derecho*, Tomo 230, p. 549, ED-DCCLXX-514.

Administrativo, es justamente el administrado por el principio de informalismo que rige a su favor; no es razonable sostener que existe un exceso de ritualismo cuando un empleado público le pide al Poder Ejecutivo que cumpla con una Ley.

Debe recordarse, además, que las normas de derecho común sólo son aplicables subsidiariamente al derecho administrativo en casos no previstos por éste<sup>27</sup>. Aun así, si alguien sostuviera que en este caso pueden aplicarse institutos de Derecho Civil, debe tenerse en cuenta que aun así sería improcedente emplear la analogía jurídica -de forma expresa o encubierta- a fin de aplicarle sanciones a un empleado público<sup>28</sup>.

El Derecho Administrativo tiene su propia regulación de la caducidad. De ningún modo se trata de la caducidad de instancia oponible entre partes de un pleito en sede civil, como la tratada en los fallos traídos a colación por el Subdirector Nacional, sino que es una caducidad que aplica cuando se paraliza un expediente administrativo por causa imputable al administrado. En ese caso, la Administración tiene la facultad de archivar el expediente por caducidad, luego de una notificación previa al administrado<sup>29</sup>.

En este sentido, el plazo de seis meses de la LMREPN y del Decreto 1427/2002 no pretende regular una caducidad de instancia, puesto que no es aplicable al caso. El plazo en cuestión es precisamente eso: un plazo. Un plazo perentorio e improrrogable que obliga a la Administración Pública a llevar adelante los sumarios rápidamente. No es necesario recordar cuál es la relevancia de la garantía de plazo razonable para proteger derechos fundamentales y su aplicación a los procesos tanto judiciales como administrativos, la cual ha sido reiterada no sólo en nuestra jurisprudencia nacional<sup>30</sup> sino también en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos<sup>31</sup>. Asimismo, cabe destacar la importancia para el caso del instituto de

---

(27) LINARES, Juan F. *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1° Ed., 1976, p. 90.

(28) *Ibidem*, pp. 86-87.

(29) *Cfr.* Artículo 1 inciso 9 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549, promulgada el día 27 de abril de 1974. Consultado en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22363/norma.htm>] el 15/4/2020.

(30) Véase, entre otros, CSJN, “Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, sentencia del 9 de abril de 2019; CSJN, “Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo”, sentencia del 26 de diciembre de 2019; CSJN, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ B.C.R.A. s/ resol. 178/93», sentencia del 19 de noviembre de 2013; CSJN, “Lociser, Jorge Alberto y otros c/ BCRA”, sentencia del 26 de junio 2012; CSJN, “Vilche, José Luis s/ causa n° 93.249”, sentencia del 11 de diciembre de 2012; CSJN, “Oliva Gerli, Carlos Atilio y otro s/ infracción Ley 22415 y art. 174 inc. 5 CP, causa n° 1227C.”, sentencia del 19 de octubre de 2010.

(31) Véase, entre otros, Corte IDH, *Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador*, EPFRC, 2020, párr. 178 y ss; Corte IDH, *Caso Perrone y Peckel vs. Argentina*, EPFRC, 2019, párr. 141 y ss; Corte IDH, *Caso Jenkins vs. Argentina*, EPFRC, 2019, párr. 106 y ss; Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, F, 1997, párr. 73; Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, EPFRC, 2012, párr. 149; Corte IDH, *Caso García y familiares vs. Guatemala*, FRC, 2012, párr. 152; Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, EPFRC, 2016, párr. 237; Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, FRC, 2002, párr.

la tutela administrativa efectiva que, además del derecho al plazo razonable, comprende la protección del derecho a ser oído y el derecho a la prueba<sup>32</sup>. Respecto a la aparente necesidad de muchos/as juristas de encasillar siempre los acontecimientos de la realidad en un instituto jurídico, pueden considerarse distintas figuras que pueden servir para explicar las consecuencias jurídicas de incumplir el plazo de la LMREPN (y su Reglamento). Podría aceptarse la idea de una nulidad absoluta por incompetencia en razón del tiempo o por la presencia de un vicio grave en el procedimiento<sup>33</sup>. Son aplicables al caso las palabras de Aversa en cuanto a que "... la demora en actuar constituye una situación que el legislador quiere evitar para impedir así que los sumarios sean utilizados por la Administración, para sujetar al administrado a una presión que torne más conveniente para el último acatar los deseos (compatibles o no con la función), del superior -que controla el sumario, al sumariante o a ambos-, que guardar, en el cumplimiento de su deber, lealtad a la Administración"<sup>34</sup>.

En ese mismo sentido, no puede soslayarse la relevancia del principio *pro homine* en materia hermenéutica. Este principio, plenamente vigente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico nacional, establece que "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria"<sup>35</sup>. Esto implica, en el caso, que no puede hacerse una "interpretación amplia" del plazo de seis meses (si es que pudiera existir tal cosa), porque están en juego derechos fundamentales (como es el trabajo y todo lo que de ello se deriva). Debe agregarse a este punto la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Berçaitz"<sup>36</sup>, reiterada en el caso "Madorrán"<sup>37</sup> en relación a la plena vigencia del principio *in dubio pro justitia socialis*, según el cual "las leyes deben ser

---

165; Corte IDH, *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, EPFRC, 2016, párr. 237; Corte IDH, *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, EPFRC, 2015, párr. 176.

(32) PERRINO, Pablo E. "El derecho a tutela administrativa efectiva", en AA. VV., *El derecho administrativo, hoy, 16 años después*, Buenos Aires, RAP, 2013, p. 75.

(33) ESPINOZA MOLLA, Martín R. "Perfiles actuales de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo", *Sup. Adm.* 2019 (agosto), 3, *La Ley*, 2019-D.

(34) AVERSA, Santiago L. "Plazo razonable y prescripción para el ejercicio de la pretensión punitiva estatal en sede administrativa. Una perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, 2013, IJ-LXVII-549.

(35) PINTO, Mónica. "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en Abregu, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

(36) CSJN, "Recurso de hecho deducido por el recurrente en la causa Berçaitz, Miguel Angel s/ jubilación", sentencia del 13 de septiembre de 1974.

(37) CSJN, "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", sentencia del 3 de mayo de 2007.

interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad"<sup>38</sup>.

Retomando los argumentos del Dictamen, el Subdirector Nacional se refiere al rol del instructor a cargo y expresa que "...la demora injustificada durante la etapa de investigación puede originar su responsabilidad"<sup>39</sup>. Puede entenderse que este razonamiento, extrapolado a una causa judicial, consistiría en que el plazo razonable no es una obligación para el Poder Judicial oponible por el imputado en caso de incumplimiento, sino que su único efecto sería sancionar al empleado encargado de llevar la causa. Tal acción bajo ningún punto de vista constituye una protección real del derecho del imputado -sumariado, en este caso- al debido proceso<sup>40</sup>. En adición, resulta bastante inverosímil el hecho de que la Administración aplique sanciones al propio instructor sumariante cuya dilación es la que la propia Administración pretende tildar de justificable.

Esa inverosimilitud no es sólo una intuición, sino que, de hecho, con motivo de la elaboración de este trabajo se le consultó -mediante pedidos de acceso a la información pública amparados en la Ley N° 27275- a la totalidad los Ministerios de la Administración Pública Nacional<sup>41</sup> y a la Jefatura de Gabinete de Ministros cuántas sanciones habían aplicado a instructores sumariantes por haber dilatado injustificadamente la realización de un sumario administrativo, en los últimos seis años<sup>42</sup>, teniendo en cuenta que esto es, según la PTN, lo que debe hacerse cuando la Administración demora más de lo que debe para llevar adelante los sumarios. Brindaron una respuesta los siguientes Ministerios<sup>43</sup>: Ministerio de Justicia y Dere-

---

(38) Supra nota 38, Considerando 7°.

(39) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 36.

(40) Véase CSJN, "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA" - Resol.169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708), sentencia del 26 de junio de 2012, sobre la inaplicabilidad de sanciones administrativas frente a una demora prolongada por parte de la Administración.

(41) Excepto a aquellos Ministerios creados muy recientemente, que tienen menos de seis meses de existencia al momento de la redacción del presente trabajo (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat).

(42) Este período fue escogido, entre otros posibles, como resultado de un balance entre dos factores: i) la factibilidad de la respuesta si se solicitara una cantidad de años demasiado larga que implicara un trabajo documental que las jurisdicciones se negarían a realizar; ii) el hecho de que desde el año 2014 a la actualidad se abarcan tres gestiones de gobierno distintas.

(43) Hubo tres casos en los que los organismos no brindaron respuesta: Ministerio de Educación, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Para estos casos no se inició el reclamo de la información en sede judicial por no contar con los recursos para hacerlo.

chos Humanos<sup>44</sup>, Ministerio de Seguridad<sup>45</sup>, Ministerio del Interior<sup>46</sup>, Ministerio de Defensa<sup>47</sup>, Ministerio de Economía<sup>48</sup>, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto<sup>49</sup>, Ministerio de Desarrollo Productivo<sup>50</sup>, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social<sup>51</sup>, Ministerio de Cultura<sup>52</sup>, Ministerio de Desarrollo Social<sup>53</sup>, Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva<sup>54</sup>, Ministerio de Turismo y Deportes<sup>55</sup>, Ministerio de Transporte<sup>56</sup>, Ministerio de Salud<sup>57</sup>, Ministerio de Obras Públicas<sup>58</sup> y Jefatura de Gabinete de Ministros<sup>59</sup>. El resultado no fue otro que la confirmación de esa intuición inicial: ningún Ministerio ni la Jefatura de Gabinete había aplicado ninguna sanción a un instructor por haber excedido los plazos para la instrucción de los sumarios. En esto se incluye, paradójicamente, a la propia Procuración del Tesoro de la Nación (que funciona en la órbita del Ministerio de Justicia).

---

(44) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27802059-APN-DNAIP#AAIP.

(45) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27802755-APN-DNAIP#AAIP.

(46) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27804918-APN-DNAIP#AAIP.

(47) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30365250-APN-DNAIP#AAIP.

(48) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30367507-APN-DNAIP#AAIP.

(49) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30370247-APN-DNAIP#AAIP.

(50) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30368498-APN-DNAIP#AAIP.

(51) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30365894-APN-DNAIP#AAIP.

(52) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27800499-APN-DNAIP#AAIP.

(53) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30366463-APN-DNAIP#AAIP.

(54) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30369709-APN-DNAIP#AAIP.

(55) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30370941-APN-DNAIP#AAIP.

(56) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27805466-APN-DNAIP#AAIP.

(57) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30370595-APN-DNAIP#AAIP.

(58) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-30371367-APN-DNAIP#AAIP.

(59) Solicitud cursada ante dicho organismo mediante Expediente N° EX-2020-27796727-APN-DNAIP#AAIP.

El Subdirector Nacional, luego, afirma directamente que el artículo constituye “(...) un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, pues no se reglamenta razonablemente el derecho constitucional de la defensa en juicio del agente público” y que “Lo más grave es que se quiera cercenar la potestad disciplinaria de la Administración Pública, e impedir el ejercicio de una facultad inherente al poder administrador otorgada por la Constitución Nacional como es la de remover a sus empleados (ver punto 7.9.5.3.1 y punto 5.1, Fallos 250:418, cons. 2º)”<sup>60</sup>.

Nótense con relación a dicho párrafo dos cuestiones principales. En primer lugar, encontramos nuevamente un ardid bastante común en el discurso jurídico, que es el de las presuntas citas de autoridad colocadas entre paréntesis al final de las afirmaciones, pero que, al analizarlas detenidamente, se advierten serias lagunas. Las primeras dos referencias (“ver punto 7.9.5.3.1 y punto 5.1”) son, aparentemente, partes de la “obra inédita” pero que están en algún lugar previo al que no se puede acceder ya que no se encuentran en el “memorando” ni en el Dictamen bajo análisis. Por otra parte, el Subdirector Nacional cita “Fallos 250:418, cons. 2º”. Al corroborar dicha fuente jurisprudencial, que pareciera estar traída a colación para demostrar la relación entre la “facultad de remover a sus empleados” que tiene el “poder administrador”<sup>61</sup> y la potestad disciplinaria, se advierte que se trata de una sentencia del año 1961 que no sustenta lo dicho por el Señor Subdirector Nacional<sup>62</sup>.

En segundo lugar, la explicación deja entrever lo que constituye el punto central del argumento de la Procuración: “Lo más grave es que se quiera cercenar la potestad disciplinaria de la Administración Pública”. Puede entenderse, entonces, que el problema sería que el plazo de seis meses para llevar adelante un sumario es irrazonable en tal medida que hace que el Poder Ejecutivo, en teoría, no podría ejercer sus facultades. Más ilustrativa es la frase que dice que “(...) se encuentra en juego la casi extinción, para ser benévolo, de la potestad disciplinaria de aceptarse

---

(60) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 37.

(61) Lo cual, en realidad, según el texto de la Constitución Nacional, no es una atribución del “poder administrador” sino específicamente del Presidente de la Nación (y no del Síndico General, por poner un ejemplo).

(62) El Considerando citado dice, textualmente, lo que sigue: “Que, en cuanto al fundado en el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional -derechos de huelga y estabilidad del empleado público-, cabe ante todo tener presente que dichos derechos, como todos los que consagra la Constitución Nacional, no son absolutos, debiendo ejercerse de conformidad a las leyes que los reglamenten y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la misma constitución (Constitución Nacional, arts. 14, 1º parte, 28, 67, incisos 11, 16, 17 y 28; 86, incisos 1º, 2º y 10º; doctrina de Fallos: 189:228; 220:383; 242:356 y causa “Trefogli s/ jubilación”, resuelta en fecha 24 de marzo de 1961). Esta doctrina, que encuentra fundamento explícito en el mismo artículo 14 de la Constitución Nacional, reposa, además, en la igualdad esencial de las normas resultantes del ejercicio del Poder Constituyente en el curso del tiempo y la potestad del Congreso para reglamentar razonablemente los derechos constitucionales.”



ese plazo (seis meses)”<sup>63</sup>. Frente a este argumento troncal, la pregunta que surge naturalmente es ¿se trata entonces de que el Poder Ejecutivo está asumiendo que no le alcanzan seis meses para llevar adelante un sumario por las propias dilaciones de la burocracia estatal?, ¿cuál sería entonces el plazo correcto?, ¿realmente desea la Administración que los sumarios deban realizarse en *algún* plazo?

El razonamiento presentado lleva a que el Señor Subdirector Nacional afirme que “Frente a una disposición como la del art. 38 LMREPN, para que no se vea cercenada la potestad disciplinaria de la administración pública y a fin de afianzar la justicia, la única solución posible, mientras no sea derogada, es el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de no aplicarla, pues como se ha expuesto, existen razones suficientes como para considerar fundamentamente cuestionada su constitucionalidad”<sup>64</sup>. Básicamente el Señor Subdirector Nacional expresa que el artículo 38 de la Ley N° 25164 adolece de una constitucionalidad “fundadamente cuestionable”. Vale recordar que la primera vez que se cuestionó esa norma es en su propio “memorando” -el que se está citando en el Dictamen- que cita la “obra inédita” de su propia autoría, y esto pareciera hacer que una Ley emitida por el Congreso de la Nación sea inconstitucional (facultad que está en manos del Poder Judicial).

Luego de cerrar la cita textual del memorando que recoge la obra inédita del Señor Subdirector Nacional, la Subprocuradora Testoni agrega cinco líneas en las que aconseja seguir el criterio del Doctor Marienhoff (que es lo que había sugerido el Subdirector Nacional) con relación a la abstención de aplicar normas por considerarlas inconstitucionales. Luego vuelve a abrir comillas hasta el final del dictamen para citar textualmente al entonces Procurador Marienhoff y, finalmente, devuelve las actuaciones al Síndico General, Julio Rodolfo Comadira.

#### *A.1.b. El “argumento Marienhoff” sobre la inconstitucionalidad en sede administrativa*

Para fundar su afirmación de que el Poder Ejecutivo está habilitado para no aplicar la Ley por ser inconstitucional, el Subdirector Nacional (también dentro del Memorando que cita su obra inédita) trae a colación un Dictamen de la PTN del año 1963 (Dictámenes 84:102), suscripto por el Dr. Marienhoff, en el que éste afirma que, si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una Ley por corresponderle eso al Poder Judicial, sí puede “abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional”. Sostiene, en ese sentido, que “es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional”<sup>65</sup>. Dicho de otro modo, no sólo el Ejecutivo está facultado

(63) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 41.

(64) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

(65) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

para no aplicar una Ley del Congreso, sino que está obligado a no aplicarla ya que, de otra forma, violaría la Constitución. Puede verse, en este caso, una construcción doctrinal que evidentemente pretende hacerle decir a las normas exactamente lo opuesto a lo que dicen.

Continúa su análisis recordando que la PTN “(...) reconoció la existencia de esa potestad administrativa para los supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo”<sup>66</sup>. En ese sentido, debería interpretarse, según el Subdirector Nacional, que el plazo de seis meses para llevar adelante un sumario constituye una “manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales del Poder Ejecutivo”. En teoría, la “facultad constitucional” que estaría siendo avasallada sería la potestad disciplinaria del Estado.

La cuestión de la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa representa una discusión compleja y bastante controversial, y merece ser tratada con especial detenimiento. Es por ello que se retomará al final del trabajo (punto IV) intentando explicar las posturas acerca de este debate y proponiendo un punto de vista específico que es el adoptado en este trabajo.

No obstante, quisiera realizar una pequeña consideración respecto de la “violación legislativa” de “facultades constitucionales del Poder Ejecutivo”. Este argumento está enmarcado en un contexto de múltiples escenarios planteados por la propia PTN. A lo largo de los años, se han presentado tres principales casos en los que el Poder Ejecutivo puede encontrarse frente a un problema de esta índole<sup>67</sup>. El primero es aquel en el que el Poder Judicial ha declarado previamente la inconstitucionalidad de una norma; el segundo consiste en aquellas situaciones en las que se advirtiera que existen disposiciones evidentemente contradictorias con la Carta Magna; el tercer supuesto, que es el que nos compete, es aquel en que pareciera que la norma emitida por el Congreso Nacional importaría una violación manifiesta e indudable de las competencias específicas asignadas al Presidente en la Carta Magna.

Debe tenerse en cuenta que la doctrina sentada por Marienhoff en sus dictámenes como Procurador del Tesoro y reafirmada en sus producciones académicas<sup>68</sup> no responde necesariamente al supuesto bajo análisis, que es el relativo al artículo 38 de la LMREPN. De hecho, el Profesor Marienhoff falleció antes de que entrara en vigor dicha norma. En otras palabras, Marienhoff nunca dijo que el artículo 38 de la LMREPN era inaplicable por ser inconstitucional, sino que dijo que el Poder

---

(66) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

(67) RENNELLA, María P. “Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en COMADIRA, Julio R. *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, pp. 35-45.

(68) MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 415.

Ejecutivo podía no aplicar normas en ciertos casos; casi cuarenta años después, la primera vez que se aplicó esta idea al caso de los sumarios, fue en el Dictamen analizado en este acápite.

Cabe preguntarse, entonces por las “facultades constitucionales” del Poder Ejecutivo que estarían siendo violadas de forma manifiesta e indudable. La Sección Segunda de la Segunda Parte de la Constitución Nacional habla precisamente de esto. Entre las facultades del Presidente, quizás para sorpresa de muchos, no hay ninguna que hable de que éste tiene una potestad disciplinaria. Es decir que una primera aproximación al problema ya arroja un elemento alarmante: la “facultad constitucional” que estaría siendo avasallada por la Ley, y que es la que motiva la inconstitucionalidad de esta, en realidad no está escrita en ninguna parte de nuestra Constitución.

No es el objetivo de este apartado discutir la existencia o no de la potestad disciplinaria del Estado<sup>69</sup>, sino simplemente mostrar la fragilidad de las premisas sobre la cuales se erigen los argumentos. Difícilmente una Ley del Congreso pueda violar de forma “manifiesta” e “indudable” una facultad “constitucional” que no está escrita en ninguna parte de la Constitución. Es claro que el caso sería muy distinto si la constitución dijese “El Poder Ejecutivo tiene la facultad de sancionar disciplinariamente a sus empleados y para ello deberá realizar sumarios administrativos para los cuales tendrá un plazo ilimitado”. Pero dado que esto no es así, ¿cómo es posible que la PTN, mediante un Dictamen, afirme con semejante liviandad que un plazo de seis meses establecido en una Ley viola manifiestamente la constitución cuando ni si quiera contamos con un texto constitucional con el que contrastar la norma impugnada? En ese orden de ideas ¿cómo podría ser admisible que el propio Poder Ejecutivo pretenda establecer cuál es el plazo máximo al que él mismo desea someterse para “no violar la constitución”?

#### *A.1.c. Un elemento contextual*

Como se viene mencionando, uno de los argumentos centrales del Señor Subdirector Nacional (y, por lo tanto, de la PTN en este Dictamen) es que un plazo de seis meses -en palabras del Subdirector Nacional- “casi extingue”, “para ser benévolo”, la potestad disciplinaria de la Administración. Incluso sostiene que no se debe aplicar la norma “mientras no sea derogada”. Esto lleva lógicamente a asumir

---

(69) El argumento más fuerte para sostener la existencia de la potestad disciplinaria tiene que ver con que sería una consecuencia directa del hecho de que la Constitución le atribuye al Presidente la calidad de jefe supremo de la Nación y responsable de la administración general del país (art. 99 inc. 1). Véase CANDÁ, Fabián. “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2003, 565, diciembre 2003, p. 4.

que el Poder Ejecutivo no comparte la redacción del artículo 38 de la Ley Nº 25.164 ya que considerar que seis meses es un plazo muy corto.

A pesar de ello, se advierte que el Dictamen bajo análisis fue publicado mes después de la publicación del Decreto 1421/2002, que reglamenta la Ley 25164, incluyendo el artículo 38 que, para la misma Administración, sería inconstitucional<sup>70</sup>. En otras palabras, la PTN está sosteniendo que seis meses es un plazo irrazonable y por lo tanto inconstitucional, un mes después de haber reglamentado ese mismo artículo (por supuesto, reafirmando la rigidez del plazo). No se evidencian, entre un momento y otro, cambios relevantes de autoridades nacionales.

Para más detalle, el 9 de agosto del año 2002 el Poder Ejecutivo publica en el Boletín Oficial el Decreto 1421/2002 que, en su artículo 38 (que reglamenta el mismo artículo de la Ley Nº 25164) establece: “(...) *Los sumarios deberán sustanciarse y resolverse dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses, en concordancia con las previsiones y términos establecidos en el artículo anterior. No se computarán dentro del plazo del sumario las demoras causadas por el diligenciamiento de oficios, realización de pericias u otros trámites cuya duración no dependa de la actividad del instructor y por otras situaciones ocasionadas por el imputado o terceros. En caso de que existiere causa penal en curso, los sumarios quedarán suspendidos al cumplirse el tercer mes de su sustanciación hasta la resolución de la causa penal*”<sup>71</sup>. Menos de un mes después, el 8 de septiembre de 2002, se emite el Dictamen PTN Nº 242:626, diciendo que la norma es inconstitucional.

## A.2. El Dictamen “ampliatorio”

Con fecha 11 de noviembre de 2002 la Subprocuradora suscribió otro Dictamen<sup>72</sup> en el que pretende analizar la cuestión del artículo 38 del Decreto Reglamentario de la Ley Nº 25164. Dicha norma, como ya se explicó, también se encontraba vigente al tiempo de la emisión del Dictamen principal.

Esta segunda obra comienza afirmando que “El último párrafo del artículo 38 de la Reglamentación aprobada por Decreto No 1421/2002, específicamente el texto de la segunda y tercera oración, no permiten superar la cuestión constitucional puesta de resalto en el dictamen de fojas 57/77”. En ese sentido, nos encontramos con que la funcionaria parte de la base de que el Decreto Reglamentario que acababa de instrumentar el propio poder ejecutivo, también es inconstitucional. En la jerga difícilmente se pueda llamar a esto de otra forma que no sea un “escándalo jurídico”.

---

(70) DURAND, Julio. “La Administración frente a la Ley inconstitucional”, AR/DOC/4950/2013, p. 2.

(71) Decreto Nº 1421/2002 de fecha 8/8/2002, consultado en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/76700/texact.htm> el 30/03/2020. El destacado me pertenece.

(72) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002.

Para sostener dicha afirmación, Testoni advierte que la última parte del artículo 38 del Decreto 1421/2002 no tiene en cuenta “que, en el sumario administrativo disciplinario, conforme con dicho Reglamento, se puede distinguir una etapa de investigación que finaliza con la resolución de clausura prevista en el artículo 107 del Reglamento citado”<sup>73</sup> (con “Reglamento” hace referencia al de Investigaciones Administrativas). Hasta aquí no parece advertirse un argumento razonable, debido a que la suposición de la entonces Subprocuradora es que no se tuvo en cuenta que existe una etapa de instrucción, pero parece evidente que sí se tuvo en cuenta, y justamente el plazo de los seis meses comprende la etapa de investigación. De hecho, por esa misma razón es que la reglamentación dice “Los sumarios deberán *sustanciarse y resolverse* dentro de un plazo máximo e improrrogable de SEIS (6) meses”<sup>74</sup>. Luego señala que ese plazo, el de la investigación, según ese mismo Reglamento, puede durar hasta 90 días. La funcionaria agrega esas dos consideraciones a una cita de Francisco D’Albora en su Código Procesal Penal comentado en el que el autor aclara que el plazo de la etapa instructoria es ordenatorio y no perentorio (por supuesto, este autor está haciendo referencia a la etapa de instrucción del proceso penal).

Acto seguido, y como aparente conclusión lógica de las premisas anteriores, sentencia que “Por dicho motivo, se trata de un plazo prorrogable expresa o tácitamente, de ahí que está establecido que podrá ser ampliado (art. 93 del Reglamento de Investigaciones aprobado por Decreto N° 1798/80 y art. 127 del Reglamento actual)”<sup>75</sup>. En otras palabras, lo que la funcionaria esgrime es que, debido a que se puede prorrogar la etapa de investigación -que dura en principio 90 días- entonces el plazo máximo de seis meses también debiera entenderse como prorrogable (o, de lo contrario, inconstitucional). Lo que no se advierte en ese argumento es que, justamente, el plazo de seis meses es el máximo dentro del cual, tal como establece la Ley N° 25164, los sumarios deben sustanciarse y resolverse, sin perjuicio de las prórrogas de cada etapa en particular que puedan dictar los funcionarios correspondientes. No caben dudas de que puede darse en el plano de la realidad un caso de un plazo improrrogable para llevar adelante cierto proceso, que dentro tenga otras etapas específicas con sus propios plazos, que pueden prorrogarse, siempre que no excedan el límite general. Además, debe tenerse en cuenta que cuando se sancionó el RIA no existía un límite “marco” de duración de los procedimientos sumariales, sino únicamente un plazo de prescripción para la aplicación de sanciones previsto en el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública (ya derogado).

Adicionalmente, incluso si entendiéramos que existe una contradicción entre el artículo 127 del RIA y el artículo 38 de la LMREPN, sería imposible sostener que lo que debe prevalecer es el espíritu de un Decreto del Poder Ejecutivo en lugar de

(73) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002, pp. 2-3.

(74) El destacado me pertenece.

(75) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002, pp. 3-4.

afirmar que en todo caso se trata de un Decreto inconstitucional por ser contrario a una Ley del Congreso.

El Dictamen ampliatorio culmina con un párrafo singular que sostiene que “Por lo tanto, los argumentos expuestos enervan por su razonabilidad, *la declaración dogmática determinante de un plazo de 6 meses que por arbitrario resulta inconstitucional*, y como tal agravio no puede superarse con la reglamentación a dicho artículo, conforme lo expuesto, sólo cabe atenerse, en orden a los plazos de la sustanciación del sumario disciplinario, a lo dispuesto por el Reglamento Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto 467/99”<sup>76</sup>. En el último párrafo del dictamen se introduce un nuevo argumento que no estuvo presente a lo largo del mismo ni en el primer Dictamen, que es que seis meses es un plazo inconstitucional “por arbitrario”. La palabra “arbitrariedad” se define, desde el punto de vista jurídico, como “El proceder o dictamen según el propio capricho y contra las reglas de la razón”<sup>77</sup>. En este orden de ideas, bajo ningún punto de vista puede entenderse que el plazo de seis meses para sustanciar un sumario es arbitrario. Es importante, en este sentido, distinguir entre lo que es arbitrario y aquello con lo que alguien puede no estar de acuerdo.

La segunda parte del citado párrafo dice que lo que corresponde es atenerse a lo dispuesto por el Decreto 467/99 (Reglamento de Investigaciones Administrativas), que es el único instrumento jurídico que habla de una “prórroga” (que, como ya hemos explicado, hace referencia a los 90 días de la etapa instructoria). Básicamente pareciera que la Procuración tendría la potestad de elegir qué norma aplicará en función de lo que considera conveniente.

## **B. El dominó del absurdo jurídico. Dictámenes 243:620 y 255:304**

La Doctrina vertida por la PTN en Dictámenes 242:626 y 243:349 con relación a la inaplicabilidad del artículo 38 de LMREPN sentó un precedente que continuó replicándose a través del tiempo hasta la actualidad. A pesar de las graves falencias de diversas índoles de las que adolecen dichos instrumentos, se ha considerado que citarlos constituye una respuesta válida frente a los reclamos de los agentes públicos por incumplimiento del plazo establecido en la normativa.

En ese orden de ideas, se presentarán dos ejemplos que pretenden ayudar a comprender de qué forma el Derecho se erige, a veces, sobre una inercia argumen-

---

(76) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:349, 11 de noviembre de 2002, p. 6. El destacado me pertenece.

(77) ROMBOLÁ, Néstor D. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Ruy Díaz, 6ta Ed., p. 103, ISBN 978-987-516-036-1. Para mayor abundamiento sobre los supuestos en los que se puede considerar que hay arbitrariedad, véase el relevamiento de decisiones de la CSJN realizado en ROSALES CUELLO, Ramiro. “Vigencia y actualidad de la doctrina de la arbitrariedad”, *SJA* 13/02/2019, 75 - JA 2019-I, 75.

tal que deja de significar una producción genuina de decisiones -en el caso de la jurisprudencia- o conocimientos -en el caso de la academia-. Una vez que alguien con algún grado de seriedad (o institucionalidad) afirmó cierta premisa, se habilita un camino eterno en el que estaríamos habilitados a reproducirla sin cuestionar en lo más mínimo su contenido.

El Dictamen 243:620 fue emitido poco tiempo después, el 16 de diciembre de 2002, y llegó a la Procuración con motivo de un sumario llevado a cabo en el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA). Entre otras pretensiones, el agente aduce que habían pasado tres años para la sustanciación del sumario, lo que excedía los seis meses máximos del artículo 38 de la LMREPN. Frente al planteo, la Procuración directamente copia y pega los dichos de Dictámenes 242:626 y 243:349 para luego afirmar que, en lo que respecta al artículo 38 "... corresponde abstenerse de su aplicación por resultar inconstitucional, en virtud de las razones desarrolladas en Dictámenes 242:626 (en especial 623vta/646) a las que cabe remitirse"<sup>78</sup>. Es comprensible el hecho de que este dictamen se refiera a los anteriores por la poca distancia temporal que hay entre ellos (de hecho, los suscribe la misma funcionaria).

Pero resulta interesante lo expresado unas pocas páginas después, en donde la Subprocuradora ahonda un poco más en las razones que explicarían la "inconstitucionalidad" de la norma, afirmando que "(...) ante la comisión de una falta disciplinaria (...) el razonable ejercicio del poder disciplinario requiere que el posible plazo para la prescripción de la acción disciplinaria, no sea tan reducido que ello implique el cercenamiento o la 'sustancial aniquilación' de la potestad disciplinaria (...)"<sup>79</sup>. Cada vez puede verse con un poco más de claridad que el punto fundamental de la PTN es, en realidad, que seis meses es muy poco tiempo y por eso se trata de un artículo inconstitucional (por lo tanto, dejando fuera de juego todos los argumentos "técnicos" sobre la caducidad de instancia, la perentoriedad de los plazos, la responsabilidad del instructor, etc.).

Este razonamiento se agrava en el párrafo siguiente, donde la Procuración directamente comienza a enumerar qué plazos son razonables y qué plazos no (recordemos que se trata de plazos fijados por ley justamente para limitar la prolongación excesiva del propio Poder Ejecutivo, en beneficio del administrado, y no del Estado). Así, afirma que "(...) de los plazos previstos en el artículo 37 de la LMREPN, sólo el de dos años aparece como razonable, pues con un lapso menor, como el de seis meses (...) o de un año (...) se cercena sin razón atendible el ejercicio de la potestad disciplinaria (...)"<sup>80</sup>. En otras palabras, asegura que el Poder Ejecutivo no está obli-

(78) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 243:620, 16 de diciembre de 2002, p. 18.

(79) Ibidem, p. 22.

(80) Ibidem.

gado a respetar ningún plazo que sea menor a dos años, ya que eso cercenaría sus facultades. De esta forma, la PTN desestima el pedido del sumariado.

En Dictámenes 255:304, del 2 de noviembre de 2005, se analizó el caso de una suspensión por 30 días para un agente de la Dirección Nacional de Migraciones. Ya con otro Procurador del Tesoro (en este caso Osvaldo Cesar Guglielmino, quien ejercería dicho cargo hasta el año 2010), el organismo descarta una pretensión de aplicación del artículo 38 remitiéndose a Dictámenes 243:626 y 243:349, recordando que “corresponde abstenerse de su aplicación por resultar inconstitucional” y que “en cuanto al art. 38 de la reglamentación, aprobada por Decreto Nº 1421/02, también se señaló que el plazo de seis meses indicado en el último párrafo, resulta inconstitucional”.

Esta doctrina continuó vigente a lo largo de los años y, de hecho, es la que se aplica en la actualidad. A medida que se fueron sucediendo los gobiernos y los cambios de autoridades de la PTN, se fue alejando cada vez más en el tiempo el criterio original de la inconstitucionalidad del artículo 38 (de la Ley y del Decreto), pero ello no implicó una revisión de dicha doctrina en ningún momento. Muy por el contrario, se repitió, en la mayoría de los casos textualmente, lo dicho en el primer Dictamen (con todos los problemas de los que aquel adolece).

#### IV. Sobre la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa

##### A. El núcleo del problema y algunas consideraciones

Como ya se adelantó, el argumento de la Procuración para no aplicar el artículo 38 de la LMREPN es que “es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional”<sup>81</sup> ya que la PTN “(...) reconoció la existencia de esa potestad administrativa para los supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo”<sup>82</sup>.

Sobre este tema, la doctrina no es pacífica: existen diversas opiniones de reconocidos/as juristas<sup>83</sup>. No es el objetivo de este apartado construir un argumento acabado respecto de este tema, dado que para ello sería necesario una investigación independiente y mucho más exhaustiva. A modo de adelanto, se intentará explicar

---

(81) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 40.

(82) *Ibidem*.

(83) Véanse exhaustivas sistematizaciones de las diferentes posturas en COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 1, Buenos Aires, 1989; BUTELER, Alfonso. “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 169-182, 2015; y DUPERUT MORELLATO, Fabiana. “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la administración pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 87, Buenos Aires, 2013.



por qué mi opinión para el caso resulta contraria a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo no aplique una norma por considerarla inconstitucional.

Antes de adentrarnos en los detalles es necesario recordar algunas nociones básicas de la estructura institucional de nuestro ordenamiento jurídico que, en ocasiones, al estar inmersos en discusiones sumamente específicas, pueden llegar a perderse de vista. Sin embargo, esto no puede ocurrir; sin importar de qué rama del Derecho se trate, estos debates deben darse a la luz de las disposiciones de nuestro bloque constitucional.

En primer lugar, reviste especial relevancia la pregunta de por qué es un problema que no se aplique una ley. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución Nacional establece, en su artículo 31, la composición esencial del ordenamiento jurídico argentino, cuando dice que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. Encontramos, entonces, que una Ley emitida por el Congreso Nacional integra el grupo de normas con la máxima jerarquía en el territorio nacional. Esto significa, aunque suene redundante, que todo habitante de la Nación Argentina debe cumplir las Leyes, con fundamento en que es precisamente el pueblo el que decide, a través de sus representantes, cómo se regulará a sí mismo, conforme el artículo 22 de la Constitución. A esto se le suma un especial interés de los Estados modernos de que el poder ejecutivo cumpla la ley; en otras palabras, rige el principio de sumisión de la Administración a la ley, toda vez que la actividad administrativa se subordina al ordenamiento jurídico de un Estado de derecho<sup>84</sup>.

Ahora bien, como toda regla legal, existen excepciones. Es decir que hay ciertos casos en los que esas leyes pueden no tener que cumplirse. Diversos principios rigen la forma en la que se relacionan las leyes entre sí y las leyes con otros tipos de normas; pero en líneas generales, encontramos situaciones como: una ley posterior deroga una ley anterior, una especial prima sobre una general, etc. En nuestro sistema otra de las excepciones a la obligatoriedad de las leyes es que ellas -o una parte de ellas- sean contrarias a la Constitución<sup>85</sup>.

Para esto es necesario que cierta autoridad decida que esa norma es inconstitucional. En nuestro país -prácticamente desde el comienzo de la existencia del Estado moderno argentino-<sup>86</sup> esa tarea está en manos de los jueces: es lo que se denomina el

---

(84) RESTREPO MEDINA, Manuel A., *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, Editorial Universidad del Rosario, 2017, eLibro, p.269.

(85) Como explica Carlos Nino, el aporte teórico fundamental en este sentido es de Hans Kelsen, quien sostenía que “la garantía de la Constitución reposa sobre la posibilidad de nulificar los actos que le son contrarios” (NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992, p. 660).

(86) NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992, p. 668.

control judicial de constitucionalidad<sup>87</sup>. Con todas las críticas -válidas- que pueden hacerse<sup>88</sup>, nadie discute que en los hechos el Poder Judicial sea el único poder del Estado facultado para llevar adelante esta tarea.

Si bien no es incorrecto decir que el Poder Ejecutivo debe velar por el cumplimiento de la Constitución, al igual que todos los poderes del Estado, sólo puede decidir sobre la revocación o anulación de aquellos actos que él mismo dictó<sup>89</sup>. Así como el Poder Legislativo puede derogar una Ley, el Poder Ejecutivo puede dejar sin efecto, por ejemplo, un Decreto. El argumento para hacerlo puede ser tanto que el Decreto/Resolución/Disposición o lo que fuera contradice la Constitución, pero también puede ser por muchas otras razones (de hecho, hay casos en que la Administración está obligada a revisar sus propios actos)<sup>90</sup>.

Dejar en manos del Poder Ejecutivo el control de constitucionalidad de las leyes lleva sin dudas a pensar en las experiencias de regímenes totalitarios más lamentables de la historia. Por ejemplo, durante el régimen franquista existió el “recurso de contrafuero”, mediante el cual el Jefe de Estado -que era el dictador Francisco Franco- podía revisar básicamente cualquier norma legislativa, con el argumento de la defensa de la constitución<sup>91</sup>.

Algo similar pensaba, años antes, Carl Schmitt, quien sostenía que el defensor de la Constitución era el presidente del *Reich*<sup>92-93</sup>. En sus palabras, defendía “que el presidente del *Reich* sea el protector de la Constitución corresponde también empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El presidente del *Reich* es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas

---

(87) Existen en el mundo distintos modelos de control de constitucionalidad, que pueden dividirse, a su vez, según diferentes criterios. Una primera gran clasificación sería diferenciar entre el modelo: judicial (estadounidense); político (francés); y europeo-continental (“kelseniano”). Argentina adoptó de forma prácticamente “pura” el sistema estadounidense (AMAYA, Jorge. *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, T. 1., Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 113.)

(88) La más fuerte de ellas tiene que ver con el denominado “carácter contramayoritario” del control judicial de constitucionalidad; es decir que los jueces no tienen la legitimidad democrática suficiente para decidir la validez o no de una norma emitida por el Poder Legislativo. Véase WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018; GARGARELLA, Roberto - SUNSTEIN, Cass. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1° reimp., Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. En cualquier caso, no es el objetivo de este trabajo controvertir el control judicial de constitucionalidad en Argentina.

(89) BADENI, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, §101.

(90) Ver HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 6ª Ed., 2002, pp. 143-152.

(91) Véase ANDRÉS, Diego S. «La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española.», *Revista de estudios políticos*, 152, 1967, 279-304.

(92) El término *Reich* era el nombre oficial del Estado alemán entre 1871 y 1945.

(93) Véase SCHIMTT, Carl y KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: “El defensor de la constitución” versus “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”*, Madrid, Tecnos, 2009.

frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el *Reichstag*<sup>94</sup>, y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una apelación al pueblo<sup>95</sup>. No es necesario profundizar acerca de la escasa simpatía de Schmitt con el pluralismo democrático y la división de poderes<sup>96</sup>.

Cabe recordar, en este sentido, el contexto institucional en el que se enmarca una atribución tal de facultades al Poder Ejecutivo. Cuando Marienhoff emitió el paradigmático Dictamen de 1963, la constitución era otra. Con la reforma de 1994, teniendo en consideración los numerosos poderes atribuidos al Presidente (Decretos de Necesidad y Urgencia, Decretos delegados, etc.), la balanza parece inclinarse demasiado si sumamos la facultad de invalidar leyes del congreso que están vigentes<sup>97</sup>.

Como es de esperar, la PTN no ha pronunciado las palabras “el Poder Ejecutivo ejerce el control de constitucionalidad” porque eso significaría un completo escándalo jurídico y político. Por el contrario, en Dictámenes 242:626 (el primer caso analizado en este trabajo), cuando cita el (ya mencionado) Dictamen de año 1963 del Dr. Marienhoff, incluye la parte en que este dice que “Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional”<sup>98</sup>.

Vemos entonces que la PTN afirma no estar poniendo en duda a quién le corresponde realizar el control de constitucionalidad, sino que reconoce que esto es tarea de los jueces. Sin embargo, sostiene a su vez que no es lo mismo declarar la inconstitucionalidad de una ley que no aplicarla por *considerarla* inconstitucional. Pero ¿existe alguna diferencia entre estos dos conceptos? *Spoiler alert*: No<sup>99</sup>. En efecto, se trata de un sofisma.

El control de constitucionalidad -la facultad atribuida a los jueces y reconocida incluso por la PTN- consiste, como se mencionó recién, en “...descalificar una norma jurídica de origen democrático, por ser violatoria de una prescripción constitucio-

---

(94) El término *Reichstag* era el utilizado para hacer referencia al parlamento alemán entre 1849 y 1944. Actualmente, el órgano legislativo federal alemán es el *Bundestag*.

(95) SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 194-195.

(96) Véase RAFECAS, Daniel. “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 8, N° 15, 2010, pp. 133-163.

(97) GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. 2 -Arts. 44 a 129-, 4ta Ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, Segunda Parte, Título Primero, Sección Segunda, Capítulo Tercero.

(98) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 242:626, 8 de septiembre de 2002, p. 41.

(99) COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N1 1, Buenos Aires, 1989. Esto no significa que este autor esté en contra de la “Doctrina Marienhoff”.

nal<sup>100</sup>. En ese sentido, el efecto de la declaración judicial de inconstitucionalidad es el de invalidar su aplicación para el caso particular<sup>101</sup>. Esto es exactamente lo que está haciendo el Poder Ejecutivo a través de la PTN: no aplica una norma para el caso particular porque la considera violatoria de la Constitución.

Piénsese qué ocurriría en el siguiente caso hipotético: el Director General de la Asesoría Jurídica de la Defensoría General de la Nación emite una disposición que habilita al Defensor General a no pagarle la indemnización por despido a un empleado con 30 años de antigüedad. Supongamos que su argumento es que la obligación de pagar indemnizaciones tan altas es inconstitucional porque viola la autarquía financiera del organismo. Por supuesto, el Director no dirá que está declarando la inconstitucionalidad de una Ley laboral, sino que dirá que está utilizando, por ejemplo, “la facultad de Excepción de inaplicabilidad de normas incorrectas”, propia de la Defensoría General. Está claro que, en un caso como ese, cualquier persona con un mínimo grado de conocimiento jurídico diría que su conducta no se ajusta a derecho. No es relevante qué nombre se les ponga a los actos jurídicos: ningún funcionario tiene permitido ejercer facultades de las que carece.

Un caso de la realidad podría ser, por ejemplo, la Ley N° 27275 de Derecho Acceso a la Información Pública, sancionada en el año 2016. Esta norma obliga al Poder Ejecutivo -entre otros-, en su artículo 11, a contestar todas las solicitudes de Acceso a la Información Pública en un plazo de 15 días prorrogables por otros 15 más. Nos encontramos con que el Poder Legislativo le pone un plazo temporal al accionar del Poder Ejecutivo. ¿Puede la Administración emitir un dictamen que diga que el plazo de la Ley N° 27275 es inaplicable porque su irrazonabilidad lo hace inconstitucional? Está claro que la respuesta es negativa.

En rigor de verdad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación zanjó esta discusión en el año 1967, con posterioridad al Dictamen del Prof. Marienhoff. Fue en el precedente “Ingenio y Ref. San Martín del Tabacal S.A. c/ Gobierno de la Provincia (Salta) s/ contencioso administrativo”<sup>102</sup>. Allí, el Tribunal se pronunció respecto una decisión del Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta de declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Fiscal de la Provincia y de dos leyes provinciales. Con evidente razón, la Corte esgrimió que “...cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en

---

(100) NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992, p. 658.

(101) SABSAY, Daniel. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 89.

(102) Fallos 269:243.

consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede<sup>103</sup>. Es especialmente interesante el hecho de que la CSJN haya expresado que el Poder Judicial es el único habilitado para *juzgar* la validez de las normas, en lugar de *declarar*. Esta distinción censura el argumento de que el Poder Ejecutivo hace un “juicio de valor” en lugar de declarar la inconstitucionalidad.

En ocasiones parece olvidarse por qué existe la posibilidad de solicitar “inconstitucionalidad” de las leyes. Precisamente, el sentido es brindar una herramienta a los ciudadanos para que puedan solicitarle al gobierno que proteja sus derechos y libertades<sup>104</sup>. En otras palabras, una ley es inconstitucional cuando afecta derechos de los individuos; no puede serlo con el fin opuesto, es decir, para transgredirlos. En idéntico sentido, esto se da también el principio de separación de poderes. Debe recordarse que el fin último de éste es la protección de los derechos humanos<sup>105</sup>. No puede invocarse este principio republicano con el objetivo de vulnerarlos.

### ***B. Pero entonces..., ¿qué puede hacer el Poder Ejecutivo frente a una ley inconstitucional?***

Posiblemente haya quien esgrima que no podemos dejar a la Administración atada de manos. Frente a este temor a un Poder Legislativo aparentemente desbocado que necesita ser empapado de racionalidad y parsimonia por la administración, resulta útil volver a recurrir a la propia Carta Magna, que contiene un capítulo (el Quinto) en la Segunda Parte, denominado “De la formación y sanción de las leyes”.

Allí se prevé, por un lado, el mecanismo del veto presidencial (artículo 83). Esto significa que el Presidente puede, justamente, desechar una Ley que fue previamente aprobada por el legislador. Si el Poder Ejecutivo no desecha una Ley, la está aprobando tácitamente (artículo 80) y por lo tanto convalidando su contenido. Adicionalmente, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de presentar proyectos de Ley (artículo 77), lo que significa que perfectamente puede promover la derogación de una norma en caso de que ya no se encuentre en el plazo para vetarla. Linares agrega que, además, es posible impulsar la declaración de inconstitucionalidad de la Ley mediante los procedimientos judiciales correspondientes<sup>106</sup>. De hecho, todas estas opciones eran las que la PTN, hasta el año 1963, consideraba como las plausibles frente a una ley reputada inconstitucional<sup>107</sup>.

(103) Falos 269:243, Consid. 6°.

(104) MANION, Clarence E. “Reviewing Judicial Review”, *Indiana Law Journal*, vol. 12, no. 3, febrero 1937, pp. 167-182.

(105) CASSAGNE, Juan C. *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, Capítulo III.3.

(106) LINARES, Juan F. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 142.

(107) DURAND, Julio C. “La administración frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 86, Buenos Aires, 2013, p. 1.

Sagüés explica que darle facultades al Poder Ejecutivo para que deseche una Ley *después* de que esta haya sido promulgada resulta sobreabundante teniendo en cuenta lo explicado en el párrafo anterior. Agrega que si, eventualmente, el Congreso sancionara una ley *groseramente* inconstitucional (usa como ejemplo una norma según la cual el Poder Ejecutivo debe expulsar del país a todas las personas de origen asiático) el Presidente podría abstenerse de aplicarla, lo cual daría lugar a un proceso judicial en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendría la última palabra<sup>108</sup>. Creo que esta posición merece algunas aclaraciones adicionales, ya que el Poder Ejecutivo no debería poder “abstenerse” de aplicar la norma y esperar que se inicie un proceso judicial. Más bien la respuesta frente a este caso extremo (de una ley aberrante que no debiera ser cumplida) es la misma que merece, por ejemplo, cualquier administrado<sup>109</sup>. Esto es, frente a una ley teóricamente inconstitucional, el administrado no tiene derecho a incumplirla, sino que debe presentarse en la justicia y emplear los medios idóneos previstos en nuestro ordenamiento para proteger sus derechos de una inminente violación a aquellos, solicitando la inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo debería aplicarse a la administración.

Finalmente, Comadira -que considera que hay algunos casos en los que el Poder Ejecutivo sí puede abstenerse de aplicar una ley- agrega que esto sólo puede hacerse por parte del propio Presidente de la Nación o con su expresa autorización para el caso y, además, debe ir acompañado del correspondiente proyecto derogatorio de la ley hacia el Congreso Nacional<sup>110</sup>.

### C. El “oasis” del año 2016 y la doctrina actual

La doctrina de la PTN sobre este tema, como ya se dijo, comenzó una larga etapa en 1963 con la pluma del Prof. Marienhoff. Esto continuó por muchos años, pero parece advertirse un novedoso cambio de criterio en el año 2016, con el Dr. Carlos F. Balbín como máxima autoridad del organismo. En Dictámenes 298:207 puede leerse: “(...) este Organismo ha distinguido entre la declaración de inconstitucionalidad y la abstención de aplicar una ley inconstitucional (Dictámenes 84:102 y 242:626). En verdad, el límite entre esos cursos de acción puede resultar difuso, en la medida en que el Ejecutivo sólo podría dejar de aplicar una ley cuando ésta resultare opuesta a la Constitución Nacional y a las convenciones a ella incorpo-

---

(108) SAGÜES, Nestor P. *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, T 1, 2da Ed., 1997, p. 237.

(109) DURAND, Julio C. “La administración frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 86, Buenos Aires, 2013, p. 3. El autor, además, propone una interesante herramienta para salvar la cuestión de la ejecutoriedad de los actos administrativos que aplican una ley presuntamente inconstitucional: se trata del artículo 12 de la Ley N° 19549, que habilita a la administración a suspender la ejecución del acto (en este caso, mientras tramite la declaración judicial de inconstitucionalidad o la derogación de la norma).

(110) COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N1 1, Buenos Aires, 1989.

radas. En otras palabras, prescindir de la ley necesariamente presupone que ésta se ha reputado inconstitucional. Naturalmente, es crucial discernir a qué poder le compete abrir juicio sobre la validez constitucional de las decisiones del Congreso. Como ya se ha señalado, eso no es resorte del Ejecutivo, sino de los tribunales<sup>111</sup>. Esta doctrina, que viene a contradecir todo lo sostenido por la PTN hacía más de cinco décadas, fue reiterada en el año 2017 (Dictámenes 300:158).

Lamentablemente, el párrafo anterior representa sólo un pequeño oasis en la Doctrina de la PTN, dado que dicha postura fue rápidamente revertida: en el año 2018, ya con otro Procurador, el Dr. Bernardo Saravia Frías, se emitió un Dictamen (305:12) en el que se vio un primer acercamiento a la vieja doctrina de Marienhoff, toda vez que el Procurador concluyó que “(...) la previsión contenida en el párrafo 2° del artículo 7° del Estatuto para el Personal del Banco Central de la República Argentina es inconstitucional (...)”<sup>112</sup>, declarando en sede administrativa la inconstitucionalidad de una norma<sup>113</sup>. Luego afianzó su postura en Dictámenes 309:253, donde se permitió cuestionar directamente la naturaleza del principio de división de poderes, en un fragmento que vale la pena transcribir: “La noción clásica del principio de separación de poderes y división de funciones se formuló de un modo pétreo y estático, que ya no resulta acorde a las necesidades de una sociedad que se ha tornado más compleja (...). Por otra parte, entre los distintos órganos (poderes) se generan no sólo relaciones de control, como en el modelo tradicional, sino también de colaboración y coordinación, lo que comporta un modo distinto de entender el equilibrio de poderes. Se trata de una distribución del poder más que de una división, un reparto de su ejercicio que lleva a la fragmentación de las funciones estatales, según el tipo de actividad. El principio de división de poderes debe adaptarse a la evolución sistémica del derecho público: cada poder posee un núcleo competencial constitucionalmente asignado y un círculo de competencias *periféricas*, Estas últimas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria, mientras que las primeras sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal”<sup>114</sup>. Puede apreciarse como en el año 2019 el Procurador del Tesoro opta por relativizar el principio de división de poderes, diciendo que es, en realidad, una distribución. Desde mi punto de vista, se trata de un desarrollo argumental tendiente a ampliar facultades del poder administrador, ya que difícilmente la Procuración se refiera, por ejemplo, a que el Poder Judicial administre el presupuesto o defina el sentido de las políticas públicas<sup>115</sup>.

(111) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 298:207 del 30/08/2016, p. 10.

(112) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 305:12 del 06/04/2018, p. 18.

(113) Aunque en ese caso no se trate específicamente de una Ley sino de normativa del Banco Central de la República Argentina.

(114) Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 309:253, del 28 de junio de 2019.

(115) Esto no quita que los planteos relacionados con la naturaleza de la división de poderes y su relación con los cambios que se van suscitando a nivel mundial merezcan ser analizados en profundidad. En ese sentido ver AA.VV. *Derecho Administrativo, Estado y República*, T. 1., Buenos

Nótese la grave incompatibilidad de este argumento con el utilizado para sostener la inconstitucionalidad del artículo 38 de la LMREP, que es que se trata de un avasallamiento de las facultades del Poder Ejecutivo. Pareciera que cuando la administración necesita atribuirse facultades de las que carece (declarar la inconstitucionalidad de una ley) se matiza la división de poderes al punto tal de hablar de una “distribución más que una división”<sup>116</sup>; pero cuando se trata de defender sus propias facultades frente a los límites que pone el Congreso Nacional, la división de poderes parece ser el más rígido e incuestionable de los principios.

## V. Reflexiones finales

Tal como se adelantó en la introducción, este trabajo no constituye una defensa a ultranza de la redacción de la LMREP (de hecho, muchas cuestiones deberían ser revisadas, al igual que muchas otras leyes en nuestro país). Pero sí constituye una defensa a ultranza del Estado de Derecho y, en consecuencia, del principio republicano de división de poderes. Esto no significa mantener una rígida postura tradicionalista o anticuada, sino enaltecer el fin último de la limitación al poder del Estado: el efectivo goce de los derechos fundamentales de las personas. La relación administración-empleado público es evidentemente una relación de poder en la que el agente es la parte más débil -que, además, tiene puesta en juego su subsistencia-. En el aspecto disciplinario, en particular, el Poder Ejecutivo corre un riesgo permanente de extralimitarse en sus funciones, y es por eso que resulta ineludible velar por el cumplimiento de los derechos y garantías plasmados en nuestro bloque constitucional.

A lo largo del desarrollo de este artículo se fueron trabajando varias cuestiones. Se comenzó con una introducción de la normativa fundamental en materia de regulación de los sumarios administrativos, teniendo especialmente en cuenta lo relativo a los plazos que debe respetar la administración. Se mencionó la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional Nº 25164, el Decreto Reglamentario de esa norma, Nº 1421/2002 y el Reglamento de Investigaciones Administrativas, Decreto Nº 467/1999.

Luego se llevó adelante una aproximación a algunos elementos básicos necesarios para entender el funcionamiento de la PTN, con el objetivo de introducir lo que luego constituiría el núcleo de este trabajo, que es la doctrina contenida en los Dictámenes de dicho organismo. En ese sentido, se comenzó analizando, desde un

---

Aires, Astrea, 2019, pp. 71 y ss. A modo de opinión, aun cuando se admitiera que la “complejidad” de nuestras sociedades conduciría a una mayor “fluidez” en la asignación de competencias estatales, vale recordar que han sido precisamente los países que más se han apegado a la división de poderes los más dinámicos e innovadores de los últimos dos siglos, y no a la inversa. Si algo enseña el caso de las dos Alemanias de posguerra, es que hace falta más división de poderes en lugar de menos.

(116) Supra nota 116.



punto de vista crítico, el Dictamen 242:626 y su ampliatorio 243:349, ambos del año 2002 y en el marco del mismo expediente administrativo.

En este análisis se advirtieron diversos problemas que ponen en jaque la validez de tales instrumentos. Por un lado, se mencionó el hecho de que carecen de rigurosidad científico-jurídica debido a que están sustentados casi en su totalidad en obras sin relevancia académica validada, además de contener referencias que son imposibles de corroborar o que, directamente, son incorrectas. Por otra parte, los argumentos presentados con relación al encuadre jurídico de la norma (la cuestión de la “caducidad”) tampoco es adecuado y se vale de antecedentes que no tienen relación alguna con la temática bajo estudio y cuya aplicación analógica es, cuanto menos, inoportuna.

Además, se mencionaron argumentos que, si bien sirven como excusa para el incumplimiento de las normas, no se corresponden con la realidad: la supuesta “responsabilidad del instructor” que serviría como respuesta frente a las demoras injustificadas, además de no constituir una protección al sumariado, fue gravemente puesta en duda mediante la información brindada de forma oficial por varias jurisdicciones de la Administración, incluyendo la propia PTN.

Estos dictámenes también adolecen de vicios en cuanto a su razonabilidad, en la medida en que, con el objetivo de declarar la inconstitucionalidad de una norma en sede administrativa, se valen de supuestos preceptos constitucionales que, en realidad, no se encuentran en el texto de la Carta Magna. Se advierte, en ese mismo sentido, una grave inconsistencia en cuanto a la interpretación constitucional, toda vez que se pretende relativizar la división de poderes al momento de justificar el control de constitucionalidad por parte de la administración, pero se endurece esa separación cuando se trata de evitar que el Poder Legislativo regule (en este caso, ponga un plazo) las tareas del Poder Ejecutivo.

En adición, se omiten gravemente varios principios constitucionales tales como la tutela administrativa efectiva haciendo especial énfasis en el plazo razonable, el principio *pro homine*, el principio *in dubio pro justicia socialis*, entre otros.

Se puso de manifiesto, además, la sorprendente conclusión que arroja el análisis contextual de la Doctrina de la PTN: la ley que se está tildando de inconstitucional había sido reglamentada un mes antes por el propio Poder Ejecutivo mediante el Decreto N° 1421/2002. Esta reglamentación no sólo afirma, sino que profundiza la restricción de seis meses para sustanciar un sumario.

Luego fueron brevemente explicados dos Dictámenes posteriores a fin de ilustrar sucintamente de qué manera la PTN toma una doctrina y comienza a reiterarla hacia el futuro de forma prácticamente mecánica, a pesar de que cambien las autoridades. Esto no sorprende teniendo en consideración que el “estado de *inconstitucionalidad*” del artículo 38 de la LMREPN es de gran utilidad para la Administración, más allá del partido político que gobierne o lo que piensen las autoridades que es correcto.

El punto III tuvo por fin profundizar una discusión que se había mencionado brevemente con anterioridad pero que, por cuestiones de sistematicidad y estructura, merecía ser tratada en un acápite aparte. Se trata del debate acerca de la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa. A través de un repaso de algunas nociones básicas de Derecho Constitucional, sumado a los aportes de algunos/as expertos/as en el tema y a la reflexión con ejemplos -reales y virtuales- se llegó a la conclusión de que el Poder Ejecutivo Nacional no tiene facultades para no aplicar una norma por considerarla inconstitucional (por lo tanto, menos aún puede hacerlo la PTN).

En este orden de ideas, y a modo de síntesis, puede afirmarse que la doctrina de la PTN con relación a la inaplicabilidad *por inconstitucionalidad* del artículo 38 de la LMREPEN no se ajusta a derecho, por las siguientes razones: i) el Poder Ejecutivo Nacional no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes (más allá de cómo denomine a esa declaración); ii) aún si pudiera hacerlo, los fundamentos para afirmar que un plazo de seis meses es una violación manifiesta a las facultades constitucionales del Presidente no son suficientemente robustos; iii) el Dictamen que dio origen a esta doctrina tiene graves -e insanables- deficiencias tanto desde el punto de vista jurídico (lo que incluye también la consideración de los principios, derechos y garantías consagradas en nuestra Constitución) como desde la razonabilidad.

Así las cosas, es impostergable que, al igual que fue revertida -por un corto período de tiempo- en el año 2016 la doctrina de la inconstitucionalidad de las leyes en sede administrativa, la PTN modifique su postura acerca de la aplicación del artículo 38 de la LMREPEN. Eso no significa que automáticamente los sumarios deben ser sustanciados en el plazo de seis meses, sino que la PTN (y por lo tanto el Poder Ejecutivo Nacional) debe ajustarse a derecho promoviendo un Proyecto de Ley modificatorio de la LMREPEN o bien impulsando el proceso correspondiente para que se declare -en sede judicial- la inconstitucionalidad de la norma.

## VI. Bibliografía

AA.VV. *Derecho Administrativo, Estado y República*, T. 1., Buenos Aires, Astrea, 2019.

AMAYA, Jorge. *Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad*, T. 1., Buenos Aires, Astrea, 2018.

ANDRÉS, Diego S. "La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española.", *Revista de estudios políticos*, 152, 1967.

AVERSA, Santiago L. "Plazo razonable y prescripción para el ejercicio de la pretensión punitiva estatal en sede administrativa. Una perspectiva constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, 2013, IJ-LXVII-549.

BADENI, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2015.

BIELSA, Rafael. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 7ma ed., 2017.

BUTELER, Alfonso. “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 169-182, 2015.

CANDA, Fabián. “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, Tomo 2003, 565, diciembre 2003.

CARRANZA TORRES, Luis R. “La caducidad de instancia en el proceso falencial”, *El Derecho*, Tomo 230, ED-DCCLXX-514.

CASSAGNE, Juan C. *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 7ma ed. 2002.

CASSAGNE, Juan C. *Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

COMADIRA, Julio R. “La posición de la Administración Pública frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N1 1, Buenos Aires, 1989.

DE CUCCO ALCONADA, María C. “¿Cómo escribimos los abogados? La enseñanza del lenguaje jurídico”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 14, N° 28, pp. 127-144.

DROMI, Roberto J. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1983.

DUPERUT MORELLATO, Fabiana. “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la administración pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 87, Buenos Aires, 2013.

DURAND, Julio C. “La administración frente a la ley inconstitucional”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 86, Buenos Aires, 2013.

ESPINOZA MOLLA, Martín R. “Perfiles actuales de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo”, *Sup. Adm.* 2019 (agosto), 3, *La Ley*, 2019-D.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1° ed., 2006 (versión original de 1977).

GARGARELLA, Roberto & SUNSTEIN, Cass. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1° reimp., Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. 2 -Arts. 44 a 129-, 4ta Ed., Buenos Aires, La Ley, 2011.

HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 6° Ed., 2002.

LINARES, Juan F. *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1° Ed., 1976.

LINARES, Juan F. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

MANION, Clarence E. “Reviewing Judicial Review.” *Indiana Law Journal*, vol. 12, no. 3, February 1937.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. 1, 2011.

NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4ta Ed., 2013, versión original de 1992.

PERRINO, Pablo E. “El derecho a tutela administrativa efectiva”, en AA. VV., *El derecho administrativo, hoy, 16 años después*, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75.

PINTO, Mónica. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

RAFECAS, Daniel. “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 8, Nº 15, 2010.

RENNELLA, María P. “Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en COMADIRA, Julio R. *Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

REPETTO, Alfredo. *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 3ra Ed., 2019.

RESTREPO MEDINA, Manuel A. *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, Editorial Universidad del Rosario, 2017, eLibro, <https://elibro.net/es/ereader/campusunq/70706?page=269>.

RODRÍGUEZ, María J. “El control de legalidad en sede administrativa. La gravitación de las características del órgano sobre el alcance y modalidades del control de legalidad” en AA.VV., *Control público y acceso a la justicia*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

ROMBOLÁ, Néstor D. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Ruy Díaz, 6ta Ed., p. 103, ISBN 978-987-516-036-1.

ROSALES CUELLO, Ramiro. “Vigencia y actualidad de la doctrina de la arbitrariedad”, SJA 13/02/2019, 75 - JA 2019-I, 75.

SABSAY, Daniel. *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

SAGÜÉS, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, T 1, 2da Ed., 1997.

SCHMITT, Carl & KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: “El defensor de la constitución” versus “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”*, Madrid, Tecnos, 2009.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

WALDRON, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2018.