

**Título:** Dossier DT 02/2026 el pensamiento de "Miriam M. Ivanega": su incidencia en el derecho del trabajo

**Autor:** Gabet, Emiliano

**Publicado en:** DT2026 (marzo), 197

**Cita:** TR LALEY AR/DOC/542/2026

**Sumario:** I. Introducción.— II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría.

(\*)

### I. Introducción

El presente dossier reúne una selección de colaboraciones de la Dra. Miriam A. Ivanega (1) publicadas en la base online de la editorial, en las cuales se delinea una concepción amplia y sustantiva del empleo público.

Un pilar central de su pensamiento es la defensa irrestricta de la estabilidad propia del empleado público, consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y ratificada por la Corte Suprema en el fallo "Madorrán". La autora argumenta que esta garantía no es un privilegio, sino una protección esencial contra el "spoils system" o botín político, asegurando que la función pública se base en la idoneidad y no en la lealtad partidaria transitoria.

Como correlato de la estabilidad, el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado es analizado con rigor garantista, exigiendo el respeto absoluto al debido proceso adjetivo previo a cualquier sanción. La autora critica la "teoría de la subsanación", según la cual los vicios en la defensa en sede administrativa podrían corregirse en la instancia judicial; por el contrario, sostiene que el derecho de defensa debe ser garantizado en el momento del sumario previo. Para Ivanega, la potestad sancionatoria, aunque busca proteger la organización administrativa, es una manifestación del poder punitivo estatal y, por tanto, no puede ejercerse vulnerando garantías fundamentales ni convirtiendo el derecho de defensa en una mera formalidad diferida.

Finalmente, sus colaboraciones profundizan en la relación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, reconociendo que ambos son expresiones del único ius puniendi del Estado. Si bien admite la autonomía del derecho disciplinario por la diferencia de fines y bienes jurídicos tutelados, la autora postula la aplicación de los principios y garantías penales (como la presunción de inocencia y la defensa en juicio) en el ámbito administrativo.

En conclusión, el pensamiento de la Dra. Ivanega ubica a la persona humana y sus derechos inalienables como el centro y límite de la actuación estatal, exigiendo una Administración Pública que sea eficaz, pero, ante todo, ética y respetuosa del orden constitucional.

### II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría

#### Empleo público — Concepto

Nos encontramos, entonces, frente a un concepto de empleado público comprensivo de distintos supuestos, tal como lo sostuviera la Procuración del Tesoro de la Nación. Este organismo entendió que para definirlo había que atenerse a los siguientes parámetros: a) la pertenencia a las filas del Estado, entendiéndose el término "Estado" en su sentido más amplio, comprensivo de la Administración central y la descentralizada; b) la irrelevancia de la naturaleza jurídica de la relación que haya entre el Estado y quien cumple funciones para él, y del régimen jurídico que rija esa relación; y c) la prestación de servicios o el ejercicio de funciones para el Estado o a nombre del Estado (o ambas cosas) —que conlleven o no la participación en la formación o ejecución de la voluntad estatal—, en cualquier nivel o jerarquía, en forma permanente, transitoria o accidental, remunerada u honoraria, enderezada al cumplimiento de fines públicos, sea cual fuere la forma o el procedimiento de designación del funcionario. La nota distintiva se encuentra en el tipo de actividad que presta, los fines públicos y el ámbito donde se ejercen (Administración central y descentralizada), con prescindencia del carácter permanente y de los niveles jerárquicos alcanzados por el agente público. En realidad, ese concepto de funcionario respondió a la necesidad de unificar criterios, dada la multiplicidad de relaciones jurídicas existentes a partir de la década del '90. Si el concepto de empleado público se limitaba a los agentes comprendidos en la Ley Marco de Empleo Público, quedaban fuera de esa categoría un sinnúmero de sujetos vinculados por regímenes precarios, transitorios o del derecho laboral, con las consecuencias que ello podía producir, por ejemplo, respecto de las responsabilidades y el sistema de incompatibilidades.

IVANEGA, Mirian M., "La decisión judicial que estábamos esperando", Publicado en: Jurisprudencia Argentina Cita: TR LALEY 0003/013245.

#### Empleo público — Discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad que involucra el empleo público —en cuanto a nombramientos transitorios, aplicación de sanciones disciplinarias, disolución del vínculo por razones de interés público, la elección en una terna a consecuencia de un procedimiento de selección o promoción— debe enmarcarse en el orden jurídico administrativo: esa sujeción no significa que la Administración actúe rigurosamente presionada por la normativa jurídica, pues "la proteica realidad administrativa impide el estatismo normativo y el detallismo a ultranza". Por eso, la búsqueda debe centrarse en un punto intermedio, bajo el lema: "juridizar la Administración, pero respetar la discrecionalidad". Sin embargo, atrás quedó la concepción que ligaba la discrecionalidad administrativa a la vinculación negativa de la Administración con ley, su relación con la actuación libre de aquella y la incontabilidad por parte de los jueces. La evolución del Estado de derecho produjo la lógica modificación de esos criterios, dando lugar a una discrecionalidad proveniente —en forma expresa o implícita— de la juridicidad. Por eso, lo discrecional y lo reglado dejaron de concebirse en términos absolutos. A partir de la injerencia que adquieren los principios generales y de derechos humanos en nuestro ordenamiento, en la actualidad se hace referencia a un marco de juridicidad habilitante y controlante de la actividad discrecional, que despliega variantes y gradaciones de la "vinculación positiva" de la Administración, con ciertas condiciones. La discrecionalidad es una "modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere, a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho". Supone cierta libertad, otorgada por una norma legal. La actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público; sin embargo, esa eficacia, conveniencia u oportunidad, en algunos supuestos es contemplada por el legislador o por los reglamentos. En otros, se deja a la apreciación del órgano que dicta el acto. Pero este carácter no implica la existencia de una actuación administrativa "libre" del derecho, es decir, no hay discrecionalidad en términos ilimitados, así como no todo lo "no reglado" es discrecional. Habrá, sí, grados, matices, intensidades y hasta un quantum de actividad discrecional, que son localizables en un esquema jurídico habilitante y controlante. En lo que hace al control judicial de la discrecionalidad, al existir la posibilidad de optar por alternativas indiferentes o igualmente válidas para el derecho, se han postulado limitaciones y técnicas como los elementos reglados, la interdicción de arbitrariedad, los principios generales de derecho, los conceptos jurídicos indeterminados. En realidad, toda la actividad de la Administración puede ser revisada judicialmente, aun cuando se presenten distintos alcances y requisitos, según se trate de actividad reglada o discrecional. Recuérdese que, en el caso de las potestades regladas, la actividad de la Administración se reduce a constatar el supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicarla agotadoramente. En consecuencia, el juez practica un control que abarca todos los aspectos del ejercicio de la función. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha evolucionado de una concepción restrictiva a un criterio que reconoce el ejercicio efectivo del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa. Son numerosísimos los fallos en los que revisaron el alcance y efectos de esas funciones. En definitiva, ningún acto administrativo es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional. Solo podrá serlo en aquella porción en la cual el funcionario puede emplear su criterio propio, sin encontrarse normativamente obligado a actuar de una forma determinada. Así, cabe recordar la noción "paradoja de las reducciones", que permite describir el fenómeno por el cual, cuando se achica el campo de lo que se concebía como discrecional, aumenta el margen del control judicial y viceversa. En algunas teorías o enfoques doctrinarios, la reducción del concepto responde a que se mantienen inmunes del control jurisdiccional determinadas zonas de la actividad estatal, calificadas como actividad discrecional o privativa. El proceso reduccionista no siempre persigue el mismo objetivo, pues al poner el acento en dos órganos estatales distintos (Ejecutivo y Judicial), genera consecuencias radicalmente distintas. Por ello, mientras para algunos el control es parte de la tutela efectiva de los derechos e intereses individuales y colectivos, para otros es susceptible de impedir o dificultar la realización de los fines económicos y sociales que persigue la Administración, en beneficio de los ciudadanos. Es importante destacar que el control judicial amplio a través de la razonabilidad ha justificado la revisión de las facultades discrecionales, al constituir el principio que les otorga validez a los actos estatales y que permite a los jueces, ante planteos concretos, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.

La prohibición o interdicción de la arbitrariedad actúa como un límite negativo, racional y objetivo de la facultad discrecional. El principio de razonabilidad, sobre la base del art. 28, CN, es identificado con la igualdad, la proporción o el equilibrio axiológico entre el hecho antecedente, el acto administrativo y su resolución. Incluso las medidas adoptadas en el marco de la emergencia que caen dentro de la discrecionalidad del poder administrador fueron evaluadas, sosteniéndose que, por imperio de la Constitución, "también dicho poder debe arreglar su proceder a criterios de razonabilidad que imponen que los medios empleados resulten equitativos y justos, y frente a disposiciones de otros poderes que no reflejen tal proceder, es deber imperioso e indeclinable de la justicia restituir el orden vulnerado, también en cumplimiento estricto de su deber constitucional". Los derechos humanos como contenido y límite de la actuación discrecional tuvieron recepción, entre otros, en el caso "Baena"; la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que, en cualquier materia, incluso en la laboral y la administrativa, "la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto por los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados". El mismo tribunal, en 2005, enfatizó que los Estados tienen competencia para ejercer determinadas facultades discrecionales "en el ejercicio de algunas de sus decisiones políticas de gobierno", aunque se puso en duda si, conforme a la Convención Americana, podían invocarse tales facultades discrecionales "para afectar situaciones que involucran el ejercicio de derechos individuales". Estas apretadas consideraciones de uno de los temas más recurrentes del derecho administrativo, como lo es la discrecionalidad, caben ser aplicadas al fallo del 27/12/2011, en el cual la Corte evalúa los hechos, las pruebas y el derecho, a partir de las facultades que tenía la SIGEN y sus límites en la relación de empleo vigente. En cuanto al control de la causa del acto administrativo, los jueces pueden revisar y verificar, en forma plena, la materialidad y la exactitud de los hechos y del derecho. Lo mismo sucede con la motivación, que no es un simple detalle y exteriorización o explicación de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden el acto y que el Estado tuvo en cuenta para su dictado. Ese elemento "debe ser definido como el vínculo o trato relacional entre la causa, el objeto y el fin". Es, por lo tanto, la relación entre la causa y el objeto y, a su vez, entre este y la finalidad. El Máximo Tribunal empleó una pluralidad de expresiones para referirse a ese elemento, ponderando, en el caso de los actos discrecionales, la plena aplicabilidad de la ley 19.549 y la mayor necesidad de motivación. Su presencia garantiza el derecho de defensa del administrado, haciendo posible el conocimiento de los motivos que llevaron a emitir el acto, lo que permite que luego puedan ser impugnados. La motivación constituye una exigencia no solo de "racionalidad sino también de 'constitucionalidad' de la decisión administrativa... Desde el punto de vista constitucional, se sustenta en el régimen republicano y en los valores que inspiraran al constituyente...". Este requisito ha sido trascendente en el empleo público, en las épocas en las que la expresión "razones de servicio", a secas, era el único justificativo incluido en los actos administrativos que tenían por objeto la separación o exclusión de los agentes públicos. Las leyes de prescindibilidad, que causaron numerosas cesantías ilegítimas y que se caracterizaron también como medidas de "racionalización administrativa", fueron dictadas con el objeto de disminuir el exceso de empleados públicos, fundadas en la supresión de cargos considerados innecesarios, principalmente por razones presupuestarias. Si bien en ciertos casos el acto de prescindibilidad se dictaba con reconocimiento de una indemnización proporcional a cada año de antigüedad, en otros ni siquiera se reconocieron sumas indemnizatorias, tal como sucedió durante un período en el cual el argumento fue "razones políticas". La crítica del sistema se extendió a las sentencias del Alto Tribunal que validaron las prescindibilidades que carecían de sustento fáctico y que se fundaban en la sola voluntad del funcionario. Ello vació de contenido a la estabilidad del empleado público, contradiciendo "la axiología inspiradora de la Constitución".

IVANEGA, Mirian M., "Empleo público y discrecionalidad administrativa", Publicado en: RDLSS 2012-5, 411, TR LALEY AR/DOC/6122/2013.

#### Empleo público — Estabilidad - CSJN Madorrán

En "Madorrán" el máximo tribunal de justicia de la Nación interpretó que la estabilidad del empleado público prevista en la Constitución Nación es la denominada "estabilidad propia", modificando una línea jurisprudencial que la identificaba, casi sin excepción, como impropia o relativa. Seguramente habrá quienes no coincidan con este nuevo criterio; no obstante ello, es indudable que no estamos frente a un fallo más sino ante una decisión que despeja un camino hace tiempo cubierto de escollos, indefiniciones y subterfugios legales.

IVANEGA, Mirian M., "La decisión judicial que estábamos esperando", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/013245.

#### Empleo público — Estabilidad — Constitución Nacional

La reforma constitucional de 1957, que introdujo el art. 14 bis, recibió el denominado "constitucionalismo social" (consid. 4), que reparó las deficiencias y las falencias del constitucionalismo tradicional, pues no alcanzaba con el reconocimiento de los derechos individuales de carácter civil y político. Resultó necesario resolver los problemas caratulados como cuestión social y consagrar un abanico de derechos económicos, sociales y culturales que correspondían a las personas en cuanto partes de una comunidad. Los derechos sociales vinieron a completar un marco en el cual el objetivo nunca fue la sustitución de los derechos individuales sino la suma de otros, que los complementaban, pues para que el hombre pudiera realmente ejercer las libertades del art. 14 CN, necesitaba tener satisfechos niveles mínimos de necesidad. Bajo una concepción del Estado distinta de la tradicional y con la denominación de "Estado social de Derecho", de variadas manifestaciones y etapas, en algunos casos hasta contradictorias con su noción original, se fue delineando un nuevo modelo alimentado, en las últimas décadas, por el principio democrático como elemento esencial para completar su definición y contenido. La función social coloca a estos nuevos derechos en un sistema de relaciones distinto del que se produce respecto de los derechos individuales; por ello se insertan en un contexto que va más allá de estos últimos. El art. 14 bis CN. contiene tres tipos de derechos de esta índole: i) los personales del trabajador en relación de dependencia; ii) los colectivos del trabajo, propios de las asociaciones gremiales; y iii) los de seguridad social atribuidos a la persona humana y a la familia, entidad social a proteger. La Corte trae a colación las expresiones de los convencionales que defendieron la inclusión de esa norma, y su relación con la estabilidad del empleado público, pues justamente a través de esa cláusula se trataba de evitar que por intereses políticos u otros, ajenos al interés público, afectaran a los servidores públicos y también a los administrados, destinatarios del ejercicio de la función. En el consid. 7 se sienta el criterio de que sustituir con una indemnización la reincorporación de un agente público separado del cargo injustificadamente o sin causa dejaría "intacta la eventual repetición de las prácticas que la reforma de 1957 quiso evitar". Esta protección no es ni más ni menos que un límite a los sistemas de función pública sustentados en la libre contratación de personal, no permanente, transitorio, sin reconocimiento de permanencia ni carrera administrativa. Este sistema "abierto" tuvo su máxima expresión en el llamado "Spoil System", o "sistema botín", aplicado a principios del siglo XIX en la Administración norteamericana. Los cargos públicos eran un verdadero botín del partido vencedor en las elecciones que los repartía entre sus afines; este modelo, que tuvo su apogeo en la presidencia de A. Jackson, permitió que todo ciudadano accediera a un cargo público al no requerirse especialización o formación alguna, pues la designación era temporal y breve y se realizaba por los representantes elegidos por el pueblo, lo que garantizaba su sintonía con la voluntad mayoritaria de este. Nuestra Administración Pública, de cuño francés, con una estructura burocrática y, por ende, extraña a esas características, no estuvo (ni está) exenta de asemejarse a ese modelo. Este era uno de los temores de los convencionales que llevaron a proteger al empleado público, y así lo explica la Corte. La estabilidad propia otorga al empleado público la posibilidad de exigir su reincorporación cuando ella es desconocida arbitrariamente, y así el derecho indemnizatorio puede concederse como una opción en cabeza del agente y no de la Administración. La interpretación de la garantía constitucional como propia es defendida por un representativo sector de la doctrina constitucionalista y del derecho administrativo: Bidart Campos, Vanossi, Ekmekdjian, Fiorini y Comadira coinciden desde diversas perspectivas con el criterio sentado por la Corte. Desde el derecho de trabajo también se enfatiza que trasladar al empleo público la estabilidad impropia es un grave error, pues esta solo está consagrada para el empleo privado. La conservación del empleo en el caso de los agentes públicos es insustituible y, por ende, no admite gradaciones, ni se la puede comparar con la estabilidad que rige a los empleados privados, que en ningún caso garantiza su reingreso. En similar sentido encontramos significativos votos de ministros de la Corte —que son citados en el fallo comentado—, entre ellos, los correspondientes al Dr. Boffi Boggero en las memorables causas "Cuello" y "Enrique", y al Dr. Belluscio en su disidencia en la causa "Arias". El fuero contencioso administrativo no fue ajeno a este criterio (solo como ejemplo, baste con mencionar dos causas paradigmáticas: "Marengo", de la sala 1ª (nota), y "Aguerre, Miguel Á. v. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, resoluciones 75/1994 y 59/1995, y otro s/empleo público", de la sala 4ª, 5/3/2007, esta última de significativa relevancia, dado que se sustenta en fundamentos y criterios similares a los de la Corte para interpretar la situación de un empleado regido

por la Ley de Contrato de Trabajo [t. o. 1976, ALJA 1976-A-128]). En definitiva, coincidimos con estos enfoques y con el fallo de la Corte en el sentido de que el constituyente diferenció la situación del trabajador privado y el público y, por lo tanto, estableció una protección distinta para el despido arbitrario y la estabilidad del empleado público.

IVANEGA, Mirian M., "La decisión judicial que estábamos esperando", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/013245.

#### Empleo público — Estabilidad y sentido de la función pública

Se ha pretendido identificar a la estabilidad con ineficiencia y a su eliminación con una mejor gestión; pero ello implica desvirtuar el sentido mismo de la función pública. La estabilidad propia no es la causa del enquistamiento de las estructuras administrativas o de una burocracia inerte y conservadora, ni las modalidades precarias de contratación laboral constituyen la solución mágica de los males de la Administración. Pero eso es motivo de otro debate.

IVANEGA, Mirian M., "La decisión judicial que estábamos esperando", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/013245.

#### Empleados de la administración regidos por la LCT

Una de las consecuencias de la estabilidad del empleado público es el deber de la Administración de disponer un procedimiento sumarial como requisito previo a la aplicación de sanciones disciplinarias. Las leyes de empleo público fijan el personal incluido en estos supuestos (agentes de planta permanente), las conductas y las sanciones. Sin embargo, a criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, la vigencia del Régimen de Contrato de Trabajo implica que la Administración, cuando decide poner fin con justa causa a la relación laboral, no es necesario que aplique sanciones de cesantía o exoneración previo sumario, pues ello es propio de la relación de empleo público. "De allí que en tal supuesto la Administración debe ocuparse de contar con adecuado respaldo probatorio para demostrar la existencia de la justa causa de despido en el juicio laboral que eventualmente promoviera el empleado... De ello se deriva que salvo la existencia de normas legales o convencionales que impongan la necesidad de realizar sumario, corresponderá simplemente extinguir la relación notificando tal decisión y la justa causa que se invoque, y coleccionar las pruebas necesarias para la demostración de la existencia de tal causa en sede judicial". Este enfoque, repetimos, es contrario a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos. Se priva a esos agentes de un derecho fundamental: la defensa, que debió haber sido reconocido aun de haberse continuado con la interpretación en el sentido de que gozaban de la llamada "estabilidad impropia". Baste con recordar el caso "Astorga Bracht", del año 2004, en el cual se enfatizó que la tutela efectiva de los derechos debe ser un deber de los jueces y de la Administración. Por eso, y conforme lo señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 1999 (caso "Palacios, Narciso - Argentina"), los procedimientos y decisiones de esta deben tener un contenido tuitivo, con la finalidad de garantizar la tutela oportuna y adecuada de la dignidad del hombre. Incluso en Estados como Italia, que someten al derecho laboral la mayor cantidad de las relaciones en el empleo público, derivan la regulación de la responsabilidad disciplinaria a las normas de derecho administrativo. Este criterio deberá ser aceptado por nuestro país. La dualidad de regímenes, público y privado, en el empleo público exigen la unificación del régimen de responsabilidad disciplinaria. De lo contrario la defensa, de ser una garantía, pasaría a convertirse en un privilegio. La exigencia de que el Estado respete y garantice el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Constitución y las convenciones internacionales a las que está obligado es un límite al poder estatal. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado que el ejercicio de la autoridad pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado, y de que el aparato estatal tiene la obligación de garantizarlos y de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de aquellos

IVANEGA, Mirian M., "La decisión judicial que estábamos esperando", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/013245.

#### Empleo público — Personal contratado

El ejercicio abusivo por parte de la Administración de estas modalidades contractuales se ha visto reflejado en la proliferación de regímenes jurídicos sin uniformidad en el reconocimiento de los derechos de los agentes

públicos, lo que dio lugar a disímiles decisiones judiciales, creando incertidumbre para el trabajador y un caos para la propia organización pública. Esta situación no le fue —ni le es— ajena a la Corte. A partir de "Madorrán" comienza un camino que contribuye a llevar equidad a un terreno olvidado por los juristas, aunque apreciado por los políticos. La sociedad en su conjunto depende del esfuerzo laboral de todos, por eso el trabajo no solo es un derecho para el individuo, "sino también un deber social del cual nadie tiene que evadirse sin sufrir las consecuencias propias". La Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1944, expresa que la comunidad internacional reconoce que "el trabajo no es una mercancía". Los criterios que lo rigen exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia. Este es el marco y el contenido que debe exigirse en los vínculos laborales con la Administración Pública.

IVANEGA, Mirian M., "De nuevo sobre el personal contratado de la administración pública nacional", Publicado en: LA LEY 2010-C, 282, TR LALEY AR/DOC/3092/2010.

#### Empleo público — Obrar correcto del agente público

Es necesario intensificar los mecanismos para hacer efectivas las responsabilidades de los agentes públicos. El agente público debe poner el debido celo en el ejercicio de la función, evitando incurrir en acciones u omisiones que puedan resultar perjudiciales para el Estado. Es necesario afianzar el obrar correcto, ético, eficiente, cuidadoso, responsable y probo que el agente público debe acreditar ante la sociedad.

IVANEGA, Mirian M., "Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/014998.

#### Empleo público — La potestad disciplinaria del Estado y las sanciones

La potestad es un poder atribuido por la ley, que lo delimita y construye. Apodera y habilita a la Administración para ejercer su acción. Por ende, no se genera en una relación jurídica, ni en pactos, negocios jurídicos, actos o hechos singulares, ni consiste en una pretensión particular como el derecho subjetivo; la potestad se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas y a la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos de "donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares". Es decir, ocupa una situación preliminar respecto de la relación jurídica. Por eso frente a la potestad nadie está en una situación de deber u obligación, sino en una abstracta sujeción que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad y una eventual incidencia en la propia esfera jurídica. Los que están sometidos a la sujeción potestativa no son personas determinadas, sino el conjunto de ciudadanos. Por ser derivación de un status legal y no tener origen negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables. La potestad disciplinaria, específicamente, encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con las Administración Pública. Esta se protege a sí misma y a su orden interno. La imposición de las sanciones de esta naturaleza es, en consecuencia, derivación lógica del poder de administrar. Sin embargo, si bien su finalidad primordial es la de asegurar el correcto funcionamiento administrativo, también lo es la naturaleza de la actividad que despliegan los funcionarios, pues las transgresiones legales en las que incurran trascienden la esfera de la organización y afectan a la sociedad. Su aplicación implica el ejercicio de poderes inherentes a la Administración Pública; la existencia de una relación de función pública; una conducta violatoria de deberes o prohibiciones por parte del agente que justifica el ejercicio de la potestad; un fin: asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Es considerada una potestad conservativa, por oposición de las innovativas, y de supremacía especial incorporándola a una noción más amplia: la de potestad sancionatoria de la Administración. En realidad, toda organización supone un marco de disciplina, lo cual implica la existencia de un poder para preservarla. Ahora bien, es indudable que las sanciones administrativas poseen naturaleza jurídica represiva, y aunque se encuentran fuera del campo del derecho penal común, se considera la eventual aplicación analógica de los principios de esta rama del derecho. Están alcanzadas por esos principios, pues tanto este como el derecho administrativo sancionador son manifestaciones del poder punitivo del Estado y, en consecuencia, en "ambos casos se autoriza al Estado a restringir derechos cuya titularidad corresponde a los particulares, en la medida en que se compruebe la comisión de un ilícito o de una infracción, según el caso". Por ello para que el ejercicio de esas facultades de contenido represivo resulte válido es necesario que se hayan respetado los principios y garantías constitucionales; entre ellos, el debido proceso y la defensa en juicio.

IVANEGA, Mirian M., "Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la Administración y el procedimiento sumarial", Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, TR LALEY 0003/012562.

Empleo público — Procedimiento disciplinario — Satisfacción de la garantía de defensa - Teoría de la subsanación en el procedimiento disciplinario

Los aspectos vinculados a la satisfacción de la garantía de defensa en una etapa posterior a la administrativa —cuando en esta no se respeta— tiene solución jurisprudencial (objetable, a mi entender), interpretándose que, si se configura alguna restricción, resulta posible que posteriormente se subsane en la etapa judicial. Las omisiones en las que se pudo incurrir en la instancia administrativa son en principio salvables en la instancia judicial posterior. Esta teoría se basa específicamente en que el desplazamiento del derecho de defensa a una etapa posterior a la resolución del caso es válido siempre que medie la posibilidad de atacar la resolución para hacer efectivo el ejercicio de ese derecho. El defecto es subsanable si el derecho de defensa puede ser ejercido en un recurso administrativo o judicial posterior. Con ese razonamiento, si en el sumario previo se presentaron vicios en algún aspecto concerniente al derecho de defensa, se encontrarían subsanados si posteriormente, al tramitarse el recurso jerárquico, se concedió la oportunidad de ejercerlo con amplitud. Coincido con la postura que entiende que el debido proceso, para ser efectivo, debe ser ejercido con anterioridad a la sanción misma. De allí la necesidad del "sumario previo". No es lo mismo garantizar el debido proceso previo que el acceso al control administrativo a través de la vía recursiva, pues son dos temáticas diferentes. En efecto, el recurso es una impugnación de un acto administrativo ante un órgano que obviamente se interpone a posteriori de la imposición de la sanción. Su objetivo es agotar la vía administrativa como paso previo a la judicial. Ello armoniza con los principios del derecho disciplinario moderno, enmarcados en los postulados contenidos en las nuevas Constituciones, que distinguen entre vía recursiva y descargo o sumario previo como dos garantías independientes e igualmente valiosas, la primera instituida para posibilitar el efectivo control de legalidad de la actividad administrativa y la segunda como concreción de la garantía constitucional del debido proceso legal. Así las cosas, la omisión de al menos un mero descargo no puede en modo alguno considerarse suplida por la posterior instancia recursiva. Es importante señalar que la teoría de la subsanación tiene sus límites. Un ejemplo es el criterio sustentado por la Procuración del Tesoro de la Nación en ocasión de considerar que es de cumplimiento ineludible el derecho de defensa, conforme al procedimiento del decreto 1421/2002; si bien el agente a quien se aplicó una cesantía por inasistencias injustificadas pudo argumentar su defensa al interponer el recurso de reconsideración y jerárquico, no surgía de las actuaciones que sus dichos hubiesen sido investigados, ni que se hubiera producido la prueba ofrecida por él. Por ello, si bien las inasistencias fueron justificadas, lo que podía dar lugar a una cesantía, se debieron —en la etapa recursiva— proveer las medidas necesarias para determinar con un grado mayor de certeza dicho extremo. Como sostiene el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires en la causa "Rackauskas", la teoría de la subsanación no puede ser entendida en términos absolutos, debiendo ponderarse en cada caso la entidad del perjuicio que pudo causarle al particular la omisión de algún requisito del acto, y si ese perjuicio persiste luego de la pretendida subsanación. Con cita de Comadira, recuerda que la facultad disciplinaria está sujeta a condicionamientos formales y sustanciales que impone el ordenamiento normativo.

IVANEGA, Mirian M., "Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa", Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, TR LALEY 0003/014998.

Empleo Público — Procedimiento disciplinario — Aplicación principios derecho penal

Otro eje de discusión es el vinculado con la aplicación de los principios de derecho penal al sistema disciplinario de la Administración. Aquí es necesario diferenciar dos cuestiones: la primera, atinente a la vigencia de principios que ya no son exclusivos del ámbito penal, sino de aplicación a toda la actividad desarrollada por el Estado. Figuras que tradicionalmente se enmarcaron como propias del proceso penal han trascendido esa estructura judicial, constituyendo principios generales de todo tipo de procedimiento y proceso. Dentro de ellos, nos referimos especialmente al de defensa, singularizado en el procedimiento administrativo como debido proceso adjetivo. Pero ello es independiente del análisis particularizado que merece el régimen disciplinario en la organización administrativa, separado del proceso penal. En el proceso penal la atención está puesta en las herramientas que protegen a la persona frente al poder público, lo que dio lugar a que en el estudio del proceso penal se pusiera el énfasis en determinadas garantías como el plazo razonable, la igualdad de armas, la

imparcialidad y la doble instancia, entre otros. Sin embargo, en materia de sanciones administrativas la construcción de sus principios se separó del derecho penal, predicándose un sistema propio. La evolución de la jurisprudencia llevó a que se verificara el traslado de las garantías del derecho penal a los tipos legales sancionatorios de la Administración, pero insistiendo en que entre el procedimiento sancionador y el proceso penal la diferencia está dada por la protección de distintos bienes jurídicos, aspecto que impide dar uniformidad a las garantías aplicables.

IVANEGA, Mirian M., "Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/014998.

#### Empleo público — Procedimiento disciplinario — Procedimiento penal y administrativo

El criterio tradicional de separación entre proceso penal y procedimiento administrativo es puesto en duda, sobre la base de que no corresponde atender al bien perseguido sino al derecho individual en juego. Por eso toda privación de un derecho frente un hecho ilícito es expresión del poder punitivo estatal, lo que obliga a aplicar las garantías que fueron pensadas para proteger a los individuos contra los eventuales excesos en el ejercicio del poder. Con ese enfoque, las garantías se activan respecto del derecho comprometido y no del fin que busca el Estado. De esta forma, "la afectación de un derecho es el común denominador para la activación de una garantía procedimental, independientemente de la distinción que pueda profesarse entre el ius puniendi administrativo y el penal". En consecuencia, en ambos casos se autoriza al Estado a restringir derechos cuya titularidad es de los particulares, en la medida en que se compruebe la comisión de un ilícito o de una infracción, según el caso. Por ello para que el ejercicio de esas facultades de contenido represivo resulte válido es necesario que se hayan respetado los principios y garantías constitucionales. Ahora bien, aun admitiendo este enfoque, el que encuentra sustento en los tratados de derechos humanos y las interpretaciones de los tribunales internacionales y nacionales, existen razones para justificar la existencia de un derecho disciplinario separado del derecho penal. El compartir los principios de derecho no obsta a esa independencia. La circunstancia de que persigan fines distintos proteja bienes jurídicos diversos y se expresen a través de diferentes actos no es incompatible con la concepción de nuevas reglas que priorizan la centralidad de la persona y el derecho afectado. Las diferencias se presentan en la conformación, los procedimientos e incluso en sus efectos; por eso la decisión adoptada en el ámbito administrativo es independiente de la resuelta en sede judicial; la responsabilidad penal y disciplinaria independiente. Ambas, expresiones del ius puniendi del Estado, y a las dos se aplicará la garantía de defensa y sus mecanismos de concreción, en su máxima expresión.

IVANEGA, Mirian M., "Cuestiones de procedimiento disciplinario y derecho de defensa", Publicado en: Jurisprudencia Argentina, TR LALEY 0003/014998.

(A) Abogado. Secretario Permanente del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn (2016-2024), Chubut. Exdocente de Derecho Laboral y Seguridad social, Derecho Procesal Civil y Comercial y del Taller de Litigación Civil y Comercial (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral). Diplomado en Derecho Procesal Administrativo y Constitucional Local y Federal (Escuela de Formación en Abogacía Pública de la PGCBA). Posgrado en Comunicación Judicial (Universidad Nacional de Córdoba). Diplomado en Competencias Judiciales no Jurídicas (Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba). Diplomado en Derecho Civil (Centro de Capacitación Judicial Poder Judicial de la Provincia de la Pampa). Formación específica en Derecho del Trabajo Español (Universidad de Salamanca). Programa de Desarrollo de Competencias Gerenciales (IAE).

(1) Doctora en derecho y ciencias sociales. Directora Ejecutiva de la Maestría en Derecho Administrativo (Univ. Austral).