

ano 23 – n. 91 | janeiro/março – 2023
Belo Horizonte | p. 1-212 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v23i91
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

El procedimiento administrativo sancionador: las dos caras de Jano*

The administrative sanctioning procedure: two faces of Janus

José Luis Said**

Universidad de Buenos Aires (Argentina)
jsaid@derecho.uba.ar

Recibido/Received: 17.09.2022/ 17 September 2022.

Aprovado/Approved: 26.01.2023 / 26 January 2023.

Resumen: El trabajo pretende demostrar que la aplicación de los principios y las garantías del derecho penal al procedimiento administrativo sancionador es perjudicial para la protección de los intereses públicos. Y que las garantías y principios del derecho administrativo aplicadas a la investigación administrativa son *suficientes* para respetar el debido proceso legal. También se examina la intervención de los ciudadanos en las investigaciones sobre afectaciones a intereses colectivos.

Palabras clave: Sanción administrativa. Autonomía del Derecho Administrativo Sancionador. La buena administración como principio. Los intereses colectivos. Procedimiento administrativo sancionador.

Abstract: The work aims to demonstrate that the application of the principles and guarantees of criminal law to the administrative sanctioning procedure is detrimental to the protection of public interests. And that the guarantees and principles of administrative law applied to administrative investigation are sufficient to respect due process of law. It also examines the intervention of citizens in research on effects on collective interests.

Keywords: Administrative sanction. Autonomy of the sanctioning administrative law. Good administration as a principle. Collective interests. Sanctioning administrative procedure.

* Como citar este artículo/*How to cite this article:* SAID, José Luis. El procedimiento administrativo sancionador: las dos caras de Jano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 39-65, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1779.

El texto desarrolla mi intervención en las XIII Jornadas Profesor Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano. Agradezco profundamente al Prof. Jaime Rodríguez – Arana Muñoz por la invitación a participar en ellas. Valgan estas líneas como un homenaje a los Maestros José Luis Meilán Gil y Enrique Rivero Ysern, a quienes conocí y de quienes aprendí en el Pazo de Mariñan.

** Profesor titular en las carreras de Especialización y Maestría en Derecho Administrativo en las facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina) y en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Doctorando en Derecho (Universidad Nacional del Litoral). *E-mail:* jsaid@derecho.uba.ar.

Sumario: **1** Dos preguntas iniciales – **2** El Derecho Administrativo Sancionador es Derecho Administrativo – **3** La matriz epistemológica del DAS – **4** ¿Qué es una sanción? – **5** ¿Cómo diferenciarla de otros actos gravosos? – **6** El procedimiento sancionatorio (o de qué manera conciliar los dos rostros de Jano) – **7** Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador del acto administrativo – **8** La Buena Administración y los intereses colectivos en el PAS – Referencias

Resulta sorprendente, pero el hecho es que indefectiblemente se consideran progresistas las actitudes que recortan las potestades administrativas, aunque sea a costa de los intereses públicos y generales. (Alejandro Nieto)

Jano, dios de la mitología de la Antigua Roma, aparece simbolizado por la imagen de un ser con dos caras que miran en direcciones contrapuestas. La tradición popular encuentra en esta figura el símbolo de lo dual, de los opuestos que forman un mismo ente.

La representación de Jano me ha parecido una forma de hacer notar la dualidad de fines del procedimiento administrativo sancionador y la aparente aporía entre la protección a los derechos y garantías de los particulares y la efectividad de los intereses generales.

Casino Rubio señala dos caminos posibles para la construcción del Derecho Administrativo Sancionador: “Como insistentemente ha denunciado Nieto, al respecto existen dos opciones básicas: o se comprende como garantía personal del infractor o, en cambio, como garantía de los intereses generales y colectivos lesionados por el infractor”.¹

Previo a considerar esa cuestión, formularé un bosquejo de la teoría del Derecho Administrativo Sancionador (potestad, procedimiento, infracción, sanción, etcétera) en que me baso.

1 Dos preguntas iniciales

Una rápida mirada a la *realidad* de la actuación del Estado permite advertir sin dificultad que existen medidas que imponen un mal o privan de un bien a las personas (físicas y jurídicas) que, según sea el caso, son impuestas por jueces penales o por autoridades administrativas. Este hecho habilita la formulación de dos preguntas fundamentales para guiar las investigaciones sobre el Derecho Administrativo Sancionador² (DAS).

¹ Casino Rubio, Miguel, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, CEPC, Madrid 2018, p. 45, con prólogo de Alejandro Nieto. Resulta ineludible dar estudio al *Derecho Administrativo Sancionador*, del Profesor Alejandro Nieto, para hacer pie con firmeza en un terreno bastante resbaladizo. Las citas que realizo corresponden a la quinta edición, Tecnos, Madrid, 2012.

² Preguntas que se formula Alejandro Huergo Lora en un trabajo de singular profundidad: “Las sanciones administrativas en el marco del *law enforcement*”, p. 515 y ss, en *La proyección del Derecho Administrativo Peruano*, director: Zegarra Valvidia, Diego, Palestra, 2019.

La primera: ¿qué razones darían legitimidad a la actividad de la administración pública para imponer sanciones -que en ocasiones son tanto o más graves que algunas penas- sin aplicar las mismas garantías que los jueces penales? La siguiente: ¿por qué se reconoce a quienes -presuntamente- han cometido una infracción más garantías que a las personas expuestas a ser destinataria de otros actos administrativos tanto o más gravosos que algunas sanciones administrativas?

En otros términos: ¿debe aplicar la Administración en el procedimiento sancionador las garantías y principios del Derecho penal (DP)? y ¿no debería aplicarse el régimen jurídico sancionador a todos los actos que restringen derechos?

Para responder ambas preguntas preciso un encuadre epistemológico que permita identificar y regular el DAS sin acudir al DP y determinar su ámbito de aplicación entre las variadas formas de la actividad administrativa que restringe derechos e intereses y no son sanciones.³

2 El Derecho Administrativo Sancionador es Derecho Administrativo⁴

Baso mis consideraciones en una concepción de la *potestad sancionatoria* que examina la potestad que se reconoce⁵ o se asigna a las administraciones públicas a partir de su enraizamiento primario con el Derecho Administrativo.

³ Aftalión examinó hace 75 años el carácter autónomo o no de lo que en ese entonces se denominaba Derecho Penal Administrativo (expresión que aún hoy es utilizada por la CSJN para referirse al DAS. Señalaba el autor: “Lo que importa destacar a nuestro juicio es que esta cuestión de si el Derecho penal administrativo es una rama autónoma, o un simple recuadro especial dentro del Derecho Penal, no es asunto puramente académico, ni puede resolverse en el plano lógico-abstracto [...] En efecto, toda vez que se proclama, en el terreno de la doctrina la autonomía de un determinado sector de la experiencia jurídica, lo que se hace, en el fondo, es sostener que, si se aplican a ese sector los principios generales propios de la disciplina central conexas, no se satisface las exigencias de la justicia [...]”, y luego, haciendo referencia al “eminente jurista alemán James Goldschmidt, para quien existirían diferencias esenciales, ontológicas, entre el ‘ilícito penal’ y lo que llama ‘ilícito administrativo’ “ agrega que esas diferencias llevan a Goldschmidt que en el campo sancionador “pierden validez muchos principios fundamentales del Derecho penal clásico (*nullum crimen, nulla poena sine lege*; irretroactividad, culpabilidad, participación, tentativa, responsabilidad de las personas jurídicas, competencia de tribunales judiciales y no administrativos, etc.)”; Aftalión, Enrique R., “Las sanciones en el derecho penal económico”, LL 90-708.

⁴ “En definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre lo indica, Derecho Administrativo engarzado en el Derecho público estatal y no un Derecho penal vergonzante...”, Nieto, A. Derecho Administrativo ... p. 25.

⁵ Hay quien la considera una potestad inherente. Así se afirma en sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: “[la]potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues [...] permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos ...”, Sentencia C-818/05 y también Sentencia C-214 de 1994, citadas por Irma Pastor de Peirotti y María Inés del C. Ortiz de Gallardo en “POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”, consulta en línea el 16.02.2022 en <https://1library.co/document/ydj23m1y-potestad-disciplinaria-administracion-principios-constitucionales-desarrollados-jurisprudencia-justicia.html>.

Dada la desprotección de los intereses públicos que se derivan de la mirada (tradicional) que engarza esa potestad en el poder penal del Estado⁶ — sea en forma directa, sea a través de un incierto “ius puniendi” que abrazaría al DP y al DAS— es preciso formular una dogmática que aleje a la administración sancionatoria del DP y la escinda de las frecuentes versiones doctrinarias y jurisprudenciales que la sumergen en el magma del DP. A ese fin son fundamentales las enseñanzas de Alejandro Nieto García y las precisas y certeras distinciones de Jesús Silva Sánchez, que intento entrelazar para dotar de sólidos cimientos al carácter diferenciadamente administrativo del régimen jurídico sancionador (de hetero y de auto protección; de sujeción general y también especial). La síntesis es sencilla: *el DAS es, ante todo, una especialización del Derecho Administrativo* y debe ser considerado a partir de la dogmática y la pragmática, la tópica y la sistémica de esta rama jurídica. Esto implica someterlo a un régimen de principios, conceptos, funciones y relaciones que son propios del DA y de su ciencia, y expurgar de su teoría la sumisión al DP y a su ciencia que lo esterilizan en su finalidad tuitiva de los intereses generales.⁷

Hay quien se rasga las vestiduras y tacha de pre-beccariano al Derecho sancionador que se aleja del DP.⁸ Entiendo que ese planteo resulta equivocado pues lo que aquí se propone es (i) regular esta potestad de sancionar con todas las herramientas que dan *forma y sustancia al Estado Constitucional de Derecho* y (ii) *garantizar los derechos humanos de las personas físicas y los derechos constitucionales de las personas morales*, cuando se vean sometidas al poder sancionador.⁹ Enmarco el examen del DAS en la fabulosa construcción que cumple

⁶ En Argentina: Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, capítulo VI: Las sanciones administrativas, Abeledo Perrot, 1994, en particular ps. 222 y 233; García Pullés, Fernando, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Abeledo Perrot, 2020, in totum.

⁷ Un claro ejemplo es la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas n° 27401, de clara impronta sancionadora administrativa pero que al ser considerada complementaria del Código Penal (art. 27 Aplicación complementaria. La presente ley es complementaria del Código Penal) y disponer la aplicación supletoria del Código Procesal Penal de la Nación (art. 28) posterga indefinidamente la aplicación de una sanción y su ejecución, al excluir la aplicación de la autotutela ejecutiva (ejecutoriedad del acto administrativo, art. 12, LPA).

⁸ García de Enterría, Eduardo, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, quien plantea el desplazamiento de la potestad sancionatoria desde la Administración al Poder Judicial: “Esa devolución al juez implicará también beneficiar a los administrados con las sustanciales técnicas de garantía ligadas al Derecho procesal penal y que en modo alguno pueden encontrar un sustitutivo en el Derecho procedimental administrativo, ordenado a otros fines”.

⁹ “De esta manera, lo que se exige frente al derecho al debido proceso no es que los principios de la normatividad sustantiva y procesal del derecho penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales administrativas o de carácter sancionatorio, sino que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales y convencionales de todas las personas” Irma Pastor de Peirotti y María Inés del C. Ortíz de Gallardo en “POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”, consulta en línea el 16.02.2022 en <https://1library.co/document/ydj23m1y-potestad-disciplinara-administracion-principios-constitucionales-desarrollados-jurisprudencia-justicia.html>.

la doble misión de (i) dar legitimación a la actuación administrativa del Estado y (ii) constituir las garantías que protejan los derechos e intereses de las personas individuales y de los grupos colectivos frente a la Administración y a los demás poderes institucionales y fácticos que configuran la vida y las relaciones intersubjetivos de una comunidad.

No existen razones, a mi juicio, para *configurar* tanto la potestad sancionadora de la administración como las garantías frente a ella a partir de la expansión de las reglas y principios del Derecho Penal.¹⁰ Reglas y principios estos que — sea por pereza intelectual, simplismo metódico o conformismo ideológico, o bien por convicciones científicas o principistas— se reclama que sean aplicados cada vez que la Administración pretende investigar una infracción e imponer una sanción bajo la imprecisa justificación de la “proximidad científica” entre ambos subsistemas jurídicos.

Aunque referidas a la situación en España, son igualmente aplicables a nuestro país las conclusiones que formula Miguel Casino Rubio: “Por el momento baste con insistir en que el concepto de sanción administrativa, con el que arranca todo el Derecho administrativo sancionador, es un asunto, como podrá comprobarse **en el que los principios propios del Derecho administrativo, con la gestión de los intereses generales al frente, han sido paradójicamente los primeros en caer, en favor de los principios y garantías propios del Derecho penal. Una conclusión realmente llamativa y que prueba hasta qué punto los intereses públicos y generales han quedado efectivamente marginados en el proceso de elaboración teórica del Derecho administrativo sancionador**”.¹¹

3 La matriz epistemológica del DAS

Dado el carácter introductorio de estas ideas para una más clara exposición del tema de mi intervención (el procedimiento administrativo sancionador) señalaré en forma esquemática la diferente matriz sobre la que se construyen el Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador:

- (i) el Derecho penal protege “bienes jurídicos” de actos que puedan “ofenderlos”;¹² el Derecho administrativo sancionador tutela “contextos” o “entornos” incluyendo las conductas menores o nímias, actos de peligro

¹⁰ En contra García Pullés, citado para quien la afirmación de la CIDH y los fallos de la Corte IDH referidos a las garantías del art. 8 del PSJR indicando que son exigibles en la determinación de derechos y obligaciones de índole civil, fiscal, laboral o de cualquier otro carácter “supone algo más que su contenido textual, porque implica afirmar que **todas** las garantías constitucionales del derecho penal del orden jurídico positivo argentino deben ser también consideradas propias del derecho administrativo sancionador y, especialmente, del procedimiento utilizado para el ejercicio de tales potestades” p. 199, negritas añadidas.

¹¹ Casino Rubio, ps. 26 y 27.

¹² Artículo 19 de la Constitución Argentina.

en abstracto, situaciones de riego, infracciones formales o de mera conducta, conductas de terceros, etcétera;¹³

- (ii) el Derecho penal parte del dato micro, del caso singular, el Derecho administrativo sancionador toma en cuenta la perspectiva estadística o de acumulación;¹⁴
- (iii) el Derecho penal cuenta con la posibilidad de imponer penas privativas de libertad, el Derecho administrativo sancionador no puede aplicar forma alguna de privación de libertad;¹⁵
- (iv) finalmente –y para terminar esta enunciación no taxativa–, el Derecho penal es aplicado por los jueces, y el Derecho administrativo sancionador por la Administración y otras autoridades que no integran el sistema penal.¹⁶

La situación de encontrarnos inmersos en lo que se ha denominado “la sociedad de riesgo”¹⁷ y la enorme incidencia de las grandes compañías y de las corporaciones en la vida cotidiana de las personas tienen la gravedad suficiente para exigir de los juristas un examen de la idoneidad que puede tener el DAS sujeto a la matriz del DP para hacerse cargo de regular, fiscalizar y sancionar ese ámbito de conductas y de sujetos.

Inscribo estas reflexiones en lo que el profesor Nieto denomina “el giro administrativo” en la evolución del Derecho administrativo sancionador. Es a partir de esas pautas y esa dogmática que se puede dar respuesta a numerosas e inquietantes cuestiones que el DAS apoyado en el Derecho penal liberal no puede resolver consistentemente:

- (i) la responsabilidad de las personas jurídicas;
- (ii) la matriz objetiva de la responsabilidad;
- (iii) el tratamiento del riesgo;
- (iv) la responsabilidad solidaria;
- (v) las infracciones que no afectan bienes jurídicos;
- (vi) la perspectiva “macro” o cumulativa para pensar la eficacia del sistema.¹⁸

¹³ Silva Sanchez, Jesús María: “La expansión del Derecho Penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales”, Segunda Edición, 2001, Civitas, España.

¹⁴ Silva Sanchez.

¹⁵ Según el art. 23 de la CN sólo previa declaración del estado de sitio puede el Poder Ejecutivo disponer el arresto de personas.

¹⁶ Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo...; Silva Sanchez, Jesús María, La expansión...; Guyomar Mattias, Les sanctions administratives, Lextenso éditons, 2014; entre muchos otros.

¹⁷ Beck, Ulrich: “La sociedad de riesgo, 1998, Paidós, Barcelona, España.

¹⁸ Silva Días Augusto: ¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación

“la cuestión a decidir es si son admisibles formas de imputación individual basadas en la idea de acción colectiva, o sea, si pueden constituir un tipo de injustos comportamientos cuya relevancia se asienta en una lógica de masas, en el hecho de ser practicados por un gran número de individuos”.

Cualquiera que sea el valor que se le reconozca para investigar y sancionar los comportamiento de los seres humanos, nadie que observe el cuadro de situación con una mirada atenta e imparcial podría afirmar que el Derecho Penal de culpabilidad, responsabilidad personal, personalidad de la pena, etc. pueda resultar útil para sancionar a los entes ideales —cuyos titulares, en ocasiones, son otros entes ideales, personas jurídicas que carecen de la capacidad para actuar por sí, que no tienen una estructura psíquica que les permita conocer y decidir, que no deliberan sus decisiones, que realizan actividades consideradas riesgosas, etc.

El historiador Harari describe magníficamente la situación de paradoja en la que nos encontramos: “Así, desde la revolución cognitiva, los sapiens han vivido en una realidad dual. Por un lado, la realidad objetiva de los ríos, los árboles y los leones; y por el otro, la realidad imaginada de los dioses, las naciones y las corporaciones. A medida que pasaba el tiempo, la realidad imaginada se hizo cada vez más poderosa, de modo que en la actualidad la supervivencia de ríos, árboles y leones depende de la gracia de entidades imaginadas tales como dioses, naciones y corporaciones”.¹⁹

Resulta necesario, entonces, revisar los postulados ideológicos que a partir del pensamiento liberal de los siglos XIX y comienzos y fines del XX consideran que el mayor peligro para la sociedad y los mercados lo constituye el Estado, que debe ser neutralizado limitando su posibilidad de regular, fiscalizar y sancionar.²⁰ En particular ello resulta necesario para fortalecer las herramientas de las AAPP para dar eficacia a la gestión de los intereses generales que —cada vez más— la sociedad le encarga. Entiendo que habrá que incorporar las dimensiones difusas de lo que Ulrich Beck llamó *sociedad de riegos*.²¹ Sociedad y situaciones de riesgos que complican extremadamente a la teoría del Derecho, que durante miles de años trató de disciplinar las relaciones personales a partir del valor de la seguridad jurídica, estableciendo procedimientos y dispositivos para dotar de certeza a los conflictos.²² Pero que desde el siglo XX, y ya bien afirmados en el siglo XXI, es convocado a reglar

¹⁹ HARARI, Yuval Noah. De animales a dioses: Breve historia de la humanidad. Buenos Aires: editorial Debate, 2017, p. 46.

²⁰ Hayek, F. *Law, Legislation and Liberty*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1976, ps. 96/100; citado por Atilio Boron, *Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de John Rawls*, en *Análisis Político*, mayo-agosto 2003, nº 49, ps. 48 y ss, Universidad Nacional de Colombia.

²¹ BECK Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 1998. 304 p.

²² Francisco B. López-Jurado Escribano afirma: “Aunque el agente jurídico gusta de la certeza científica para poder cumplir su función estabilizadora, la ciencia en contacto con la estructura racional de la realidad es reacia a los blancos y los negros y prefiere las realidades intermedias” (p. 155); “El ejercicio de las responsabilidades conferidas a las autoridades competentes exige de éstas la toma de decisiones razonables en presencia de de las alternativas entre actuar o no y, decidida la acción, entre distintas actuaciones concretas a llevar a cabo. La tarea del regulador y, por tanto, también, la del jurista consiste en idear nuevos métodos y procedimientos que permitan una mejor coexistencia de la innovación y el riesgo” (p. 153); En: *La transformación del procedimiento administrativo*. Javier Barnes (editor). Sevilla: Global Law Press, 2008, Capítulo III: Los procedimientos Administrativos de Gestión de Riesgos, p. 141/182.

los riesgos, que es el territorio de la incerteza, de la incertidumbre; que carece de bases científicas suficientes sobre las cuales decidir si conviene o no permitir una nueva tecnología, una innovación, una conducta con la cual se pretende actuar en (o sobre) el ambiente.

Como expresa Jaques Chevallier “la lógica de ‘mantener el orden’ sobre la que se apoyan tradicionalmente las actividades de policía está ahora dentro de una problemática mucho más grande, la de la ‘seguridad’ [...] La promoción del tema de la seguridad testimonia una inflexión en profundizar la problemática clásica de mantener el orden. La ‘seguridad interior’ es entendida de manera extensiva, como implicando la protección de la población contra las amenazas de toda clase: la idea de que la seguridad es un ‘derecho fundamental’...”²³ En un diálogo con Danilo Zolo, Beck señala el surgimiento de desafíos a la modernidad de la Ilustración que califica de “riesgos globales” y enuncia a “la crisis ecológica y [...] la turbulencia de los mercados financieros”.²⁴ En tal línea de argumentos se ha señalado que: “Las modernas sociedades han experimentado, en paralelo a su desarrollo tecnológico, un cambio ya muy perceptible en el origen de los daños que puedan afectarlas. Históricamente, ese potencial dañoso, aflictivo, tenía un origen natural: las limitaciones y los peligros propios de la naturaleza. El progreso industrial y tecnológico ha conseguido superar o eliminar muchos de esos peligros naturales, pero con el coste de los riesgos que genera la propia tecnología empleada para alcanzar, con notables éxitos por lo demás, estos objetivos. Así es como hemos pasado de una sociedad expuesta mayoritariamente, exclusivamente en un principio, a los peligros y limitaciones naturales a otra que se caracteriza por su destacada y hasta preferente exposición a los riesgos de la tecnología que ella misma ha generado. [...] La incerteza que se cierne en torno a los efectos de procesos industriales, productos, instalaciones y demás intervenciones de la técnica en un mundo saturado de ella es un problema complejo y de gran relevancia para el Derecho que se plantea con especial agudeza en dos momentos: uno es el de la adopción de decisiones y otro el de la responsabilidad por daños causados en entornos de incerteza, considerando en cualquier caso que esos daños, si se deben a una tecnología, no pueden ya imputarse a un destino ineluctable como el que mueve las fuerzas de la naturaleza, sino que siempre podrá advertirse en su origen una o varias decisiones humanas...”²⁵

²³ Chevallier Jacques, « La police est-elle encore une activité régalienne ? », en *La police administrative*, dirección de Vautrot-Schwarz Charles, PUF, Paris, 2014, ps. 8 y9, traducción propia.

²⁴ BECK Ulrich y ZOLO Danilo. *La sociedad global del riesgo: Una conversación entre Ulrich Beck y Danilo Zolo*. [en línea], En: *Sociológica México: Revista del Departamento de Sociología, Universidad Autónoma Metropolitana*, año 19, nº 57, Enero-abril de 2005, p. 308, ps. 307-327, Consultado el 20.11.2020. Disponible en <http://www.sociologiamexico.azc.uam.mx/index.php/Sociologica/article/view/313>.

²⁵ ESTEVE PARDO José. *La protección de la ignorancia: Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos*. [en línea] En: *Revista de Administración Pública*, Núm. 161. Mayo-agosto 2003. Ps. 53/82. Consultado el 06.08.2009. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/721277.pdf>.

De ese modo, la regulación, control y sanción de conductas consideradas riesgosas desafía el código genético del constitucionalismo tradicional (autoridad-libertad) que se expresa en el aforismo *in dubio pro libertatis*²⁶ y las capacidad de rendimiento (efectividad) de un derecho represivo que se configura a partir del DP liberal.

Julio B.J. Maier advertía que en la sociedad de riesgo la función del Estado de procurar el bien común precisaba el ejercicio del poder de policía “incluso de medios de coacción directos, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades (salud pública o general, sustancias o mercaderías en el comercio, uso y existencia de ciertas armas, medicamentos, elaboración y consumo masivo de mercaderías, recaudación y subvención pública). Por ello me parece que un Derecho administrativo sancionador, por supuesto de intervención, siempre moderado en sus injerencias sobre las personas, que solo opere con sanciones que, de demostrarse un error (...) puedan ser reparadas por el Estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: en esta zona [cita a Winfried Hassemer] ‘no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro’.”²⁷

4 ¿Qué es una sanción?

La definición y caracterización de la categoría jurídica *sanción* permitirá distinguirla de otros actos por medio de los cuales la Administración también restringe o priva de derechos sin carácter represivo y de los actos no procedimentalizados de coacción administrativa directa.

Suay Rincón examina la sanción administrativa entendida como “un acto de gravamen, un acto, por tanto, que disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (interdicción de una determinada actividad, sanción interdictiva), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena al pago de una suma de dinero: sanción pecuniaria)”;²⁸ se trata, es dable inferir, de una especie del género *actos de gravamen*.

Otra nota distintiva fue señalada en el fallo “Baena” por la Corte Interamericana de Derecho Humanos al determinar que las sanciones administrativas (como las

²⁶ Recuérdese que los principios jurídicos ambientales que contrastan con el principio “pro libertatis” son: (i) precaución, (ii) equidad intergeneracional, (iii) solidaridad.

²⁷ Maier, Julio B.J. El Derecho contravencional como Derecho Administrativo Sancionatorio, p. 34 y 35.

²⁸ SUAY RINCÓN, J. Sanciones Administrativas. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 221p; apud Ramírez Torrado, María Lourdes LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU DIFERENCIA CON OTRAS MEDIDAS QUE IMPONEN CARGAS A LOS ADMINISTRADOS EN EL CONTEXTO ESPAÑOL, en REVISTA DE DERECHO No 27, Barranquilla, 2007, consultada en línea el 04 de marzo de 2022.

penales) “implican menoscabo, privación o alteración de derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”.²⁹

También se ha afirmado que la determinación de la existencia de la conducta infractora que opera como *factor de reconocimiento* de la sanción se constate mediante un procedimiento administrativo que satisfaga las exigencias del *debido proceso legal*, dotado de previo contradictorio y amplia defensa.³⁰

Y, por último, debe tenerse presente la *finalidad* del acto administrativo pues, como fue señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: “la finalidad de las sanciones administrativas —disciplinarias o represivas— es restaurar el orden jurídico infringido, reafirmando la vigencia de la norma, para cuyo cometido es necesario *herir al transgresor* en su patrimonio y no reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario (CSJN, Fallos: 328:2752, sentencia del 28.07.2005, del voto del juez Enrique Santiago Petracchi en la causa “Transportes del Tejar S:A: c/ Tribunal Municipal de Faltas – Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires).³¹ Nieto agrega que la finalidad de la sanción administrativa es doble: el servicio público, la defensa de los intereses generales, por un lado, y el castigo del infractor, por otro.³²

5 ¿Cómo diferenciarla de otros actos gravosos?

No todas las medidas restrictivas de derechos determinadas o ejecutadas por la Administración cumplen con las cuatro características enunciadas en el punto anterior para poder ser consideradas como “sanciones administrativas”.

La necesidad de diferenciarlas tiene relevancia para definir cuál será el régimen jurídico que las regula, pues —es una verdad de Perogrullo— el DAS tanto en lo sustancial como en lo procedimental solo se refiere a los actos administrativos dirigidos a imponer sanciones. El carácter represivo sancionatorio no debe ser atribuido a todos actos de la Administración que impactan en forma negativa en los derechos, intereses y deberes del administrado. Rebollo Puig sostiene la necesidad urgente de “depurar el concepto mismo para excluir de él las falsas sanciones y, consiguientemente, todo el régimen jurídico de otras medidas administrativas igualmente gravosas, pero de naturaleza no propiamente represiva”³³ como pueden serlo la expropiación, las medidas urbanísticas, etc.

²⁹ Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/200, párrafos 106 y 107.

³⁰ Ferreira Daniel, *Sanções Administrativas*, p. 22, Malheiros, 2001, San Pablo, Brasil.

³¹ Ramírez Torrado afirma que “el carácter represivo de la sanción: [es el] elemento diferenciador con otras instituciones jurídicas que imponen cargas al administrado, el carácter represivo es el eje sobre el que se edifica el concepto de sanción”.

³² Prologo al libro de Casino, p. 17.

³³ REBOLLO PUIG, Manuel (1990). Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas. Revista andaluza de administración pública, N° 2, p. 42.

5.1. Así, por un lado, encontramos las *medidas de policía* que constituyen la consecuencia jurídica de conductas de los particulares, que no pretende la inmediata aplicación de una sanción, sino que se dirigen a la conservación del orden legalizado o regulado, la salvaguardar los intereses públicos de cara a los derechos de los demás ciudadanos y a restablecer el orden jurídico conculcado. Entre los fundamentos de estas medidas que, por su urgencia prescinden del previo procedimiento contradictorio para que su aplicación resulte efectiva, se encuentra (i) la necesidad de autodefensa administrativa y (ii) el uso de la fuerza para evitar hechos punibles.

Aguirreazkuenaga recuerda que en las medidas de coacción directa (las más extremas dentro de las de policía) Merkl observaba tres elementos fundamentales “(a) la conservación del orden como fin, (b) la prevención de los peligros como método y, (c) la coacción como medio.”³⁴

5.2. Conviene efectuar otra distinción que se muestra con nitidez cuando se examina la revocación de permisos, licencias o autorizaciones. Tal revocación puede responder (a) al incumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos que permitieron el otorgamiento de la autorización, o (b) al incumplimiento de las condiciones y límites ya en el ejercicio de la actividad autorizada. En estos casos, si lo que se investiga es la inobservancia del régimen sustantivo que regula el ejercicio de la actividad autorizada y la consecuencia puede ser la revocación de la habilitación, se está en el ámbito del DAS. En cambio, si se detecta una transgresión al régimen de los requisitos de la autorización, la cuestión es ajena al DAS y se regula por los principios y reglas generales referidas a los vicios en la actividad de la Administración.³⁵ “De modo que cuando el correspondiente incumplimiento es del régimen jurídico que ordena la correspondiente actividad y constituye una infracción sancionable la revocación que lo castiga funciona entonces como sanción. En caso contrario, la conclusión es lógicamente la opuesta y, en consecuencia, la revocación es en tales casos una simple medida administrativa descargada de contenido sancionador, que se limita a apurar las consecuencias derivadas del incumplimiento objetivo de los requisitos que habilitan el ejercicio del derecho o la actividad pretendida. Esa es, en efecto, la tesis hoy dominante entre nosotros”.³⁶

5.3. Tampoco se considera entre las sanciones administrativa la aplicación de daños punitivos, dado que (a) tienen una naturaleza civil, (b) se hallan previstas en la Ley de Defensa del Consumidor, y (c) se aplican por los jueces competentes en esa materia.³⁷

³⁴ Aguirreazkuenaga, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas-IVAP, Madrid, 1990, p. 60/61.

³⁵ Véase en detalle y con mayores disquisiciones: *Casino Rubio...* p. 105 y ss, Capítulo IV Las medidas restrictivas de derechos.

³⁶ Ídem, p. 104.

³⁷ Puede consultarse con provecho para el lector la obra dirigida por Manuel Gómez Tomillo *Límites entre el Derecho Sancionador y el Derecho Privado. Daños punitivos, comiso, responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

6 El procedimiento sancionatorio (o de qué manera conciliar los dos rostros de Jano)

Teniendo ya una (relativa) determinación de lo que pueden considerarse sanciones administrativas, corresponde ingresar a considerar la relación entre buen gobierno y procedimiento sancionador. Como lo han destacado eminentes catedráticos “el Derecho administrativo es algo más que un sistema de garantías, por muy importante que éste sea. No puede reducirse a combatir la arbitrariedad, la actuación *ultra vires* (Schwartz, García de Enterría y epígonos). *Es cauce para la satisfacción de los intereses generales*, que son de los ciudadanos, y justifica la misión servicial de la Administración Pública”;³⁸ y, en particular para el DAS “los avances logrados en las garantías aseguradas por el Derecho Administrativo Sancionador — que son pura y simplemente irrenunciables— no autorizan a silenciar una grave disfunción de la política represiva en la que se han desequilibrado sus elementos componentes en beneficio de la garantía y en perjuicio de la punición. *El objetivo del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino su castigo con respeto de las garantías que como ciudadano de un Estado democrático de Derecho se merece*”.³⁹

Puesta de relieve la fundamental trascendencia de la potestad sancionadora para la satisfacción de los intereses públicos que la sociedad encomienda a la Administración, la decisión de configurar el procedimiento administrativo sancionador a partir del Derecho Penal o por del Derecho Administrativo no es neutral. La máxima tutela garantista que el procedimiento penal debe tener *en su ámbito*⁴⁰ resulta inapropiada para el procedimiento administrativo sancionatorio y trae como consecuencia la neutralización de la actividad administrativa dirigida a dar eficacia a las normas y actividades administrativas dirigidas a la concreción de los intereses generales cuando son afectadas por infracciones administrativas. El procedimiento administrativo que so pretexto de garantismo se nutre defensas

En Argentina, la CSJN en la sentencia del 3 de marzo de 2020, publicada en Fallos: 343:140 expresó “13) Que, en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Senadores [...] el asesor del Ministerio de Justicia, doctor Sanmartino, expresó que ‘La sanción pecuniaria disuasiva es una multa civil que está prevista, por ejemplo, en el artículo 52 bis de la ley del consumidor. Es decir que es una sanción que se vincula por el incumplimiento de un contrato de consumo, de una relación de consumo. No se refiere a lo que son las astreintes. La sanción pecuniaria disuasiva básicamente se llama *daño punitivo*. La astreinte [...] es un medio compulsivo en el marco de un proceso judicial. Y la sanción pecuniaria disuasiva es otra cosa; es una multa en el marco de una relación contractual de consumo”.

³⁸ Meilán Gil, José Luis EL PARADIGMA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN AFDUC 17, 2013, p. 250.

³⁹ Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 34.

⁴⁰ La rigidez de las garantías y principios tradicionalmente vigentes en el Derecho penal se halla en relación con las consecuencias jurídicas que eran usuales en ese sistema: la pena de muerte y los castigos corporales, y actualmente la privación de la libertad (cf. Silva Sánchez ...116/117).

previstas para evitar la muerte, los castigos y la prisión,⁴¹ obtura el ejercicio de la potestad administrativa y trae perjuicio a la sociedad.

He tomado partido por la naturaleza administrativa del DAS en todos sus ámbitos a fin de lograr que se atienda en forma equilibrada las dos miradas de Jano. El procedimiento administrativo sancionador no es ajeno a ese encuadre. Silva Sánchez lo expresa con absoluta claridad “ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema de derecho sancionatorio tiene porque haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías...”.⁴² La razonabilidad de este planteo se advierte en la relación que efectúa Lozano Cutanda entre el rigor en la aplicación de las garantías, por una parte, y la gravedad de la sanción a imponer.⁴³ En sentido semejante Huergo Lora sostiene que se debe “dejar de operar con las sanciones administrativas como una categoría homogénea, y operar al igual que lo hace el TEDH distinguiendo en función de la gravedad de las sanciones a las que se aplican determinadas garantías en la medida en que tengan una especial gravedad”.⁴⁴

Es menester que reitere la frontera dentro de la cual la propuesta en la que me enrolo pueda ser aplicada: **el sistema administrativo sancionatorio no puede incluir medidas privativas de la libertad**. Con claridad lo expresaba Julio B. J. Maier: “el Derecho contravencional no debe funcionar, cuando menos, sobre la base de la privación de la libertad”.⁴⁵

Coincido con quienes afirman que las garantías democráticas del Derecho sancionador no proceden del Derecho Penal sino de los valores comunitarios

⁴¹ “En los siglos XVIII o XIX, cuando el ciudadano era el sujeto débil en la relación de poder con el estado, cuando el estado tenía la concentración más importante de saber, de recursos económicos y de coacción, era razonable (y legítimo) que surgiera una resistencia con un discurso de derechos y libertades individuales para limitar al poder. Esto es una cosa./ Pero cuando en las postrimerías del milenio con lo que nos encontramos es con aquello que el profesor Grecco dejaba sentado, que no sabemos si hay estado; cuando hoy el saber no es una característica determinante y central del poder del estado (hay más saber dando vueltas afuera, y lo tienen las corporaciones, que el saber que genera el Estado con sus universidades y centros de investigaciones); cuando el poder económico de organismos y grupos transnacionales hace que parezcan ingenuas las ideas de soberanía, autodeterminación, etc.; [...] entonces tampoco el Estado tiene un poder relevante para generar recursos económicos; y, por último, cuando fenómenos como el narcotráfico y la guerrilla nos señalan que existen, inclusive, estados donde hay organizaciones que tienen mayor poder de fuego y armamento que el propio Estado; cuando todo esto se presenta, **yo me pregunto si el discurso hoy de limitación del poder de policía tiene algo que ver con la lucha de resistencia que fue creando al “ciudadano” durante los siglos XVI a XVIII, como correlato de la ley y limitación al estado.**/ Hoy la resistencia a la noción de poder de policía, me parece, pasa por otro lado. Por el lado que pasa —según creo— es por la libertad del zorro en el gallinero; por la garantía de una mínima intervención estatal en ámbitos que los actores económicos hegemónicos quieren aprovechar sin dar demasiadas explicaciones al estado, para lo cual deben resistir esta noción”, Said, José Luis, Poder de Policía, Revista Actualidad en Derecho Público, Buenos Aires, Ad-hoc 1999.

⁴² Silva Sánchez, p. 151.

⁴³ Lozano Cutanda, Blanca, LA TENSIÓN ENTRE EFICACIA Y GARANTÍAS EN LA REPRESIÓN ADMINISTRATIVA....”.

⁴⁴ Huergo Lora, p. 17.

⁴⁵ Maier, Julio B.J. El Derecho contravencional como Derecho Administrativo Sancionatorio, p. 33.

plasmados en la Constitución.⁴⁶ No advierto que la Constitución sacrifique en el altar de las *garantías penales* los intereses públicos, generales o el bien común que ella establece, autoriza a los poderes constituidos a determinar según las circunstancias e impone como deber de realización a la Administración. La desnaturalización del procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad sancionadora lesiona el interés público consistente en conceder a la Administración una potestad para reforzar la observancia de la ley.

Incluso, desde la perspectiva de quienes propugnan la aplicación de las bases del Derecho Penal al DAS se ha sostenido: “Probablemente desde un punto de vista procesal, también los principios garantistas deben ser idénticos. Así, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo, etc. Otra cosa es que su articulación concreta no deba ser la misma que en el Derecho Procesal Penal”.⁴⁷

La diferencia de estructura y finalidad entre los “principios” y las “normas”⁴⁸ permite que los principios penales tengan un desarrollo normativo diferente en cada ámbito examinado. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Español al expresar que el principio de culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho penal, “sin embargo la consagración constitucional de ese principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo”;⁴⁹ en esa dirección hermenéutica la Corte IDH ha establecido en relación las garantías judiciales del art. 8 de la CADH que, si bien deben ser respetadas dentro de todo tipo de procesos, sean administrativos o jurisdiccionales,⁵⁰ cuando la aplicación es realizada por autoridades no judiciales no son aplicables las garantías receptadas en el ar. 8.1 propias de un órgano judicial. Debe sí aplicarse “aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”.⁵¹

Como puede verse, la aplicación de los mismos principios penales admite un desarrollo normativo diferenciado en el DAS de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CSJN de Argentina.⁵²

⁴⁶ J.A. Lascuráin, Por un derecho penal solo penal: Derecho Penal, derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador, citado por Gómez Tomillo, p. 34, nota 59.

⁴⁷ Gómez Tomillo, p. 31 nota 41.

⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo: El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia, 2003, Trotta, España.

⁴⁹ STC, 246/1991, del 19 de diciembre.

⁵⁰ Caso “Baena”.

⁵¹ Caso “López Lone” párrafo 207.

⁵² En verdad, la jurisprudencia de la CSJN no presenta una posición uniforme, lo que dificulta aún más establecer una clara comprensión del DAS en la Argentina. Sánchez Santander expresa que “podemos ir encontrando casos que avalan la necesidad de traslación plena de principios entre ambas ramas del derecho, como así también de la modulación en la aplicación de los mismos”. Sánchez Santander, Juan Manuel, “Garantías constitucionales del Proceso Penal: su aplicación en el procedimiento administrativo”, consulta en línea en <http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/articulos/index/garantias-constitucionales-del-proceso-penal-su-aplicacion-en-el-procedimiento-administrativo-sancionador>.

7 Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador

7.1 El PAS y los DDHH

Voy a partir, para el encuadre adecuado de las normas del procedimiento sancionatorio y simplificar la exposición, de un documento producido por la CIDH⁵³ referido a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para que el acceso a la justicia opere como garantía de los DESC.⁵⁴ En particular en cuanto examina los principios y elementos que componen el debido proceso legal en sede administrativa. No pierdo de vista que el informe se refiere al procedimiento administrativo referido a los derechos sociales, pero sus pautas son, en su mayor parte, trasladables al PAS pues la decisión de pautar con precisión los elementos que integran la “garantía” de los particulares en esos procedimientos ante la Administración es compartido por el DAS y se dirige a dar cumplimiento al debido proceso, evitar la aplicación discriminatoria del Derecho y limitar la discrecionalidad de la Administración.

De acuerdo con la CIDH los elementos que componen el debido proceso legal en sede administrativa son los siguientes: (i) La garantía de una audiencia de determinación de derechos. El derecho a la representación legal (ii) La notificación previa sobre la existencia del proceso (iii) El derecho a contar con una decisión fundada (iv) La publicidad de la actuación administrativa (v) El derecho al plazo razonable del proceso administrativo y (vi) El derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas.

7.2 El PAS y la Buena Administración

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración, cuyo borrador fue redactado por el profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz,⁵⁵ ha incorporado en el debate a “la buena Administración Pública”. El autor explica que la buena administración “puede ser concebida como obligación de los Poderes Públicos, como derecho humano y, también, como no, como principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración Pública. Extremo que explica también claramente el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): ‘La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al

⁵³ OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 , septiembre 2007.

⁵⁴ EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ESTUDIO DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANO.

⁵⁵ Véase su análisis de la Carta en *SOBRE LA CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, en el AFDUC, 18, 2014, p. 17/30.

Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana”

El PAS, examinado desde la perspectiva del derecho a la buena administración, exigirá poner en primer plano, la función de garantía de los particulares que el procedimiento debe cumplir. Así, la Carta establece -en cuanto ahora me interesa destacar- en el apartado 24, *el principio de debido proceso*. Indica que” las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos superiores de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”. Luego, enuncia entre los derechos de los ciudadanos, entre otros, “8. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas”, “12. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración Pública”, “13. Los ciudadanos podrán denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones”.

Se da énfasis a la protección de las situaciones jurídicas de los administrados en sede administrativa y se establecen ciertos mecanismos de participación en el procedimiento: audiencias, informaciones, denuncias, quejas, reclamaciones y recursos.

Más la buena administración no es solo un derecho de los particulares. Es también un principio general del derecho administrativo. Así lo explica Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “La buena Administración Pública puede ser concebida como obligación de los Poderes Públicos, como derecho humano y, también, como no, como principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración Pública. Extremo que explica también claramente el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): ‘La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de

la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.”

La dimensión de la buena administración **como principio general del DA** exige considerar las implicancias que para el PA y para el PAS en particular -tema de esta ponencia- se derivan de ese principio.

Aparece aquí, nuevamente, la otra cara de Jano: la que mira hacia la tutela, garantía y satisfacción de los intereses públicos. En el prólogo al libro de Casino Rubio, el maestro Alejandro Nieto expresa: “Casino —después de denunciar incansablemente la desviación provocada por la falsa perspectiva de enjuiciar las sanciones desde el punto de vista de las garantías individuales— insiste en el surco trazado por otros autores, fundamentalmente Huergo y Rebollo Puig, recuperando la visión del Derecho Administrativo Sancionador como una institución al servicio, en primera línea, de los intereses públicos y generales”.⁵⁶

Esta visión centrada en dotar a la Administración de potestades para la debida atención de los intereses públicos, de los “entornos”,⁵⁷ que operan como un refuerzo sancionatorio para la ordinaria tarea de gestión de ámbitos trascendentes para la sociedad,⁵⁸ no es compatible con la mirada del PAS a partir de los principios y garantías del Derecho Penal que postula por un sector de la doctrina.⁵⁹ Mirada ésta que esteriliza -inevitablemente- las potestades y prerrogativas tuitivas de los intereses públicos. Con toda claridad Meilán Gil enseñaba: “Privilegios y prerrogativas que no se compadecen ya con la orientación constitucional, aunque se resistan a desaparecer. **No tiene sentido seguir manteniendo la defensa de las potestades de la Administración como algo exorbitante del Derecho privado. Forman parte**

⁵⁶ Casino, prólogo, p. 16.

⁵⁷ Véase Silva Sánchez.

⁵⁸ “... la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos”; Nieto, A. Derecho... p. 25.

⁵⁹ En contra, García Pullés afirma “el derecho no regala a la Administración las prerrogativas por razones de mera eficacia. Por el contrario, en un contexto republicano de división de poderes prevista para asegurar los beneficios de la libertad, tales prerrogativas han sido otorgadas con fundamentos concretos y raíz moral”. Sin embargo, luego expresa en distinto sentido que “la finalidad del gobierno es la consecución del interés público y que este se jerarquiza sobre los intereses particulares. Es aquí donde debe hallarse el justificativo republicano de la prerrogativa de la autotutela ejecutiva...” (p. 186).

necesaria de la función encomendada constitucionalmente a la Administración pública y esencial al Derecho administrativo” y agrega la contundente explicación del Tribunal Supremo español: “Las potestades que la Constitución y las leyes encomiendan a la Administración **no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines** y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales”.⁶⁰

7.3 El PAS en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

La ley 19549 no contiene reglas específicas para el procedimiento administrativo sancionador. No obstante, los principios y garantías que establece en ella dan adecuada recepción normativa al principio y garantía del debido proceso constitucionalmente establecido y corresponde que sean aplicados como matriz de los procedimientos sancionatorios.⁶¹

Esto no implica rechazar que se establezca una normativa común para todas las especies de procedimientos sancionadores; unas bases comunes que tomando en cuenta las diferentes características y fines de diversas expresiones de castigo (auto/hetero protección; sujeción general/especial; fundamentalmente) fijen las condiciones de regularidad mínimas que deben resguardarse en todas las investigaciones administrativas con la mirada puesta en dos objetivos: proscribir la indefensión y resguardar los intereses públicos afectado por la infracción.

Pero lo que, entiendo, resulta definitorio para que se deba aplicar la LNP a los procedimientos sancionatorios es que, salvo ley expresa que indique la aplicación de otro régimen, corresponde tratar toda la materia administrativa, en primer término, con las reglas del DA.⁶²

7.4 Innecesaridad de aplicar principios penales en el PAS

Creo haber expresado razones suficientes para postular que la aplicación de los principios y garantías propios del Derecho Penal sustantivo y adjetivo es perjudicial para la adecuada y necesaria actividad administrativa gestora de los intereses públicos que le son asignados por la Constitución y las leyes.

⁶⁰ Meilan Gil, José Luis “Intereses generales...” p. 73.

⁶¹ En contra: García Pullés, F. quien sostiene que “no es posible continuar postulando la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamento al procedimiento administrativo en el que se ejercita la potestad sancionadora de las administraciones públicas...”, p. 193.

⁶² En sentido opuesto García Pullés sostiene que su rechazo a la aplicación de las garantías del procedimiento administrativo en que “la pretensión de obtener este relajamiento de los principios y garantías del derecho penal de una interpretación dogmática pero no de una ley expresa...” p. 201. Este argumento contiene una petición de principio, **pues no ha quedado demostrado que exista una ley que obligue -por regla- a aplicar los principios y garantías penales**, por lo que esa exigencia procedería de otra dogmática del sistema administrativo.

En una posición diametralmente opuesta sobre este asunto García Pullés sostiene que la Opinión Consultiva 11/90 de la CIDH y los fallos de la Corte IDH “supone(n) algo más que su contenido textual, porque implica afirmar que **todas** las garantías constitucionales del derecho penal del orden jurídico positivo argentino deben ser también consideradas propias del derecho administrativo sancionador y, especialmente, del procedimiento utilizado para el ejercicio de tales potestades” y sobre esa base conjetura que en el orden jurídico argentino se ha impuesto como régimen supralegal directamente aplicable al DAS el conjunto de garantías penales y sustanciales, enfatizando que “repito que no es una cuestión de opiniones doctrinarias”.⁶³

Entiendo que esa afirmación quita toda relevancia a la expresión “en ocasiones” que la Corte IDH utiliza para equiparar *en ocasiones* (valga la repetición) sanciones penales y administrativas. Considero que tampoco la jurisprudencia de la CSJN brinda apoyo a esa exégesis pues el Alto Tribunal ha afirmado (al decidir un recurso relativo a una sanción impuesta por la Comisión Nacional de Valores) que: “Los principios y reglas del derecho penal resultan aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas [...] siempre que la solución no esté prevista en el ordenamiento específico y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales...”.⁶⁴

Queda abierto así un margen muy amplio para decidir en qué casos aplicar y en cuales no esos principios, así, por ejemplo ¿deberían aplicarse todas las garantías del derecho penal en un procedimiento administrativo para imponer una sanción de apercibimiento o una breve suspensión en el ejercicio de algún derecho? Mi respuesta es, claramente, que no; y, a mi juicio, también es negativa la de las Cortes mencionadas y la de otros Tribunales: “la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos”.⁶⁵

7.5 Presunción de inocencia del supuesto infractor vs. Presunción de legitimidad del acto administrativo

Este es, a mi modo de ver, uno de los puntos críticos que llevan a la doctrina tradicional partidaria de aplicar los principios penales a resistirse a abandonar su pretensión colonizadores del DAS. Se afirma que, aplicado los principios penales, el proceso para que se realice control judicial de la sanción debe tener efectos suspensivos, hasta tanto se agote la vía judicial (que insume entre dos y tres

⁶³ García Pullés, p. 199.

⁶⁴ Fallos: 335:1089.

⁶⁵ Tribunal Constitucional de España, STC 76/90, del 26.04.1990.

tribunales, según sea el caso). Invocan que debe extenderse a todas las sanciones el efecto suspensivo que tiene la vía judicial cuando la sanción es privativa de libertad.

Me parece harto evidente que las sanciones que privan de la libertad ambulatoria no pueden equiparse a las demás sanciones. Para las primeras todas las garantías,⁶⁶ para la demás prudencia y mesura. Mesura y prudencia que encuentran en la LNPA suficiente equilibrio pues, luego de proclamar la presunción de legalidad y la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, concede al interesado y a la propia Administración la facultad de disponer la suspensión de la ejecución del acto (art. 12 LPA) en sede administrativa, y la jurisprudencia y doctrina han desarrollado la viabilidad de la tutela judicial cautelar estando pendiente la vía administrativa.

Se equilibra así la prerrogativa de llevar adelante el acto dictado con la garantía de los particulares de obtener una medida cautelar que inhiba esa fuerza ejecutoria.

Por lo demás, los grandes infractores (por su estructura societaria y poder económico) dada su existencia ideal no pueden ser privados de su libertad por lo que a su respecto ninguna garantía vinculada con la libertad ambulatoria puede (ni debe) serles extendida.

8 La Buena Administración y los intereses colectivos en el PAS

Voy a partir ahora de la consideración de la *buena administración* en su dimensión de *principio*. Desde esa perspectiva es posible dar toda la trascendencia que presenta la necesaria, oportuna, eficaz y eficiente gestión de los intereses de la comunidad. El principio insufla las potestades, técnicas, instituciones y procedimientos con los que la Administración desarrolla su actividad.

8.1 Intereses colectivos y legitimación para intervenir en el PAS

Apunté ya que la Carta Iberoamericana reconoce a los ciudadanos ciertos derechos “8. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas”, “12. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración Pública”, “13. Los ciudadanos podrán denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones”. Nada hay en Carta limita estos derechos a participar, conocer, reclamar, presentar quejas o hacer denuncias a que se refieran a intereses individuales de quien pretende intervenir.

⁶⁶ Dejo a salvo que, según lo expuse, el DAS no puede contener sanciones referidas a la privación de la libertad de los infractores.

Todo indicaría que si se cumpliera la Carta Iberoamericana cualquier persona debería encontrarse legitimada para tomar parte “en las actuaciones administrativas en que tenga interés” en defensa de derechos e intereses colectivos, supraindividuales, homogéneos; sin embargo el reconocimiento de la condición de *parte* aparece gravemente limitada en las normas de procedimiento administrativo general, (art. 3º del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto 1759/72 - T.O. 2017) que solo considera parte interesada a “cualquier persona humana o jurídica, pública o privada, *que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo.* También tendrán ese carácter *aquellos a quienes el acto a dictarse pudiera afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones* a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente”. Congruentemente con dicha disposición el art. 74 del Reglamento dispone: “Sujetos. Los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo.” El Reglamento de Procedimientos Administrativos vigente solo autoriza el carácter de parte a quien invoque o pueda ver afectados sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Nada dice respecto de los derechos de incidencia colectiva y de los intereses supraindividuales.

Sin embargo, ese silencio no impide que, a la luz de lo establecido por el art. 43 de la Constitución de la Nación, la doctrina y la jurisprudencia hayan extendido la legitimación procesal que se reconoce para accionar ante el Poder Judicial al afectado, a la Defensoría del Pueblo y a las asociaciones que propenden a la defensa de esos derechos,⁶⁷ a la legitimación para ser parte en los procedimientos administrativos vinculados con derechos colectivos.⁶⁸

Otra vía para fundar la legitimación amplia en materia de derechos colectivos puede hallarse en Decreto 229/2000 por medio del cual el Poder Ejecutivo nacional aprobó el Programa “CARTA COMPROMISO CON EL CIUDADANO” cuyo art. 3º “reafirma(ndo) los derechos de los que goza el ciudadano frente a la Administración Pública Nacional, a saber: a) DERECHO a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional. [...] d) DERECHO a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas

⁶⁷ Caputi, María C., “Perspectivas actuales de la legitimación de las asociaciones,” en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2005, p. 567-592, examina la legitimación de las asociaciones conforme la Constitución de 1994.

⁶⁸ Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 490/491. Fabián Canda agrega que respecto del derecho colectivo a un ambiente sano también se encuentra legitimado para accionar el Estado (nacional, provincial y municipal) de acuerdo con el art. 30 de la Ley General del Ambiente, aut. cit., “Procedimiento Administrativo Ambiental. Diálogo e interdependencia con el procedimiento administrativo”, en *Fuentes y Procedimiento Administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas*, UA-Rap, 2019, p. 269/270.

en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas. [...] i) DERECHO a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias”.

La conjunción de los derechos a obtener información y conocer el estado de las actuaciones que la Administración lleva adelante por una denuncia del particular que lo requiere o de terceros que involucre derechos supraindividuales, y el derecho a una decisión expresa de las peticiones y denuncias referidas a esos derechos, dan apoyo al reconocimiento de la calidad de “parte” en el procedimiento administrativo sancionador a quienes se interesan, denuncian o requieren la actuación sancionatoria de la Administración cuando se encuentran en juego derechos e intereses de incidencia colectiva.⁶⁹

En consecuencia, si la infracción objeto de investigación por la Administración se vincula con el incumplimiento de normas referidas a los derechos e intereses colectivos y supraindividuales debe admitirse la legitimación a todo interesado, sea una persona física o jurídica, en la forma más amplia que reconoce el ordenamiento jurídico argentino.⁷⁰

⁶⁹ Gordillo, Agustín, Tratado... IV.15, p. 193 “Es suficiente con que una persona manifieste su voluntad una sola vez en el sentido de qué es lo que pretende o reclama de la administración pública, para que ésta se encuentre con la posibilidad e incluso con el deber jurídico de resolver esa presentación, hubiere o no sido dictado el acto adverso al momento de su interposición. Ello dimana también del expreso derecho que el decreto 229/2000 reafirma a las personas a que sean resueltos en cuanto al fondo —obviamente— tanto sus recursos y reclamos como sus denuncias”.

⁷⁰ Al examinar el problema de la legitimación para requerir la declaración de invalidez de actos administrativos viciados por el accionar corrupto de los funcionarios expresé ciertas ideas que considero que se aplican también al tema en examen. “Es clásica la posición de Hans KELSEN en cuanto a que no existe derecho sin acción: ‘Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo en su favor’. Por su parte, Roberto VERNENGO, agrega que “La distribución de los derechos subjetivos indica así como se distribuye el poder dentro de un grupos social”. / Si esas afirmaciones son correctas —y entiendo que lo son— del reconocimiento normativo-constitucional del derecho ciudadano al desempeño probo de la función pública (art. 36, CN) se deriva la posibilidad de que cualquier persona pueda (es decir: *está legitimado para*) requerir el control administrativo y judicial de los actos de la Administración Pública sospechados de corrupción. Legitimación que expresa la atribución de un poder de control que los poderes políticos no están dispuestos a distribuir. // 2. La posibilidad de que cualquier ciudadano -o un grupo de ellos- cuente con la facultad de articular una pretensión dirigida a invalidar actos sospechados de corrupción resulta ajena a la lógica del sistema [o, *agrego ahora, para participar en un procedimiento en que se persigue la infracción de derechos colectivos*]. Por ello, la mezquinidad con la que se establece la legitimación en las normas de procedimiento y en los códigos procesales, *tiene que ver directamente con la falta de voluntad del Poder de someterse a control*. Pero como el Poder no quiere que veamos su pretensión de impunidad, establece ciertos mecanismos para concentrar la legitimación para la investigación o impugnación de estos hechos en manos de un pequeño grupo de funcionarios. Funcionarios que, cualquiera que sea su intención, no podrán hacerse cargo de tan ciclópea tarea, y dejarán enormes márgenes para la impunidad. Paralelamente, ello permitirá que el gobierno actúe ante la sociedad y ante la comunidad internacional ‘como sí’ le preocupara la corrupción y le ocupara el control de la actividad ilícita. Frente a la inactividad de esos funcionarios, sólo quedará la posibilidad de una mera denuncia contra ellos ante otros funcionarios, y así en un *círculo ad eternum*. // 3. Por eso, el reconocimiento de un derecho de incidencia colectiva a contar con una administración que actúe con probidad, eficiencia y eficacia, otorga legitimación a los afectados — todos quienes habitan en este suelo—, a las organizaciones de la sociedad civil vinculadas con el tema y al Defensor del Pueblo

8.2 Oficialidad vs. Oportunidad

No basta con el reconocimiento a los particulares de la legitimación para ser parte en el procedimiento sancionatorio si no va acompañado del deber de la Administración de investigar las infracciones ejerciendo la competencia que le asignan las normas. Esta afirmación exige formular ciertas consideraciones referidas al carácter obligatorio u optativo del ejercicio de la acción persecutoria y de la imposición sancionatoria. El punto de partida para contestar el interrogante debe buscarse en los caracteres de la competencia administrativa. Al respecto, el art. 3 de la LNP dispone: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. *Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable...*”. Regla que se refuerza con el deber impuesto a la Administración por el art. 1º, a) de la ley: “Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones.”

Si bien la obligación de ejercer la competencia atribuida estaría reglada, resta saber si el órgano competente, al cumplir con el deber de examinar la denuncia o noticia sobre una conducta, cuenta con la discrecionalidad (o no) para abrir la investigación o desestimar la denuncia.⁷¹

La ampliación de los ámbitos de intervención del Estado (protección del medio ambiente, del patrimonio histórico, del hábitat urbano, de los mercados, de la salud, etc.) a través de la regulación de actividades va acompañada de una ampliación paralela de la función de control y de la potestad sancionatoria para dotar de efectividad a la gestión Administrativa. Se genera así una multiplicación de conductas infractoras que no pueden ser investigadas ni sancionadas,⁷² fenómeno que también se presenta en materia penal. Ante esta situación se ha afirmado que la realidad “nos enseña que es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores”.

La situación resulta seriamente problemática. Sostener el dogma del principio de legalidad y oficiosidad en la persecución de los infractores, estando vedada al órgano a cargo de la investigación la posibilidad de disponer de la acción por razones de oportunidad; o admitir el ejercicio facultativo de la PAS con limitaciones precisas como lo plantea Nieto y otros autores.⁷³ Ambas soluciones presentan la posibilidad de graves consecuencias:

de la Nación para cuestionar los actos sospechados.”, Said, José Luis, “LA CORRUPCIÓN COMO CAUSA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y DEL REGLAMENTO” en Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, RAP - Ediciones Especiales, 2009, p. 489 y ss.

⁷¹ Examiné algunos aspectos de este problema en materia penal en un trabajo titulado: “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, publicado en: LA LEY1997-F, 1040.

⁷² Lozano Cutanda, Blanca, El principio de oficialidad..., p. 86.

⁷³ Lozano Cutaanda, ... p. 88.

(i) frente el mandato de persecución oficial, cumplida incondicionada y obligatoriamente por órganos administrativos, “la inacción en su sencillez y comodidad, otorga la más incontrolable potestad”;⁷⁴

(ii) la falta de obligatoriedad en el ejercicio de la potestad sancionatoria desvirtúa el carácter disuasivo de la sanción y, además, abre la puerta a la corrupción pues la infracción puede quedar lícitamente impune a voluntad de la Administración.⁷⁵

8.3 Armando el rompecabezas

He tratado de justificar en los párrafos previos que:

- (1) El DAS es una especie dentro del DA y no precisa la aplicación subsidiaria ni directa de los principios y normas del DP;
- (2) La buena administración, en tanto principio, impone a la Administración el deber de hacer efectivos los intereses de la comunidad;
- (3) La aplicación de los principios penales en el DAS afecta la capacidad de gestión de los intereses públicos que la Constitución y las leyes encargan a la Administración;
- (4) Las normas del Derecho Internacional de los DDHH y las propias de la Ley de Procedimiento Administrativo garantizan suficiente y adecuadamente los derechos de quienes son investigados en sede administrativa;
- (5) La buena administración, en tanto derecho ciudadano, exige que se reconozca la posibilidad de participación de las personas en los procedimientos administrativos en que se ventilen intereses públicos, derechos colectivos, intereses supraindividuales;
- (6) La legitimación en calidad de “parte” de todos quienes tengan interés en participar en procedimientos administrativos sancionatorios referidos a derechos e intereses colectivos tiene fundamento en el art. 43 de la Constitución nacional, y no puede ser restringido sobre la base de la LNP y su reglamentación (ambas del año 1972), que, en este punto se han vuelto inconstitucionales frente al estatuto constitucional de 1994.

8.4 La denuncia: técnica para la participación

Podemos considerar la denuncia administrativa como el acto voluntario por el cual una persona pone en conocimiento de la autoridad administrativa la actuación de un agente o funcionario público o de otra persona, física o jurídica, que resulta contraria al ordenamiento jurídico que regula una determinada actividad. La denuncia

⁷⁴ Saban Godoy, apud Lozano, p. 91.

⁷⁵ Rebollo Puig, apud 90.

administrativa es una expresión del derecho a la participación en la función pública, que permite colaborar con la Administración para que intereses particulares ilícitos no afecten, o dejen de afectar, la realización de los intereses públicos, fin al que debe estar destinada la actividad del Estado.

No desconozco que la doctrina clásica limita a la “denuncia” a la función de poner en conocimiento de la Administración circunstancias que se consideran que deberían ser controladas, sin conferir derecho a quien colabora con esa presentación”⁷⁶ pues es un acto jurídico idóneo para instar el control administrativo y no una vía para el ejercicio de derechos propios. Y que la jurisprudencia todavía se apoya en caracterización de la denuncia al señalar que “No entra en juego el principio ‘*in dubio pro actione*’, pues al tratarse de una denuncia para que la Administración controle la regularidad del ejercicio de una actividad de gestión de consorcio y no de la reparación de un derecho o el cese de actos gravosos, el derecho a peticionar a las autoridades regulado por la legislación admitiendo sólo la posibilidad de instar el procedimiento ante la administración resulta una opción que (aunque opinable) no cabe descalificar como irrazonable. El carácter de denunciante de la parte recurrente naturalmente limita su actuación en el procedimiento —y luego en el proceso— a diferencia de quien asume el carácter de parte. Ese no es el caso en autos. Tampoco se trata de un menoscabo al derecho al acceso en la jurisdicción; la legitimación, cuya principal regulación dimana de los actos legislativos, tiende a ordenar el proceso para las partes”.⁷⁷

Tengo esperanza en que paulatinamente, la doctrina y jurisprudencia argentina reconocerán que el derecho ciudadano a solicitar que la Administración investigue conductas que pueden infringir normas destinadas a la preservación de intereses colectivos (entre ellos los actos de corrupción en la función pública) también le otorga legitimación procesal para ser parte en el procedimiento administrativo sancionador y en el eventual proceso judicial. Es que, como lo recuerda Gordillo, la legitimación para obrar en defensa de derechos de incidencia colectiva es una “garantía federal (que) impone la Constitución nacional”.⁷⁸

Referencias

AFTALIÓN, Enrique R., “Las sanciones en el derecho penal económico”, LL 90-708.

AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki, *La coacción administrativa directa*, Civitas-IVAP, Madrid, 1990.

BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2008.

⁷⁶ Por todos: Comadira, Julio R., *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Abeledo-Perrot, 1996, p. 55 y 59.

⁷⁷ TSJ CABA, ..., del voto del juez Luis F. Lozano.

⁷⁸ Gordillo, Agustín.

BECK Ulrich y ZOLO Danilo. La sociedad global del riesgo: Una conversación entre Ulrich Beck y Danilo Zolo. [en línea], En: Sociológica México: Revista del Departamento de Sociología, Universidad Autónoma Metropolitana, año 19, nº 57, Enero-abril de 2005, consultado el 20.11.2020. Disponible en <http://www.sociologiamexico.azc.uam.mx/index.php/Sociologica/article/view/313>.

BECK, Ulrich: “La sociedad de riesgo, 1998, Paidós, Barcelona, España.

CANDA Fabián “Procedimiento Administrativo Ambiental. Diálogo e interdependencia con el procedimiento administrativo”, en *Fuentes y Procedimiento Administrativo. Cuestiones actuales y perspectivas*, UA-Rap, 2019.

CAPUTI, María C., “Perspectivas actuales de la legitimación de las asociaciones,” en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2005.

CASINO RUBIO, Miguel, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, CEPC, Madrid 2018, p. 45.

CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, capítulo VI: Las sanciones administrativas, Abeledo Perrot, 1994.

CHEVALLIER Jacques, « La police est-elle encore une activité régalienne ? », en *La police administrative*, dirección de Vautrot-Schwarz Charles, PUF, Paris, 2014.

COMADIRA, Julio R., *Procedimiento Administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Abeledo-Perrot, 1996.

ESTEVE PARDO José. La protección de la ignorancia: Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos. [en línea] En: Revista de Administración Pública, Núm. 161. Mayo-agosto 2003. p. 53/82. Consultado el 06.08.2009. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/721277.pdf>.

FERREIRA Daniel, *Sanções Administrativas*, p. 22, Malheiros, 2001, San Pablo, Brasil.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El problema jurídico de las sanciones administrativas.

GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Abeledo Perrot, 2020.

GÓMEZ TOMILLO Manuel: *Límites entre el Derecho Sancionador y el Derecho Privado. Daños punitivos, comiso, responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

GORDILLO, Agustín, Tratado ...IV.15, p. 193.

GUYOMAR Mattias, *Les sanctions administratives*, Lextenso éditons, 2014.

HARARI, Yuval Noah. De animales a dioses: Breve historia de la humanidad. Buenos Aires: editorial Debate, 2017.

HAYEK, F. *Law, Legislation and Liberty*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 1976, p. 96/100; apud Boron Atilio, Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de John Rawls, en *Análisis Político*, mayo-agosto 2003, nº 49, Universidad Nacional de COLOMBIA.

HUERGO LORA Alejandro, “Las sanciones administrativas en el marco del *law enforcement*”, p. 515 y ss, en *La proyección del Derecho Administrativo Peruano*, director: Zegarra Valvidia, Diego, Palestra, 2019.

LASCURAÍN J.A., *Por un derecho penal solo penal: Derecho Penal, derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador*.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO Francisco B. “Los procedimientos Administrativos de Gestión de Riesgos” en *La transformación del procedimiento administrativo*. Javier Barnes (editor). Sevilla: Global Law Press, 2008.

LOZANO CUTANDA, Blanca, La tensión entre eficacia y garantías en la represión *administrativa...*”.

MAIER, Julio B.J. “El Derecho contravencional como Derecho Administrativo Sancionatorio”, en *Contornos, Revista de la Defensoría del Pueblo de la CABA*.

MEILAN GIL, José Luis “Intereses generales...”.

MEILAN GIL, José Luis; “El paradigma de la buena administración”, AFDUC 17, 2013.

NIETO Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2012.

PASTOR DE PEIROTTI, Irma y ORTÍZ DE GALLARDO María Inés del C, en “Potestad Disciplinaria de la Administración: principios constitucionales desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, consulta en línea el 16.02.2022 en <https://1library.co/document/ydj23m1y-potestad-disciplinara-administracion-PRINCIPIOS-constitucionales-desarrollados-jurisprudencia-justicia.html>.

REBOLLO PUIG, Manuel; “Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 2, 199.

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime “Sobre la Carta iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la administración pública”, en el AFDUC, 18, 2014.

SAID, José Luis, “La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y del reglamento” en *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, RAP - Ediciones Especiales, 2009.

SAID, José Luis, “Poder de Policía” en *Revista Actualidad en Derecho Público*, Buenos Aires, Ad-hoc.

SAID, José Luis, “Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, publicado en: LA LEY1997-F, 1040.

SÁNCHEZ SANTANDER, Juan Manuel, “Garantías constitucionales del Proceso Penal: su aplicación en el procedimiento administrativo”, consulta en línea en <http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/articulos/index/garantias-constitucionales-del-proceso-penal-su-aplicacion-en-el-procedimiento-administrativo-sancionador>.

SILVA DÍAS Augusto: ¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación p. 46.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Segunda Edición, 2001, Civitas, España.

SUAY RINCÓN, J. *Sanciones Administrativas*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de ESPAÑA.

ZAGRABELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia*, 2003, Trotta, España.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SAID, José Luis. El procedimiento administrativo sancionador: las dos caras de Jano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 39-65, jan./mar. 2023. DOI: 10.21056/aec.v23i91.1779.
