

CONVOCATORIA ECAE-ÁREA DE INVESTIGACIÓN: DOSSIER ABOGACÍA PÚBLICA 2023

MARÍA VIRGINIA CAFFERATA¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Octubre 2023 | Año 7 N° 10 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 309-325

Eje 3. Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo

“El Derecho Administrativo y los Procedimientos Administrativos ¿Normativa como dogma o instrumento al servicio de la eficiencia en la defensa de los intereses públicos?” La mirada en Contratos del Sector Público y en Procedimientos Sancionadores.

Resumen: El término procedimiento aplicado al derecho administrativo alude al aspecto formal de la actividad de las administraciones públicas, pues supone la ordenación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí, a fin de generar una decisión administrativa. En este trabajo, voy a plantear, por un lado, si es necesario aplicar “in totum” el procedimiento administrativo, a los contratos del sector público y por otro, a la falta de autonomía en el procedimiento administrativo sancionatorio. Para ello voy a referir al procedimiento contractual primero y en segundo lugar al sancionatorio. Concretamente al contrato que se celebra desde el sector público, ya en la etapa de ejecución, a fin de observar que al aplicarse, el proce-

¹ Cafferata María Virginia, Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública, Especialista en Magistratura, Profesora Enseñanza media y Superior en Ciencias Jurídicas y Sociales, Consejera Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas. Profesora en Derecho Constitucional UNPAZ. “Control de Constitucionalidad. Utopía o Desafío”, “Constitución, Democracia y Hegemonía” “Derecho administrativo sancionador y derecho penal”, entre otras publicaciones.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



dimiento administrativo en bloque, produce problemas para las dos partes contratantes (comitente-contratista). A lo cual se le suma, si lo miramos desde la administración comitente el resultado ineficaz en la concreción del objeto contractual. Por otro lado, se presenta la problemática de los regímenes sancionadores. La idea es presentarlos como un derecho autónomo, en procura de la eficiencia de estos procedimientos preventivos, desvinculándolos de su dependencia con el derecho penal que lo vuelven inoperante, además de trasladarle su propia inequidad.

Palabras Clave: Derecho administrativo - procedimientos contractual y sancionatorio - eficiencia - interés público -

Abstract: The term procedure applied to administrative law alludes to the formal aspect of the activity of the public administrations, since it supposes the organization of acts whose legal effects are linked to each other, in order to generate an administrative decision. In this paper, I am going to consider, on the one hand, if it is necessary to apply “in totum” the administrative procedure, to public sector contracts and, on the other hand, to the lack of autonomy in the sanctioning administrative procedure. For this I will refer to the contractual procedure first and secondly to the sanctioning procedure. Specifically to the contract that is celebrated from the public sector, already in the execution stage, in order to observe that when applied to it, the administrative procedure in block, produces problems for the two contracting parties (principal-contractor). To which is added, if we look at it from the principal administration, the ineffective result in the realization of the object contractual. On the other hand, the problem of sanctioning regimes is presented. The idea is to present them as an autonomous right, in pursuit of the efficiency of these preventive procedures, disassociating them from their dependence on criminal law that make them inoperative, in addition to transferring their own inequity.

Key words: administrative law - contractual and penalty procedures – efficiency-public interest-

I. INTRODUCCIÓN

El término procedimiento aplicado al derecho administrativo alude al aspecto formal de la actividad de las administraciones públicas, pues supone la ordenación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí, a fin de generar una decisión administrativa. Por

un lado, observamos el procedimiento como el camino reglado por donde debe transitar el ejecutivo en sus distintas manifestaciones, para ejercer su función de administrar el país según la manda constitucional. De contracara, se define al procedimiento administrativo como *la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*². En ese sentido, el procedimiento sería el conjunto de las reglas y principios que tiene el administrado para el caso de verse perjudicado por el actuar de las administraciones públicas y pretender revertirlo. En uno u otro caso, la necesidad de reglas que contengan y permitan garantizar las prácticas, resulta de vital importancia. Asimismo, y con la misma importancia se encuentran las reglas para atender los problemas surgidos de dichas prácticas. Tanto para la administración que debe conseguir los resultados buscados por su gestión, dentro de la legitimidad de su accionar, como para el administrado que se ve perjudicado por el accionar estatal. Me interesa para este trabajo, plantear si es necesario aplicar “in totum” (más allá de la especialidad y si la aplicación sería analógica, subsidiaria o directa) el procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales como es el contractual, o la dogmática categoría de contratos administrativos debería ceder ante las prácticas que constantemente la desautorizan. Respecto a la potestad sancionatoria, materializada en los regímenes administrativos sancionadores, la importancia de reflexionar sobre su autonomía, radica en pensar que la búsqueda de legitimación en el derecho penal y la dependencia que ello acarrea, la vuelven inoperante, además de trasladarle su propia inequidad. El camino no puede ser lineal, basta mirar el que han seguido las distintas vertientes del derecho. Algunas de ellas, a pesar de su fuerza e importancia visualizadas y aun consolidadas en nuestra sociedad -como el derecho del consumidor- no han logrado todavía el reconocimiento que le permita acceder a su jurisdicción especial, en el territorio judicial. Sin dudas, más de un factor es lo que influye en lo que comúnmente denominamos evolución del derecho y en la procura de la defensa del interés de lo común o lo público.

2 Gordillo, Agustín *Principios del Procedimiento* Tratado Derecho Administrativo T.II “La defensa del usuario y del administrado”, 6ª ed. www.gordillo.com.

II. DESARROLLO PARTE A)

Ya en los fundamentos de la ley española del 58³, se considera al procedimiento administrativo “cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin”. Esa misma idea contiene la constitución española al reservar a la ley “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

Como se planteó en la introducción, el procedimiento administrativo, por un lado constituye una garantía para los administrados, pero por otro y como lo expone García de Enterría, sirve para asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración.

Los principios que fundamentan el procedimiento administrativo, y el actuar administrativo deben respetar el principio básico de juridicidad y encuadrarse en el respeto irrestricto al ordenamiento jurídico vigente. Razón por lo cual, deberán receptarse en todo el procedimiento.

Uno de los centrales se refiere al principio de verdad jurídica objetiva, toda vez que este principio impone a la administración pública, el deber de requerir y producir los informes y dictámenes necesarios a los fines de lograr obtener la verdad jurídica objetiva de los hechos. Es decir, procurar la realidad de lo acontecido, más allá de cómo lo hayan alegado y aún probado las partes. Esta es la razón de los informes y dictámenes inexcusables que previo a todo acto administrativo deben constar en cualquier expediente administrativo.

Lo mismo pasa con la oficialidad: en principio, corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento, y realizar la actividad tendiente a reunir los medios para su adecuada resolución.

En la misma línea se encuentra el Informalismo que implica la relativización de las formas en el procedimiento administrativo en favor de los administrados, siempre que tales formas no sean esen-

3 Menciono la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, porque por un lado, ha sido fuente de la nuestra, como su derecho administrativo y por otra parte a tenido notorios avances en procedimientos especiales respecto a nuestro derecho, por ejemplo en el procedimiento sancionador y en el contractual. Además de haberlo incorporado constitucionalmente.

ciales, no afecten el interés público, ni perjudiquen a terceros.

El debido proceso adjetivo, es la garantía que comprende los derechos a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada y por último la celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites. Directivas que pueden resumirse en la “racionalidad” en el empleo del tiempo, de los medios, y de la configuración de las formas.

La enumeración anteriormente dada dista de ser taxativa, pues siempre que existan nuevas formas de proteger el interés general de la sociedad, y de gestionar eficientemente los intereses públicos, estas resultarán aplicables al procedimiento administrativo. De hecho, Gordillo⁴ señala otros principios, como, mediación e intermediación, transparencia, objetividad, justicia, principio de contradicción. A ello agregamos la ineludible participación de los habitantes en temáticas de su interés, de lo cual darían cuenta las audiencias públicas insertas en numerosos procedimientos administrativos, los presupuestos participativos, amén de la “la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas”, como lo contempla el art. 9 del régimen de contrataciones de la administración pública Nacional⁵.

En tal sentido y a título ejemplificativo, múltiples son las oportunidades en que apartándose del rigorismo formal y en el marco de la legislación vigente, se ha privilegiado la primacía de la “verdad material”, que impone a la administración el deber de resolver ajustándose a los hechos, independientemente de las formalidades del expediente, llevando a cabo todos los mecanismos necesarios para la salvaguarda de los derechos del administrado.

Para analizar la necesidad de un procedimiento común, hay que tener en cuenta la diversidad de actividades que desarrollan las administraciones públicas, que dificultan una categoría general para todos los casos. Lo que sí es ampliamente reconocido, es que teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento especial, se puedan utilizar

4 GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”, 1ª edición, Buenos Aires, F.D.A. 2014.

5 Art. 9 Decreto 1023/2001y sus mod. Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional.

una serie de principios y reglas básicas que surgen del texto constitucional, la potestad que detenta la organización administrativa, se concentra en cabeza del poder ejecutivo, según los artículos 99 y 100 CN. A lo cual cabría agregar, a partir de la reforma del 94 lo referente a los tratados, la normativa de derechos humanos y las cláusulas de progreso que imponen acciones positivas a fin de promover lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la mejor calidad de vida de los habitantes, la prosperidad del país y el cuidado del ambiente. En suma la atención a los intereses públicos demanda creatividad en el uso de la herramienta normativa, para que no termine siendo un corsé para la gestión administrativa, dando primacía a meros intereses individuales, en detrimento de la calidad y acceso a los derechos que la población, tiene garantizados según nuestra constitución nacional.

De modo contrario, lo que se observa en la práctica es que, con un discurso administrativista dogmático, pero impracticable, se produce una maraña normativa, generalmente de excepción, que termina siendo la regla general con el consecuente perjuicio, tanto para el particular como para la propia administración. Dicho de otro modo la sistematización del procedimiento administrativo debe nutrirse de los principios constitucionales y ante la duda retornar a ellos. Ya que la especialidad del derecho administrativo, como derecho autónomo y público, y en consecuencia del procedimiento administrativo surge y encuentra su vertiente en la Constitución Nacional.

En el plano contractual, cabría diferenciar la etapa previa a la ejecución, todo lo que hace a la competencia, a la formación de la voluntad administrativa a la selección del contratista, como parte de la función u organización administrativa, que se rige indiscutiblemente por el derecho administrativo. Ahora ya en la etapa de ejecución contractual, la administración pasa a ser un contratante y como tal podrían primar las reglas contractuales, sin distinción.

En particular me refiero al problema que se detecta en numerosísimos casos. Es que el cumplimiento dogmático de trasladar el acto administrativo como estructurante del procedimiento, a cualquier procedimiento especial, trasladando el régimen del acto administrativo "in totum" a los contratos, asigna un trato al contratista, que es por lo menos falaz, al considerarlo un administrado y aplicarle el beneficio del informalismo. Cuando una empresa no presenta ni el desconocimiento ni las vulnerabilidades para lo cual fue instaurado y pensado, (que es el habitante) para el cual dicha categoría

de administrado ya también ha sido ampliamente superada. En otros aspectos, las consecuencias nefastas al momento de pretender el cumplimiento liso y llano de lo comprometido se observa cuando la administración se queda enmarañada en las reglas del procedimiento administrativo, olvidando que su función en el caso, es que el contrato se cumpla. La trampa, se produce porque al ejercer su función, por fuera de las reglas del *pacta sunt servanda* y de su categoría de contratista, se queda sin herramientas comunes para actuar frente a cualquier incumplimiento de los contratistas.

Al respecto, Mairal, en una de sus críticas a la categoría de contratos administrativos se queja de "...Que toda decisión que la administración adopte en el curso de tal tipo de contrato constituya un acto administrativo y se rija, por ende, por las normas de la ley de procedimientos administrativos aplicable". A lo cual agrega "En definitiva, el estado es víctima de sus propias prerrogativas: al haber debilitado el principio *pacta sunt servanda*, le resulta difícil resistir las presiones de los contratistas para modificar, a favor de éstos, las disposiciones contractuales..."

Para Mairal⁶, "no existe, ni puede existir una teoría general del contrato administrativo a menos que se la reduzca a una mera descripción de lo que ocurre con ciertos contratos del estado en virtud de los respectivos regímenes legales o de sus propios textos".

A fin de resaltar la inconveniencia del traslado del procedimiento administrativo "in totum" al procedimiento de ejecución contractual, se cita el régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, decreto 1023/01, su art. 12: "Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa: La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual.

Especialmente tendrá:

a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución, y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que dicten en consecuen-

6 Mairal, Hector *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*, rev. El Derecho, supl. Administrativo, 22/12/1998.

cia tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley 19.549 y sus modificatorias”

Esta aplicación esencialista de institutos y reglas del procedimiento administrativo al procedimiento de ejecución contractual, más allá de soslayar la especialidad y con ello la contingencia de las prácticas, se vuelve en contra de la propia administración al dificultar el logro de sus cometidos. Muestra de ello es que se necesitó reglamentar tratamientos diferenciados para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales. En el mismo sentido se observa la incorporación de los contratos al final del artículo 7° (que habla de los requisitos del acto administrativo) en la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional: “Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente.” Al modificarse la aplicación analógica, por una aplicación directa del Título 1° de dicha Ley 19549 (ley de procedimientos administrativos), remite, sin más, a la aplicación “in totum” a los contratos.

Otra ventana abierta a interpretaciones contradictorias, dejó el Decreto 1023/01, que dice: Artículo 1°.-objeto “ El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado”.

En esta trama normativa se inserta la preocupación por el régimen especial de los contratos que celebra la administración, ejemplificado en los plazos de los contratos que son continuos y los de la administración se cuentan en hábiles. ¿Es útil al respecto la regulación mediante acto administrativo y sus posteriores recursos en contratos donde los plazos de la administración entran en contradicción con los

plazos que acordó como contratante?

La hipótesis es que la inatención de tratar en los contratos al co-contratista como un administrado, con la consecuencia del entrecruzamiento de la normativa, -combinando institutos protectorios del derecho administrativo con las reglas contractuales- trae perjuicios tanto para el pequeño contratista y no menores para el erario público.

Se pueden exhibir muchos ejemplos a lo largo del contrato, el incumplimiento del plazo de la ejecución es uno de ellos, por lo reiterado. En el tiempo de ejecución de los trabajos⁷, destacan los autores “la importancia del cumplimiento de los plazos pactados y la obligación del contratista de ejecutar la obra con estricta sujeción a éstos se ha puesto de manifiesto en el artículo 25 que remite expresamente al pliego de condiciones la regulación de los plazos”.

Se patentiza esta divergencia también en la consagración de la facultad del comitente de aplicar multas o sanciones por demora -art. 35 de la LOP o de rescindir el contrato en los supuestos en que el contratista proceda a la ejecución de las obras con lentitud o se exceda del plazo fijado en las bases de la licitación para la iniciación de las obras-art. 50, incs. b) y c) de la LOP. Dicha trascendencia es recíproca respecto de las obligaciones asumidas por el comitente.

Esta problemática, que se vuelve contra la eficiencia en la defensa del interés público, merece una renovada atención a lo ya planteado hace un par de años por Mairal al criticar la categoría de contrato administrativo. Así lo expresaba:

“Una teoría que coloca al cocontratante, pues, en una situación tal de incertidumbre, debiera ser unánimemente criticada por los directamente afectados por ella, o sea los contratistas del estado. Que no lo hagan, sino, por el contrario, que defiendan la existencia de la teoría, demuestra que, en la práctica, ella frecuentemente los favorece, por lo menos en su poder de negociación con la administración o su habilidad litigiosa. La contrapartida de las prerrogativas estatales lo constituye el principio del equilibrio financiero del contrato que oculta frecuentemente, el traspaso del riesgo empresarial al Estado... En definitiva, el Estado es víctima de sus propias prerrogativas al haber debilitado el principio *pacta sun servanda*, le resulta difícil resistir las presiones de los contratistas para modificar en favor de

7 Druetta y Guglielminetti, en Ley 13064 de Obras Públicas comentada y anotada, ed. Abeledo Perrot, 2008, pag. 189.

estos, las disposiciones contractuales”⁸

En una relación contractual, no se da la relación de sujeción que se da entre la administración y un administrado, por lo cual deberíamos aplicar críticamente las reglas, para que obedezcan a una relación acordada, pactada, o simplemente conmutativa como son los contratos.

En este sentido considero que utilizar todos los requisitos del acto administrativo para cada acto del procedimiento contractual, en particular para corregir un incumplimiento (ya que el fin no es castigar), no contribuye ni al avance de los contratos, ni beneficia al contratista cumplidor, ni es eficiente para concretar la obra o el contrato.

PARTE B)

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES Y SU VERTIENTE EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:

La expansión del derecho penal hacia bienes jurídicos no ya de propiedad individual, como el ambiente, las relaciones de consumo, la protección del orden económico financiero, la sostenibilidad de la hacienda pública, en fin, todos los nuevos bienes y derechos, donde no hay víctima, ni patrimonio individual y que han dado lugar a la configuración de nuevos delitos económicos, abrió una nueva especificidad dentro del mismo derecho penal. Este camino no saldado, plantea la necesidad de cambios en las perspectivas, el análisis, en las pruebas, en las responsabilidades, o autorías, en las garantías etc. en fin una reconfiguración de la forma litigio tradicional, que pone en evidencia la impotencia del clásico derecho penal frente a esta nueva criminalidad, mientras surge el interrogante de la conveniencia de la aplicación del derecho penal convencional a estos nuevos delitos económicos. Frente a tal disputa, vale decir que el sistema preventivo, que trata justamente el derecho administrativo sería mucho más eficaz en prevenir conductas cuyo resultado dañoso, para la sociedad es, sino irreversible, de dudosa compensación.

Ahora bien, si hubo resistencia para abordar lo que devino en llamarse derecho penal económico, que es la problemática que cualquier nueva rama del derecho especial debe afrontar para abrirse camino. Si diferenciarse siempre implica tensiones, ¿cómo podríamos

8 Mairal Hector, *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, en rev. El Derecho, Bs As, 18/09/1998.

pensar que el derecho administrativo sancionador, cuya potestad se encuentra en cabeza del poder administrador, tendría un camino más allanado? Por eso no podemos menos que subrayar que la potestad de los organismos no judiciales, para sancionar, no surge de un préstamo que le hiciera el poder judicial, o el derecho penal, sino que encuentra su raíz en la Constitución, como vertiente del poder público que tiene cualquier organismo para cerrar su circuito del procedimiento que le incumbe. Esto no significa arrogarse funciones judiciales, cabe otra vez resaltar, sino que se trata, simplemente, de una vez regulada una temática, una materia, que puede ser un deporte, un juego, el tránsito, cualquier ámbito institucional o de la vida comunitaria, le siga frente a la vulneración o infracción de las reglas previamente estipuladas (del deber previo) una consecuencia, una sanción, que es el carácter o elemento que distingue una norma legal o regla social y que hace que la exigencia del cumplimiento de estas reglas tengan sentido.

Manifestaba Maier ⁹“...el Derecho Penal se ha visto con el tiempo notoriamente ampliado en su esfera de acción, la incorporación de nuevos bienes a proteger y por lo tanto nuevos delitos, producto de las nuevas dinámicas sociales, han ampliado, el objeto y fines del Derecho Penal material”. También cabe anotar, además de las variadas causas y cambios en el ideario de los tiempos, la configuración que cada formación social tiene acerca de las virtudes del derecho penal, -imaginario- que al depositar su confianza en el “castigo” ha prestado una enorme colaboración para la ampliación de los horizontes punitivos.

Por su parte el Derecho Administrativo sancionador que no ha tenido la misma suerte, lejos del desarrollo que ha tenido el Derecho Penal, se encuentra todavía bregando por su identidad. Podemos destacar que para este caso el imaginario social colaboró en sentido contrario. Ya que lejos de encontrar bondades en lo que podía vislumbrarse como un Derecho Administrativo sancionador, su histórico prejuicio hacia el poder administrador -al que sólo veía como un poder desmedido y arbitrario- le coartó la posibilidad de un desarrollo autónomo.

No obstante, en diversas regulaciones, se observan sanciones administrativas desde que los Estados-naciones se conformaron y ne-

9 MAIER, Julio B., *El Derecho Contravencional como Derecho Administrativo Sancionatorio*, noviembre 2009. www.eldial.com.ar/Número@Revista (Serie)Año, vol. Nro.:noviembre 2009.

cesitaron establecer reglas. En este sentido, se puede decir que siguió el arduo camino del Derecho Administrativo -que en definitiva es su contenedor- para su cabal reconocimiento. Al decir de NIETO, no ha podido superar su complejo, constituyéndose como un *Derecho Penal vergonzante* ¹⁰.

Siendo la Administración Pública el instrumento del que se sirven los Estados para su accionar, no pareciera escandaloso si se hace coincidir su nacimiento y fundamento con el *ius puniendi* superior del Estado, que a su vez reposa en última y primera instancia en la Constitución Nacional. Sin embargo, encontrar -al igual que el Derecho Penal- su razón de ser en el Estado de Derecho y lograr su autonomía, continúa, a la fecha, como una cuestión polémica.

Cabe destacar que, desde la aparición del Estado de Derecho, han existido sanciones administrativas, ¿dónde? ubicadas como capítulos de infracciones y sanciones en los distintos regímenes sectoriales. Entre los cuales se cuentan los referidos a regímenes tributarios, aduaneros, cambiarios, societarios, mercados de valores, servicios públicos, contractuales, laboral, ambiental, defensa de la competencia, relaciones de consumo, seguridad vial, alimenticia, espectáculos públicos, urbanismo y una larga y profusa lista que se ha ido ampliando a medida que la esfera regulatoria también lo ha hecho. Lo que no ha existido, al menos entre nosotros, es una ley general que sistematice la sanción administrativa, según su propio objeto, función y fundamento. El resultado de esta ausencia de sistematización, independientemente de a qué le atribuyamos los motivos, recostó la sanción administrativa, en el Derecho Penal.

La deriva de esta dependencia implicó que aplicar una sanción conllevara el riesgo del cuestionamiento sobre su legitimidad. El no gozar de una teoría que sustentara su singularidad, tanto sobre la faz material (sanción-infracción) como respecto al órgano que aplica la sanción y lo mismo con el procedimiento que se utiliza para su concreción, ocasiona la latente sospecha de ilegitimidad. Entonces, aparecía la doctrina que mayoritariamente se inclinaba por ubicar la sanción administrativa como una punición de menor cuantía. En otras palabras, pasar el test de legitimidad, es demostrar que se han aplicado los principios y prescripciones penales. Empero el problema no termina ahí. Aun aprobados los test requeridos, queda pendiente el cuestionamiento al órgano aplicador de la sanción. Es decir que

10 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, 2011, p. 25.

más allá de seguir un procedimiento, aplicar los principios y garantías del derecho penal, la potestad para sancionar -como se considera aún ligada (una subespecie) de la potestad penal- le cuesta vencer el obstáculo insalvable que se le imputa a la Administración: el de su no imparcialidad.

Para mostrar otras jurisdicciones, la española inició el camino de la autonomía, consagrando la potestad sancionadora de las administraciones públicas en su Constitución. A lo que vale poner de relieve que el fundamento hallado para independizarse del derecho penal, es precisa y paradigmáticamente diferente al tradicional, que se sostenía en base a su comparación permanente. Esta nueva construcción doctrinaria tiene su base en los propios principios que rigen el actuar de la administración, cuya fuente es el derecho público estatal.

El profesor administrativista español, Alejandro Nieto, lo expresa de esta manera: “en el principio de todo derecho, están una potestad y un ordenamiento. Y cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador”¹¹.

Ahora bien, en nuestro país la potestad de la administración para sancionar no surge tan clara. Ha dado lugar a polémicas, que a la fecha no han dado un resultado unívoco, y que por el contrario viene teniendo mayor peso la idea de que el sustento de la potestad viene dado por la fidelidad a las prescripciones del sistema penal, que todavía parece monopolizar el *ius puniendi* superior estatal.

Nuestra Constitución al respecto nada dice, y no contamos tampoco con una ley general que contenga tal potestad. La presencia de sanciones administrativas sólo, aunque no es un tema menor, se constata distribuida a lo largo de toda la producción normativa sectorial¹².

EL PROFESOR NIETO respecto a la evolución del régimen jurídico, repasa los rasgos esenciales, en tres etapas, Derecho Represivo de Policía, Derecho Penal Administrativo y finalmente Derecho Administrativo Sancionador. Pasando de la función represiva, a la preventiva, de la atención de los resultados dañosos a la de los riesgos y de

11 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., p. 80

12 Con la expresión “toda la normativa sectorial”, me estoy refiriendo a todos los ámbitos regulados, que además van modificándose a lo largo del tiempo de acuerdo a las necesidades de cada momento histórico-político, lo cual sumado a la localidad del Derecho Administrativo, ha dado por resultado una vasta y profusa normativa, difícil de cumplir con el precepto de *la ley se presume conocida*.

la exigencia de culpa a la mera observancia de mandatos y prohibiciones normativas ¹³.

La sanción surge entonces, como parte de la norma, como producto de la función de administrar, como integrante inseparable del circuito de toda gestión. Así también GARCÍA PULLÉS lo expone como la construcción de los preceptos que se integran al sistema jurídico que llamamos Derecho positivo que obliga a concluir que la eventualidad de una sanción se integra a la norma como un elemento principal, destinado a obtener el respeto de sus imperativos. Continúa viendo en la sanción administrativa una herramienta del Estado para asegurar el respeto de las prohibiciones directa o implícitamente contenidas en las normas y a la potestad sancionatoria como materia inherente al propio poder ¹⁴.

En este enfoque normativo, resta incluir también a los principios y sus derivados como la legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, causalidad, culpabilidad, *non bis in ídem*, concurso de sanciones, irretroactividad, oficiosidad, informalidad. A estos principios y a otras formas de considerarlos, tanto teóricos como operadores del derecho, de un sector minoritario los consideran como propios y específicos ¹⁵, hay quienes los adoptan casi automáticamente y por último otras opiniones, tal vez mayoritarias, son en el sentido de adaptarlos desde el derecho penal, a las particularidades del ámbito a aplicar. La tesis que compartimos es tomar los propios principios del derecho público, considerando que, a esta altura, el camino se encuentra allanado para tomarlos directamente del sistema constitucional.

Volviendo a NIETO, sería lograr un Derecho Administrativo sancionador que sea para las infracciones administrativas lo que el Derecho Penal es para los delitos, con el objetivo de *establecer una serie de principios y proposiciones para una política represiva eficaz* ¹⁶.

Por su parte, la sanción administrativa, se ha abierto camino en distintas regulaciones como las de abastecimiento, ambientales, tri-

13 Ver su desarrollo en NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., ps.145 en adelante.

14 GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración", EDA, 2007-623, 2007.

15 VARGAS LÓPEZ, Karen, "Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador", en Revista Jurídica de la Seguridad Social N° 14, Costa Rica, 1999.

16 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, cit., 5ª edición, p. 32.

butarias, aduaneras, sobre corrupción, mercado de valores, empresariales, cambiarias, relaciones de consumo¹⁷, etc. Apurada por ponerse a la altura de las circunstancias, frente a la impotencia del sistema penal para responder las demandas sociales sobre los nuevos ilícitos socio-económicos que perturban y corroen la vida en sociedad.

Reiterando el enfoque socio-político ya vertido en otros trabajos sobre el tema, agregamos que los cambios y la dinámica de estas nuevas sociedades tecnológicas, que vieron ampliar las brechas de las desigualdades socio-económicas entre los componentes de las distintas formaciones sociales, se han transformado en verdaderas sociedades de riesgo¹⁸, que aumentan la necesidad de cuidar, de prevenir para al menos morigerar los daños que producidos a gran escala, amenazan la vida en sus diversas manifestaciones. Indefectible e independiente de las políticas que en otras épocas se correspondían con las diferentes configuraciones de Estados¹⁹, ha surgido la necesidad de nuevas regulaciones que contemplen más el peligro que el daño concreto a un bien jurídico, producido por un sujeto individual. Nuevos derechos y nuevos requerimientos desafían los viejos esquemas de juridicidad. La persecución del bien común del interés público, como demanda en permanente dinamismo, acrecentó la necesidad de políticas públicas que contemplen las nuevas necesidades sociales y económicas mucho más complejas y propias de un mundo interconectado, y en ese sentido como contracara surge inevitable y consecuente la sanción administrativa como recta final del procedimiento administrativo sancionador, para intentar prevenir, disuadir y persuadir las conductas distorsivas, antes de que se produzca el daño consumado.

Por su parte la penalista Laura ZÚÑIGA, explica la problemática en la intervención jurídica de la Administración en el Estado Social y más aún en el Estado del Bienestar que se ha acrecentado y complejizado sobremanera. Dice, que ahora el Estado tiene que intervenir en la realización de derechos distributivos y asistenciales, actuando fundamentalmente sobre los desequilibrios y conteniendo los riesgos sociales que se han incrementado en los últimos tiempos. Atribuye al Estado del Bienestar, un Derecho de intervención activa, creciente,

17 BRODSKY Jonathan M., “Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores”, Lecciones y Ensayos, Nro-90-2012, ps. 277-298.

18 NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador...*, 5ª edición, p. 148.

19 GORDILLO, Agustín, “Pasado, Presente y Futuro del Derecho Administrativo”, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. II, 8ª edición, Buenos Aires, 2003.

reguladora, contenedora de los riesgos sociales, en el que el aparato sancionatorio juega un papel organizador de las actividades económicas, sociales, asistenciales, sanitarias, y demás funciones sociales. Con lo cual el carácter público de la intervención estatal en las esferas económico-sociales otorga mayor legitimidad a las Administraciones Públicas, para organizar dichas relaciones sociales con la coacción de la sanción administrativa y, en su caso, la sanción penal. No obstante, señala un avance del Derecho Penal en este terreno, al advertir que el reconocimiento de los derechos sociales y económicos por el constitucionalismo moderno, empieza a dejar de ser regulado con el Derecho Administrativo sancionador, para empezar a ser sancionado con el sistema penal. Agrega como título en su análisis: “La discusión actual del Derecho Penal Económico como ‘piedra de toque’ de las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador”.

Esta titulación nos habilita, otra vez, a traer la discusión por la elección del instrumento administrativo sancionador. En este caso, no por la polémica filosófica, sino en razón de la mayor efectividad del mismo. Dicho de otra manera ¿cuál es el instrumento más idóneo, más eficaz, para hacer frente a este tipo de infracciones?, o bien desde el rol de administrativistas, podríamos preguntarnos ¿cuáles o cuál es el instrumento más idóneo, para promover una mejor y más equitativa evitación de los daños que se van produciendo a escala, en una sociedad global, donde las estrategias de defensa y los recursos se encuentran tan desigualmente asignados?

III. CONCLUSIÓN:

En definitiva, y como conclusión siempre provisoria, en el primer tópico las contingencias ameritan que se dejen de lado los dogmatismos a fin de preservar el mayor valor en juego que es el resguardo del patrimonio público, y que los procedimientos sean interpretados y aplicados en el sentido en que se salvaguarda más eficientemente el interés público, frente a las disputas de intereses que encuentran en la formalidad de las normas y los tecnicismos sus beneficios. Es vital resolver las problemáticas más que las denominaciones. Las dinámicas sociales ameritan sistemas represivos, controles previos, amortiguación de riesgos, nuevas formas de prevenir para erradicar, disuadir o persuadir conductas. Lo que no significa la vulneración de derechos, al contrario, prevención.

Atendiendo al derecho al bien común, el cambio deberá consistir en políticas de cuidado con la mira en el cumplimiento de responsabilidades sociales, más que en castigos selectivos e irremediablemente ineficaces del sistema penal. Y este lugar lo puede desempeñar honrosamente el derecho administrativo con sus procedimientos, nutriendo sus raíces en el *ius puniendi* estatal.

BIBLIOGRAFIA:

GARCIA ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas Ramón “Curso de Derecho Administrativo”, 4ta. ed. Civitas, Madrid, 1995.

GARCIA PULLES, Fernando “Principios del Derecho Administrativo Sancionador”, ed. Abeledo Perrot, 2020.

GORDILLO, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, T 1,2, 3,4 y “El Derecho Administrativo en la práctica”, T 7 Ed. Fundación Derecho Administrativo, 2013.

PROSPER WEIL, “Derecho Administrativo”, ed. Cuaderno Cívitas, 1994.

MAIRAL Héctor A. “Control judicial de la Administración Pública”, ed. La Ley 2021.

NIETO, Alejandro “Derecho Administrativo Sancionador”, 5ta ed. Tecnos 2012. y “El desgobierno de lo Público”, ed. Ariel, 2008.

MORTIER, Natalia, STUPENENGO, Juan A. “TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”, Revista Ada, número especial, año 2022.