

“Las medidas no sancionatorias de restablecimiento de la legalidad como medio de lucha contra la corrupción pública”

Por Manuel Celedonio Malbrán¹

VOCES: DERECHO PENAL – DERECHO ADMINISTRATIVO – PODER PUNITIVO – POTESTAD SANCIONADORA – ADMINISTRACIÓN – SANCIONES ADMINISTRATIVAS – PRINCIPIOS – MEDIDAS NO SANSIONATORIAS – LEGALIDAD - IRRETROATIVIDAD – NON BIS IN IDEM – CULPABILIDAD – INOCENCIA – CORRUPCIÓN

Sumario: I- Introducción. Los problemas de justificación que enfrenta el poder punitivo tradicional frente al nuevo rol que desempeña el Estado. II- Las críticas a la potestad sancionadora de la administración. III- De las figuras penales a las sanciones administrativas. IV- Sanciones administrativas sujetas a principios propios. V. Las medidas no sancionatorias de restablecimiento de la legalidad. VI- Consideraciones en cuanto a los principios penales aplicables a las sanciones administrativas en cuanto las acciones administrativas de restablecimiento de la legalidad. VI.1. Irretroactividad. VI.2.

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Derecho Penal Económico Universidad Blas Pascal. Vicepresidente del Foro de Jóvenes Administrativistas –FORJAD- de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Docente de Grado y Posgrado. Autor de artículos doctrinarios en obras colectivas y revistas de la especialidad. Secretario de Juzgado – Relator de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Miembro de la comisión “Mapa Judicial” de la AMFJN.



Non bis in ídem. VI.3. Culpabilidad. VI.4. Principio de presunción de inocencia. VI.5. Principio de legalidad. VII- Conclusión.

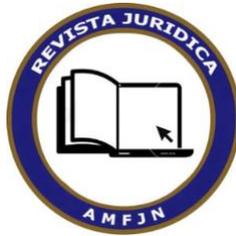
I- Introducción. Los problemas de justificación que enfrenta el poder punitivo tradicional frente al nuevo rol que desempeña el Estado.

Cabe recordar que desde la ideología del *welfare state*, se verificó un avance del poder estatal sobre ámbitos en principio ajenos a la intervención pública. Mientras que en la visión “clásica” el poder punitivo estatal se ordenaba para proteger bienes jurídicos inmediatamente relacionados con el individuo, su libertad y sus derechos, con el avance del Estado, el objetivo pasó a ser el aseguramiento de programas públicos, metas administrativas y planes de desarrollo².

Sobre esas bases, los criterios de selección de lo ilícito ya no pueden ser los mismos. Si el Estado se interesa por asegurar sus metas bajo criterios políticos-administrativos, es decir, orientados por los principios de oportunidad y eficiencia que rigen a la actividad de la Administración, o la defensa de bienes difusos o macrosociales, ello plantea un desafío extremo al derecho penal tradicional, por cuanto los instrumentos básicos de su teoría del delito no aparecen aptos para responder al análisis de formas de organización, creación de riesgos, problemas de imputación objetiva, etc.

Es en este marco, resulta imperioso vislumbrar cuáles son las medidas de salvaguarda del interés público en materia de la lucha contra la corrupción pública –en particular en lo que refiere a la recuperación de fondos públicos- de las que se cuenta a los fines de responder a la nueva realidad imperante, en la medida que fueran respetuosas de los derechos de los administrados.

² YACOBUCCI, Guillermo J., “*El sentido de los principios penales*”, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 37.



II- Las críticas a la potestad sancionadora de la administración

Si bien a mi modo de ver, la potestad sancionadora se presenta como una prometedora herramienta para enmarcar estos nuevos ámbitos de actuación de la intervención pública, han surgido desde la dogmática penal una serie de cuestionamientos al respecto, críticas que provienen de sectores de la doctrina que continúan asimilando a la potestad sancionadora de la administración con una pena, y siguiendo esta lógica la sujetan al sistema de garantías que rige al derecho penal. En particular, el estándar probatorio, la falta de taxatividad de las infracciones, el principio de *non bis in ídem*, la afectación al principio de inocencia, la prescripción, etc..

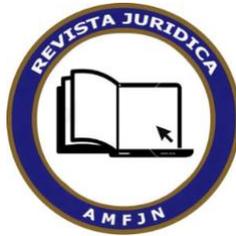
Cabe recordar en este sentido que, a los efectos de ejercer su función de control social, el Estado tiene a su disposición un repertorio de herramientas, no sólo sanciones penales. A lo que debe adicionarse, que desde un enfoque empírico, el ejercicio de la jurisdicción penal -en numerosas ocasiones- ante los ojos del ciudadano común, hoy se muestra ineficaz; ya sea porque un amplio espectro de ilicitud no llega a judicializarse, o también porque en caso de ingresar al ámbito judicial, éste no responde razonablemente en el sentido esperado³.

III- De las figuras penales a las sanciones administrativas

Debe remarcarse que la tendencia doctrinaria internacional en lo que hace a la faz punitiva estatal se viene desplazando del derecho penal al derecho administrativo sancionador (vgr. lucha contra la corrupción, responsabilidad de las personas jurídicas, etc.). Ahora bien, la existencia de distintas categorías dentro del poder punitivo estatal es una cuestión que nunca ha quedado del todo esclarecida.

Continúa siendo dificultoso identificar la naturaleza de las sanciones administrativas; perdurando el debate sobre si son asimilables a las conductas reprimidas por los cuerpos penales, aunque de menor entidad en cuanto a su peligrosidad; o bien si

³ Cfr. RUEDA, Luis Roberto, “*Razonamiento judicial en materia penal*”, Córdoba, Ed. Advocatus, 2015, 1ra. Ed., p. 88.



se trata simplemente del ejercicio de una potestad estatal que proviene y encuentra fundamento en el derecho administrativo⁴.

Dentro de la primera corriente, en la que se encuentran Zaffaroni – Aliaga -Slokar, se dice que las sanciones que aplica la Administración son en esencia idénticas a las penas previstas en el derecho penal⁵, habría una diferencia cuantitativa pero no cualitativa entre ambas⁶, se ha afirmado que las infracciones y las faltas no son otra cosa que miniaturas de delitos⁷, diferenciándose en un aspecto formal, en cuanto al órgano que las aplica.

En este sentido Soler señala que el derecho penal administrativo es el conjunto de disposiciones que garantiza bajo amenaza penal el cumplimiento de un deber de los particulares frente a la administración. Los destinatarios de estas normas son los habitantes en general. Consideraba totalmente inaceptable la distinción intentada por J. Goldschmidt, según la cual “las normas del derecho penal administrativo se dirigen al hombre como miembro de una comunidad, a diferencia de las del derecho criminal que se dirigen al hombre como individuo”. Todas las normas jurídicas están dirigidas a seres sociales⁸.

La otra postura, aun admitiendo que las sanciones administrativas poseen naturaleza jurídica represiva considera que de todas formas permanecen fuera del campo del derecho penal común, dado el diferente objeto de protección. En esta línea se

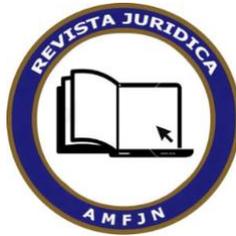
⁴ Cfr. GUZMAN, Alfredo S., “El procedimiento administrativo sancionador”, en “*Procedimiento administrativo*”, AAVV – Directores: Héctor Pozo Gowland, David Halperin, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima, Armando Canosa, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012, T. II, p. 163 y sgtes.

⁵ Conf. ZAFFARONI, Eugenio; ALIAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “*Manual de derecho penal. Parte general*”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2005, p. 177.

⁶ Cfr. LEVENE (h), Ricardo, “*Introducción al derecho contravencional*”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1968, p. 33.

⁷ Cfr. Dictamen del Dr. Sebastián Soler de la Procuración General de la Nación recaído en la causa “Mouviel, Raúl y otros s/ desordenes y escándalo” (Fallos: 237:636).

⁸ SOLER, Sebastián, “*Derecho penal argentino*”, Buenos Aires, Ed. Tea, 1983, p. 6.



encuentran, por ejemplo, Travi, para quien el ejercicio de la potestad sancionadora se corresponde a la función administrativa⁹.

Esta última es la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expuesta en el fallo “Pereira de Buodo”¹⁰, donde sostuvo que es evidente que las disposiciones contempladas en el Código Penal tutelan bienes jurídicos distintos a las sanciones previstas en las normas administrativas, siendo que las sanciones aplicadas por la Administración no participan de la naturaleza de las normas del Código Penal, pues no se trata de penas por delitos sino de sanciones por infracción a normas de policía. Mientras que las sanciones penales tutelan en forma directa los valores sociales, y tienen en mira la prevención y represión de la delincuencia; las sanciones administrativas tienden a la protección del orden derivado de una relación de sujeción de carácter público.

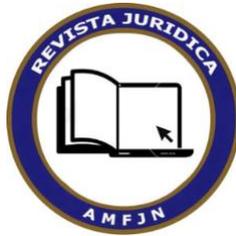
También se ha sostenido que las sanciones administrativas apuntan a posibilitar el normal funcionamiento de la Administración y por ende a tutelar el interés público; y en la infracción administrativa ese sujeto lo constituye la sociedad en su conjunto. En su anterior composición, la Corte Suprema ha distinguido las sanciones penales que tienen carácter represivo; del derecho administrativo sancionador que tiene naturaleza preventiva¹¹.

Núñez intentó precisar las diferentes características de los delitos y las contravenciones administrativas. Sostenía que la diferencia finca en la distinta naturaleza del objeto jurídico cuya “incolumidad” resguardaba la pena: el castigo del delito protege la “incolumidad” de los derechos de las personas aisladamente consideradas o en su conjunto como miembros de la sociedad; mientras que el castigo de las contravenciones

⁹ Cfr. PADOVA, Cedam, “Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione”, 1983, cita extraída de la obra de Suay Rincon, José, “*Sanciones administrativas*”, Madrid, Studia Albornotiana, 1989, p. 240.

¹⁰ C.S.J.N. Fallos: 310:316, asimismo en “Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina”, 19/04/2005.

¹¹ CSJN, “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento modelo Terrabusi S.A.”, 24.04.2007.



resguarda la “incolumidad” del cumplimiento de las leyes reguladoras del cumplimiento de la actividad del Gobierno como Poder Administrador del Estado¹².

Se ha propiciado descriminalizar las sanciones administrativas, pues el derecho penal debe tener una intervención mínima en la organización y mantenimiento de las bases indispensables de la convivencia social; mientras que el derecho administrativo sancionador, como resultado de la fiscalización constante, debe darnos la respuesta primaria; reservándose los cuerpos penales para las afectaciones graves¹³. Se afirma que no es recomendable huir hacia el derecho penal, o por pereza, declarar delito una conducta indeseable por ser ciertamente esta vía la más cómoda y atrayente.

No es un dato menor que quienes sostienen la naturaleza penal de las sanciones administrativas, no logran explicar cómo es posible que las provincias sancionen legislación contravencional, de faltas, etc.; pues de tener esa esencia invadirían una materia que han delegado de conformidad al inc. 12 del art. 75 de la CN. En rigor, tales infracciones tienen su origen en el llamado poder de policía local, y se configuran a partir de una situación de hecho en cuyo mérito una persona aparece en contradicción con lo dispuesto en una noma de policía.

Ahora bien, el debate sobre la naturaleza penal o administrativa debe considerarse superado por la realidad que arroja que estamos en presencia de cuestiones normativas de valoración política del legislador; quien sin caer en irrazonables ponderaciones –arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional- bien puede considerar que una conducta deje de ser delito para ser una mera infracción administrativa; y viceversa, en definitiva delito es aquel que está regulado en el Código Penal y sus leyes complementarias. Es por ello que esta postulación ha conducido a la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera a

¹² Conf. NUÑEZ, Ricardo, “*Manual de derecho penal. Parte general*”, Córdoba, Ed. Lerner, 1999, p. 40.

¹³ La tendencia a criminalizar de manera sistemática es criticada por CAFFERATA, Néstor, “*Antijuricidad, autoría y responsabilidad penal en la ley 24.051. Régimen probatorio*”, Buenos Aires, JA, 1995-II-319.



sostener que la potestad administrativa sancionadora no es más que una de las expresiones de la potestad punitiva del Estado¹⁴.

Por lo tanto, más que en indagar sobre la naturaleza jurídica, se debe proponer como logro averiguar su régimen jurídico, asumiendo que las garantías fundamentales que confiere la CN no pueden verse soslayadas en ninguno de los segmentos de la potestad punitiva estatal.

Cabe referenciar en este sentido lo resuelto por la CIDH en el célebre caso “Baena, Ricardo vs. Panamá” en donde el Tribunal Internacional al respecto resolvió que “...106. (...) Conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos

¹⁴ NIETO, Alejandro, “Derecho administrativo sancionador”, Madrid, Ed. Tecnos, p. 23.



de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”¹⁵.

Así, en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados¹⁶.

¹⁵ Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

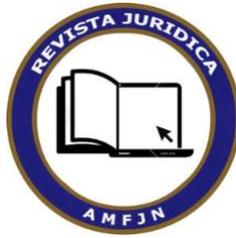
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹⁶ Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por si mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;



IV- Sanciones administrativas sujetas a principios propios

En este entendimiento, Nieto señala que el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser construido con los materiales y las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo, remarcando que la traspolación automática de los principios penales es imposible y que las matizaciones de adaptación son tan difíciles como inseguras. Para rectificar los fracasos del pasado el autor indica que corresponde volver a empezar desde el principio, donde están, la Constitución, el Derecho Público estatal y el Derecho Administrativo, en ese orden. En esa tarea la presencia del Derecho Penal es imprescindible y ha de seguir operando, no obstante, como punto de referencia, como pauta técnica y, sobre todo, como cota de máxima de las garantías individuales que el Derecho Administrativo Sancionador debe tener siempre presentes¹⁷.

En todo caso sólo serán aplicables los principios punitivos constitucionalizados, que se entenderán comunes a todo el ordenamiento punitivo del Estado, aunque originariamente procedan del Derecho Penal y que, han de prevalecer sobre cualquier disposición del legislador, pero aquellos que no se encuentran constitucionalizados no tienen por qué prevalecer sobre los específicos del Derecho Administrativo¹⁸.

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

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

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

¹⁷ NIETO, Alejandro. “*Derecho administrativo sancionador*”, Madrid, Tecnos, quinta edición, reimpresión, 2016, p. 30.

¹⁸ Sobre esta cuestión se puede profundizar en: YACOBUCCI, Guillermo J., “*El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*”, Buenos Aires, Ed. **Revista Jurídica AMFJN** www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°9, julio/diciembre de 2021-ISSN 2683-8788



La diferencia entre una y otra de las soluciones es trascendental. Si únicamente son aplicables los principios de Derecho Penal ya constitucionalizados, su repertorio se reduce notoriamente y, sobre todo, está fuera de duda que prevalecerán sobre las disposiciones sancionadoras administrativas aunque tengan rango de ley, dado que, al legislador le está constitucionalmente vedado incorporar a la regulación de las sanciones administrativas principios completamente opuestos o absolutamente incompatibles con el orden penal. Pero otra cosa ha de ser con los “principios” no constitucionalizados, que se aplicarán únicamente ante el silencio de la ley administrativa. Porque si no interviene la Constitución, no hay razón alguna para dar preferencia (dentro de las normas del mismo rango) a la penal, antes al contrario, parece lógico que prevalezca la administrativa sancionadora ya que es más específica¹⁹.

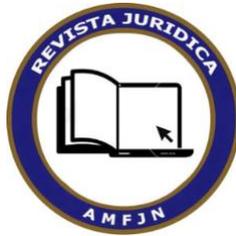
Las implicancias de este enfoque llevarán a desvirtuar las críticas efectuadas desde el derecho penal, posibilitando la eficaz regulación sancionatoria en una multiplicidad de campos que hoy en día el derecho penal se ve imposibilitado de encarar de manera eficaz, conforme se expuso al comienzo de la presente exposición.

V. Las medidas no sancionatorias de restablecimiento de la legalidad

Asimismo, cabe explorar una categoría de medida administrativa -no sancionatoria- que ha sido analizada por la doctrina española más extensamente, la cual puede resultar de utilidad en la defensa de bienes difusos, macrosociales y eficacia de la gestión pública, me refiero a las “medidas de restablecimiento de la legalidad”, calificadas a veces genéricamente como “medidas de policía”, por virtud de las cuales la Administración, ante la realización de una conducta prohibida por la ley (frecuentemente, la ejecución de una determinada actividad sin la licencia legalmente exigible), restablece el orden vulnerado, ordenando su paralización. Algunas de estas medidas son preventivas (clausura de una instalación que carece de las medidas obligatorias de seguridad contra incendios) y otras se dirigen a eliminar los efectos de una conducta ilegal -de reparación-

Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. Como también en: BACIGALUPO, Enrique, “*Principios constitucionales de derecho penal*”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999.

¹⁹ NIETO, Alejandro “*Derecho administrativo...*”, op. cit., p. 133.



(demolición de un edificio contrario al planeamiento), pero en ningún caso castigan al particular y por tanto no son sanciones.

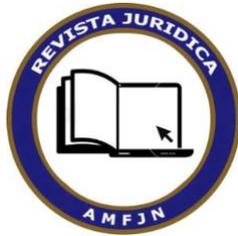
Lo característico de estas medidas es que no van más allá de esa restauración de la legalidad vulnerada, es decir, dejan al particular en la situación inicial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, cuando se le impone una multa. Su finalidad inmediata no es el castigo del infractor, sino la tutela de los intereses públicos. A veces se estudia este problema bajo la rúbrica de la distinción entre sanciones administrativas y policía²⁰.

Ahora bien, al no ser sanciones, no se les aplican algunas garantías como el principio de culpabilidad, o la presunción de inocencia lo que lleva a que, con frecuencia se anule una sanción por incumplimiento de esas garantías y sin embargo se declare conforme a Derecho una medida de estas características impuesta a la vez que la sanción pero no sometida a ellas²¹.

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en contra del carácter sancionador de este tipo de medidas, a propósito de varias emisoras de radio ilegales mediante la sentencia STC 144/1987 “Radio Canfali”, en donde desestimó el recurso de amparo interpuesto contra un auto judicial que había autorizado a la Administración a entrar en los locales de la emisora para interrumpir sus emisiones y precintar los equipos, al carecer del título habilitante necesario. La sentencia afirma que el derecho a la presunción de inocencia, “cuyo campo de aplicación específico es el del proceso penal, no impide tampoco la ejecución de los actos administrativos que arrancan del incumplimiento de reglamentos que no tienen carácter sancionatorio, pues no puede decirse que sea culpable aquel que, por no haber cumplido los requisitos reglamentarios

²⁰ La doctrina alemana (que ha construido el concepto de policía) muestra con claridad que una cosa es la actuación de policía, dirigida a evitar riesgos y perturbaciones del orden público (caracterizada, por ello, por la urgencia), y otra distinta la imposición de sanciones, dirigidas a retribuir la conducta del infractor y que está reñida, precisamente, con la urgencia. En SCHMIDT-ASSMANN, E., “*Besonderes verwaltungsrecht*”, p. 229 y sgtes.

²¹ HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 249/250.



establecidos para el desarrollo de determinada actividad, no ha adquirido el derecho a llevarla a cabo”.

También se las ha considerado viables para la recuperación de oficio de bienes públicos, en la que, por no tratarse de una sanción, no se aplica el principio de presunción de inocencia.

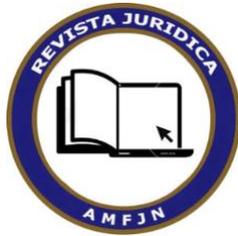
Estas medidas carecen del personalismo de las sanciones (de modo que afectan también a terceros) y en su finalidad inmediata no es el castigo del infractor, sino la tutela de los intereses públicos. Así, por ejemplo, se trata de medidas con efectos reales, como ocurre cuando se reduce el aprovechamiento urbanístico de una parcela. Además, esa relevancia para los intereses generales hace que, al contrario que las sanciones y de forma similar a las medidas de policía, deban adoptarse, en principio, en todo caso, con independencia de que se den determinados requisitos subjetivos (culpabilidad, etc.), distintos del hecho mismo de la infracción y que pueden resultar indispensables para la imposición de sanciones²².

También es frecuente que leyes sectoriales -vgr. leyes de defensa del consumidor- posean medidas de clausura que no tienen carácter sancionatorio. Así, el art. 37 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española establece que “no tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos...”.

Dentro de estas medidas de policía destacan asimismo las llamadas de protección de la legalidad urbanística. La jurisprudencia española se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que estas estas medidas no tienen carácter sancionador, sin perjuicio de la aplicación también a ellas de algunos principios que, como el de proporcionalidad, no son exclusivos de la actividad administrativa sancionadora sino de todo el derecho de policía o, en otros términos, de toda la actividad administrativa que desemboca en la producción de actos de gravamen²³.

²² HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 259/260.

²³ Ibidem, p. 257.



Así, a modo ejemplificativo, si se quema un bosque o se procede a la demolición de un bien protegido es absolutamente necesario proceder a la replantación o a la reconstrucción (en la medida de lo posible), aunque quien ha llevado a cabo esos hechos no sea imputable, mientras que esa inimputabilidad será decisiva a la hora de poder aplicarle una multa.-

Entiendo que esta categorización -propia del Derecho Administrativo- se ajusta perfectamente a nuestro ordenamiento jurídico, con la salvedad dispuesta en el art. 17 de la CN, en cuanto deberá ser de inexorable acatamiento en casos en que el bien objeto de la medida tenga cierta significancia económica, todo lo cual, como se dijo, trae importantes consecuencias en torno a los principios a los cuales deberá ajustarse.

VI- Consideraciones en cuanto a los principios penales aplicables a las sanciones administrativas en cuanto las acciones administrativas de restablecimiento de la legalidad

VI.1. Irretroactividad

Cabe recordar que el principio general que rige en materia de eficacia temporal de la ley penal es el de prohibición total de la retroactividad, esto es, el denominado principio de irretroactividad. De acuerdo con el mismo, la ley penal no se aplica a hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, ni tampoco a hechos acaecidos con posterioridad a su derogación.

Esta garantía constitucional contemplada por el orden penal por el principio de reserva, el cual se encuentra contemplado en la declaración de que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, por el artículo 18 de la Constitución Nacional²⁴

²⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, “*Derecho Penal, introducción y parte general*”, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1998, 16° edición, p. 142.



La cuestión es si esta irretroactividad es también de aplicación a una acción administrativa de restablecimiento de la legalidad. La respuesta reside en la naturaleza de la misma, la cual no tiene carácter penal. Es una institución que responde a una situación ilícita, esa ilicitud no puede constituir causa legítima para adquirir derechos²⁵.

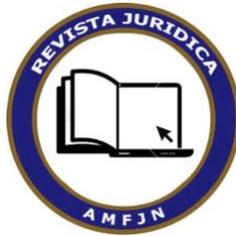
Cabe señalar, asimismo, que una norma jurídico-pública que habilita a la Administración para imponer efectos jurídicos desfavorables puede aplicarse a supuestos de hecho que hayan comenzado a producirse antes de su entrada en vigor, siempre que los efectos de ese supuesto de hecho aún no se hayan agotado²⁶.

Aquí no se cuestiona conductas, únicamente se persigue restablecer la legalidad quebrantada, no el castigo. Es por ello que tampoco se encuentra en conflicto con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el célebre caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”²⁷, por cuanto aquí no se procura la sanción administrativa del agente público.

²⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. “*Recuperación de activos...*”, op. cit., p. 360.

²⁶ HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 423/424.

²⁷ CIDH, en donde al respecto se resolvió “106. (...) Conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto,



VI.2. Non bis in ídem

Este principio consagra que no pueden imponerse dos o más sanciones por un mismo hecho cuando exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. Su formulación positiva en el derecho penal capta tanto la doble persecución como una ulterior condena por el mismo hecho.

Si bien la Constitución Nacional no prohíbe en forma expresa la doble persecución, se entiende que en virtud del artículo 33 se trata de una de las garantías no enumeradas.

Ahora bien, con la reforma constitucional del año 1994 el principio quedó incorporado a la Ley Suprema, por la adhesión de tratados con jerarquía constitucional²⁸. El artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a un juicio por esos hechos. A su vez, el artículo 14.7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos prevé que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto -sentencia firme-. La CIDH interpreta que el artículo 8.4 de la CADH busca proteger los derechos de los individuos procesados por determinados hechos, para que no vuelvan a serlo por los mismos²⁹.

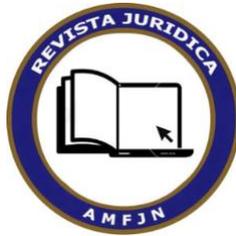
Por su parte, el artículo 1° del Código Procesal Penal de la Nación prevé que nadie puede ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. En este sentido, la CSJN se ha pronunciado en el caso “Mattei” resolviendo que “...*volver a soportar un juicio criminal afecta pilares básicos del ordenamiento penal como el non bis in idem, el in dubio pro reo...*”³⁰.

en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”.

²⁸ Cfr. Art. 75 inc. 22 CN.

²⁹ D’ABORA, Francisco, “*Proceso penal*”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Lexis N°1301/000247.

³⁰ CSJN, Fallos: 272:188.



Se ha señalado que para que se configure debe presentarse identidad de persona perseguida, tratarse del mismo hecho y ser igual la fuente de persecución³¹.

Respecto a la primera y segunda identidad, se entiende que los problemas que puedan suscitarse son menores. Es una garantía personal que juega a favor de una determinada persona y respecto a una hipótesis fáctica -sin interesar la calificación jurídica que le haya sido atribuida- sobre un mismo hecho subsumible en uno o varios tipos penales, por lo que no puede existir para el justiciable más de una consecuencia penal³².

La tercera identidad se refiere a una misma razón jurídica y política de persecución, es decir, *eadem causa petendi*. El caso de una persecución iniciada en busca de una sanción y otra de una reparación, por ejemplo, es cuando hay un delito cometido por un empleado, en el cual se persigue su sanción penal y su remoción del cargo, lo que sería una consecuencia del hecho ilícito delictuoso, pero no una sanción en sí misma. Aquí se está ante dos motivos de persecución distintos, aunque no siempre resulta sencillo establecer el alcance de esa correspondencia³³.

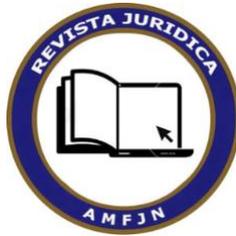
Este principio carece de identificación, en el caso de concurso de normas sancionatorias administrativas y penales, la circunstancia de que el administrado resulte sancionado en sede administrativa y condenado penalmente por una misma infracción no implica transgresión a garantía constitucional alguna.

Se sostiene que la independencia de las sanciones penales y las administrativas no llega a ser absoluta, fundamentalmente porque no sería posible que en uno de los ámbitos se negara la existencia del hecho y que en el otro se afirmara, lo que derivaría en una situación jurídicamente escandalosa. Distinto es que una misma conducta pueda recibir

³¹ IVANEGA, Miriam. M., “*Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*”, Buenos Aires, Ed. Rap, 2010, p. 53 y sgtes.

³² LAPORTE, Lucía, “*Concurrencia de sanciones administrativas y penal a la luz del non bis in idem*”, Buenos Aires, Ed. Eldial.com.

³³ Ibidem.



dos enfoques particulares; así, es perfectamente posible que mientras que desde el punto de vista penal la conducta no merezca reproche, pero administrativamente analizada la misma acción puede ser sancionada³⁴.

En este sentido, Huergo Lora señala que debe tenerse en cuenta que el principio *non bis in idem* surge en el seno del Derecho Penal, sin relación alguna con las sanciones administrativas. Es un principio que tutela la libertad individual frente al poder punitivo del Estado, y significa que éste no puede proyectarse sobre un ciudadano más de una vez por el mismo hecho³⁵.

VI.3. Culpabilidad

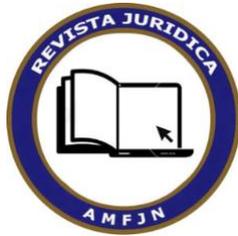
Se ha considerado que el principio de culpabilidad, al menos como se concibe el dolo o la culpa en el derecho penal, es extraño a la materia sancionatoria, en donde imperan reglas más propias de la responsabilidad objetiva, del riesgo creado y de la solidaridad. En la actualidad, el riesgo es el protagonista del derecho administrativo sancionador, desplazando al daño a segunda fila³⁶.

Se admite entonces, en ciertas circunstancias, que las normas legales establezcan una conducta de observancia obligatoria y la verificación de la conducta indebida hace

³⁴ Cfr. IVANEGA, Miriam. M., “*Cuestiones de potestad disciplinaria...*”, op. cit., p. 55.

³⁵ HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 439.

³⁶ CNFed. Contencioso Administrativo Federal, sala V, “Boston Compañía Argentina de Seguros”, 20/5/2005. En el mismo sentido la sala II del mismo fuero en el caso “Capesa”, 18/12/1997, referido a infracciones al régimen de defensa del consumidor sostuvo que “...lo que sanciona la Ley de Defensa del Consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrio de la relación prestatario-consumidor. Se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. No requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley, sin que pueda asr causa exculpatoria el hecho de que haya mediado “error”, como alega el sancionado”.



nacer por sí misma la responsabilidad del infractor³⁷, por la mera transgresión al orden jurídico o por la simple desobediencia a las normas que lesionan intereses de la Administración³⁸, con prescindencia del resultado. Esta alternativa, que se encuentra vedada en materia estrictamente penal, admite en el campo del derecho administrativo sancionador que la impunidad sólo pueda apoyarse en la concreta y razonada aplicación de alguna excusa admitida por la legislación vigente³⁹. De hecho, muchas de las infracciones son de carácter meramente formal y en la descripción de los hechos no se incluye la producción de un resultado exterior, posterior o concomitante de su ejecución, pues el interés público se ve afectado por el mero perjuicio potencial que aquél pudiera ocasionar. La valoración del aspecto subjetivo se suele desplazar para la fase de la graduación de la sanción⁴⁰.

Al respecto, Nieto señala que en las sanciones administrativas el principio de culpabilidad se vincula con la diligencia exigible en el conocimiento de las normas y su cumplimiento⁴¹. Por lo tanto, debe existir para el administrado una posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas.

Cabe destacar que las medidas no sancionatorias, como las dirigidas al restablecimiento de la legalidad, pueden tener carácter real, y en consecuencia no se encuentran sujetas a este principio.

VI.4. Principio de presunción de inocencia

³⁷ La sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Diners Club Argentina”, 17/2/2005, admitió como válido que ante la comprobación fáctica del incumplimiento, se imponga una responsabilidad objetiva por extensión.

³⁸ MALJAR, Daniel, “*El derecho administrativo sancionador*”, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2004, p. 87.

³⁹ CSJN, Fallos: 316:1313; 320:2271.

⁴⁰ GUZMAN, Alfredo S., “*El procedimiento administrativo sancionador...*”, op. cit., p. 184.

⁴¹ NIETO, Alejandro, “*Derecho administrativo sancionador*”, op. cit., p. 348.



El Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 8° establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Ahora bien, en una acción de “restablecimiento de la legalidad” no se encontraría alcanzada por el principio penal enunciado, por no ser una sanción administrativa, sino una acción real, la cual no deriva del carácter punitivo estatal.

Igualmente, por más que se la considerase una sanción administrativa -de carácter punitiva- cabría traer a colación la disquisición efectuada por el Tribunal Constitucional Español en la resolución STC 13/1982, en donde si bien se reconoció que el principio de presunción de inocencia está garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y es aplicable a las multas -e incluso multas coercitivas- del Derecho comunitario. Sin embargo, respecto a este concreto principio el Tribunal decidió interpretarlo de forma teleológica, aplicándolo a toda resolución judicial y a toda medida administrativa que se base en valoraciones de “conducta”⁴². En consecuencia, al no valorarse aquí la conducta del demandado, tampoco se vería alcanzada por el principio penal.

En la práctica el procedimiento sancionador coloca a la Administración la carga de probar la comisión de la infracción como requisito necesario para poder imponer la sanción. Esta exigencia resulta ya, sin necesidad de un principio específico de presunción de inocencia, de las reglas generales sobre la carga de la prueba. Así puede comprobarse en la jurisprudencia constitucional española que (incluso en relación con auténticas penas, no ya con sanciones administrativas) centra el contenido del principio constitucional de presunción de inocencia en la exigencia de una “mínima actividad probatoria” que pueda desvirtuar la presunción⁴³.

VI.5. Principio de legalidad

⁴² HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 426.

⁴³ HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 428.



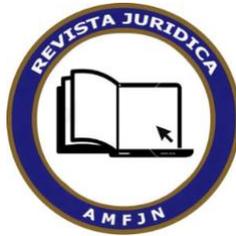
El principio de legalidad tiene en materia sancionadora un fundamento superior al que puede tener respecto a la actividad administrativa en general. Por un lado, se trata de que las limitaciones a la libertad (sean penas o medidas no sancionadoras) procedan de los representantes de los ciudadanos, lo que supone que el establecimiento de infracciones y sanciones (pero también el de otras formas de intervención administrativa) quede reservado a la ley. Pero el principio de legalidad sancionadora también incluye un mandato de certidumbre, de acuerdo con el cual la tipificación de las infracciones y de las sanciones (pero sobre todo de las primeras) debe hacerse con el mayor grado posible de precisión, a fin de que se cumpla la finalidad de la norma sancionadora, es decir, indicarle al ciudadano, con la mayor claridad posible, cuál es la conducta que debe evitar para no se le imponga la sanción prevista por la norma.

El mandato de certidumbre marca una diferencia clara entre la potestad sancionadora y otras potestades administrativas cuya atribución a la Administración también se encuentra sujeta al principio de legalidad. Las normas que otorguen medidas de salvaguarda de los intereses públicos, entre las que se encuentran las de “restablecimiento de la legalidad” ante actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico⁴⁴.

En conclusión, el panorama se resume de la siguiente manera: Es inconstitucional la falta absoluta de respeto al principio de legalidad. Ahora bien, este principio no se aplicará aquí en los mismos términos que en el Derecho Penal o en el Derecho Administrativo Sancionador de las relaciones generales, dado que, por lo pronto, hay que distinguir entre las relaciones básicas y las relaciones de funcionamiento que se insertan en toda relación especial -de especial sujeción-. En las relaciones básicas son intangibles tanto los derechos fundamentales como el principio de legalidad, mientras que en las relaciones de especial sujeción se aplicarán con matizaciones⁴⁵.

⁴⁴ HUERGO LORA, Alejandro, “*Las sanciones administrativas*”, op. cit., p. 366/367.

⁴⁵ NIETO, Alejandro, “*Derecho administrativo sancionador*”, op. cit., p. 190.



Ahora bien, el alcance de estas matizaciones no puede ser señalado de antemano, ya que depende de la intensidad de la especialidad de la relación y sólo podrá ser fijado de manera casuística.

Sea como fuere, la matización se traducirá en una exigencia más suave de la regla de la reserva legal y del mandato de tipificación, permitiendo un margen mayor a la colaboración reglamentaria y a la valoración de los órganos administrativos⁴⁶.

Además, la ilicitud en materia administrativa no necesariamente debe ser establecida por una ley en sentido formal, sino que puede provenir de otras fuentes tales como decretos o reglamentos de órganos ejecutivos y hasta de disposiciones contractuales administrativas.

Esta distinción también es relevante porque es frecuente encontrarse con hechos ilícitos que dañen patrimonialmente al Estado y que, sin embargo, no puedan ser fácilmente encuadrables en una figura penal. Hay casos, además, que no se traducen sino en incumplimientos contractuales en donde difícilmente pueda hallarse la configuración de algún delito, a pesar de que tales incumplimientos perjudican considerablemente el patrimonio estatal (es común, por ejemplo, encontrarse con beneficiarios de subsidios estatales que incumplen el destino social que estos subsidios)⁴⁷.

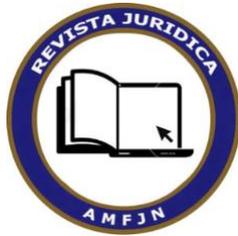
VII- Conclusión

En definitiva, a modo de conclusión entiendo que el instituto analizado merece un análisis exhaustivo de la doctrina ius publicista, ello por cuanto puede erigirse en un medio eficaz en la tutela del interés público ante actos de corrupción, los cuales no se encuentran debidamente garantizados por otras ramas del derecho.

En este sentido, la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de una acción administrativa no sancionatoria de restablecimiento de la legalidad como medio de

⁴⁶ *Ibídem*.

⁴⁷ COLOMBO, Marcelo - STABILE, Agustina, “*Reformas legales necesarias...*”, *op. cit.*.



recuperación de activos públicos provenientes de la corrupción, permitirá a nuestro país no solo contar con una herramienta jurídica ágil y moderna para alcanzar tal fin, sino también, cumplir con el estándar internacional imperante en nuestros días en la lucha contra la corrupción, a la cual Argentina se ha comprometido cumplimentar mediante la suscripción de la Convención Interamericana contra la corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.