

# La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador

## The effective administrative protection in the administrative sanctioning procedure

Armando N. Canosa\*  
*Universidad de Buenos Aires*

### Resumen:

El presente trabajo tiene como fundamento principalmente establecer que la denominada potestad sancionadora de la administración forma parte de la actividad administrativa, alejándola de toda actividad judicial. De allí se deriva que el acto sancionatorio tendrá el carácter de un verdadero acto administrativo y por lo tanto, para llegar al dictado de éste necesariamente deberá transitarse un procedimiento administrativo, lo cual transforma a éste en una garantía para el particular. Nos referimos al procedimiento administrativo sancionador. No podrá aplicarse una sanción sino se cumple con el tránsito de un procedimiento administrativo que, a su vez, esté rodeado de imprescindibles garantías. La fundamental, sin dudas, es la tutela administrativa efectiva que rige en todo procedimiento administrativo, adquiriendo el carácter de especial el procedimiento administrativo sancionador. La garantía en estudio es el continente de principios que rigen a todo procedimiento administrativo que refieren no solo a los derechos de los particulares, sino también a la eficacia en el actuar de la administración.

### Palabras clave:

Procedimiento administrativo sancionador – Principios del procedimiento administrativo – Garantías de la tutela administrativa efectiva – Derechos de los particulares – Eficacia de la actividad administrativa

### Abstract:

The purpose of this work is to establish that the administrative sanctioning power is part of the administrative activity, therefore being away from judicial activity. As consequence of that, the sanctioning act will have the character of an administrative act and, therefore, to expedite the sanctioning act it will necessarily will transit an administrative procedure that will have essential guarantees. The most important, without doubt, will be the effective administrative protection that rules all kinds of administrative procedures, being the administrative sanctioning act a special of it. The studied guarantee contents principles that rule every administrative procedure that refer not only the individuals' rights, but also the efficacy of administration acts.

### Keywords:

Administrative sanctioning procedure – Principles of administrative procedure – Guarantees of the effective administrative protection – Individuals rights – Administrative acts efficacy

### Sumario:

1. El denominado procedimiento administrativo sancionador – 2. La tutela administrativa efectiva. Sus alcances. La aplicación de la garantía al procedimiento administrativo sancionador – 3. Las bases de un procedimiento administrativo sancionador garantístico y moderno – 4. La cuestión instrumental y la necesaria reforma del procedimiento administrativo sancionatorio – 5. Bibliografía

\* Profesor de la materia Procedimiento Administrativo en la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: [acanosa@marutiancanosa.com.ar](mailto:acanosa@marutiancanosa.com.ar)

## 1. El denominado procedimiento administrativo sancionador

Corresponde una aclaración preliminar. El presente trabajo tratará de demostrar la necesaria vinculación que debe existir entre la tutela administrativa efectiva y el procedimiento administrativo sancionador, dada la imprescindible aplicación de un conjunto de derechos y de principios que integran dicha garantía a esta porción del procedimiento administrativo. También es dable aclarar que nos esforzaremos en destacar la insuficiencia de la legislación en lo que respecta a dicho ítem, poniendo sobre este verdadero banco de pruebas a la normativa constitucional, legal y reglamentaria de la Argentina, sin perjuicio de la remisión o cita de otros ordenamientos jurídicos o la opinión de doctrinarios extranjeros.

Para conceptualizar al procedimiento administrativo sancionador, y también para tratar de determinar efectivamente su autonomía, resulta necesario, a su vez, precisar algunos conceptos con relación al denominado derecho administrativo sancionador, dada la obvia relación que existe entre este capítulo del derecho administrativo y el elemento formal que debe utilizarse para el dictado de los actos administrativos dentro de ese espectro jurídico. Solo en la teoría podría existir el derecho administrativo sancionador si no tuviera cabida el procedimiento administrativo sancionador. De lo expuesto surge, como una primera aproximación, que se trata de establecer las características del *iter* a transitar a efectos de aplicar una sanción administrativa, lo que en definitiva no puede alejarse de la matriz tradicional en la materia, toda vez que la sanción administrativa será, en esencia, un verdadero acto administrativo.

Esta parte del derecho administrativo tiene su génesis en la llamada “potestad sancionatoria de la administración”, la cual tiene un correlato con la idea de gestión o de intervención de los órganos administrativos, es decir que esta potestad está unida a la posibilidad de ejercer por parte de éstos la regulación y ejecución de políticas públicas en determinadas materias, dentro de los límites que la norma constitucional impone y que en modo alguno supongan la violación del principio de separación de poderes<sup>1</sup>. Esta potestad tiene una indisimulable relación con la intervención administrativa, en tanto y en cuanto se le otorgan facultades de los órganos que integran la misma para que puedan aplicar sanciones a las conductas que supongan la transgresión de la normatividad administrativa, no pudiendo concebirse un Estado intervencionista –el que resulta necesario cuando ello lo sea en justos términos y conforme a los principios democráticos– sino se lo dota de herramientas para que pueda hacer cumplir con las obligaciones –en sentido amplio– que la administración impone a los particulares en forma de mandato o de prohibiciones<sup>2</sup>.

Resulta necesario aclarar que esta potestad no la debemos unir indisolublemente a la “policía administrativa” y los efectos de ésta sobre los particulares, sino que aquella está vinculada a toda la actividad interventora o regulatoria de la administración, siendo un capítulo más de toda la actividad que desarrolla, y por ello, esta maquinaria sancionatoria puede también provenir de la regulación general de determinados contratos que celebra la administración e inclusive de cláusulas contractuales que se traducen en obligaciones que estarán a cargo de un particular<sup>3</sup>. También la administración podrá ejercer esta potestad sancionatoria cuando la inobservancia de la norma proceda de una relación interna con una particular, siendo el caso del empleo público (aun cuando lo consideremos un verdadero contrato administrativo) y la relación propia que mantiene con el personal de las fuerzas armadas y de seguridad. La idea que vincula a esta potestad con la gestión que es propia de la administración da la posibilidad de que incluya otros aspectos, tomando también un concepto amplio del vocablo regulación, como por ejemplo aquello que hace a la percepción de tributos por parte de la misma.

El conjunto de normas y principios jurídicos que moldean el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración conformarán lo que se ha de llamar el Derecho administrativo sancionador, el cual forma parte del derecho administrativo común, sin perjuicio de la vinculación con otras ramas del ordenamiento jurídico –principalmente con la penal–, no pudiendo desconocer que su regulación tiene ciertas peculiaridades, que serán expuestas con los lógicos límites en cuanto a la extensión, con el objeto de no desviarnos del núcleo central propuesto para este trabajo. En pocas palabras, digamos que este derecho administrativo sancionador aparece como una herramienta para dar juridicidad a la potestad sancionatoria administrativa<sup>4</sup>. Siempre vinculando la existencia de esta porción del derecho administrativo a la potestad

1 Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2da. edición (Madrid: Tecnos, 1994), 137.

2 “Históricamente ha sido siempre consustancial al poder público el reconocimiento de una facultad para imponer sanciones como consecuencia de la infracción de las obligaciones impuestas por el mismo poder. Se trata, simplemente, de una consecuencia lógica ya que si tal facultad no existiese no podría garantizarse el cumplimiento de tales obligaciones y/o prohibiciones”. José L. Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo Especial* (Madrid: Civitas, 1999), 87.

3 Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 33.

4 Fernando García Pullés, “Sanciones de policía, La distinción entre los conceptos de delito y faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la administración”, en AAVV, *Servicio Público, policía y fomento* (Buenos Aires: RAP, 2004), 757.

sancionatoria de la Administración, diremos lo siguiente en relación a lo expresado en el inicio del presente párrafo:

- A) La potestad sancionatoria es parte de la propia actividad administrativa, con los mismos fines que cualquier parte de esta actividad y, a su vez, con los mismos límites<sup>5</sup>. Los fines se encuentran en el objeto mismo de los actos dictados o contratos celebrados, que no puede ser otro que el interés público o el bien común, siendo ello correlato que los límites los hallamos en los mismos principios del Estado de Derecho.
- B) El derecho administrativo sancionador debe prever la existencia de controles por parte de la administración a efectos de verificar si los particulares incumplen con el mandato legal establecido en un acto o contrato, lo que conlleva una sanción que será aplicada por un órgano de la administración. La sanción es consecuencia de la regulación –y de la competencia en la gestión– con base a la potestad hasta ahora desarrollada. Se necesita un procedimiento administrativo para que exista un acto administrativo sancionatorio, procedimiento que deberá estar resguardado por principios de naturaleza constitucional como son aquellos que integran la tutela administrativa efectiva, en definitiva la base del presente trabajo.
- C) La administración, en uso de la potestad y bajo los límites que impondrá el derecho administrativo sancionador, intenta que el daño que pueda ser causado por un particular no se produzca, y si se produce, que éste reciba su mal. No se trata de proteger, en principio, a un damnificado particular, sino de la protección del interés general<sup>6</sup>. No obstante lo dicho, deberemos estar a los nuevos estándares en materia de legitimación dentro del procedimiento administrativo –incluido el de carácter sancionatorio por formar parte de éste– a los fines de delimitar estos conceptos.
- D) La vulneración de las normas administrativas de regulación y gestión que imponen obligaciones a los particulares deben considerarse como verdaderas infracciones administrativas, las que lógicamente conllevan a una sanción del mismo tipo, deslindado la intervención de los jueces en el ejercicio de tales competencias. Ya nos ocuparemos de la división entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, pero en este estado corresponde afirmar que estando dentro de la actividad administrativa serán sus órganos los encargados –siguiendo el procedimiento correspondiente– de aplicar las sanciones correspondientes, y como correlato de ello, al no tratarse de una actividad jurisdiccional, los jueces serán ajenos a tales cometidos<sup>7</sup>.

Lo antedicho nos lleva a sostener que la sanción es un mal que la administración impone a un particular por la violación de una norma de carácter regulatorio –en sentido amplio– utilizando un procedimiento administrativo y materializándose a través de un acto administrativo<sup>8</sup>. Así, nos inclinamos por la existencia de una potestad sancionatoria propia de la administración “distinta a la penal aunque muy próxima a ella<sup>9</sup> dotada para su ejercicio de medios técnicos y jurídicos suficientes, potenciando las garantías del particular”<sup>10</sup>.

No se puede desconocer, como ya lo afirmamos, la vinculación de este derecho administrativo sancionador –herramienta para el ejercicio de la potestad administrativa– con el derecho penal, por lo que resultarán de aplicación los principios de éste, mas con ciertos matices, tal como lo ha señalado la doctrina<sup>11</sup>. Esta afirmación lleva consigo la postura de que estamos dentro del campo del derecho administrativo, siendo los matices aludidos para la aplicación del derecho penal la base central de este aserto. No es novedoso que se vincule al derecho administrativo con otras ramas del ordenamiento jurídico, lo cual no impide sostener la autonomía del mismo. El hecho de considerar que estamos dentro de atribuciones que son propias de la administración, nos lleva a estimar que el deslinde de competencias que establece nuestra Constitución Nacional en lo que atañe a la competencia para legislar sobre delitos, y lo propio en materia de faltas y contravenciones, ayudará a comprender esta diferenciación entre lo que es propio del derecho administrativo y lo que es materia del derecho penal. El artículo 75 inc. 12 de nuestra Ley Fundamental atribuye al Gobierno Federal el dictado de un Código Penal, siendo que la doctrina que emana de los artículos 121 y 122 nos conduce a afirmar con el resto de la doctrina que lo atinente a faltas y contravenciones es

5 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 87.

6 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 36.

7 Ebehard Schmidt-Assmann, *La teoría general de derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial Pons - INAP, 2003), 381.

8 Armando Canosa, *Régimen administrativo del transporte terrestre* (Buenos Aires: Ábaco, 2000), 205.

9 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 182.

10 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 182.

11 Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II (Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2015), 170; Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 167. En nuestro país ver, Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994), 222.

competencia de las legislaturas provinciales y aún municipales<sup>12</sup>, por la simple razón que todo lo relacionado con el derecho administrativo es de carácter local (o federal cuando es el Estado Nacional el que ejercita actividad administrativa). Este deslinde de competencias entre lo que es propio de los delitos y de las falta o contravenciones, es la base para considerar la diferencia entre estos dos campos jurídicos.

Pero, como ya dijimos, la determinación que los principios del derecho penal deben aplicarse a esta materia con matices es central a los fines de establecer las diferencias a las que aludimos y la reiteración de que estamos dentro del marco de la actividad administrativa, con todo lo que ello conlleva. Estos principios –caracterizadores de verdaderas garantías sustanciales las que desde luego tendrán incidencia en los principios del procedimiento administrativo del mismo carácter– en su aplicación especial, pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- A) Principio de legalidad: Compuesto por el principio que dice que no hay infracción o sanción administrativa sin una ley que las determine, por derivación de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo cual toda pena debe fundarse en ley<sup>13</sup>. La potestad sancionatoria no se presume<sup>14</sup> por lo que debe ser ejercida cuando haya sido atribuida por una norma legal. De todas formas, debe aclararse que este principio no tendrá la rigidez propia del derecho penal, dado que deberá existir solamente cobertura legal, mediante la cual solo se exigirá cubrir con una ley formal lo que podría ser la descripción de sanciones, pero remitiendo a la actividad reglamentaria la descripción pormenorizada de lo delineado en la ley. Dos cuestiones a tener en cuenta y que hacen al fundamento del deslinde aquí planteado. Por una lado, advertimos que esta reserva de ley no solo se funda en el artículo 18 de la Constitución Nacional –que consagra el derecho de defensa en toda su magnitud– sino también en el artículo 19 del mismo texto, el cual, en su parte pertinente, establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, base central de lo que representa la facultad estatal de reglamentar el ejercicio de derechos y de allí que, si consideramos que la potestad sancionatoria de la administración hace a la gestión o regulación ejercida por la misma, llegaremos a la conclusión que estamos en presencia de una actividad que es propia de la administración, distinta a la denominada potestad sancionatoria en materia penal. La otra cuestión hace a la estructura de la norma, toda vez que en el delito se detalla en forma rígida la conducta atípica y la sanción en la ley que lo crea, y como vimos, dentro de la estructura de la ley que crea la infracción administrativa, ello es menos rígido y casi siempre está complementado en reglamentos administrativos, lo cual sería impensable dentro de la estructura del ilícito penal.
- B) Principio de tipicidad: Otro tanto podría afirmarse con relación al principio de tipicidad, el que en realidad integra el principio de legalidad, y consiste en la exigencia de delimitación o descripción de las conductas reprochables que acarrear sanción<sup>15</sup> y también la determinación de estas últimas<sup>16</sup>. La tipificación debe de ser suficiente en el sentido que debe constar en la norma “una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”<sup>17</sup>, debiendo incluir dentro de este ítem lo expresado en materia de requisito de ley y la posibilidad de que ésta remita ciertas cuestiones al reglamento, aplicándose los principios que rigen la materia, recordando al respecto lo dicho en el punto anterior con relación a la función integradora del reglamento dentro del principio de legalidad. En lo que atañe a la tipificación de las sanciones administrativas, las mismas tendrán unas características que las diferencian de lo propio en materia de delitos, refiriéndonos específicamente a que los tipos sancionadores administrativos no son autónomos, sino que remiten a otra norma en la que está establecido el mandato o la prohibición<sup>18</sup>, de cuyo incumplimiento deriva la sanción. De todas formas, siempre la interpretación de los tipos que derivan en sanciones debe ser restrictiva.
- C) Principio de culpabilidad: Si analizamos el principio de la culpabilidad de la materia, también encontraremos matices diferenciadores. Si bien la culpa es el factor exclusivo de atribución subjetivo de responsabilidad en materia penal, en materia de sanciones administrativas se admite, en ciertas circunstancias, una suerte de responsabilidad objetiva por extensión, asumiendo alguien la

12 García Pullés, “Sanciones de policía, La distinción entre los conceptos...”, 758.

13 La aplicación de dicha norma constitucional debe complementarse con su similar del artículo 19 de nuestra carta magna el que establece en su parte pertinente que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. A ello debemos agregar lo contenido en normas de similar tenor en los tratados de derechos humanos que integran nuestra Constitución Nacional (artículo 75, inc. 22).

14 Villar Ezcurra, *Derecho Administrativo Especial...*, 89.

15 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo...*, Tomo II, 179.

16 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 288.

17 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 292.

18 Canosa, *Régimen administrativo del transporte terrestre*, 217.

responsabilidad por el hecho de otro<sup>19</sup>. El derecho administrativo sancionador ha sido calificado como un derecho de riesgos y no de resultados; de peligro presunto y no de peligro efectivo, y además un derecho preventivo y no represivo<sup>20</sup>. De allí que no pueda considerarse la culpabilidad en términos idénticos a los que se requieren en materia penal, adquiriendo singular importancia la diligencia que puede exigírsele al particular en estos casos, dadas las peculiares características que pueden presentarse en la relación administración-particular dentro de la denominada actividad administrativa. En el derecho penal el conjunto de ilícitos es breve en contraposición a lo que sucede en materia de derecho administrativo sancionador, cuyo repertorio de ilícitos es inabarcable, poniéndose de manifiesto otra diferencia entre ambos campos jurídicos, sin perjuicio de adelantar que esta gran cantidad de detalle de ilícitos administrativos es una derivación de la gran cantidad de normas que contienen a los mismos, lo cual representa un apartamiento de los principios de la tutela administrativa efectiva, creando un grado sumo de inseguridad jurídica para los particulares.

- D) Por su parte, existirán otros principios en la materia, los que sí tendrán una mayor consonancia con los propios del derecho penal como el de *non bis in ídem*, prescripción, proporcionalidad e irretroactividad.

En esta sección introductoria hemos tratado de demostrar que la potestad sancionatoria tiene autonomía suficiente para diferenciarla de la penal, siendo la misma parte de la actividad administrativa con los mismos fines que cualquier otra parte de la actividad, desechando la posibilidad de considerarla como parte de la actividad jurisdiccional<sup>21</sup>. La sanción se aplicará mediante el dictado de un acto administrativo, de carácter sancionatorio, resultando imprescindible transitar a tal efecto un procedimiento administrativo, también de carácter sancionatorio<sup>22</sup>.

## 2. La tutela administrativa efectiva. Sus alcances. La aplicación de la garantía al procedimiento administrativo sancionador

La incorporación de los tratados sobre derechos humanos a nuestra Constitución y la consecuente interpretación del artículo 18 de la Ley Suprema, hicieron que adquiriera nivel constitucional el procedimiento administrativo, sobre todo al tener carta de ciudadanía la garantía aquí en comentario.

Comenzando con una referencia de normas infraconstitucionales diremos, sin perjuicio de ampliar los conceptos al momento de tratar el tema específico, que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (LNPA) y el Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto N° 1759/72 t.o. 2017 (RNPA), conforman lo que podemos denominar un procedimiento administrativo general y común para todo el ámbito de la administración pública nacional, tanto sea centralizada como descentralizada<sup>23</sup>. *General* es este procedimiento porque resulta de aplicación en todo el ámbito de la administración de acuerdo al continente descripto<sup>24</sup> y *común* porque contiene la regulación de los principales institutos de nuestra disciplina<sup>25</sup>. A ello deberíamos agregar que en estas normas también se hallan contenidos un cartabón de derechos que hacen a la relación entre los particulares y la administración. Estas circunstancias permiten que muchas de las disposiciones que allí están insertas, sean de aplicación directa a aquellos procedimientos administrativos denominados especiales, como es el caso del procedimiento administrativo sancionador. Descripto lo que antecede, cabe a continuación hacer un ensayo que tendrá por objeto establecer si la tutela administrativa efectiva tiene recepción –por supuesto, de manera implícita– dentro de las normas referenciadas y su consecuente aplicación a los procedimientos administrativos especiales como es el sancionatorio. Entendemos que la respuesta afirmativa se impone debiéndose aclarar que algunos institutos contenidos en la legislación señalada deberían adaptarse a esta garantía y otros, lisa y llanamente deberían desaparecer.

19 Cassagne, *La intervención administrativa*, 224.

20 Jesús González Pérez y Francisco González Navarro, *Comentarios a La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II (Madrid: Civitas, 1997), 1876.

21 CNCont. Adm. Federal, Sala III, 30/12/2010, "Gómez, Juan C. c/ BCRA – res. 367/08".

22 Armando N. Canosa, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo I (Buenos Aires: Astrea – RAP, 2017), 241.

23 A estas normas podríamos agregar las siguientes con el mismo carácter: el Decreto 1883/91 el que no solo produce importantes reformas al RNPA sino también contiene normas generales sobre procedimientos administrativos y además el Decreto N° 722/96 que regula lo atinente a los procedimientos administrativos especiales en general. El RNPA tuvo otra importante reforma a través del Decreto 894/2017 y por la misma norma se aprueba un texto ordenado del mismo.

24 Héctor J. Escola, "Ámbito de aplicación de la legislación de procedimiento administrativo", en *Procedimiento administrativo*, AAVV (Tucumán: UNSTA, 1982).

25 Ver Luciano Parejo Alfonso, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en AAVV, *La Nueva Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Madrid: Tecnos, 1993), 23. También ver Armando Canosa y Gabriel Mihura Estrada, "El procedimiento administrativo de selección del contratista como procedimiento administrativo especial", *Jurisprudencia Argentina* IV (1996), 774.

La tutela administrativa efectiva debe ser considerada como una verdadera garantía, en tanto y en cuanto éstas serán entendidas como “instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”<sup>26</sup>, dando origen estas garantías a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente<sup>27</sup>. Resaltamos la presencia del término *procedimiento* y además la consideración acerca de que son, estas garantías, pretensiones que podemos hacer valer frente al Estado. La doctrina se inclinó por considerar a este instituto como una verdadera garantía<sup>28</sup>, en primer término, porque tiene una vinculación con la denominada tutela judicial efectiva, aunque debemos destacar que este nexo tiene su correlato en la existencia de institutos –como el del agotamiento de la vía administrativa– respecto de los cuales propugnamos su eliminación. Además, por la importancia que asume dentro de éste el denominado debido proceso adjetivo<sup>29</sup>, entendiéndose por ello el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y, a obtener una resolución fundada, lo que fue considerado por un sector de la doctrina como una garantía constitucional innominada<sup>30</sup>. En definitiva, esta garantía –la del debido proceso adjetivo– es lo que se considera el requisito basilar dentro del procedimiento administrativo<sup>31</sup> y por ende componente central (no exclusivo, ya que tiene otros importantes componentes) de la tutela administrativa efectiva.

De acuerdo a su contenido, pareciera que la tutela administrativa efectiva tiene una suerte de estructura jurídica compleja. No tenemos dudas de que se trata de una garantía porque dentro de la misma se hallan contenidos una serie de derechos que hacen al buen y legítimo desarrollo del procedimiento administrativo, pero también debe aplicársela como un principio sustantivo del procedimiento administrativo<sup>32</sup>. Del mismo modo, podemos afirmar que la vigencia de la tutela administrativa efectiva también responde a los principios de buena administración y buen gobierno<sup>33</sup> y en el mismo plano esta garantía contiene, en lo que atañe a la administración, el derecho que tiene el ciudadano a la buena marcha de los asuntos públicos<sup>34</sup>. En este estadio cabe señalar que los principios que rigen en todo procedimiento administrativo tienen una interconexión entre sí, todos ellos con el fin de alcanzar una optimización en el desarrollo de la actividad administrativa.

La jurisprudencia ha considerado que se trata, como dijimos, de una garantía. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso llevado a sus estrados, dando definitiva carta de ciudadanía a la tutela administrativa efectiva, considerando sin hesitaciones que se trata de una garantía<sup>35</sup>. El caso que dio origen al fallo resultaba del pedido de inconstitucionalidad de una disposición emanada de un ente público, por la cual se establecía que aquellos que se presentaban en un procedimiento de selección en un concurso para la adjudicación de determinadas estaciones de radiodifusión, debían acompañar en su presentación un escrito dirigido al ente mencionado, en el que se indicara expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieran interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por distintos órganos estatales. El alto Tribunal, en base a la presentación de los actores, estableció que una disposición de ese tipo resultaba violatoria no solo de las garantías de la tutela judicial efectiva, sino también de la tutela administrativa efectiva en tanto y en cuanto no se puede privar a los particulares de los derechos de “ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes –y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes...”.

Se considera que la garantía a la tutela administrativa efectiva tiene basamento constitucional en el artículo 18 de nuestra ley fundamental y además en una serie de normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional citados expresamente por el tribunal<sup>36</sup>. El mismo

26 Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: T. I, Ediar, 1994), 322.

27 Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho...*, 322.

28 Ver al respecto, Juan Carlos Cassagne, “Perspectivas de la justicia contencioso administrativa en Argentina en el Siglo XXI”, en *La justicia administrativa, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, coord. María Jesús Montoro Chiner (Barcelona: Atelier, 2003), 125.

29 Artículo 1, inc. f) de la LNPA.

30 Juan Francisco Linares, *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina* (Buenos Aires: Astrea, 1970), 25.

31 CN Fed. Cont. Adm., Sala I, 31/3/2000, “Dima, Juan Carlos c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”.

32 Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 99 y 110.

33 Ricardo Alberto Muñoz (h), “La tutela administrativa efectiva”, *La Ley* (2012): 919.

34 Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, “Imparcialidad e independencia: sensores descalificantes del pago previo”, *La Ley* (2011), 550.

35 “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER –Decreto 310/98 s/ amparo ley N° 16.986” del 14/10/2004. Publicado en RAP 323, pág. 78, con nuestro comentario Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva.

36 Artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”. “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución” (Desde luego, el subrayado nos pertenece). Artículos 8 y 10 de la Declaración

artículo 18 de la Constitución Nacional da fundamento no solo al derecho al debido proceso adjetivo –tanto sea en sede administrativa y judicial– sino también que esta misma norma y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dieron cabida en nuestro derecho positivo a la ya mencionada tutela judicial efectiva, sin perjuicio de que del pronunciamiento de la Corte surge que estas dos tutelas configuran distintos institutos. Si tuviéramos que calificar la calidad de cada uno de los derechos que involucran a estas garantías podemos llegar a afirmar que se trata de verdaderos derechos humanos, máxime si tenemos en cuenta las normas que sustentan su existencia y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, debe conceptualizarse, de acuerdo a la normativa aplicable, que el sujeto titular de la garantía objeto del presente es el particular que tiene vinculación con la administración y, como contrapartida de lo dicho, el sujeto obligado es, como sujeto estatal, la administración pública<sup>37</sup>.

También puede ser evaluada la tutela administrativa efectiva como un verdadero principio propio del procedimiento administrativo y, por lo tanto, que la misma cumpla con una “funcionalidad informadora y estructurante de todo de todo el conjunto de normas y actos que configuran todo procedimiento administrativo”<sup>38</sup>, lo cual debe incardinarse en lo que hace a la exigencia de los principios de la garantía analizada y sobre todo a la existencia de un debido procedimiento.

Podríamos, en consecuencia, comprender desde la normativa hasta aquí mencionada que la tutela administrativa significa ni más ni menos que la administración debe cumplir con el debido procedimiento legal<sup>39</sup>, el cual surgirá no solo de las disposiciones procedimentales vigentes para el desarrollo de la actividad administrativa, sino también de los principios que surgen de las normas constitucionales aplicables en la materia. De allí que en otra oportunidad hemos sostenido<sup>40</sup> que existiría una vinculación estricta entre la tutela administrativa efectiva y el debido procedimiento previo, tal como se halla previsto en el actual artículo 7 inc. d) de la LNPA<sup>41</sup>. En definitiva, esta garantía representa, para el particular, el respeto de una serie de derechos que pueden resumirse en que éste al tener vinculación –cualquiera fuere el origen de dicha vinculación– con la administración tenga un debido procedimiento.

Desde luego que lo aquí descripto no agota el contenido de la tutela administrativa efectiva, pero tampoco es menos cierto que representa, a nuestro criterio, su parte principal. De todas formas, el procedimiento administrativo en toda su dimensión involucra distintos aspectos de la actividad administrativa, tal como será puesto de relieve en los párrafos siguientes.

## 2.1 El debido procedimiento previo como núcleo central de la tutela administrativa efectiva

Al del debido procedimiento previo lo hemos erigido como un principio cardinal del procedimiento administrativo y, con la denominación que adoptamos, adherimos a la postura que se inclina por considerar que éste, en general, es el consagrado en el artículo 7 inc. d), de la LNPA, el cual prescribe, como requisito esencial del acto administrativo, el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico, siendo también esencial el dictamen que proviene de

---

Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por ley”. “Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas y 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.” 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” 2. Los Estados se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y; c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que en que se haya estimado procedente el recurso”. Artículos 2 inc. 3, ap. a) y 14, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley...”

37 Gutiérrez Colantuono, *Administración pública...*, 101.

38 Javier Urrutigoity, “El principio de la tutela administrativa efectiva”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV (2005).

39 Rodolfo Carlos Barra, *Principios de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abaco, 1980), 162.

40 Armando N. Canosa, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *RAP* N° 323 (2014): 75.

41 “antes de su emisión (la del acto administrativo) deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico...”

los servicios permanentes de asesoramiento jurídico<sup>42</sup>. Lo expuesto sirve para considerar que el denominado principio del debido proceso adjetivo es una manifestación especial y también principal del requisito del procedimiento previo<sup>43</sup>; con ello se pone al particular no solo en una posición de defensa, sino que también se lo realiza en su condición de colaborador de la administración, y si bien uno abarca al otro, haremos consideraciones por separado, dada la gran importancia del principio del debido proceso adjetivo<sup>44</sup>.

Como ya fue expuesto anteriormente, el debido procedimiento previo tiene recepción expresa en la legislación al enumerarse los elementos esenciales del acto administrativo; es considerado como uno de los requisitos formales previos a la emisión del acto e integrante de la denominada garantía a la tutela administrativa efectiva, toda vez que el tránsito por un procedimiento administrativo establecido y obligatorio para la administración se erige como un verdadero derecho a favor de los particulares. En alguna medida este elemento con la tutela administrativa efectiva tienden a identificarse. Así, el denominado debido procedimiento previo tiene un alcance casi globalizador de todo lo que entendemos por procedimiento administrativo y del derecho arriba mencionado, y de allí cabe preguntarse cuál es su alcance. Para ello, debemos partir de la premisa de que en el plano de las relaciones entre la administración y los particulares resulta imprescindible la aplicación de la normativa y principios propios del procedimiento administrativo, el cual no debe entenderse como una herramienta meramente instrumental, sino como el continente de garantías que asisten a esos particulares y como verdadero cauce formal de la actividad administrativa. Así, esta tutela administrativa efectiva y, por ende, el debido procedimiento administrativo previo, se presenta: a) en la etapa de formación de la decisión administrativa al disponer el artículo 7, inc. d), de la LNPA, que deben cumplirse con los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico; b) en la etapa impugnatoria puesta de manifiesto cuando se interponen recursos o reclamos, y c) también en la etapa pre procesal de necesario tránsito –al menos en lo que atañe al requisito legal– para producir el agotamiento de la vía administrativa previa a la judicial.

Por ello es que anteriormente hemos considerado que la tutela administrativa efectiva representa la garantía de un “debido procedimiento”, el que debe estar rodeado y protegido por los principios y disposiciones que surjan de la Constitución, los tratados incorporados a ella y las normas que con relación a ellos se dicten.

Precisamente este principio es lo que Comadira<sup>45</sup> denomina “debido procedimiento previo”, el cual debemos diferenciar del “debido proceso adjetivo”, ya que el primero representa, como dijimos, un requisito del acto administrativo y base principal de la actuación de la administración con miras a su eficacia y al respeto de los derechos de los particulares, siendo el segundo una manifestación especial y, si se quiere, principal de este debido procedimiento previo.

Resulta interesante su elevación –la del debido procedimiento previo– como principio autónomo, dado que, como contrapartida, pareciera su degradación en orden a considerar la validez del acto administrativo dictado como consecuencia de la inobservancia de él. Ello es de importancia debido a que, por el avance de nuevas teorías, pueden subsanarse las deficiencias procedimentales, incluso las que afectan directamente al particular, en instancias administrativas superiores o inclusive en la etapa judicial posterior<sup>46</sup>, teorías que hemos de rechazar porque en definitiva no solo afectan de manera grave los derechos de los particulares, sino que también conspiran contra el funcionamiento eficaz de la administración.

Dada la importancia del procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo, que en definitiva será su producto final, diremos que cuando se han omitido parcialmente los procedimientos administrativos esenciales<sup>47</sup>, cuando se viola el derecho al debido proceso adjetivo<sup>48</sup> –como parte integrante del principio aquí analizado–, o se sigue un procedimiento distinto al previsto en la norma<sup>49</sup>, el acto administrativo estará viciado de nulidad absoluta por imperio de lo dispuesto en el artículo 14,

42 Julio R. Comadira, *Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 1994), 94.

43 Conforme lo ya citado en el fallo “Dima” de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal.

44 Julio R. Comadira, *Función administrativa y principios generales...*, 94-95.

45 Julio R. Comadira, *Procedimientos administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I (Buenos Aires: La Ley, 2002), 62.

46 Comadira, *Procedimientos administrativos...*, 93. A título de ejemplo podemos decir que se ha aceptado la validez del acto administrativo carente o con insuficiente motivación, dado que el acto debe considerarse motivado si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, toda vez que las actuaciones deben considerarse en su totalidad y no aisladamente (PTN, Dictámenes 170:242. Ver asimismo, Fabián O. Canda, “Doctrina de la subsanación versus sana doctrina: el Tribunal Superior cordobés y la dimensión procedimental de los derechos constitucionales”, *Jurisprudencia Argentina*, vol IV (2007), 153.

47 Vgr. acto administrativo dictado sin que conste en el expediente el dictamen jurídico previo.

48 Vgr. el acto dictado sin haberse producido la prueba producida por el particular o se violó el derecho a ser oído que le asiste, todo ello siempre en el caso de que no haya prescindido total y absolutamente del procedimiento.

49 Vgr. cuando se utiliza un procedimiento de selección del contratista distinto al previsto en la norma en forma previa a la celebración de un contrato administrativo.

inc. b), de la LNPA<sup>50</sup>. Distinta sería la situación si la administración prescindiera por completo de todo procedimiento administrativo con anterioridad al dictado del acto administrativo pertinente, porque esta situación transformaría a éste en una verdadera vía de hecho administrativa<sup>51</sup>. Respecto de este último ítem, ponemos de resalto que la administración tiene la obligación inexcusable de transitar un procedimiento administrativo de legal forma en forma previa a la aplicación de una sanción determinada y de allí, si no cumpliera con el requisito inexcusable del procedimiento previo, la sanción aplicada será una verdadera vía de hecho administrativa.

### 2.1.1. La aplicación del principio de la tutela administrativa efectiva. El debido proceso adjetivo

Habíamos mencionado anteriormente con relación a esta garantía que puede vincularse íntimamente con el debido procedimiento previo en los términos explicitados en párrafos anteriores. También se ha dicho que la parte medular del procedimiento previo es el derecho al debido proceso adjetivo, considerado como una garantía innominada en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional, según enseñanzas de Linares<sup>52</sup>. De allí que establezcamos una correlación entre tutela administrativa efectiva, debido procedimiento previo y debido proceso adjetivo.

Desde luego, nos ceñiremos al concepto de debido proceso adjetivo de acuerdo a los postulados que nos marca la LNPA en su artículo 1, inc. f), lo que puede considerarse como una noción estricta de este derecho, el cual comprenderá el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una resolución fundada<sup>53</sup>. Valga recordar que el principio es reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia desde antiguo, destacándose su aplicación dentro del procedimiento administrativo, aun cuando ello no estuviere plasmado en la ley o directamente no existiera ley de procedimientos administrativos y por lo tanto la administración no podría desconocerla en perjuicio de los particulares<sup>54</sup>.

Desde luego que los efectos de la vigencia de este principio consagrado como garantía dentro del procedimiento administrativo lo comprobamos en diversas disposiciones de la normativa vigente en el orden nacional, tanto sea en la ley como en el reglamento, lo que resulta determinante para analizar la aplicación de la tutela administrativa efectiva en nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón es que tomando en consideración cada uno de los derechos que integran esta garantía obtendremos el resultado propuesto con relación a la aplicación de la tutela administrativa efectiva. Haremos una reseña sucinta de los componentes de esta verdadera garantía.

#### 2.1.1.1 Derecho a ser oído

Entendemos que, de los tres derechos que componen el debido proceso adjetivo, este es el que más riqueza conlleva en lo que hace a su aplicación y a los efectos de relacionarlo con distintos institutos del procedimiento administrativo, en especial con aquellos que tienen como fin proteger los derechos de los particulares dentro de éste. De acuerdo a lo normado en el artículo 1) inc. f) ap. 1 de la LNPA, éste consiste en el derecho de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos (según la clasificación sobre la legitimación que formula esta ley). Pero reiteramos que para una cabal comprensión del contenido de este derecho no debemos atenernos únicamente a su enunciado, si no que debemos analizar las proyecciones que tiene sobre otros institutos del procedimiento administrativo.

Si tuviéramos que efectuar una reseña introductoria de los componentes de este derecho y su vinculación con la garantía en estudio debemos coincidir que debería incluir lo siguiente: i) deberá tenerse en cuenta la intervención oportuna del particular interesado, es decir que esta deber ser anterior al dictado del acto administrativo<sup>55</sup>, sin perjuicio de que dicha intervención pueda también presentarse –en algunos casos inclusive obligatoria– a posteriori del dictado de dicho acto, en el supuesto de que el particular interponga

50 Si se viola el procedimiento esencial previsto imperativamente en la norma reglamentaria, la consecuencia es la nulidad del acto impugnado (art. 14, inc. b), LNPA); (C. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala I, "AADI CAPIF Asociación Civil Recaudatoria y otros v. Poder Ejecutivo Nacional s/ proceso de conocimiento" LL, 2001 –B- 466).

51 Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo* (Madrid: Civitas, 1977), 408.

52 Linares, *La razonabilidad de las leyes...*, 25.

53 Gordillo inserta el principio en estudio dentro de un campo más amplio, de acuerdo a lo que establece el art. 43 de la Constitución Nacional, con relación a ciertas actividades que despliega la administración –como es el caso de la celebración o modificación de contratos de concesión de obras o servicios públicos, debiendo respetarse esta garantía respecto de usuarios y consumidores haciendo una extensión del principio de audiencia individual, lo que se pone de manifiesto en la obligación de celebración de audiencias públicas a efectos de tutelar esa clase de derechos colectivos. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, tTomo 4 (Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2010)

54 Agustín Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos* (Buenos Aires: Macchi, 1971), 72 y ss.

55 Guillermo Becerra Ferrer, "Principios constitucionales del procedimiento administrativo" en AAVV, *Procedimiento administrativo* (Tucumán: UNSTA, 1982), 46.

recursos administrativos; ii) el respeto de la figura del concontrainteresado para su participación en el procedimiento administrativo (artículo 3 del RNPA) y, en caso de darse ello, aparece la obligación del órgano administrativo de adoptar la decisión con criterios de imparcialidad; iii) nuevas categorías para la apreciación de la legitimación dentro del procedimiento, eliminando la figura del «interés legítimo» como limitadora del ejercicio de los derechos de los particulares<sup>56</sup>. En definitiva, quien está legitimado para participar en un procedimiento administrativo también estará legitimado para impugnar el acto en cuestión, tanto sea en sede administrativa como en sede judicial, produciéndose un efecto reflejo entre ambas sedes en lo que hace a la materia de legitimación; iv) traslado del derecho constitucional de la publicidad de los actos de gobierno al procedimiento administrativo para favorecer el libre acceso de los ciudadanos a los expedientes administrativos; el cabal e irrestricto ejercicio del derecho de vista de las actuaciones para las personas legitimadas para tal trámite<sup>57</sup> y su efecto sobre la suspensión –interrupción– de los plazos para interponer recursos administrativos e inclusive para interponer la eventual acción judicial; v) efectuar las notificaciones de acuerdo a los recaudos previstos en el RNPA, con fundamento en las peculiares características del procedimiento administrativo<sup>58</sup>; vi) con relación a los recursos administrativos, estimamos que se debe avanzar hacia un régimen recursivo de carácter optativo, transformando a éstos en un verdadero derecho para el particular y que ello no sea una carga obligatoria<sup>59</sup>; vii) unificar las categorías que hacen al alcance del control quedando subsistente la impugnación fundada en razones de ilegitimidad. No controlar la oportunidad, so pretexto que no constituye aquello que hace a la legalidad del actuar de la administración, significaría abdicar de la función controladora y renunciar al principio de juridicidad que informa toda la actividad administrativa.

### 2.1.1.2. Derecho a ofrecer y producir pruebas

Resulta muy interesante analizar este derecho, integrante del derecho al debido proceso adjetivo, con relación a la tutela administrativa efectiva. De allí que afirmemos que el interesado tendrá derecho a probar los hechos en que sustente fácticamente su pretensión y, a su vez la administración tendrá la obligación de producir la prueba necesaria para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva<sup>60</sup>. No solo es un derecho para el particular, sino que también es una obligación para la administración a fin de encontrar la verdad jurídica objetiva, lo que se traduce como lo ha afirmado la Procuración del Tesoro de la Nación en “la necesidad de aclarar suficientemente ciertos aspectos del caso, lo que se vincula no solo con el derecho del recurrente a que se produzca la prueba pertinente ofrecida por él, sino con los principios de instrucción e impulsión de oficio, verdad material y legalidad objetiva que rigen en el procedimiento administrativo”<sup>61</sup>. Conforme este pronunciamiento queda claro que los principios del procedimiento administrativo hallan íntima conexión entre sí y, a su vez, hacen entre todos también al respeto a la garantía aquí estudiada. Con relación al derecho a ofrecer y producir pruebas en sí cabe recalcar lo siguiente: i) este comprende: el ofrecimiento y la producción de la prueba con anterioridad al dictado del acto; el control de la producción de la prueba y la presentación de alegatos<sup>62</sup>; ii) la apertura a prueba del expediente por parte de la administración no se traduce en una facultad discrecional para el órgano administrativo, sino que se trata de una facultad reglada, sobre todo si tenemos en cuenta que este derecho integra la garantía-derecho del debido proceso adjetivo. Solamente tendría la posibilidad de denegar el ejercicio de tal derecho cuando ello no haga a la complejidad del asunto y a la índole de la prueba que deba producirse, o sea considerada como superflua o meramente dilatoria<sup>63</sup>; iii) por lo demás el derecho se pone de manifiesto, al considerarse que la administración es la que debe producir la prueba pertinente, a solicitud o no del interesado, dado que rige el principio de la verdad jurídica objetiva. Por ello es que coincidimos con González Pérez, en el sentido de que si la administración decide infundadamente no abrir a prueba el expediente, la administración debe entonces atenerse a lo manifestado por el interesado; la propia negligencia de la administración no puede recaer sobre el administrado, quien es ajeno totalmente a ella<sup>64</sup>; iv) la carga de la prueba recae sobre la administración por aplicación del ya citado principio de la verdad jurídica objetiva y, por ende, si la decisión de la administración no se ajusta a esos hechos reales, el acto administrativo estará sin más viciado; v) los

56 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que en materia de legitimación procesal la misma se da cuando hay afectación de derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873- Dec. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986”.

57 Artículos 38 y 76 del RNPA. Ver lo vinculado con la vista en el procedimiento y con relación a la tutela administrativa efectiva, Urrutigoity, “El principio de la tutela administrativa efectiva...”.

58 Artículos 39 a 45 de la RNPA.

59 De acuerdo a nuestra postura y conforme una recta lectura del fallo “Astorga Bracht”, surge claro que la posibilidad de interponer recursos administrativos, es solamente ello y por lo tanto un derecho a favor del particular.

60 Artículo 1, inc. f), ap. 2 de la LNPA y 48 del RNPA.

61 Dictámenes 236:91.

62 José R. Dromi, *El acto administrativo* (Madrid: IEAL, 1985), 70; Becerra Ferrer, “Principios constitucionales del procedimiento administrativo...”, 76.

63 Artículo 47 del RNPA.

64 Jesús González Pérez, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo* (Madrid: Civitas, 1991), 468. Desde luego que cuando nos referimos al trámite del recurso también nos referimos al trámite administrativo en general.

plazos para el ofrecimiento y producción de la prueba contenidos en el RNPA, aplicables al particular, son obligatorios y no perentorios por aplicación de los principios generales; vi) el particular tiene el derecho a controlar la producción de la prueba, excepto que el expediente haya sido declarado secreto o reservado, y si no fuere así y la administración no diera vista de las actuaciones luego de producida aquella, existe violación al debido proceso adjetivo; vii) el alegato no solo debe circunscribirse al examen crítico de la prueba en sí, sino que puede extenderse a la posibilidad de iluminar los hechos objeto del debate y formar la convicción del órgano administrativo acerca de su existencia y modalidades reales; viii) finalmente digamos que por aplicación del informalismo dentro del procedimiento administrativo y vinculado asimismo a la protección de los derechos en análisis, propugnamos la producción de prueba informal por parte del particular en cualquier momento en el curso del trámite, sobre todo lo que hace a la denominada prueba privada, la que deberá ser acompañada el expediente respectivo y luego confrontado o vuelta a producir en caso de que resulte necesario<sup>65</sup>.

### 2.1.1.3. Derecho a obtener una decisión fundada. La obligación de resolver

Esta parte integrante del derecho al debido proceso adjetivo debe ser analizada desde un prisma más amplio del que nos el artículo 1, inc. f), ap. 3), de la LNPA<sup>66</sup>, dado que como veremos está incluida la obligación de resolver por parte de la administración como reverso del derecho que asiste al particular de obtener una decisión, la cual deberá estar debidamente motivada. En general, diremos que este derecho consiste en que el particular obtenga, como resultado de un procedimiento administrativo llevado en legal forma, una decisión que contemple todas las peticiones y alegaciones, y además que la misma sea fundada, es decir, que esa decisión se encuentre materializada como lo indica el artículo 7, inc. e) de la LNPA<sup>67</sup>, vinculándose por ende este derecho a los elementos *objeto* y *motivación* del acto administrativo. La motivación se enraza así en el derecho inviolable de defensa que asegura nuestra Constitución y todas las constituciones provinciales<sup>68</sup>. Por nuestra parte agregamos que la fundamentación del acto administrativo debe efectuarse, por lo menos, en forma concomitante al dictado del acto. Finalmente, recordamos que la motivación debe ser autosuficiente, en el sentido de que no se cumple con el precitado requisito si ella se basa en remisiones a otros expedientes o dictámenes jurídicos.

Pero como hemos expresado anteriormente el derecho aquí tratado tiene horizontes más profundos, dado que, como surge del fallo “Astorga Bracht” y con base en el artículo XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se consagra la obligación de resolver por parte de la administración ante peticiones efectuadas por particulares<sup>69</sup>. Tomando en consideración la disposición de este tratado con jerarquía constitucional, ello no se agota allí, sino que la resolución del órgano administrativo debe ser pronta y además de que ella se materialice en un acto administrativo dictado por autoridad competente. El debido respeto a este derecho haría cambiar sustancialmente toda la regulación del procedimiento administrativo nacional, incluido desde luego el procedimiento administrativo sancionador.

Esta obligación de resolver tiene íntima relación con la duración que deben tener los procedimientos administrativos, quizás comprendiendo que la administración no podrá decidir cuando le plazca y tampoco solo procurar la utilización de remedios que tiendan al acceso a la jurisdicción. La administración debe decidir más allá de la intención del particular de solicitar la intervención de los órganos judiciales. Para dilucidar estas cuestiones es menester recordar lo decidido por la Corte federal en autos «Lociser, Jorge Alberto y otros c/ BCRA –Resol. 169/05» del 26 de junio de 2012. El tribunal se abocó a analizar la legalidad de un procedimiento administrativo especial –sancionador– que se había dilatado por casi veinte años desde que se produjeron los hechos investigados. Puede destacarse lo siguiente en el decisorio referido: i) con base en el artículo 8, inc. i) del Pacto de San José de Costa Rica se prevé la vigencia del derecho a ser oído a lo que se debe agregar el respeto al ejercicio de ese derecho dentro de un plazo razonable; ii) existe una garantía constitucional a que todo imputado que defiende su posición ante la ley ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre; iii) las garantías procesales enunciadas

65 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo...*, VI-7.

66 "... 3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso."

67 La citada disposición refiere a uno de los elementos del acto administrativo: "Motivación. Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además los recaudos indicados en el b) del presente artículo." En este último caso se refiere al objeto como elemento del acto administrativo.

68 Bartolomé A. Fiorini, *Derecho Administrativo*, Tomo II (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976), 421.

69 "La administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos. Este deber surge de la obligación que impone el derecho del administrado de dar una decisión fundada, en el marco del respeto al debido derecho adjetivo y de la "tutela administrativa efectiva" (aplicación en el ámbito de la Administración del principio de la tutela judicial efectiva consagrado en los tratados antes referidos, y de la defensa en juicio establecido en la Constitución Nacional), y encuentra fundamento también el principio de obligatoriedad de la competencia que impone el artículo 3 de la LNPA." Ezequiel Cassagne, "El control de la inactividad formal de la administración", *Revista Jurídica La Ley* del 19/5/2010.

resultan de aplicación al ámbito de los procedimientos administrativos sumariales y en general en todo procedimiento en el que un particular efectúe la defensa de sus derechos, cualquiera sea el órgano estatal que intervenga, no limitándose por ende al ámbito del proceso penal; iv) las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (con cita del caso «Baena» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); v) el «plazo razonable» de duración de los procesos es una garantía aplicable a todo tipo de proceso; vi) los órganos que revisen lo actuado en un procedimiento determinado establecerán si se ha producido o no el retardo injustificado de la decisión.

Destacamos que la Corte Suprema ha avanzado con mayor rapidez que el legislador en el diseño del procedimiento administrativo, al menos desde la faz interpretativa de las normas constitucionales que deben regir a éste último. Así la administración tendrá la obligación de resolver previo desarrollo de un procedimiento administrativo sin dilaciones y que permita dicha resolución en un «plazo razonable».

Finalmente, y en lo que a este punto respecta, la decisión de la administración no solo debe ser fundada sino también tener otros aditamentos, presididos por la noción de razonabilidad y proporcionalidad y de acuerdo al principio «pro homine», que conforme al artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica impone la interpretación más favorable a la debida protección de la persona humana<sup>70</sup>.

### 2.1.2. La tutela administrativa efectiva y la buena administración

De acuerdo a lo expresado más arriba, la tutela administrativa efectiva no se agota en lo que hace a lo estrictamente procedimental –aunque sostenemos que es su parte principal– sino que involucra otros aspectos, los que en definitiva pueden subsumirse en todo aquello que hace al desarrollo de esta parte formal de la relación administración-particular.

Acertadamente se ha considerado que la garantía aquí estudiada tiene relación con un principio al que podemos denominar principio de la buena administración. Es decir que también representa un derecho para el particular para que exista un régimen adecuado para el buen funcionamiento de la administración y por ende hacia el correcto desenvolvimiento de la función administrativa<sup>71</sup>. Por nuestra parte entendemos que este derecho al buen desenvolvimiento de la administración como parte integrante de la tutela administrativa efectiva tiene diversos matices, algunos de ellos vinculados con el procedimiento administrativo<sup>72</sup>, que pueden ser resumidos de conforme lo que se expondrá a continuación.

#### 2.1.2.1 Los procedimientos administrativos especiales

Representa una seguridad para el particular que se relaciona con la administración la exacta determinación del procedimiento administrativo que será de aplicación con relación al órgano que en la fase final tenga la competencia para el dictado del acto administrativo definitivo. Tal como afirmamos al comienzo del presente comentario, la LNPA y el RNPA representan lo que podemos denominar el procedimiento general<sup>73</sup> y común para todo el ámbito de la administración nacional, tanto sea centralizada como descentralizada, simplemente porque en dichas normas se hallan contenidos los institutos principales de nuestra disciplina. La aplicación supletoria de este régimen general con relación a los procedimientos administrativos especiales, de acuerdo al régimen respectivo<sup>74</sup>, quedaría limitada a las lagunas que puedan existir en este último, vinculadas solo a cuestiones o etapas procesales<sup>75</sup>. De acuerdo a lo expuesto, nunca podría utilizarse la existencia de un procedimiento administrativo especial desconociendo estos principios en contra de los derechos del particular. Por lo demás, los procedimientos administrativos especiales deben estar limitados a aquellos que están contenidos en la norma especial referida y los nuevos que pudieran surgir deben conformarse de acuerdo a lo allí contenido.

70 Jorge A. Sáenz, "Principios generales del procedimiento administrativo", en *Procedimiento Administrativo*, Tomo I, dirs. Pozo Gowland, Halperín, Aguilar Valdez, Juan Lima, Canosa (Buenos Aires: La Ley, 2013), 346.

71 Ver Ricardo Alberto Muñoz (h), "La tutela administrativa efectiva...", 919. Este autor nos indica que el derecho a una buena administración y buen gobierno se encuentra consagrado como derecho humano en el derecho comunitario europeo a partir de la vigencia del art. 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos.

72 Se ha sostenido que la buena administración incluye aquello por lo cual "...los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías". Augusto Durán Martínez, "Motivación del acto administrativo y buena administración" *ED, Suplemento de derecho administrativo* (31/8/2012).

73 Lo de general es porque estas normas y aún otras vinculadas al procedimiento administrativo tienen vigencia en todo el ámbito de la administración. El artículo 1 de la LNPA establece: "Las normas del procedimiento que se aplicarán ante la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley...". Por su parte, surge explícito e implícito del articulado del RNPA la aplicación del mismo en todo el ámbito de la administración pública nacional, en la forma antes detallada.

74 Decreto N° 722/96 y su modificatorio.

75 Comadira, *Procedimientos administrativos...*, 112.

En sí, ciertas normas que están contenidas en lo que denominamos procedimiento administrativo general y común deben ser de aplicación directa a los procedimientos administrativos especiales. De allí, si en el marco de los procedimientos mencionados en último término, se dictare un acto administrativo, el mismo necesariamente y bajo pena de nulidad deberá contener los elementos mencionados en los artículos 7, 8 y 11 de la LNPA y sus normas concordantes<sup>76</sup>. Con idéntico rigor debemos aplicar lo aquí mencionado con relación a la vigencia de los principios del procedimiento administrativo en los citados procedimientos administrativos especiales, los cuales son de aplicación directa, sobre todo teniendo en cuenta que dicha aplicación responde a la vigencia de inalterables principios constitucionales. Desde luego, son de aplicación directa en estos procedimientos los derechos que surge de la denominada tutela administrativa efectiva aquí analizada.

A más de lo dicho debemos hacer referencia que resulta contrario al principio de la buena administración y consecuentemente a la garantía de la tutela administrativa efectiva, aquella excesiva cantidad y dispersión de procedimientos administrativos especiales, lo que puede advertirse no tanto si los clasificamos por un rubro en particular sino al observarlos en cada uno de esos rubros. Por ejemplo, si bien el legislador trató de sistematizar a un procedimiento administrativo especial denominándolo como «sumarial» o referente a la potestad correctiva interna de la administración, advertimos una variedad inusitada de regímenes procedimentales vinculados al derecho administrativo sancionador, integrantes sin duda de aquel lote, lo que seguramente provocará la inseguridad jurídica general al relacionarse un particular con la administración.

#### 2.1.2.2. La eficacia en el actuar de la administración

Uno de los fines del procedimiento administrativo es posibilitar el actuar eficaz de los distintos órganos de la administración, más allá de ser el ámbito natural de la protección de los derechos de los particulares, los que de una u otra manera se vinculan diariamente con la administración. Baste mencionar que el artículo 1, inciso b) de la LNPA erige como principios del procedimiento administrativo a los de “celeridad, economía, sencillez y eficacia” en los trámites, los cuales, lamentablemente, son los grandes olvidados, sobre todo si los comparamos con el desarrollo y aplicación que han tenido los otros principios.

La procura de la eficacia dentro del actuar de la administración y el diseño de un procedimiento que tienda a esos fines es uno de los grandes temas pendientes en el desarrollo del derecho administrativo. Recordemos que no puede haber cabal protección de derechos de los particulares si no existe una administración eficaz y por ende un eficaz procedimiento administrativo. He aquí la vinculación con la garantía en estudio, ya que una buena administración debe desarrollar su actividad con eficacia y por de allí una cabal protección de los derechos del particular en el marco del teatro procedimental.

No podemos olvidar que el principio de eficacia dentro del procedimiento administrativo apunta a que los actos que conforman el procedimiento administrativo produzcan los efectos queridos y que realmente sirvan a la impulsión de éstos. Pero todo ello a realizarse dentro de los plazos previstos y sobre todo teniendo en cuenta la obligación de resolver por parte de la administración y el derecho consecuente que asiste al particular.

Vinculado con esta cuestión, es decir, con relación a los principios de la buena administración, la eficacia en el actuar administrativo y la garantía de la tutela administrativa efectiva, nos encontramos con aquello que hace a la aplicación del principio del denominado “ritualismo inútil”. En su origen, este principio, tenía recepción en una norma en la cual se disponía que no era necesario interponer el reclamo cuando “mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”<sup>77</sup>. Más allá de que dicha excepción se extendió a otras formas de agotamiento de la vía administrativa, tanto sea en el que hace a la interposición del reclamo impropio, como en lo que atañe a la interposición de los recursos administrativos<sup>78</sup>, dicho principio debe extenderse a todo el trámite del procedimiento administrativo.

En primer término, este principio representa la base para considerar que el agotamiento de la vía administrativa representa un ritualismo inútil<sup>79</sup>, por la sistemática conducta de la administración de rechazar lo peticionado por el particular al momento de cumplir con ese privilegio pre procesal de los

76 Disposiciones referidas a los elementos del acto administrativo y también al régimen de publicidad del mismo.

77 Texto original del artículo 32, inc. e) de la LNPA.

78 Ver María Agustina Fanelli Evans, “Ritualismo Inútil”, *RAP* N° 344 (2006): 48 y ss.

79 Armando N. Canosa, *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la Ley de emergencia económica* (Buenos Aires: Abaco, 2001), 88.

órganos estatales<sup>80</sup>. Pero, a mayor abundamiento, es dable considerar a este principio como uno más de los principios propios de procedimiento administrativo, lo cual tiende a la mayor protección de los derechos de los particulares en el trámite, y además, y por las razones antes explicitadas, a la eficacia en el obrar de la administración. De acuerdo con lo propuesto, no se podrá exigir al particular el cumplimiento de trámites ineficaces que se traducen en ritualismos inútiles, lo que no es más que una aplicación extensiva pero literal de la antigua norma de la LNPA y una extensión de lo establecido en el artículo 42, párrafo 3º de la Constitución Nacional, en tanto y en cuanto manda a que se le legisle sobre procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de prestación de servicios públicos, lo cual no debe limitarse a esta porción de la actividad administrativa, sino que debe derramarse sobre toda ésta. Este principio y la norma constitucional mencionada serán plenamente aplicables al tema central del presente trabajo.

En síntesis, el procedimiento administrativo hace a la buena marcha de la administración y la eficacia en su accionar tiene directa vinculación con la protección de los derechos de los particulares dentro de ese procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo debe ser revalorizado a los efectos de considerarlo como un instrumento fundamental de la toma de decisión por parte de los órganos administrativos<sup>81</sup>. Todas estas cuestiones hacen al cumplimiento de esta garantía que está representada por la tutela administrativa efectiva, transformándose ésta en el basamento constitucional de la parte formal de la actividad administrativa que es, precisamente, el procedimiento administrativo.

### 3. Las bases de un procedimiento administrativo sancionador garantístico y moderno

El procedimiento administrativo sancionador integra el lote de lo que denominados “procedimientos administrativos especiales”, los que tienen las características arriba mencionadas, pero que no pueden sustraerse a la aplicación de la normativa general y de los principios que forman parte de lo que es el procedimiento administrativo general. Tampoco podrá sustraerse de lo que debe considerarse como el sustento de un procedimiento administrativo moderno. Comenzaremos con lo atinente a la aplicación de la normativa general y de los principios antes descriptos del procedimiento administrativo.

Con el objeto de ordenar la exposición del tema, entendemos que corresponde dividir la cuestión en aquello que hace directamente a la aplicación de los principios del procedimiento administrativo –a la luz de la garantía de la tutela administrativa efectiva– al procedimiento administrativo sancionador y como forma de respetar los derechos de los particulares, y luego lo que atañe a dicho procedimiento relacionado con el buen funcionamiento de la administración, lo cual, como hemos dicho, también refiere a la garantía antes descrita.

#### 3.1 El derecho a la existencia de un procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo sancionador como procedimiento administrativo especial

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria importa, como hemos ya expresado, el ejercicio de actividad administrativa y por lo tanto en lo que atañe al desarrollo de esta no caben dudas que deberá existir un procedimiento administrativo a los fines de concretar la misma. En una visión más general, podríamos hablar de principio de legalidad dentro del procedimiento administrativo sancionador, el cual se hallará representado en lo que a este ítem respecta, por la existencia del procedimiento mismo, lo que, en definitiva, no hace más que aplicar los criterios generales en tanto y en cuanto la actividad administrativa, el dictado del acto administrativo como célula motora de esta última, debe estar precedida de un procedimiento administrativo llevado en legal forma como garantía para los particulares que pudieren recibir una sanción, dentro del cual se respeten todos los derechos que emanan del debido proceso adjetivo<sup>82</sup>. Es un principio liminar de toda la actividad sancionatoria, el cual fue recogido en determinadas normas que rigen en diversos ordenamientos jurídicos<sup>83</sup>.

La tramitación de un procedimiento administrativo representa, sin más, un derecho en favor del particular<sup>84</sup>, integrante como vimos, de la garantía de la tutela administrativa efectiva.

80 González Pérez y González Navarro aluden a que este privilegio atenta contra la tutela judicial efectiva porque se obliga al particular a transitar este camino antes de la vía judicial sin la menor esperanza de éxito, en González Pérez y González Navarro, *Comentarios a La Ley de Régimen Jurídico...*, 195.

81 Gutiérrez Colantuono, *Administración pública, juridicidad...*, 102.

82 Canosa, *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado...*, 242.

83 La Ley 30/92 que regulaba el procedimiento administrativo en España disponía que “en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento (art. 134). En Argentina La Ley 25.164 que regula el empleo público prevé en su artículo 29 que su personal tiene el derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo consagrado en el artículo 1 inc. f) de la LNPA.

84 José Suay Rincón, “Los principios del procedimiento administrativo sancionador”, en *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, dirs. Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón (Madrid: Tecnos, 1993), 386.

En lo que se trata de poner énfasis es que siempre deberá existir un escenario propicio para la defensa de los derechos de los encartados, evitándose las denominadas “sanciones administrativas de plano”, mediante las cuales se puede aplicar estas sin tramitación de expediente alguno<sup>85</sup>. Por nuestra parte, rechazamos tal posibilidad cualquiera fuere la entidad de la sanción por aplicarse, teniendo en cuenta la plena vigencia de la garantía de la tutela administrativa efectiva, que lleva como contenido la existencia de un procedimiento administrativo previo al dictado de cualquier acto administrativo<sup>86</sup>. En el supuesto que existiere un régimen jurídico determinado mediante el cual la administración debiera ejercer potestad sancionatoria y no estuviere previsto un régimen procedimental determinado, no caben dudas de que deberán aplicar las disposiciones del procedimiento administrativo general<sup>87</sup>, el cual podrá utilizarse para aplicar una determinada sanción, toda vez que allí se encuentran contenidas garantías y derechos que asisten a los particulares, cualquiera fuere el tipo de actividad administrativa a realizarse<sup>88</sup>.

En concordancia con lo hasta aquí expuesto es que rechazamos la posibilidad de aplicar las normas propias del proceso penal en este tipo de materias ya que, como dijimos, resultarán de aplicación las normas de procedimiento administrativo, ya que estamos dentro de una actividad de este tipo. La aplicación –aún supletoria– de normas propias del proceso penal cuando se trate de regir procedimentalmente la aplicación de sanciones administrativas importa lo que se denominó la “jurisdiccionalidad” del procedimiento administrativo, lo cual importa una deformación del mismo<sup>89</sup>. Distinto es lo que sucede en lo que respecta a lo que podemos denominar el derecho de fondo –en el ámbito sancionador– en el cual sí serán de aplicación en forma supletoria las normas del derecho penal.

En lo que a este punto respecta, se trata de aplicar la parte central –no la única– de la garantía de la tutela administrativa efectiva, es decir, la existencia de un debido y legal procedimiento previo a desarrollarse con anterioridad a la aplicación –o no– de la sanción administrativa.

En nuestro país, en el orden nacional, rige en la actualidad el Decreto 722/96 por el cual se determina que resultan procedimientos administrativos especiales “los procedimientos sumariales y lo inherente al ejercicio de la potestad correctiva interna de la Administración pública nacional”. A nuestro entender esta disposición tiene referencia al procedimiento propio vinculado a lo que se ha dado en llamar “derecho administrativo sancionador”, el cual reiteramos, pertenece a la actividad administrativa y mediante la cual la administración aplica una sanción –o no– a un particular mediando una relación entre los mismos que, como vimos, puede tener distinto origen.

### **3.2. La estructura del procedimiento administrativo sancionador. La separación de las fases del mismo. Los órganos administrativos intervinientes. Su identidad y la división de competencias**

Se erige como un principio de este tipo de procedimientos la separación de distintas fases de este, lo que ha sido ideado a los efectos de tutelar los derechos que asisten al particular investigado o sancionado<sup>90</sup>.

Al solo efecto indicativo podemos advertir que la estructura del procedimiento administrativo sancionador tendrá las siguientes fases: a) iniciación de oficio, por denuncia o por solicitud de otro órgano administrativo; b) formulación de los cargos; c) recolección de las pruebas; d) imputación; e) descargos del imputado y ofrecimiento y producción de la prueba; f) resolución final, y g) impugnación del acto administrativo sancionatorio. Lo vertido hasta aquí no representa la adhesión sin más a tal fragmentación procedimental, sobre todo teniendo en cuenta que no todos los procedimientos sancionatorios tienen tal estructura.

85 Alfredo Gusman, “El procedimiento administrativo sancionador”, en Pozo Gowland, Halperin, Aguilar Valdez, Juan Lima, Canosa (dirs.) *Procedimiento Administrativo*, Tomo II (Buenos Aires: La Ley, 2015), 175.

86 No debemos confundir esta cuestión con la posibilidad de que existan procedimientos sumariales abreviados o procedimientos presumariales. En todos los casos deberán existir garantías del debido proceso.

87 En un verdadero acto de confusión legislativa observamos que en la hoy derogada Ley 25.156 –de Defensa de la Competencia– la que contenía un procedimiento para la aplicación de sanciones, se disponía en su artículo 56 que sería de aplicación en los casos no previstos en dicha ley la LNPA. Pero en el artículo siguiente se disponía no serían aplicables a las cuestiones regidas por esa ley las disposiciones de la LNPA. Todo en una misma norma.

88 Las normas sobre procedimientos contractuales prevén la posibilidad de que se apliquen sanciones al particular que se vincula por medio de este tipo de convenciones, estableciéndose que deberá regirse ello por las normas de la LNPA y consecuentemente por el RNPA. Ver al respecto los decretos 1023/01 y 1030/2016.

89 El artículo 1017 del Código Aduanero (Ley 22.415) establece: “1. Las disposiciones de la ley nacional de procedimientos administrativos se aplicarán supletoriamente en los procedimientos que se cumplieren ante el servicio aduanero. 2. Cuando se tratare de procedimientos por infracciones (...) se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Criminal para la J Federal y los Tribunales de la Capital y Territorios Nacionales, las que prevalecerán sobre las indicadas en el apartado 1.” (el destacado nos pertenece). Desde luego que si se tratare de la comisión de delitos penales la aplicación del código en la materia sería indiscutible.

90 Miriam M. Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa* (Buenos Aires: RAP, 2013), 174.

Desde ya afirmamos que, de no darse esta estructuración, no podría considerarse que se han vulnerado los derechos del particular, excepto que se haya inobservado las reglas que serán analizadas a continuación. Como lo expresamos más arriba, si se hubiera aplicado una sanción sin transitar procedimiento alguno, estaríamos en presencia de una vía de hecho administrativa, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. De todas formas, como hemos ya expresado, si no existiera un procedimiento administrativo sancionador expreso, si la administración considerare que podría aplicar una sanción, se deberá aplicar la norma general sobre procedimientos, la cual, con algunos matices, sigue en línea general las fases que hemos descripto.

Distinto es el caso de la separación entre el órgano instructor del sumario y el órgano que dictar el acto administrativo correspondiente que ponga fin a dicho procedimiento. Debe tratarse de dos autoridades administrativas diferentes<sup>91</sup>, extremo que se halla receptado en la mayoría de las normas que regulan procedimientos sancionadores<sup>92</sup>. En realidad, como lo ha sostenido la doctrina, esta división tiene correlato con la imparcialidad, principio que, desde luego, no es patrimonio único de estos procedimientos, sino que rige, como veremos, también el procedimiento administrativo común. También puede darse el supuesto de que intervenga otro órgano administrativo, el que sería el competente para ordenar la iniciación de las actuaciones<sup>93</sup>.

Vinculado con esta cuestión se encuentra otro derecho del investigado que tiene correlato con la obligación de la Administración de hacer conocer la identidad de quien tendrá a cargo la instrucción del sumario y la del órgano decisor, entendiéndose que con relación a este último bastará con hacer conocer el órgano-institución con esa competencia. Este principio también tiene relación con la imparcialidad con la que deben actuar los órganos dentro de este procedimiento mediante el ejercicio de los derechos del particular sumariado.

La inobservancia de estos preceptos supondrá la nulidad de la sanción por las razones que antes expusimos, habiéndose entendido que también se viola el elemento competencia del acto en cuestión<sup>94</sup>.

### **3.3. El debido proceso adjetivo. El derecho a ser oído y su composición. La legitimación del denunciante. El secreto de las actuaciones**

El derecho al debido proceso adjetivo rige en toda su magnitud dentro del procedimiento administrativo sancionador, el cual representa el pilar fundamental de todo procedimiento administrativo y, además, es el núcleo del principio del debido procedimiento previo y, por lo tanto, una parte central de la garantía de la tutela administrativa efectiva. Ya nos hemos expresado en el sentido de que para que sea válida cualquier sanción que aplique la administración, se debía cumplir con un procedimiento previo que hubiera sido llevado en legal forma, siendo la base de todo este *test* de legalidad que se haya respetado en extremo el derecho al debido proceso adjetivo.

Antes de adentrarnos en el tema, conviene destacar que el basamento de lo hasta aquí vertido en lo que atañe a nuestra Constitución Nacional tiene su representación en el artículo 18 que garantiza –con todos sus matices– el derecho de defensa, lo cual en este caso es todavía más patente, dada la vinculación de la materia en estudio con las garantías propias del derecho penal. A este respecto cabe precisar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que las garantías procesales contenidas en los tratados de derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional son de aplicación a los procedimientos sumariales, no siendo monopolio en ello de los procesos penales. Lo fundó de la siguiente manera: “Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, se administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas (...)”<sup>95</sup>. En España se produjo la misma transmutación tomando en consideración uno de los artículos de la Constitución de aquel país<sup>96</sup>.

91 Suay Rincón, *Los principios del procedimiento...*, 386.

92 En el régimen de empleo público se advierte esta división de competencias. Asimismo, el artículo 138 de la ley 26.831 de mercado de capitales establece: “La sustanciación del sumario será función de otra dependencia de la Comisión Nacional de Valores separada e independiente de la fórmula propuesta de cargos.

93 Canosa, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos...*, 245.

94 Ramón Parada, *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (Madrid: Marcial Pons, 1993), 401.

95 CSJN in re “Lociser, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Resol. 169/05”, Fallos 335:1126. En el mismo pronunciamiento al Corte alude a la aplicación de las garantías que aseguran la presunción de inocencia, la inviolabilidad de defensa en juicio y debido proceso legal a este tipo de procedimientos administrativos sancionatorios. Refiere a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Tribunal Constitucional vs. Perú” y “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”.

96 “... se somete a esa potestad administrativa sancionadora a límites que no derivan de la pura voluntad del legislador sino, en esencia de los artículos 24 y 25 de la propia Constitución y que reflejan una cierta unidad o, al menos, una parcial comunidad de principios del

Dentro de este derecho-garantía general –como es el debido proceso adjetivo– no pueden caber dudas que el derecho a ser oído –como hemos dicho– es el más rico en cuanto a su contenido si lo comparamos con los otros que integran aquel. Desde luego que este derecho a ser oído tendrá algunos matices particulares dentro del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio que en general deberá estarse a que el particular tenga la posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que pudieren afectar sus derechos jurídicamente protegidos; en el caso en análisis la posibilidad de que la administración aplique una sanción.

- A) En lo que atañe al contenido del mismo dentro de este procedimiento administrativo especial, se deben hacer conocer efectivamente al imputado la iniciación del sumario, los hechos a investigar, los cargos que eventualmente se formulen y la sanciones que le podrían caber; nadie puede defenderse de lo que no conoce<sup>97</sup>. Nosotros consideramos que estas circunstancias efectivamente deben hacerse conocer al imputado al momento de iniciación de las actuaciones sumariales, lo que conlleva también el derecho a que el imputado pueda participar en la etapa instructora de aquellas, más allá de su participación al momento de prestar declaración en la etapa procedimental de descargo. El derecho a ser oído, desde luego, se pondrá de manifiesto con todas las garantías con las que deberá rodearse esta etapa del procedimiento<sup>98</sup>.
- B) En lo que concierne a las partes dentro de este tipo de procedimientos sancionatorios, en general debe ser considerado el particular imputado o meramente sumariado. Pueden existir otras partes dentro de estos procedimientos, como es el ejemplo de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas en el caso de los sumarios vinculados a la relación de empleo público<sup>99</sup>. Estamos ante un supuesto especial que se da cuando existe un denunciante y que fuere este el que dé inicio a la formación de las actuaciones, en el sentido de si deberá ser considerado parte en estos procedimientos. En nuestra opinión, deberá ser considerado parte en el supuesto de que demuestre un interés calificado que le sea afectado<sup>100</sup>, pero en los términos amplios en los que actualmente se entiende la legitimación para ser parte en un procedimiento en general<sup>101</sup>. Así, por ejemplo, podrá ser considerado parte el denunciante aquel que vea afectado un derecho de incidencia colectiva y no solo aquel que tenga afectado un derecho personal y directo. De este modo, podrá intervenir en el período de prueba, deberá ser notificado de la resolución que ponga fin al procedimiento y, desde luego, podrá impugnar ese acto tanto sea en sede administrativa como en sede judicial. Si bien en todo procedimiento administrativo los órganos administrativos instructorios o decisorios no podrán ser parte en el mismo, nos remitimos a lo vertido con relación a la división de competencias de los órganos intervinientes en este tipo de procedimientos, sin perjuicio de considerar que podría adquirir el carácter de parte aquel órgano administrativo que efectúe una acusación, dando origen a las actuaciones, el que de alguna manera deberá ser tenido como un acusador ajeno al desarrollo del trámite.
- C) El régimen de las notificaciones también integra el derecho a ser oído, debiendo extenderse a las que se efectúen dentro del procedimiento administrativo sancionador, el mismo contenido que las previstas para el procedimiento administrativo común. Así, deberá asegurarse: a) la fecha en que la misma se produjo; b) que el notificado tome conocimiento en forma cierta tanto de los fundamentos como de la parte dispositiva del mismo<sup>102</sup>; c) los recursos que contra dicho acto pueden interponerse y el

ius puniendi estatal, con independencia que los ejerzan los órganos judiciales o administrativos...”, Manuel Rebollo Puig, “Principios de la potestad sancionatoria”, en *Comentarios a las Ley 30/92*, dirs. Miguel Sánchez Morón y Nicolás Maurandi Guillén (Madrid: Lex Nova, 2013), 753.

97 En el Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por decr. 467/99 la imposición al encartado de las razones por las cuales se iniciado el sumario se efectuará al momento de tomársele declaración y luego de que el instructor, habiendo realizado diferentes trámites, considere que existen motivos suficientes para considerar que el agente es responsable del hecho que se investiga (artículo 61). Entendemos que el momento que, según la norma, se debe imponer al encartado de los hechos que se investigan, resulta extemporáneo, máxime si a ello le añadimos que hasta ese momento el expediente está en estado de secreto, situación que también riñe con el principio en comentario como más adelante se expondrá.

98 “De allí que durante su desarrollo deben efectuarse todas las actuaciones que posibiliten el ejercicio del derecho de defensa amplia y oportuna, incluyendo la impugnación de las decisiones adoptadas. Así se concretarán las garantías sustanciales y procesales para la protección de los derechos fundamentales y las libertades de los empleados públicos”. Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria...*, 157.

99 Artículo 3, parte 2, del Reglamento de Investigaciones Administrativas. Así también lo consideró la Corte Suprema en fallo del 10/12/2013 “Fiscalía de Investigaciones Administrativas”.

100 Jesús González Pérez y Pedro González Salinas, *Procedimiento administrativo local* (Madrid: Abella, 1998), 201.

101 La ley de mercados de capitales N° 26.81 prevé que el denunciante no será parte en las actuaciones y no podrá tener acceso a ellas (artículo 139). Sin embargo, la Ley de Defensa del Consumidor adopta la solución contraria con un sentido amplio ya que podrá ser denunciante con carácter de parte quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores (artículo 45).

102 Pablo Perrino, “Reforma del procedimiento administrativo y tutela administrativa efectiva”, en *Derecho administrativo, Estado y república*, Tomo 3, dir. Juan Carlos Carona (Buenos Aires: Astrea, 2019), 137.

plazo para ello; d) si el acto agota la vía administrativa<sup>103</sup>. Desde luego que, en ciertos procedimientos administrativos, y también dentro del procedimiento administrativo general luego de su reforma, se admiten los medios informáticos<sup>104</sup>.

- D) Con relación a la vista de las actuaciones, teniendo en cuenta que este trámite representa el acceso irrestricto a estas por parte del interesado, se produce un inconveniente de tipo jurídico. Esta verdadera anomalía, en cuanto al acceso de las actuaciones, se vincula a que en ciertos procedimientos sumariales se limita ese derecho disponiéndose genéricamente el secreto durante una etapa del mismo, mayormente en el tiempo de la instrucción. Esto ha despertado la reacción de la doctrina, la que cuestiona esta limitación genérica del derecho a ser oído<sup>105</sup>, pudiéndose limitar esa restricción en caso de que la intervención del sumariado pueda, en esa etapa instructora, perjudicar el avance de la investigación<sup>106</sup>. Además de la afectación de las garantías de los imputados en cuanto exista este tipo de secreto de las actuaciones –la que será no solo con relación al derecho a ser oído sino también con relación al derecho a ofrecer y producción de pruebas, atenta contra el buen desarrollo del procedimiento, limitando por otra parte, la participación útil del particular<sup>107</sup>, pudiéndose evitar así dispendio procedimental.

Si bien el régimen de impugnación forma parte del derecho a ser oído, para un tratamiento más general del tema lo haremos al momento de abordar lo atinente a la resolución (acto) que deba dictarse. Allí nos remitimos.

### 3.4. El derecho a la producción de la prueba y la presunción de inocencia

En primer término, debemos aclarar que este derecho no solo incluye el ofrecimiento de la prueba, sino también su producción, en tanto fuere conducente para el esclarecimiento de la cuestión, el control de dicha producción y la presentación de alegatos, tal como se relató al momento de tratar este derecho en el marco de la garantía de la tutela administrativa efectiva, y allí nos remitimos. Rige en todo procedimiento administrativo el principio de verdad material por el cual la Administración debe adoptar la decisión –en estos casos sancionar o no a un particular– ajustándose a la veracidad de los hechos, más allá de si estos fueron alegados o no por las partes; el principio de verdad material debe presidir todo lo atinente a la prueba en el procedimiento administrativo, sea éste general o sea este especial. Estas consideraciones deben ser tenidas muy en cuenta con relación al procedimiento administrativo sancionador, dado que se erige como un principio de este el de presunción de inocencia en favor del particular encartado y por ello mientras la Administración no pruebe lo contrario, debe estarse a la no existencia de responsabilidad administrativa<sup>108</sup>. Todo procedimiento sancionador requiere la producción de prueba y, sin esta, la Administración estará impedida de aplicar una sanción<sup>109</sup>, ya que esta última, como hemos dicho, debe tener sustento serio en la actividad probatoria que conste en el expediente administrativo<sup>110</sup>. El principio de verdad material indica que la carga probatoria recae sobre la Administración y ello se pone aún más de manifiesto en este tipo de procedimientos en concordancia con el principio de presunción de inocencia, ya enunciado. Todo ello sin perjuicio de toda la prueba que pueda ofrecer el particular investigado.

No desconocemos que en ciertos casos la infracción se comete por el solo hecho de la violación de la norma objetiva, haciendo nacer, por ende, la responsabilidad del presunto infractor. En estos casos, será el particular quien deberá probar un eximente en su responsabilidad, cargando sobre sí la obligación de alegar y acreditar el error. Esta circunstancia representa una de las tipologías del derecho administrativo sancionador, teniendo estos casos el carácter de excepcionales con relación al principio general visto en el párrafo anterior. No obstante lo vertido, se deberá respetar en todos los casos los principios de producción y control de la prueba. Respecto del control de la prueba dentro de un procedimiento administrativo determinado, como parte de este derecho al debido al proceso adjetivo, el mismo tiene relación con lo analizado en el punto anterior, referido al hecho de que en determinados procedimientos sumariales se desarrolla toda una etapa de instrucción en la cual el órgano encargado produce prueba y, lo que es más grave, generalmente se establece en la norma respectiva que las actuaciones son secretas o reservadas

103 Artículos 40 y 41 del RNPA. Ver Canosa, *Procedimiento administrativo: Recursos y reclamos...*, 248.

104 Ver Decreto 894/2017 por el cual me modifica y se aprueba el texto ordenado del RNPA.

105 Fernando García Pullés, "Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público", *RAP* N° 309 (2004): 353.

106 En caso se trataría de una reglamentación del artículo 38 del RNPA, el cual prevé la posibilidad de que se declaren secretas o reservadas las actuaciones, considerándose que ello solamente será procedente durante un lapso determinado y con relación a determinadas piezas del expediente.

107 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo...*, 18.

108 La presunción de inocencia de algún modo cede al tenerse en cuenta que la administración puede adoptar medidas preventivas en un procedimiento sumarial como es el caso del traslado o suspensión preventiva del agente en los términos de los artículos 53 y ss. del Reglamento de Investigaciones Administrativas.

109 Suay Rincón, *Los principios del procedimiento...*, 389.

110 Jaime Ossa Arbeláez, *Derecho administrativo sancionador* (Santa Fé de Bogotá: Legis, 2000), 617 y ss.

durante ese lapso. En párrafos anteriores habíamos demostrado nuestra disconformidad con relación a este secreto, abonando lo dicho con lo que estudiamos en este punto, toda vez que si el encartado no puede tener acceso a las actuaciones tampoco podrá efectuar el control de la prueba que realice el instructor.

Otra cuestión vinculada con el aspecto probatorio del procedimiento administrativo sancionador, es aquello que se refiere a que, en determinadas legislaciones, se prevé que las actas de los funcionarios competentes mediante las cuales se constatan presuntas infracciones, constituyen plena prueba de la responsabilidad del infractor mientras no sea enervada por otras pruebas<sup>111</sup>. Este sistema es contrario a la presunción de inocencia en la materia y no se condice con las pautas fijadas en materia de prueba en el procedimiento administrativo sancionador. Distinta es la situación si se considerara que los hechos constatados por los funcionarios intervinientes y volcados en actas formalizados en documento público tienen valor probatorio, sin perjuicio de las otras pruebas que se produzcan en el expediente, incluidas las aportadas por el propio presunto infractor. Así, estas actas serán valoradas en conjunto con todas las otras pruebas producidas, es decir, las de la instrucción y las del encartado<sup>112</sup>.

### **3.5 Requisito del fundamento de la resolución y el plazo para su dictado. Razonabilidad. La discrecionalidad. Imparcialidad. La impugnación**

Es el tercero de los derechos que componen el debido proceso adjetivo, y su contenido y extensión fueron explicitados al momento del tratamiento de la integración de la garantía de la tutela administrativa efectiva, del cual, desde luego, aquel es parte integrante; allí nos remitimos. El enunciado del derecho nos indica que debe existir un acto administrativo que ponga fin al procedimiento, el que deberá tener ciertas características, más aún cuando estamos dentro de un procedimiento administrativo especial. Para comprender lo que estamos insinuando, debemos considerar que además de que debe tener dicho acto la fundamentación suficiente y adecuada, deberán valorarse ciertos aspectos a los fines de mensurar su legitimidad.

- A) Razonabilidad. En una primera aproximación, diremos que es el principio que se opone a la arbitrariedad en las decisiones administrativas, debiéndose tener presente el artículo 7, inc. f) de la LNPA, en cuanto requiere que el acto administrativo –incluidos los propios de este procedimiento– deberá ser dictado de acuerdo a los fines que resultan de las normas que otorgan competencias al órgano respectivo, pero, además, ser requiere que “las medidas que el acto involucre sean proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”. La proporcionalidad aludida debe ser debidamente auscultada en un procedimiento administrativo sancionador. La sanción –materializada en un acto administrativo– debe estar acorde con la infracción cometida, pudiéndose asimismo valorar ciertas condiciones del infractor, como por ejemplo reincidencia, intencionalidad, persistencia de la acción infractora, perjuicios causados, etc.
- B) La limitación de la discrecionalidad. Vinculado con el ítem anterior, debemos ponderar la discrecionalidad con la que cuentan los órganos administrativos al momento de transitar esta clase de procedimientos. Por nuestra parte, adherimos a aquellas posturas que indican que la administración debe cumplir con el mandato legal impuesto, es decir que, ante la verificación de una infracción, debe aplicarse la sanción prevista, careciendo el órgano de discrecionalidad para mensurar si se aplica o no dicha sanción<sup>113</sup>. La existencia de discrecionalidad afectaría sin más el principio de igualdad que debe existir en toda relación administrativa, afectando los derechos de otro presunto infractor.
- C) La imparcialidad del órgano instructor y del órgano decisor. La administración debe decidir conforme al orden jurídico sin beneficiar a alguien en detrimento de otros. La imparcialidad, por ende, no es exclusiva de la actuación judicial, sino que también se da dentro del procedimiento administrativo, ya que el órgano administrativo debe decidir teniendo en cuenta el respeto del derecho de igualdad y no discriminación de los particulares, “sin tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva”<sup>114</sup>. Conforme lo antedicho, no podemos concluir que estos principios rijan solo para el procedimiento general o cuando existan una diversidad de intereses dentro de un procedimiento. La imparcialidad tendrá toda su magnitud en el procedimiento administrativo sancionador, por los argumentos ya vertidos.

111 Vgr. Decreto 253/95 que aprueba el régimen de penalidades por infracción a las leyes y reglamentos en materia de transporte automotor de jurisdicción nacional.

112 González Pérez y González Navarro, *Comentarios a La Ley de Régimen Jurídico...*, 1961.

113 García Pullés, “Derecho sancionador y régimen disciplinario...”, 365.

114 Allan Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina* (Bogotá: Legis, 2003), 145.

- D) La obligación de resolver en tiempo. Como todo procedimiento administrativo, la administración tendrá obligación de resolver, tal como vimos anteriormente, pero además debe hacerlo en tiempo razonable. Más de allá de tener en cuenta los plazos de prescripción que deben regir como principio en el derecho administrativo sancionatorio, la administración debe resolver en plazo razonable, tomando en consideración lo decidido por la Corte Suprema por aplicación de disposiciones contenidas en distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos agregadas a nuestra Constitución Nacional<sup>115</sup>. Como ha afirmado la doctrina, en el procedimiento administrativo sancionador la obligación de resolver en un plazo razonable resulta más patente que en otro tipo de procedimiento –si bien es aplicable a cualquiera de ellos– por la aflicción que puede causar a un particular el hecho a ser investigado, teniendo la incertidumbre de si será o no sancionado<sup>116</sup>. Cuando se trata del sumario administrativo en los casos de empleo público, la demora en el trámite más allá de los parámetros normales ocasiona al agente innumerables perjuicios, como por ejemplo la afectación el derecho a promoción en la carrera, por su calidad de sumariado<sup>117</sup>.
- E) Impugnación de la decisión. El acto administrativo sancionatorio –como todo acto sancionatorio– estará sujeto a impugnación por parte del particular, tanto sea en sede administrativa, tanto sea en sede judicial. Por lo general, tratándose de un procedimiento administrativo especial, los remedios impugnatorios recursivos en sede administrativa son muy variados y normalmente difieren de los tipificados en la normativa procedimental común. Ello, por supuesto, se debe a la diversificación de procedimientos administrativos sancionatorios en los que existe casi una clase de recurso por cada uno de estos procedimientos administrativos, siendo ello más que criticable –además de que conspira contra los derechos que estamos examinando– porque no existe razón para apartarse de la norma general y común. Desde hace tiempo propugnamos un régimen optativo de recursos administrativos lo que iría en consonancia con los cánones propios de la tutela administrativa efectiva y por ende debemos desechar la existencia del privilegio estatal del agotamiento de la vía administrativa, lo cual también se presenta dentro de este esquema de procedimientos administrativos. No obstante lo antedicho, y mientras dure el presente régimen, todas garantías que asisten al particular en lo que atañe al procedimiento recursivo deberán estar vigentes y ser de aplicación. Además de lo expresado, resulta común dentro de este tipo de regulación de los procedimientos que los actos que se dicten como consecuencia de los mismos, sean objeto de impugnación a través de los denominados “recursos directos”, los que deberán ser resueltos por tribunales judiciales, revistiendo los mismos no el carácter de recursos administrativos sino verdaderas acciones judiciales. Es demasiada variada la cantidad de este tipo de “recursos”, los que podrán ser resueltos tanto sea por tribunales judiciales de alzada –como es el caso de las Cámaras de Apelaciones– o por tribunales de primera instancia, sobre todo en ese último caso, ante el fuero penal<sup>118</sup>. En ciertos casos la norma que regula el procedimiento administrativo sancionador prevé que el particular sancionado tendrá la opción de interponer el recurso administrativo correspondiente, o bien el “recurso directo”, en el caso que desde luego se encuentre previsto<sup>119</sup>.

#### 4. La cuestión instrumental y la necesaria reforma del procedimiento administrativo sancionatorio

En los párrafos que anteceden hemos efectuado un repaso de las garantías que deben asistir a los particulares en todo procedimiento administrativo sancionador en relación a su carácter de procedimiento administrativo especial. A ello debemos precisar ciertas cuestiones que hace a lo instrumental del procedimiento administrativo sancionador, integrando ello también la garantía de la tutela administrativa efectiva. Ponemos de resalto la plena vigencia del principio de eficacia en todo procedimiento administrativo, siendo ello imprescindible para que se

115 La dilación indebida de un procedimiento resulta atentatoria del derecho debido proceso del que gozan aquellas personas sometidas a un sumario administrativo. Debe estarse a dicho precepto y tener en cuenta los requisitos que fijó el tribunal para que se considere que dentro de un procedimiento administrativo se ha transgredido el principio de plazo razonable (CSJN, 26/6/12, “Lociser, Jorge A. y otros”, Fallos, 335:1126. Ponemos de relieve que propiciamos que este principio resulte de aplicación en todo procedimiento administrativo, más allá de lo estrictamente sancionador. En igual sentido ver Ernesto Marcer, “El caso Lociser. El plazo razonable y la incompetencia en razón del tiempo”, en *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Administrativo*. Tomo I, dir. Juan Carlos Cassagne (Buenos Aires: La Ley, 2013), 1073.

116 González Pérez y González Navarro, *Comentarios a La Ley de Régimen Jurídico...*, 1948.

117 Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria...*, 167.

118 Las sanciones administrativas impuestas en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia que sean recurridas ante la justicia penal no resultarán a su vez apelables en sede judicial ante la Cámara de Casación Penal ya que no se trata estrictamente de delitos. CN Cas. Penal, Sala IV, 27/7/12, “Juan Minetti S.A. s/ recurso de casación”. Este representa un ejemplo en que la variedad de jurisdicciones para impugnar judicialmente un acto que es de total naturaleza administrativa, puede causar inseguridad hacia el particular y eventualmente menoscabo de sus derechos. Esta Ley de Defensa del Consumidor fue modificada, y de acuerdo al actual régimen el acto por el cual se aplica una sanción debe ser impugnado judicialmente ante la Cámara Nacional de Apelaciones de las Relaciones de Consumo, tribunal que fue creado pero nunca se puso en funcionamiento.

119 Ver artículo 39 de la Ley 25.164, del régimen del empleo público de la Administración.

alcance una actuación eficazmente positiva de la administración. En definitiva, todas estas garantías y derechos se encuentran entrelazados, sobre todo si tomamos en cuenta que no podrá existir una verdadera protección de los derechos de los particulares sino existe una actuación de la administración plenamente eficaz.

Al detallar el contenido de la tutela administrativa efectiva nos referimos al principio de buena administración, por el cual adquiere importancia todo aquello que haga al buen funcionamiento de la administración en concordancia con la protección de los derechos de los particulares. Se ha dicho que a través de la concreción del principio se trata de otorgar centralidad a la persona humana en todo lo relacionado con la acción administrativa, poniéndose de relieve además que el derecho a la buena administración se integra con la totalidad de los principios generales del Derecho administrativo, como son el de legalidad, eficacia y eficiencia, razonabilidad, igualdad, responsabilidad, seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima, etc.<sup>120</sup>. A todo este rico contenido, por nuestra parte, agregaríamos la relación del principio de buena administración con otros principios del procedimiento administrativo, como por ejemplo los de economía, sencillez, eficacia, informalismo en favor del administrado y también el del ritualismo inútil más arriba mencionado. En este marco es que debemos efectuar propuestas para alcanzar estándares de óptima actuación en lo instrumental por parte de la administración dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Nuestra Constitución Nacional contiene una norma de mucha riqueza jurídica y conceptual, la que da sustento a toda la potestad regulatoria estatal en materia de actividades económicas, refiriéndonos en concreto al artículo 42. En dicha disposición se advierte en el tercer párrafo de la misma que se alude a la necesidad de instrumentar procedimientos administrativos eficaces para la prevención y solución de conflictos, que si bien parece estar destinada a lo que atañe a la materia de servicios públicos, desde siempre hemos entendido que esta alusión en la norma constitucional a la eficacia debe tener efectos sobre todo procedimiento administrativo. Ello también alcanzará al procedimiento administrativo sancionador, máxime que este es un instrumento de la potestad administrativa regulatoria y, por lo tanto, esa norma constitucional tendrá relación directa con aquél.

Debemos tener en cuenta que la modernidad ha invadido todos los aspectos de la vida en sociedad, y el procedimiento administrativo en general no puede ser ajeno a esta verdadera explosión de modernidad, dado que es nada menos que el cauce formal de toda la actividad administrativa. De allí la necesidad de adaptación de la regulación del procedimiento administrativo sancionador.

Una primera cuestión a tener en cuenta es la inconveniencia en la gran cantidad de procedimientos sancionatorios vigentes, con diferencias en la aplicación entre unos y otros, generando ello un grado importante de inseguridad jurídica en aquellos que puedan estar en la obligación de transitar por el camino de alguno de estos procedimientos. Ya habíamos adelantado que esta diversidad de procedimientos administrativos, en general, afecta la garantía de la tutela administrativa, máxime en el caso del procedimiento administrativo sancionador, el que siendo un procedimiento administrativo especial, tiene a su vez una innumerable cantidad de procedimientos referidos todos ellos a esta porción de la actividad administrativa. La falta de principios unificadores de los distintos procedimientos administrativos sancionadores y la creciente dispersión de las normas que los regulan atentan claramente contra el derecho de defensa de los administrados<sup>121</sup> y también contra la eficacia que debe perseguir la administración para la concreción de sus cometidos. Desde luego, no se pretende que exista un solo procedimiento sancionador, pero sí sería deseable una norma que unifique los principios aplicables al mismo –aun cuando deban ser aplicables para distintos tipos de ejercicio de la potestad sancionadora y por distintas jurisdicciones– y también en cuestiones puntuales, como es la debida participación del denunciante en el procedimiento, la eliminación del secreto en determinadas etapas del trámite, el régimen impugnatorio, etc.

En la cuestión más específica tendríamos que hacer mención a que, por las razones esbozadas más arriba, el procedimiento administrativo –incluido el sancionador– debe ser una herramienta para que todos podamos ser en mayor medida partícipes de la actividad administrativa. Todo procedimiento administrativo debe regularse sobre la base de los principios del Estado de Derecho, con la utilización de medios informáticos y basados en principios de transparencia, la cual genera la obligación de comunicación, como derecho genérico a la información y además con la información concreta en un procedimiento administrativo determinado. A su vez, la comunicación, como parte del principio de transparencia, supone participación e intercambio de información entre la administración y los particulares<sup>122</sup>. En lo que atañe a la informatización,

120 Cfr. Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del derecho público* (Buenos Aires: La Ley, 2015), 429.

121 Carlos A. Zubiaur, "Procedimientos administrativos en las telecomunicaciones", en *Procedimiento administrativo*, Tomo IV, dir. Pozo Gowland, Halperin, Aguilar Valdez, Juan Lima, Canosa (Buenos Aires: La Ley, 2013), 485.

122 Javier Barnés, "Tres generaciones de procedimiento administrativo", en *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, dirs. Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke (Buenos Aires: Eudeba, 2010), 142.

la misma involucra: a) la existencia de procedimiento administrativo electrónico; b) la concreción del acto administrativo electrónico; c) notificación electrónica; d) presentaciones por esa vía; e) acceso al expediente a distancia; f) expediente digital.

En base a lo antedicho, un tanto se ha avanzado con relación al procedimiento administrativo general, en tanto y en cuanto el Decreto 894/2017 produjo la modificación del RNPA, la cual en esencia pasa por la organización del procedimiento administrativo electrónico, o sea, la informatización del mismo. Tal como venimos sosteniendo esta parte del procedimiento administrativo general también deberá ser de aplicación al procedimiento administrativo especial sancionatorio, máxime teniendo en cuenta que existe una disposición reglamentaria que obliga a que todos los trámites administrativos deben realizarse por la vía informática, incluyendo dentro de ello las presentaciones, trámite de vista, notificaciones, conformando por ende en todo procedimiento administrativo el expediente digital. Hacia esa matriz debe encaminarse el procedimiento administrativo sancionador.

Del mismo modo, en base a estas ideas de reformas dentro del procedimiento administrativo, debemos coincidir con Barnés en que el mismo debe dejar de ser una secuencia de trámites donde se impone la jerarquía en la cual el órgano decisor actúa como si fuere un juez. El procedimiento administrativo debe ser algo más amplio en el sentido que no solo tenga como fin último la emisión de un acto administrativo, sino que el mismo deberá involucrar otras cuestiones, como son por ejemplo la elaboración de planes, y también el diseño y emisión de normas administrativas de alcance general. En este plano el procedimiento administrativo deberá contemplar necesariamente la posibilidad de que se articulen situaciones dentro de la esfera administrativa en las que se entrecruzan múltiples intereses. Todo ello dentro de la esencia de la actividad administrativa y allí cobrará importancia los procedimientos tendientes a la elaboración a probación de normas reglamentarias<sup>123</sup> dentro de las cuales estarán incluidas aquellas que hagan al ejercicio de la potestad sancionatoria y consecuentemente el delineamiento de los procedimientos administrativos necesario.

Dentro de todas estas normas regulatorias deberá estar incluido para el caso que fuere menester un procedimiento administrativo colectivo, mediante el cual puedan participar aquellos que representen este tipo de derechos utilizando al efecto distintos institutos como ser la audiencia pública, la participación de asociaciones que representen los derechos de usuarios, consumidores, defensores del medio ambiente, etc.

A modo de conclusión, podemos decir que el procedimiento administrativo sancionador, como parte de la actividad administrativa, y en su carácter de procedimiento administrativo especial, debe regularse de manera tal que el mismo esté acorde con las nuevas pautas que existen en las relaciones entre la administración y los particulares. La tutela administrativa efectiva no es un mero enunciado en lo que atañe a estas relaciones, sino que representa una garantía que incluye un número significativo de derechos hacia los particulares y también obligaciones para la administración a los fines de que exista un procedimiento administrativo garantístico y moderno, dentro del cual estará desde luego, este procedimiento administrativo especial que es el de carácter sancionatorio.

## 5. Bibliografía

Barnés, Javier. "Tres generaciones del procedimiento administrativo. En *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, dirigido por Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke. Buenos Aires: Eudeba, 2010.

Barra, Rodolfo Carlos. *Principios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abaco, 1980.

Becerra Ferrer, Guillermo. "Principios constitucionales del procedimiento administrativo". En *Procedimiento administrativo*, AAVV. Tucumán: UNSTA, 1982.

Bidart Campos, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: T.I, Ediar, 1994.

Brewer-Carias, Allan. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis, 2003.

Canda, Fabián O. "Doctrina de la subsanación versus sana doctrina: El Tribunal Superior cordobés y la dimensión procedimental de los derechos constitucionales". *Jurisprudencia Argentina*, vol IV (2007).

Canosa, Armando y Gabriel Minhura Estrada. "El procedimiento administrativo de selección de contratistas como procedimiento administrativo especial". *Jurisprudencia Argentina* (1996).

123 Armando N. Canosa, "Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina", *Derecho Administrativo* N° 105 (2016): 499.

- Canosa, Armando N. *Régimen administrativo del transporte terrestre*. Buenos Aires: Ábaco, 2000).
- Canosa, Armando. *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la Ley de emergencia económica*. Buenos Aires: Abaco, 2001.
- Canosa, Armando. "Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva". *RAP* N° 323 (2014).
- Canosa, Armando. "Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina". *Derecho Administrativo* N° 105 (2016).
- Canosa, Armando. *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo I. Buenos Aires: Astrea – RAP, 2017.
- Cassagne, Ezequiel. "El control de la inactividad formal de la administración". *La Ley* (19/05/2010).
- Cassagne, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.
- Cassagne, Juan Carlos. "Perspectivas de la justicia contencioso administrativa en Argentina en el Siglo XXI". En *La Justicia administrativa, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, coord. María Jesús Montoro Chiner. Barcelona: Atelier, 2003.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Cassagne, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Comadira, Julio R. *Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1994.
- Comadira, Julio R. *Procedimientos administrativos: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, Tomo I (Buenos Aires, La Ley, 2002).
- Dromi, José R. *El acto administrativo*. Madrid: IEAL, 1985.
- Durán Martínez, Augusto. "Motivación del acto administrativo y buena administración". *ED, Suplemento de derecho administrativo* (31/08/2012).
- Escola, Héctor J. "Ámbito de aplicación de la legislación del procedimiento administrativo". En *Procedimiento administrativo*, AA.VV. Tucumán: UNSTA, 1982.
- Fanelli Evans, María Agustina. "Ritualismo Inútil". *RAP* N° 344 (2006).
- Fiorini, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- García de Enterría, Eduardo y Tomas R. Fernández. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2015.
- García Pullés, Fernando. "Derecho sancionador y régimen disciplinario del empleo público". *RAP* 309 (2004).
- García Pullés, Fernando. "Sanciones de policía, La distinción entre los conceptos de delito y faltas y contrataciones y la potestad sancionatoria de la administración". En *AAVV, Servicio Público, policía y fomento*. Buenos Aires: RAP, 2004.
- González Pérez, Jesús. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*. Madrid: Civitas, 1977.
- González Pérez, Jesús. *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas, 1991.
- González Pérez, Jesús y Francisco González Navarro. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tomo II. Madrid: Civitas, 1997.
- González Pérez, Jesús y Pedro Gonzáles Salinas. *Procedimiento administrativo local*. Madrid: Abella, 1998.
- Gordillo, Agustín. *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires: Macchi, 1971.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 4. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2010.
- Gusman, Alfredo. "El procedimiento administrativo sancionador". En *Procedimiento Administrativo*, Tomo II, dirigido por Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperlin, et al. Buenos Aires: La Ley, 2015.

Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel. *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel. "Imparcialidad e independencia: sensores descalificantes del pago previo". *La Ley* (2011-D).

Ivanega, Miriam. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. Buenos Aires: RAP, 2013.

Linares, Juan Francisco. *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970.

Marcer, Ernesto. "El caso Lociser. El plazo razonable y la incompetencia en razón del tiempo". En *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Administrativo*, Tomo I, dirigido por Juan Carlos Cassange. Buenos Aires: La Ley, 2013.

Muñoz, Ricardo Alberto (h). "La tutela administrativa efectiva". *La Ley* (2012-B).

Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2da. Edición. Madrid: Tecnos, 1994.

Ossa Arbeláez, Jaime. *Derecho administrativo sancionador*. Santa Fe de Bogotá: Legis, 2000.

Parada, Ramón. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

Parejo Alfonso, Luciano. "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". En *La Nueva Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, AAVV. Madrid: Tecnos, 1993.

Perrino, Pablo. "Reforma del procedimiento administrativo y tutela administrativa efectiva". En *Derecho administrativo, Estado y república*, dirigido por Juan Carlos Carona. Buenos Aires: Astrea, 2019.

Rebollo Puig, Manuel. "Principios de la potestad sancionadora". En *Comentarios a la Ley 30/92*, dirigido por Miguel Sánchez Morón y Nicolás Maurandi Guillén. Madrid: Lex Nova, 2013.

Sáenz, Jorge A. "Principios generales del procedimiento administrativo". En *Procedimiento Administrativo*, Tomo I, dirigido por Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperlin, et al. Buenos Aires: La Ley, 2013.

Schmidt-Assmann, Ebehard. *La teoría general de derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons - INAP, 2003.

Suay Rincón, José. "Los principios del procedimiento administrativo sancionador". En *La nueva ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, dirigido por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón (Madrid: Tecnos, 1993).

Urrutigoity, Javier. "El principio de la tutela administrativa efectiva". *Jurisprudencia Argentina*, vol. IV (2005).

Villar Ezcurra, José L. *Derecho Administrativo Especial*. Madrid: Civitas, 1999.

Zubiaur, Carlos A. "Procedimientos administrativos en telecomunicaciones". En *Procedimiento administrativo*, Tomo IV, dirigido por Héctor M. Pozo Gowland, David A. Halperlin, et al. Buenos Aires: La Ley, 2013.