

EL ENTE ÚNICO Y LOS LÍMITES A SU POTESTAD SANCIONATORIA

Por JOSEFINA PAZOS Y LEONARDO TOIA

I. Su trascendencia institucional

En otra ocasión¹ tuvimos oportunidad de plantear la importancia institucional de las autoridades independientes en el contexto actual, en el que se discute la legitimidad de los tradicionales procedimientos de la democracia indirecta² y en el que la intensificación de los cambios tecnológicos se tradujo en organizaciones sociales cada vez más complejas, lo que llevó al Alto Tribunal a precisar que “... *la división de los poderes...* [también] *halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los Estados. La distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones*”³.

De esas observaciones, puede señalarse que los mecanismos de fractura⁴ del poder y de participación ciudadana⁵ parecen ser los antídotos adecuados para restaurar el equilibrio.

En ese orden, se inserta el Ente Único, como autoridad administrativa independiente⁶, que excluye el control de tutela del ejecutivo y se instituye como una instancia técnica de supervisión de los servicios públicos locales, con la necesaria participación ciudadana.

Por esas razones, será la efectiva independencia con que ejercite sus atribuciones; y la estabilidad y capacidad técnica de sus directivos, la pauta indicativa del cumplimiento de la exigencia constitucional. Sin olvidar por cierto, que la efectiva participación ciudadana, es el ingrediente necesario a efectos de proyectar legitimidad a sus decisiones. Como señalamos en otro momento⁷, la referida participación no debe tratarse sólo de una simple intervención nominal, tal cosa sería inocua a los fines de fundar las decisiones en las “buenas razones⁸” que la inspiran en el juego democrático.

De perderse de vista la importancia institucional del ente, se cae en el absurdo de que quien concede es quien controla,⁹ mutando, de tal modo, la suerte de las instituciones.

¹ TOIA, LEONARDO, “Hacia el Pluralismo como forma de ejercicio del poder”, ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad, organizado por la ADA, puede consultarse en www.adaciudad.org.ar.

² JOAN SUBIRATS HUMET, “La democracia es hoy nada más que un sistema electoral”, *La Nación*, de fecha 12-IX-2007.

³ CSJN, *Fallos*, 310:120, entre otros.

⁴ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, FDA, 2003, caps. IX y XV.

⁵ Ver ley 210, art. 13 y ley 1384.

⁶ A nivel nacional, por su parte, si bien no faltan destacados autores que insisten sobre sus linimientos constitucionales, lo cierto es que son entidades autárquicas —en algunos casos ni siquiera creados por ley— sujetos al poder de tutela del ejecutivo. Evidentemente, en este caso, su independencia funcional, esencial para su función de control y regulación, pierde significativo peso.

GORDILLO, AGUSTÍN; *ob. cit.*, T. IV, cap. XI, FDA, 2003. En igual sentido, REIRIZ, MARÍA GRACIELA; *Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de servicios públicos*, en obra colectiva *Temas de Derecho Administrativo* (Jornadas organizadas en homenaje al Profesor AGUSTÍN GORDILLO), Librería Editorial Platense, La Plata, 2003.

⁷ ALETTI, DANIELA Y TOIA, LEONARDO; “Audiencias Públicas: Sólo para entendidos”, *LL.*, Sup. Adm. 2007 (mayo), 1.

⁸ RUSSO, EDUARDO ÁNGEL, *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, 3ª ed., caps. VII, VIII y IX.

⁹ GORDILLO, AGUSTÍN; *op. cit.*, T. I, cap. XV, p. 3.

II.- La potestad sancionatoria: una visión desde la jurisprudencia de la C.A.B.A.

Mucho se debatió sobre la naturaleza jurídica de la potestad sancionatoria. No es el objetivo de este trabajo rememorar todas esas posturas, lo que nos interesa, en cambio, es discurrir sobre sus límites constitucionales.¹⁰ Así se analizará su interrelación con aquellos principios de la Carta Magna que, a nuestro entender, limitan la posibilidad de actuar del órgano administrativo en ciertos supuestos, los que garantizan el debido proceso adjetivo y sustantivo, y el principio de reserva.

Por otra parte, trataremos de elucubrar los principios generales que, conforme la jurisprudencia del fuero CCAyT, rigen a la potestad disciplinaria.

Desde este aspecto, es necesario apuntar que toda potestad, también la punitiva, en un estado que pretenda merecer el calificativo “de derecho”, debería hallar su quicio en una norma que la instituya de modo expreso o razonablemente implícito,¹¹ por lo que entendemos que, sin potestad no debería existir actuación alguna en tal sentido por parte de los órganos administrativos; en tanto y como lo reconoce la más destacada doctrina, la autoatribución de potestad¹² responde a situaciones sumamente excepcionales y que deben encontrarse lo suficientemente acreditadas y explicitadas. Sin olvidar, además, que su “autoatribución” es tal porque, a su vez, existe una norma o principio que la habilite.

De esta primera observación podemos derivar que no debería existir atribución de sancionar sin norma que fije tal competencia, como tampoco hay falta sin una norma previa que tipifique adecuadamente las conductas o comportamientos prohibidos ¿Se trata, pues, de aplicar el principio generalmente adjudicado al derecho penal de *nulla poena sine lege previa*? Nos parece que, al margen del debate sobre la aplicación de los principios del derecho penal al disciplinario, tal parecer constituye un módulo de justicia, propio del Estado de derecho, basado en la seguridad jurídica y en que no se puede exigir que no se haga, lo que no fue previamente prohibido (art. 19 C.N.).

¹⁰ La Sala II de la CCAyT, en el caso “Buenos Aires Containers”, expte. n° 4657/0, sentencia de fecha 24-4-2007, en el cual se discutía la legitimidad de una sanción impuesta a un contribuyente por pagar con un día de demora el anticipo al IIB dijo que “... toda la actividad punitiva del Estado (tanto penal como infraccional), está sujeta tanto al debido proceso adjetivo cuanto el sustantivo, como garantía de legalidad y razonabilidad” agregó, en lo que aquí interesa, que “bien se trate de sanciones penales o ... de infracciones tributarias ... el poder punitivo del estado está sujeto, en primer término, a los principios constitucionales de debido proceso, legalidad, razonabilidad, etc. De ello se colige, entre otras cosas, que la sanción sea proporcional a la conducta reprochada y a la afectación del bien jurídico de que se trate.”

Por su parte, la Sala I, en voto del Juez Balbín, en el caso “Telecom Personal”, expte. RDC N° 687/0, sentencia de fecha 25-2-2005, puntualizó que “[c]on relación a la naturaleza de las infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor ... si bien las sanciones administrativas poseen naturaleza jurídica represiva, de todas formas permanecen fuera del campo del derecho penal dado el diferente objeto de protección ... No obstante, dado que las sanciones impuestas por la Administración constituyen una expresión del poder represivo del Estado, se encuentran alcanzadas por los principios y —más aún— por las garantías que rigen en el ámbito del derecho penal ... reconocer naturaleza represiva a las sanciones administrativa no significa que [les] resulten de aplicación (...) las leyes penales en su totalidad, sino tan sólo los principios y garantías que reglamentan el ejercicio de la potestad sancionatoria” (Nieto, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, 3ª Edición ampliada, Tecnos Madrid, pág. 167).”

¹¹ GORDILLO, AGUSTÍN, *op. cit.*, T. III, 2004, cap. VIII.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 2006, *La Ley*, con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

Por esa razón, en materia de sanciones, las conductas reprimidas son las previstas y no debe buscarse más allá de ellas. Es por eso que, por principio, acudir a la analogía cuando se pretende punir una conducta, se trataría de un recurso constitucionalmente vedado.

II.1. El debido proceso adjetivo

De conformidad al principio del debido proceso adjetivo -que, en nuestro Estado constitucional, consiste en el cumplimiento de ciertas reglas de actuación previas y consecutivas a la toma de decisión- se estableció que el Ente debe brindar al sumariado la posibilidad a ofrecer y producir prueba, el derecho a ser oído y el derecho a una decisión fundada. Ciertamente, el ejercicio de la potestad sancionatoria no puede prescindir de la garantía de defensa y, en su caso, del dictamen jurídico previo. Se advierte, no obstante, que la jurisprudencia de la Corte ha restado entidad, en algún punto, a los vicios susceptibles de afectar el debido proceso, consolidando su jurisprudencia en torno de la teoría de la subsanación. Pero ese parecer no es tan terminante en la jurisprudencia de los tribunales porteños¹³.

Por otra parte entendemos que debería descartarse la posibilidad de considerar a los “recursos directos”¹⁴ contemplados en esta materia, como “procesos al acto”. Tal tesitura puede entenderse en los sistemas de doble jurisdicción pero no en el nuestro, en el cual, la función jurisdiccional, en sentido orgánico y material, es conferida a un Poder Judicial.

Sobre el punto, huelga recordar que la Corte desconoció en el caso *Ángel Estrada*¹⁵, función jurisdiccional a los entes reguladores. Asimismo, como fuera sostenido por el mismo Tribunal, en el *leading case Fernández Arias*¹⁶, el llamado “recurso judicial” implica, paralelamente, el derecho a una instancia judicial plena. Para el Poder Judicial de la Ciudad la aclaración sea quizás una obviedad, habida cuenta que en los “recursos directos” es amplia la posibilidad de ofrecer y producir prueba¹⁷; sin embargo en otras jurisdicciones, su ofrecimiento y producción no parece ser tan sencilla¹⁸.

Por otra parte, muchas veces ocurre, como por ejemplo en materia de derecho del consumidor, que en el curso del procedimiento sancionatorio la administración no se circunscribe a investigar la conducta denunciada por el particular, planteándose, de tal suerte, si la administración se encuentra limitada o no, por el *principio de congruencia*. La jurisprudencia¹⁹, al respecto, resolvió que la administración —como garante del interés público— no está limitada por aquel, ya que es su deber instruir el sumario y llegar a la verdad objetiva de los hechos. Obviamente, que el límite a esta doctrina es el íntegro respeto a la garantía de defensa en juicio para lo cual, se torna menester la activa participación del

¹³ CCAyT, Sala II, disidencia de la juez Daniele en la causa “*Vicla SA*”, expte. RDC 36/0, sentencia de fecha 22-8-2002; Sala I, en autos “*Rackauskas, Milda*”, expte. 3728, sentencia de fecha 3-12-2004. Amp. GORDILLO, AGUSTÍN - DANIELE MABEL (directores), *Procedimiento Administrativo*, 2006, Buenos Aires, Lexis Nexis, pág. 65.

¹⁴ Art. 21, ley 210.

¹⁵ CSJN, *Fallos*, 328:651.

¹⁶ CSJN, *Fallos*, 247:646.

¹⁷ CCAyT, Sala I, en el caso “*Plácido, Rita*”, expte. 3981/0, 14-11-2001.

¹⁸ DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, con la colaboración de TOMÁS HUTCHINSON.

¹⁹ En ese sentido, ver entre muchos otros: CCAyT, Sala II, en el caso “*Bank Boston*”, expte. RDC n° 1382/0, sentencia de fecha 17-5-2007.

investigado en todo el curso del *iter* sumarial, efectuando por cada imputación el pertinente descargo y produciendo oportunamente la totalidad de la prueba que haga a su derecho. Se trata, en definitiva, que el interesado conozca y tenga oportunidad para rebatir, todos y cada uno de los hechos que se le atribuyen.

En lo que a esta cuestión respecta, adelantamos que, a nuestro entender, el reglamento de procedimientos de sanciones, aprobado por resolución nº 28/GCBA/EURSP/01, contiene ciertos puntos oscuros, los que serán motivo de desarrollo más adelante.

II.2. La razonabilidad de la sanción

Tampoco la sanción que aplique el Ente puede ser desproporcionada o irrazonable²⁰. El ejercicio de toda actividad administrativa debe ser una apreciación justa y equilibrada del caso²¹. Se trata, entonces, de una correspondencia entre la conducta reprochada, la afectación del bien jurídico tutelado y la sanción impuesta.

Se discute qué es lo que debe hacer el juez frente a un acto desproporcionado, esto es, si en base al principio de división de poderes debe limitarse a anularlo siendo, en todo caso, resorte de la administración readecuar el acto en base al art. 16 de la LPA o si es pertinente anular y establecer la sanción, temperamento que, en algún caso, adoptó la CSJN²².

Por su parte, la Sala II de la CCAyT de la Ciudad decidió, en los casos en los que se comprobó la materialidad de la infracción y en los que la sanción resultaba desproporcionada, la anulación de esta última, ordenando a la administración su readecuación, dentro de las pautas de razonabilidad.

II.3. Los tipos infraccionales “objetivos”

La jurisprudencia de la Corte²³, de manera inveterada, señaló que la materia punitiva no podía desvincularse de la noción subjetiva de culpabilidad. Ello excluye que pueda existir sanción sin que sea imputable a un proceder subjetivo resultante de la culpa o dolo del sumariado.

De esa forma, cuando se habla de “tipos infraccionales objetivos” no hay tal cosa, lo que en verdad ocurre, conforme lo tiene dicho la jurisprudencia, es que se invierte la carga de la prueba²⁴, de tal forma es el sancionado quien debe acreditar que existe alguna causal de justificación de su conducta, que lo exima de responsabilidad sancionatoria.

En suma, comprobados los hechos tipificados, es el sumariado quien debe acreditar que no procedió con culpa o dolo.

II.4. Ley penal más benigna

²⁰ Ver al respecto, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.III, *El acto administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., cap. VIII, pp., VIII-14-17 y LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las Leyes*, Buenos Aires, 1989, *Astrea*, cap. II.

²¹ CCAyT, Sala II, en autos “*Bank Boston*”, expte. RDC 645/0, sentencia de fecha 5-6-2007, en materia de empleo público ver, de ese mismo Tribunal, “*Viola, Leo Heberto*”, expte. RDC nº 1264/0, sentencia de fecha 20-12-2006.

²² CSJN, en el caso “*Demchenko, Ivan*”, sentencia de fecha 24-11-1996.

²³ Entre muchos otros: CSJN, *Fallos*, 183:216, 271:297.

²⁴ Por todos: CCAyT, Sala I, en el caso “*Telecom Personal*”; Sala II, autos “*Buenos Aires Containers*.”

Uno de los puntos a discutir es determinar hasta cuándo y con qué alcances debería aplicarse el principio de la ley penal más benigna. Encontrándonos dentro de la estructura de la administración, creemos que, en la medida en que luego del dictado de un acto sancionatorio, se dicte una norma que reduzca o extinga la conducta reprochada, debería la administración readecuarla o, en un extremo, revocar el acto de gravamen.

La justicia, en su oportunidad, puede hacer lo que la administración no hizo en su momento²⁵. Pero en el caso en que la norma se dicte ya trabada la litis puede aplicarse dicho principio, influyendo quizás en la distribución de los gastos causídicos.

II.5. El error excusable

El error excusable, en tanto sea esencial y determinante, también fue admitido como eximente.

Así, en el caso “*Administración General de Puertos S.E.*”²⁶ en el cual se debatió si esa sociedad del Estado nacional era sujeto pasivo del IIB como asimismo se cuestionó la legalidad de la multa por evasión impuesta por el fisco en el ajuste determinativo del tributo, se tuvo en cuenta la complejidad de la situación institucional existente para los años 1988 y 1989 —fecha del reclamo de los tributos— en torno a la relación entre la referida sociedad del Estado, la Municipalidad de la Ciudad y el Estado Nacional, como también la existencia de jurisprudencia de la Corte encontrada sobre el punto, para concluir que todo ello había podido razonablemente inducir al contribuyente a errar o desconcertarlo —en forma cierta y objetiva— sobre los alcances de su obligación fiscal. De tal forma se resolvió dejar sin efecto la multa por evasión.

También en los supuestos en que existan conductas poco claras o encontradas de la administración, que se adviertan como aptas para generar un margen de duda incuestionable sobre la conducta que legalmente se debe observar, la potestad punitiva, en principio, debería ceder, como cuando, por ejemplo, la eventual configuración de la infracción responda a un cambio de criterio del ente.

II.6. Bagatela y non bis in idem

Existe una corriente importante en el derecho penal²⁷ que considera que en los supuestos en que se reúnen los elementos tipificantes de la conducta reprimida pero el bien jurídico tutelado no sufre lesión alguna, podría eximirse la represión de la conducta observada²⁸. Sin embargo, esta regla debe aplicarse con carácter restrictivo, ya que en un extremo, podría conducir a dejar sin sanción diversos supuestos en los cuales la gravedad del proceder debe, de todos modos, ser objeto de reproche. Debe recordarse que, en este ámbito, el bien jurídico protegido no es sólo el perjuicio concreto al usuario²⁹, en tanto se procura —de

²⁵ Ver voto del juez Esteban Centanaro en la causa “*Buenos Aires Containers*”

²⁶ CCAyT, Sala II, expte. RDC n° 96/0, sentencia de fecha 30-11-2006.

²⁷ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Manual de Derecho Penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 1996, pp. 474/5.

²⁸ Por su procedencia ver el voto de la Dra. Daniele y el Dr. Russo en los autos “*Buenos Aires Containers*.”

²⁹ Hay quienes entienden, en este sentido, que el derecho sancionador es, esencialmente, preventivo, al intentar evitar que se consuma la lesión al bien jurídico (ver voto del juez Balbín en el caso “*Telecom Personal*”).

igual forma— la protección de bienes colectivos, como puede ser la defensa de la competencia, del mercado o del ambiente. Se trata de tutelar intereses colectivos.

Por otra parte, en punto al principio *non bis in idem* se advierte que ha sido desestimada su aplicación en casos en los cuales las firmas sancionadas pretendían su aplicación sin que existiera identidad de la conducta punible³⁰.

III. La ley 210 y el reglamento: Pequeño esbozo de grandes cuestiones.

III.1. La ley n° 210 establece en su capítulo VII el régimen sancionatorio. El art. 22, inc. 1.- de la ley fija las pautas para graduar las sanciones, entre las que se mencionan la gravedad y su reiteración; los perjuicios que origine a los usuarios o terceros; el grado de afectación al interés público, etc.

Se observa que la ley no contiene los distintos tipos de sanciones y su correlación con las conductas prohibidas (salvo lo relativo a la falta de información.) por lo que, los tipos infraccionales y las diversas sanciones deben buscarse en cada marco regulatorio en particular y en los diversos contratos de concesión³¹, según el caso. Pero es importante recordar, de nuevo aquí, que la seguridad jurídica repele que se pretendan reprimir conductas que no estén claramente tipificadas como prohibidas, a lo cual se suma el principio de reserva. Asimismo, creemos interesante destacar que las sanciones no sustituyen las obligaciones contractuales, con lo cual no surten los efectos de una cláusula penal, no pudiendo el Ente, en ejercicio de sus atribuciones discrecionales, eximir al prestador de su cumplimiento (art. 22 incs. 3 y 4).

En otro orden de ideas, es pertinente aclarar que las sanciones no sólo se encuentran ligadas al perjuicio concreto originado al usuario. En ese sentido, la jurisprudencia de la Ciudad³² tiene dicho que aquellas no sólo cumplen una finalidad de prevención especial (como medida para evitar la reiteración de la conducta antijurídica en lo sucesivo) sino también cumplen una finalidad social (como medida de prevención general).

Huelga por último señalar, que la Sala I de la CCAyT se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la previsión que reza que “[l]as multas deben ser depositadas en el Ente hasta el dictado de la sentencia definitiva”, obligando pues al pago de la multa como condición para acceder a la justicia, afectándose según nuestra opinión, el derecho a la acción de una forma irrazonable.

III.2. La resolución 28/EURSP/01³³, en su capítulo III, regula el procedimiento sancionatorio. Algunos puntos merecen ser abordados, ya que de seguir la literalidad de la norma se arribaría a conclusiones reñidas con el debido proceso.

Según el art. 20, cuando se toma conocimiento de acciones u omisiones que pudieran configurar una presunta infracción “... se dispondrá la instrucción de sumario y se designará instructor.” El art. 21 otorga a la instrucción, la facultad de adoptar todas las medidas de prueba

³⁰ Ver, entre otros, CCAyT, Sala I, en los autos “*Sprayette*”, expte. RDC 117/0, sentencia de fecha 14-10-2002.

³¹ CCAyT, Sala II, en el caso “*Ecohabitat SA*”, expte. n° 7639/0, sentencia de fecha 14-5-2003.

³² CCAyT, Sala II, en el caso “*CRCM*”, expte. RDC n° 850/0, sentencia de fecha 12-9-2006.

³³ Modificada por resolución 51/GCBA/EURSP/02.

que estime necesarias. A su vez, a las actas, inspecciones y comprobaciones técnicas se las considera prueba suficiente de los hechos a constatar.

Si de los elementos de juicio reunidos, el directorio coincide con la instrucción en punto a que hay mérito para formular cargos, se concede vista al presunto infractor (art. 25) y se le otorga un plazo de 10 días para que formule su descargo y ofrezca la prueba que considere pertinente, cuya producción, en caso de no ser pertinente, puede denegar (arts. 26 y 27). Cumplidos tales extremos se dicta la pertinente resolución.

Ahora bien, parece cuanto menos inadecuado, que toda la prueba que produzca la instrucción se lleve a cabo sin la intervención y sin la supervisión de la entidad investigada. Ello, a nuestro criterio, conspira contra el debido proceso.³⁴ Nótese que la oportunidad otorgada al investigado para presentar el descargo y eventualmente ofrecer la prueba de que se valga, parecería operar sobre un hecho consumado, en tanto se efectúa una vez que la instrucción y el directorio del Ente consideraron la existencia de elementos de juicio suficientes para formular el cargo. Creemos pues conveniente, que quien está siendo investigado no sólo controle la prueba que esté produciendo el Ente sino que se le permita allegar prueba en la etapa instructoria a efectos de obtener una visión integral del tema en consonancia con la búsqueda de la verdad material objetiva y la juridicidad que, en definitiva, es el fin último y primario de toda organización estatal.

Obviamente que, en algunos casos extremos, podrá la administración a fin de dilucidar alguna cuestión, declarar la reserva de las actuaciones³⁵ pero ello, en un sistema republicano, no puede ser la regla sino la excepción. Sobreestimar el secreto y la reserva no fue muy provechoso para los intereses de nuestro país.

Por esas razones, las pruebas de cargo no pueden operar como “hechos consumados.” Por regla, a la entidad investigada le asiste el derecho de conocer los hechos investigados y producir, concomitantemente con la administración, la prueba que hace a su derecho. No parece conciliar con el principio en cuestión que no exista la adecuada oportunidad de supervisar cómo se lleva a cabo la prueba de cargo. Es que “... *la garantía del debido proceso adjetivo ... específicamente, garantiza el derecho de los ciudadanos a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas, a controlar las producidas por la contraparte y a obtener una decisión fundada...*”³⁶

IV. Conclusiones

³⁴ “La mayor parte de las pruebas sobre la base de las cuales se hacen los sumarios son declaraciones testimoniales. Si el inculcado no puede estar presente cuando se toman esas declaraciones, no puede tampoco evitar que se hagan preguntas tendenciosas (leading questions), ni controlar que se registren fiel e íntegramente las respuestas, ni hacer repreguntas en el mismo acto, no puede afirmarse que se ha respetado su garantía constitucional de defensa [...] La imposibilidad de hacer condenar por falso testimonio a una persona que declara falsamente en un sumario administrativo deja inerte a la persona afectada por esas declaraciones, si no ha podido estar presente para controlarlas cuando ellas se hicieron y si no puede luego efectivamente repreguntarlas, hacerlas incurrir en contradicción, o demostrar de otro modo la falsedad de sus dichos.” GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.IV, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2006, 9ª ed., cap. IV, p. IV-14

³⁵ “La administración podrá en ciertos casos declarar reservadas o secretas partes de las actuaciones, pero bajo la condición inevitable de no poder utilizar dichas piezas del expediente como fundamento directo o indirecto de sus decisiones”, en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.IV, *op. cit.*, cap.IV, p. IV-39.

³⁶ CCAyT, Sala I, en los autos “Spisso, Rodolfo s/ amparo”, sentencia de fecha 8-5-2001.

De lo expuesto, se puede colegir, en primer lugar, que toda potestad punitiva, bien sea penal o infraccional, encuentra su justificación y sus límites en la propia Constitución nacional. De ahí, que siempre sea necesaria la noción de culpabilidad para que una conducta sea reprochable y además se requiere la previa determinación, en forma clara, de cuál es la conducta prohibida y las sanciones de la que es pasible. Huelga mencionar, en este último punto, que la discrecionalidad no está exenta del control de los magistrados, sino que es la razonabilidad y justicia con que la potestad punitiva se ejerce, la que le otorga sustento.

Por último, creemos que el reglamento del procedimiento sancionatorio, debe interpretarse armónicamente con el debido proceso adjetivo. En tanto se impida a quien está siendo investigado de la posibilidad de supervisar la prueba de cargo, en ese punto crucial de la formación de la convicción de los hechos del caso³⁷, sin que esté debidamente justificada la necesidad de reserva o secreto, no sólo se alteraría el principio republicano de gobierno y su carácter, en principio, público, sino que, por lo demás, se traduciría en una sensible restricción de la garantía de ser oportunamente oído.

V. Síntesis y propuesta

1. Las garantías, derechos y principios constitucionales asumen especial relevancia en el ámbito represivo. Por tanto, todas las normas, obviamente las reglamentarias, deben ajustarse e interpretarse de modo que sean coherentes con las reglas del debido proceso.

2. La vista y el acceso a las actuaciones constituye, en nuestro sistema de gobierno, la regla y toda restricción a la misma se tiene que formular por decisión fundada.

3. El acceso, como regla, durante la instrucción del sumario implica, naturalmente, la facultad del prestador de supervisar la prueba que se produce y, concomitantemente, la de ofrecer la propia. Tal cosa, por su parte, ayudaría a la administración a tener una visión íntegra del asunto y, por tanto, más cercana a la verdad objetiva.

4. Por esas razones, parecería prudente, establecer como principio, que al decidir instruir la investigación se anoticie al prestador a los fines que pueda tener una participación activa en su defensa.

³⁷ Sobre el punto, tiene dicho AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, *op.cit.*, cap. IV, p. IV-12, que *“Es difícil a todo ser humano que ha estudiado una cuestión [...] cambiar a renglón seguido en virtud de un recurso o un descargo: de allí la importancia que la primera decisión sólo se produzca luego de la exhaustiva producción de pruebas y alegatos del particular, preferiblemente por un órgano imparcial e independiente. Estas argumentaciones deben poder hacerse antes que la administración dicte el acto originario o avance en un sumario secreto”*.