

Garantías penales en el ámbito infraccional

Por Carolina Robiglio

1. Presentación

Es preponderante la postura que, salvo en lo cuantitativo, equipara la naturaleza de las conductas que dan lugar a la imposición de penas y aquellas que motivan sanciones administrativas. Si ello es así, las garantías propias del derecho penal y procesal penal serían aplicables a los procedimientos sumariales en los que corresponda aplicar sanciones.

Sin embargo, aún habiendo ya transcurrido varias décadas desde que tuvieron lugar los primeros precedentes de la Corte Suprema argentina en ese sentido; habiendo sido incorporados los instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución Nacional en 1994, y existiendo también decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cuestión sigue motivando reflexiones. Algunas de ellas se generaron a partir del fallo "Losicer"¹ y otros en igual sentido.

2. Similitud entre delitos e infracciones

Tratándose de determinar la necesidad o no de aplicar las garantías del proceso penal en los procedimientos administrativos, conviene comenzar repasando las principales opiniones acerca de similitudes y diferencias entre delitos e infracciones.

Entre los especialistas en Derecho Administrativo² se ha sostenido que las infracciones y los delitos son diferentes por su mayor o menor gravedad social; Bielsa³ enseña que el derecho penal administrativo debe ordenarse sobre la base diferencial del delito y de la contravención entendiendo que el delito es un ataque al orden jurídico que la ley quiere restablecer, mientras que la contravención consiste en no cumplir el deber

¹ Si bien ha habido fallos anteriores similares, la importancia de la sentencia dictada en el caso "Losicer" deriva de haber reafirmado que las garantías penales rigen también en el ámbito sancionatorio administrativo y por otra parte, en ese fallo se consolidó la receptación de los parámetros utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para ponderar la razonabilidad de la duración de los procesos. Sobre este tema, véase de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los casos "Genie Lacayo v. Nicaragua", sentencia del 29/1/1997 y "López Álvarez v. Honduras" del 1/2/2006, entre otras.

² Véase la reseña efectuada por GARCÍA PULLÉS, Fernando, "La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte", publicado en JA 2006-III-1206, disponible en Lexis ref. N° 0003/012777.

³ BIELSA, Rafael, "Naturaleza jurídica de la multa administrativa", en J.A. t. 60 pág. 24.

impuesto por la ley a todo administrado por una obligación de colaborar en el interés colectivo.

Sin embargo en el ámbito del derecho administrativo también ha sido sostenida la postura contraria, basada en la inexistencia de distinciones, por ejemplo Marienhoff no encuentra diferencias estructurales, partiendo de que ambos tienen los mismos elementos constitutivos; en tanto que Cassagne afirma que contienen idéntica sustancia penal⁴.

Malamud Goti⁵ señala que la distinción de las teorías cuantitativas -que se basan en la mera diferencia de sanciones-, y las cualitativas -que admiten una diferencia esencial del hecho-, como también aquella que se sustenta para la distinción en el órgano de aplicación, vale decir si la sanción es aplicada por un juez del poder judicial o por un juez administrativo, son criterios absolutamente insuficientes que no dan respuesta al problema. En cambio, es partidario de fijar una diferencia en torno del aspecto ético y de la estigmatización, conceptos ambos que en su opinión permiten la distinción que se busca. Esto sería así, porque el ilícito penal designa una conducta disvaliosa ético-socialmente y la estigmatiza, en tanto que la falta carece de ese efecto en el plano social, ya que se refiere al quebrantamiento de una función organizativa del Estado, es objetiva y no afecta un orden impuesto con sentido ético, sino una forma de organizar que un Estado impuso con sentido utilitario, como podría haber elegido otra.

En la dogmática penal se ha descartado que existan diferencias esenciales entre delitos e infracciones o contravenciones, y tratándose sólo de un diferente tratamiento a partir de una valoración efectuada por el legislador, que según el caso habrá previsto uno u otro tipo de sanciones en el nivel positivo⁶.

Zaffaroni sostiene la imposibilidad de distinguir entre el orden jurídico y el orden administrativo, ya que el choque contra un orden jurídico no tiene su disvalor por la afectación de un valor de orden, sino por su incompatibilidad con el fin de valor perseguido por el derecho. En su opinión, la diferencia solamente se basa en razones cuantitativas relativas a las penas, y agrega que no existiendo otra diferencia entre contravención y delito que la cuantitativa, los ordenamientos en que se prevean no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder

⁴ Cfr. GARCÍA PULLÉS, Fernando, loc. cit.

⁵ MALAMUD GOTI, Jaime, *Persona jurídica y penalidad*, Hammurabi, 1981, pág. 54.

⁶ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal Parte General I*, Astrea, 1994, pág. 22.

punitivo de acuerdo a la Constitución Nacional y al derecho internacional de los Derechos Humanos⁷.

La Corte Suprema en el renombrado caso “Usandizaga, Perrone y Juliarena”, con criterio que luego ha sido invariablemente mantenido en muchos otros, dictó sentencia el 15 de octubre de 1981 -como se ve, años antes de la entrada en nuestro sistema jurídico de muchos de los instrumentos internacionales de derechos humanos-, y en esa ocasión sostuvo que “...las infracciones y sanciones tributarias integran el derecho penal especial y les son aplicables las disposiciones generales del Código Penal, salvo disposición expresa o implícita en contrario...”⁸.

Luego, para determinar cuáles son las consecuencias concretas de tal equiparación al derecho penal, el artículo 4 de nuestro Código Penal⁹ prevé expresamente la aplicación de las reglas generales contenidas en la primera parte del mismo a los delitos previstos en leyes especiales, en tanto no se disponga lo contrario.

De esta forma, si no existen diferencias ontológicas entre delitos e infracciones, la extensión y alcances de los principios de la parte general del Código Penal, como señaló la Corte Suprema, deben tener aplicación en esta materia.

La razón debe hallarse en el enfoque del derecho penal como portador de un objetivo de contención y limitación del poder punitivo del Estado¹⁰ y entenderse que es un factor que procura resguardar la regla de que ante la violación de alguna prohibición, la reacción punitiva sea no solamente legal, sino racional y ajustada al real merecimiento de castigo.

Estas reglas, por su carácter favorable al imputado o sumariado, deberán entenderse en forma extensiva, incluyendo también reglas y principios de naturaleza procesal, que hacen al sistema de garantías, emergentes no del Código Penal, sino directamente de la Constitución Nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se ha incorporado al ordenamiento interno¹¹.

⁷ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, 2000, pág. 170.

⁸ Fallos 303:1548.

⁹ Art. 4.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

¹⁰ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, pág. 353. Allí sostienen los autores “El poder punitivo descontrolado e ilimitado, sin agencias que lo contengan y reduzcan, aniquila todos los valores de la vida comunitaria a que se refería Welzel...”.

¹¹ Para una relación más extensa del tema, véase ROBIGLIO, Carolina, “Derecho infraccional aduanero y garantías penales” en el *Libro de las III Jornadas Internacionales de Derecho Aduanero, Asociación Argentina de Estudios Fiscales*, Errepar, 2010, pp. 265-285.

Esa interpretación, no desoye el principio de legalidad, ya que se refiere a una ampliación de aplicabilidad de previsiones normativas a casos en que es favorable al imputado o sumariado, que queda enmarcada en el principio *pro homine* y se atiene a los mandatos constitucionales.

Es ilustrativa y respalda estas conclusiones, la observación que realiza Bacigalupo en su análisis del modelo español de control de constitucionalidad, donde destaca que los derechos fundamentales no son otorgados por el Estado al individuo, sino que son propios de éste y justamente limitan la autoridad estatal, operando como fuente de obligaciones del Estado, que debe crear las condiciones para su realización¹². Por ello, el sistema de juzgamiento que se adopte debe asegurar la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

3. Breve enumeración de las garantías aludidas

Para determinar cuáles son las garantías en juego, se impone remitirse a las previsiones del artículo 18 de la Constitución Nacional y a los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Bajo las denominaciones genéricas de ‘debido proceso’ y ‘garantías judiciales’, nos encontramos con garantías sustanciales y otras relacionadas con los aspectos procesales.

En este sentido, debe tenerse presente que si bien las garantías sustanciales y las procesales se diferencian, también están íntimamente vinculadas e interrelacionadas¹³, toda vez que los principios de fondo, además de ley y juicio previos exigen ciertas condiciones procesales que, rigiendo el proceso penal, permitan que aquellos puedan hacerse efectivos.

Entre las garantías sustanciales, Zaffaroni clasifica con fines didácticos estos principios, en tres grupos¹⁴, el primero incluye aquellos derivados del principio de legalidad; el segundo, se refiere a los que excluyen pretensiones punitivas que incurran en una grosera incompatibilidad con los derechos humanos; y en tercer lugar, refiere a los que limitan la criminalización como derivación del principio republicano de gobierno.

¹² BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, 1999, pág. 13.

¹³ CARAMUTI, Carlos S., “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”, en GOZAINI, Osvaldo (coord.), *Proceso y Constitución*, Ediar, 2009, pp.509-538, pág. 510

¹⁴ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, pág. 105.

En el primer grupo se ubican todas las ramificaciones del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional -complementado con el principio de reserva previsto en el artículo siguiente-. De allí la caracterización de los requisitos de ley escrita, previa, cierta y estricta de los que se siguen, para que sea viable la aplicación de penas, la exigencia de que estén previstas en una ley formal emanada del Congreso; que ésta sea previa al hecho imputado –irretroactividad de la ley penal, con la única excepción de la ley penal posterior que sea más benigna, o ultraactividad de la ley anterior más beneficiosa para el imputado-; que la ley penal sea precisa en su contenido -lo cual deriva en la exigencia de una prudente apreciación de las leyes penales en blanco- y que solamente pueda ser aplicada a los casos expresamente previstos en ella –lo que descarta las soluciones mediante aplicación analógica de normas, a menos que este método fuera utilizado en beneficio del imputado-¹⁵.

En el segundo grupo se incluye, entre otros, el principio de lesividad, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico¹⁶; también en esta categoría se habla de los principios *pro homine* –cláusula según la cual los textos que consagran derechos deben interpretarse de buena fe y en la duda ha de decidirse siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate--, y de prohibición de doble punición por un mismo hecho o *ne bis in idem*.

En tanto, en el tercer grupo, entre otros, se destaca el principio de culpabilidad. En este punto cabe evocar las palabras de la Corte Suprema vertidas en el caso “Parafina del Plata” de fecha 2 de septiembre de 1968, que versaba sobre la aplicación de una sanción fiscal, en el que sostuvo “...la multa fiscal corresponde por el solo hecho de la violación de las normas respectivas y en razón del carácter penal de aquélla su fin es el de prevenir y reprimir la infracción a la ley, y no reparar el daño causado (...) la mera comprobación de la situación objetiva en que se encontraba el autor no bastaba para configurar la infracción prevista en la Ley N° 11.683, dado que las normas de esta ley que tipifican sanciones consagran el criterio de personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto subjetiva como objetivamente...”¹⁷.

¹⁵ *Ibid.* págs. 104 y sigs..

¹⁶ *Ibid.*, pág. 121.

¹⁷ Fallos 271:298.

Por otra parte, en lo que se refiere a las garantías procesales, sin pretender realizar una enumeración exhaustiva, debe hacerse referencia a la presunción de inocencia, al derecho a ser oído y de acceso a la jurisdicción, derecho de defensa y asistencia letrada, derecho a ser informado de la imputación y a que haya correlación entre la acusación y la sentencia, igualdad de armas con las restantes partes, facultad de control de las partes en la producción de las pruebas, al derecho a tener un proceso público, derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas –plazo razonable-, a no declarar contra sí mismo, derecho a ser juzgado por el Juez natural, derecho a recurrir ante un tribunal superior, derecho a no ser investigado ni enjuiciado más de una vez por un mismo hecho, a no ser sometido a juicio en ausencia, y la inadmisibilidad de la *reformatio in pejus*¹⁸.

Transpolando lo expuesto al ámbito jurisdiccional-administrativo propiamente dicho, la doctrina entiende que la garantía de debido proceso interpretada a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye la determinación concreta de hechos y derechos, derecho a contar con representación legal, notificación previa sobre la existencia de un procedimiento, derecho a una decisión fundada, publicidad de las actuaciones administrativas, cumplimiento por la administración de plazos razonables y revisión judicial¹⁹.

En ese orden, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sentó su posición sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, fijando la obligación de establecer reglas claras para los procedimientos, de modo de evitar márgenes de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias, y también estableció estándares para el procedimiento administrativo como una revisión judicial amplia y suficiente, la aplicación de plazo razonable en las decisiones administrativas, la publicidad del actuar de la administración y el derecho a contar con asistencia legal²⁰.

En esta línea es ineludible aludir al criterio sostenido por la Corte Suprema desde hace muchos años²¹, en cuanto a que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración queda a salvo de inconstitucionalidad

¹⁸ Sobre el tema, véase CARRIO, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 2006 y MALJAR, Daniel E., *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Ad Hoc, 2006.

¹⁹ FLAX, Gregorio A., “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en ALBANESE, Susana (coord.) *El control de convencionalidad*, Ediar, 2008, pág. 56.

²⁰ *Ibid*, pág. 48.

²¹ Fallos 247:646, “Fernández Arias c/ Poggio”, sentencia del 19/9/1960, Fallos 321:776, y más recientemente, Fallos 328:651, “Ángel Estrada y Cía. SA”, entre otros.

siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

4. Principio *pro homine* y control de convencionalidad

a) Hemos hecho referencia a las dos figuras mencionadas en este subtítulo, en las que cabe detenerse con el fin de subrayar concisamente la importancia que adquieren en esta temática y el peso que han tenido en la evolución de la jurisprudencia; la primera por ser una regla que da fundamento a todas las interpretaciones de las normas que signifiquen un más amplio reconocimiento de derechos a favor del imputado, y la segunda por determinar no solamente la obligatoriedad que pesa sobre los jueces locales de no ignorar aquellos principios en el momento de resolver, sino también por la multiplicación de eventuales recursos e instancias contra fallos adversos.

b) El principio *pro homine* tiene dos sentidos principales. Como principio de interpretación, ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones²². El otro sentido, agrega García, debe entenderse como criterio de selección de la norma aplicable ante la concurrencia de disposiciones de distinto origen que pretenden regir un mismo caso; de modo que cuando existe más de una disposición legal vigente que da solución a un caso, este principio se torna en una norma de reenvío, al señalar entre las varias posibles, cuál es la que debe aplicarse a la situación planteada²³.

La incorporación de tratados internacionales al ordenamiento jurídico, tiene - entre otros- el objetivo de garantizar a todos los sujetos el goce de sus derechos y los Estados que los agregan a su legislación, asumen ante la comunidad internacional la obligación de respetar el ejercicio que los ciudadanos hagan de tales derechos. En este punto, subraya también García, las obligaciones contraídas bajo la Convención

²² GARCÍA, Luis M., "El derecho internacional de los derechos humanos", en GARCÍA Luis M. (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Editorial Abaco, 1998, pág. 103.

²³ *Op cit*, pág. 105.

Americana de Derechos Humanos, no se reducen solamente a que cada Estado respete los derechos, sino que además incluyen obligaciones de garantía, que se entienden como deberes positivos que pesan sobre cada Estado, de adoptar medidas concretas para asegurar el efectivo goce de los derechos reconocidos en los textos internacionales²⁴.

Por ejemplo, ilustra el mismo autor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención²⁵.

c) En cuanto al control de constitucionalidad, en nuestro sistema positivo se deriva de los artículos 30 y 31 de la Constitución, que prevén respectivamente la rigidez y la supremacía de la Carta Magna, y del artículo 116 que dispone que el poder judicial de la Nación debe conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, de donde se sigue que debe aplicarla, y a la vez implica que no debe aplicar el derecho que sea contrario a ella²⁶.

En síntesis, como características del control de constitucionalidad, se debe tener en cuenta que su forma es difusa o desconcentrada, ya que debe efectuarlo cualquier juez sin distinción de jerarquías ni jurisdicciones; es reparador, toda vez que no se prevé un control judicial preventivo o anterior a la sanción de las leyes; es decisorio, ya que las resoluciones en materia de inconstitucionalidad que adopten los jueces, son de cumplimiento obligatorio; y lo resuelto rige en principio solamente el caso concreto - aunque la Corte Suprema le ha dado cierto efecto más amplio a sus decisiones, al arraigar la doctrina según la cual los jueces tienen un deber institucional de seguir sus directrices, a menos que introduzcan nuevos argumentos²⁷.

Dicho ello, se impone ahora hacer una referencia al control de convencionalidad, ya que al tradicional control de constitucionalidad, desde la conformación de lo que se

²⁴ GARCÍA, *op cit*, pág. 65. También MANILI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad*, La Ley, 2003, pág. 227.

²⁵ GARCÍA, *op cit*, pág. 71. El apartado 1 del artículo 1 de la Convención, reza “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional tomo I*, Astrea, 2001, pág. 277.

²⁷ *Conf.* SAGÜÉS, Néstor, *op. cit.*, pág. 281.

conoce como el bloque de constitucionalidad²⁸ y de la interpretación efectuada por la Corte Interamericana, se agregó el control de convencionalidad, que lo completa.

La incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nuestro ordenamiento jurídico interno, antes de su jerarquización a nivel constitucional²⁹ ya había motivado fallos señalando la obligación de los jueces de aplicar los principios emergentes de dichos tratados. Por ejemplo, en el año 1992 en el conocido caso “Ekmekdjian c. Sofovich”³⁰, la Corte Suprema sostuvo que a partir de la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³¹, los tratados internacionales tienen primacía sobre las normas internas; posteriormente, en el año 1994, en el caso “Cafés La Virginia”³² la Corte entendió, que la aplicación por los órganos del Estado de una norma interna que transgreda un tratado, además de implicar un incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas.

Ahora bien, el control de convencionalidad es un criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmado entre otros, en el caso “Almonacid Arellano y otros v. Chile”³³, en el que sostuvo que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁸ Se denomina de esta forma al conjunto de normas integrado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la misma. Conf. MANILI, Pablo, *op.cit.*, *passim*.

²⁹ Cada uno de los tratados internacionales que posteriormente fueron incluidos en la enunciación contenida en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, estaba incorporado a la legislación nacional mediante las respectivas leyes del Congreso que los aprobaron.

³⁰ Fallos 315:1492.

³¹ Suscripta por la Argentina el 23/5/1969, aprobada por ley 19.865, y vigente desde el 27/1/1980. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dice que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.. ...”.

³² Fallos 317:1282.

³³ “Almonacid Arellano y otros v. Chile”, sentencia del 26/9/2006, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Cuando los jueces realizan esa tarea, de acuerdo a la Corte Interamericana, deben tener en cuenta no solamente el texto del tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la propia Corte Interamericana, cuyo rol es interpretar la Convención. Por otra parte, nuestra Corte Suprema ha entendido que las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana dictadas en casos que no involucran al Estado deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴.

De tal modo, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los poderes judiciales de cada Estado deberían ejercer de oficio el control de constitucionalidad y también el de convencionalidad de las normas internas, comparándolas con la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes³⁵.

En línea con ese criterio, Gil Domínguez³⁶ describe dos clases de control de convencionalidad; uno es el que se realiza en sede internacional mediante presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de analizar la compatibilidad entre el derecho interno y la Convención Americana u otros instrumentos internacionales, que se realiza mediante un examen de confrontación normativo entre el tratado y el derecho interno en un caso concreto, y se resuelve mediante una sentencia que eventualmente puede resolver acerca de la conveniencia de la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas internas, para proteger los derechos humanos de las personas³⁷.

La otra forma de control de convencionalidad, en cambio, es la que se realiza internamente por parte de los jueces de cada Estado, que al resolver deben realizar esa confrontación normativa entre las leyes y los tratados, con el fin de proteger los derechos de las personas en las instancias judiciales ordinarias y previas a la internacional.

Como conclusión, señala que una de las características estructurales del estándar elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia es que el

³⁴ Véanse Fallos 318:514, “Giroldi”; Fallos 319:1840, “Bramajo”; Fallos 328:1268, entre otros.

³⁵ GIL DOMINGUEZ, Andrés, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?”, en La Ley, 16/3/2010.

³⁶ *Ibid*

³⁷ Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en torno de las consecuencias de las decisiones adoptadas por la CIDH y la CorteIDH, véase MANILI, Pablo L., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo ‘Fontevicchia’”, en La Ley 20/3/2017,5.

control de convencionalidad interno, deba ser realizado de oficio por todos los jueces, en la forma que el sistema jurídico vigente posibilite realizar el control de constitucionalidad, vale decir que si es viable para un juez realizar el control de constitucionalidad, también de oficio debe examinar la convencionalidad de la norma antes de aplicarla.

En este punto es menester señalar que en nuestro ordenamiento interno, existen algunas limitaciones en ese sentido³⁸, por lo que cada funcionario de la administración con funciones jurisdiccionales habrá de profundizar el control y aplicar o dejar de aplicar las normas, en la medida de lo que sus facultades legales le permitan.

5. El fallo "Losicer"

El 26 de junio de 2012 la Corte Suprema dictó sentencia en los autos "Losicer, Jorge A y otros c/ BCRA"³⁹, en la que, en contra de lo dictaminado por la Procuradora Fiscal⁴⁰, revocó la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había desestimado los recursos de apelación interpuestos por los sumariados, contra la Resolución del Banco Central de la República Argentina, que les había aplicado multas en función de lo establecido en el artículo 41 inc. 3 de la ley 21.526.

El sumario había tramitado en sede administrativa en orden a una infracción prevista en el Régimen de Entidades Financieras cometida en el año 1987. Los diversos actos procesales relevantes, tales como la instrucción del sumario, la notificación a los sumariados, la apertura a prueba, el auto que dispuso la clausura para definitiva y la resolución condenatoria, tuvieron lugar entre 1990 y 2005, con lapsos intermedios de inactividad procesal, según surge de la reseña efectuada en los considerandos 12 y siguientes del fallo.

³⁸ El artículo 185 de la ley 11683 dispone respecto de las sentencias del Tribunal Fiscal de la Nación, que "La sentencia no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese tribunal de la Nación."

³⁹ Fallos 335:1126 (L.216.XLV "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Res. 169/05 expte. 105666/86 SUM FIN 708), disponible en el sitio www.csjn.gov.ar

⁴⁰ Dictamen del 30/8/10, disponible en www.mpf.gov.ar. Los fundamentos del dictamen se basaron en precedentes de la Corte que sostienen que las reglas que rigen la prescripción son materia propia de los jueces de la causa y ajenas en principio a la jurisdicción extraordinaria, por tratarse de cuestiones fácticas de derecho común y procesal; a menos que el pronunciamiento carezca de fundamentación suficiente o se aparte de la normativa aplicable, lo cual no fue advertido en el caso.

Si bien existieron esos extensos intervalos sin actividad instructoria, a la vez, del análisis de las fechas de cada acto con entidad interruptiva del curso de la prescripción dictado en el sumario, surge que entre uno y otro, en ningún caso transcurrieron más de seis años, por lo que aún con las demoras señaladas, a pesar de que desde la fecha de las infracciones hasta la de la condena, pasaron dieciocho años, la acción no se encontraba prescripta.

Esa circunstancia dio lugar a que ante la decisión de la Cámara, confirmatoria de las sanciones, los sumariados interpusieran recursos extraordinarios motivados en la afectación al debido proceso en su aspecto del derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, derivado del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Se trata del derecho a que los casos sean resueltos en un "plazo razonable", concepto expresamente previsto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22).

Excede esta propuesta profundizar en las figuras de la prescripción y el plazo razonable⁴¹ abordados en los considerandos 5° a 7°, 10° y siguientes del fallo, puesto que si bien son los que motivaron esta decisión en particular, se trata sólo de una entre todas las garantías que deben regir la aplicación de sanciones, como quedó expuesto anteriormente.

En cambio, creemos que el fallo da ocasión para hacer hincapié en un aspecto más amplio, que es el que motiva este comentario, cual es el de la aplicabilidad de todas las garantías en los procesos sancionatorios de carácter administrativo. Para esto cabe remitirse especialmente a los considerandos 8° y 9°.

Allí señala expresamente la Corte que debe descartarse que el carácter administrativo del procedimiento sumarial se erija en un obstáculo para la aplicación de tales principios, pues en el estado de derecho, la vigencia de las garantías enunciadas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no se encuentra limitada al poder judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.

⁴¹ Para profundizar este tema véase PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad Hoc, 2002.

Cita el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los autos "Tribunal Constitucional v. Perú"⁴², en el que se interpretara que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un Tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. De tal modo, cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.

También hace referencia la Corte a otro renombrado caso⁴³ que en la misma materia dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se consignó que si bien el título del artículo 8 de la Convención es "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, para que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. En otras palabras, incluye cualquier actuación u omisión de los órganos estatales en un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, en los que debe respetar el debido proceso legal, pues es un derecho humano obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber.

Por último -en lo que se refiere a este acotado comentario-, es importante destacar que la Corte señaló que tampoco es óbice a la aplicación de las mencionadas garantías, la circunstancia de que las sanciones del caso hubieran sido calificadas como de carácter disciplinario y no penal, justamente como señala la Corte Interamericana en el caso "Baena", el debido proceso legal debe garantizarse en todo proceso disciplinario.

La Corte Suprema se expidió de forma similar también en otros casos⁴⁴.

6. Algunos precedentes internacionales

a) El ya mencionado caso "Tribunal Constitucional v. Perú", llegó a la Corte Interamericana para que ésta decidiera si había existido violación de garantías en

⁴² Tribunal Constitucional v. Perú ", sentencia del 31/1/2001, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/57570D09-2685-4686-9C6D-D928BF78114C>.

⁴³ "Baena y otros 270 trabajadores v. Panamá" sentencia del 2/2/2001, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

⁴⁴ Ver por ejemplo "Marchal" Fallos 330:1427 y "Antúnez y otros c/ BCRA" A.2.XLIX.RHE, sentencia del 10/7/2014.

función de la afectación del derecho de defensa de tres Magistrados del Tribunal Constitucional de Perú, que habían sido destituidos en el marco de un juicio político, y si correspondía reparar a dichos Magistrados y reponerlos en sus cargos.

El juicio político en cuestión se les realizó por parte del Poder Legislativo a partir de supuestas irregularidades en el trámite de la resolución de un caso sometido a su juzgamiento, en el que debían decidir la validez o inconstitucionalidad de una norma que permitía la reelección del presidente de la Nación.

La Corte Interamericana sostuvo que la aplicación de las garantías establecidas en la Convención bajo el título de “Garantías Judiciales”, no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que se trata del conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

También señaló la Corte Interamericana que a pesar de que el artículo 8 de la Convención no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal⁴⁵.

Agrega la Corte Interamericana que con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, pero otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. De tal manera, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

b) En el caso "Baena" aludido se debatían cuestiones relativas al empleo público; la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que las garantías judiciales deben observarse en todas las instancias procedimentales donde la actuación u

⁴⁵ La Corte cita su precedente del caso “Paniagua Morales y otros”, Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149.

omisión de los órganos estatales afecte derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. También en ese caso sostuvo que es un derecho humano obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, y la administración no está excluida de cumplir ese deber, ya que las garantías mínimas, deben respetarse en el procedimiento administrativo.

Como señala García Pullés⁴⁶, no debe perderse de vista que la doctrina del caso "Baena" ya había sido recogida por vasta jurisprudencia de la Corte Suprema, al menos desde que fuera dictado el fallo "Astorga Bracht"⁴⁷, resuelto el 14 de octubre de 2004. En esa oportunidad se había planteado la inconstitucionalidad de una norma que restringía la posibilidad de impugnar determinadas decisiones administrativas.

También había intervenido la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo, confirmando la decisión de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. El caso llegó a la Corte por recurso extraordinario interpuesto por el apoderado del COMFER; se declaró admisible el recurso extraordinario y se confirmó la sentencia apelada.

La norma -artículo 3 inc. a) de la Resolución COMFER 16/99- fue hallada violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial.

Aclara la Corte con varias citas de precedentes propios, que este derecho supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y autoridades administrativas competentes para obtener de ellos una sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes, y requiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle por medio de un proceso o procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una decisión fundada.

Por último, cabe agregar otro ejemplo en que la Cámara en lo Contencioso administrativo había dado positiva receptación a la vigencia de las garantías de la Convención Americana en su disciplina, al sostener que "...con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Aduanero, se sancionó la ley 23.054 por la que se ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de

⁴⁶ GARCIA PULLES, Fernando "Otras perspectivas del contencioso administrativo", en Revista La Ley del 28/11/12.

⁴⁷ Fallos 327:4185

Costa Rica -actualmente integrante del plexo de tratados constitucionalizados-, en cuyo art. 8 párrafo 1, se acordó que ‘toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Por ser un tratado internacional su incorporación a la legislación nacional con carácter constitucional, lleva a que las normas acordadas con la intención de tener vigencia en el orden interno de cada país, se apliquen sin necesidad de algún otro acto interno o externo...’⁴⁸.

Existen otros casos sobre la materia que fueron tratados por la Corte Interamericana e informes de la Comisión Interamericana, que mantienen y reiteran los criterios reseñados, cuya lectura reviste interés⁴⁹.

c) En otro plano cabe recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas. En el caso “Bendenoun v. Francia”⁵⁰ en que el tribunal, si bien no consideró vulnerada la garantía invocada en un caso de ajustes en materia aduanera y fiscal, sí sostuvo que las garantías son aplicables a los procedimientos administrativos aún ajenos a la materia penal.

En el caso “Engel y otros v. Países Bajos”⁵¹, en el cual el tribunal sostuvo que la calificación que un Estado haya asignado a un ilícito como delito o como infracción, no es decisivo para evitar que atribuyendo calidad no penal a un ilícito, se eluda reconocer garantías establecidas en el plano supranacional.

d) En síntesis, la Convención Americana y las interpretaciones efectuadas por la Comisión y por la Corte Interamericana, no han excluido a la administración de las obligaciones de garantizar el efectivo reconocimiento de los derechos de las personas, sino lo contrario; ante las violaciones a aquellos, el Estado Nacional será responsable ante el foro internacional.

⁴⁸ CNCAF, Sala IV, “Massalín Particulares SA (T.F. 9473-A) c/ DGA”, causa N° 16.085/99, resuelta el 24/8/99.

⁴⁹ Varios de ellos fueron citados por la Corte Suprema en el caso “Losicer”, algunos se encuentran reseñados en FLAX, Gregorio A., *op. cit.*

⁵⁰ Resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos el 24/2/1994, disponible en www.ecdh.coe.int.

⁵¹ Resuelto también por la Corte Europea el 8/6/1976, disponible en www.ecdh.coe.int.

De tal manera, con las limitaciones propias de la administración en general y de la jurisdicción administrativa en particular, dentro del sistema jurídico que rige la materia, se impone una adaptación a esos estándares internacionales.

Como sintetiza Flax⁵², tanto la Corte Interamericana como la Comisión gestaron estándares acerca de las limitaciones al desarrollo de los procedimientos administrativos, cuyo control incumbe al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

7. Conclusiones

El fallo "Losicer" y otros dictados en similar sentido, reafirmaron la vigencia de las garantías penales en el ámbito sancionatorio administrativo.

En efecto, hay casos de cierta antigüedad, algunos de los cuales han sido citados en este trabajo, que datan de la década de los años noventa en adelante, sin embargo, la aplicación de los principios derivados de estas garantías no era tan habitual en los procedimientos seguidos ante la administración. Incluso se observan casos en que al aplicarse, se lo hace sólo como argumento de refuerzo⁵³.

Por esas razones, en la época en que fue dictado el fallo "Losicer" revistió un importante valor simbólico, prueba de lo cual es que con posterioridad ha sido reiteradamente invocado y citado en otros casos.

Sin embargo, el proceso de incorporación de los estándares aludidos continúa, y en palabras de García Pullés, la influencia de los criterios de la Corte Interamericana, ha empezado a iluminar las decisiones judiciales, e implica no solamente el reconocimiento de un conjunto de seguridades especiales para el procedimiento contencioso, sino antes aún, un modo de entender su instrumentalidad. Tales cambios, concluye, llevan por el camino de la humanización del sistema administrativo y de la jerarquización de los derechos del hombre, que en esta disciplina, exige que lo instrumental no pierda su condición de tal para convertirse en una criba de derechos⁵⁴.

⁵² FLAX, Gregorio A. , *op. cit.*, pág. 62.

⁵³ Por ejemplo en el caso "ABC Cargas Ltda. (TFN 26556-A) y otro c/ DGA" resuelto por la Sala V de la CNCAF, el 9/10/12 (disponible en www.eldial.com - AA7BE9), la ultraactividad de la ley anterior más benigna solamente aparece referenciada como argumento secundario (ver considerando IX) en esa instancia. Aún haciéndose expresa referencia a que rige el principio según el cual son aplicables a las infracciones aduaneras las disposiciones generales del Código Penal (Considerando V), se aprecia que la norma que imponía la obligación omitida fue dictada con posterioridad a la fecha de comisión de la infracción, pero aún así, recién se invoca después de los argumentos de falta de acreditación del elemento subjetivo y de duda sobre la concurrencia de los elementos objetivos de la infracción.

⁵⁴ GARCIA PULLES, Fernando, "Otras perspectivas del contencioso administrativo", cit.

Cassagne subraya que si de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, la administración no puede privar de lo que la ley no prohíbe, así como no puede ordenar conductas contrarias a la ley, de modo que la administración está sujeta a la ley y al derecho⁵⁵.

Si nuestro derecho ha incorporado los tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes, los estándares de actuación jurisdiccional que éstos implican, deben aplicarse también en la actuación de la administración cuyos integrantes quedan obligados por aquellos. Los magistrados deberán mucho antes de realizar los controles de constitucionalidad y convencionalidad, efectuar la interpretación y puesta en práctica de las normas procesales de manera que los procedimientos resulten acordes con dichos parámetros.

En el trabajo sobre la aplicación de garantías en los procesos sancionatorios aduaneros concluíamos hace unos años⁵⁶, que la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución Nacional, con seguridad generaría en el ámbito administrativo sancionador nuevos planteos y argumentaciones de las partes que a su vez provocarían gradualmente modificaciones en la jurisprudencia, haciendo cada vez más habitual la aplicación de los principios y garantías. La sentencia del caso "Losicer" y el grupo de fallos similares, son un ejemplo en ese sentido.

⁵⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "El control de legalidad" en GOZAINI, Osvaldo A. (coord.) *Proceso y constitución*, Ediar, 2009, págs. 547 y 556.

⁵⁶ ROBIGLIO, Carolina, "Derecho infraccional aduanero y garantías penales", cit.