

CLAUSURA: ¿SANCIÓN PRINCIPAL O ACCESORIA?

Por el doctor Rubén Antonio Pereyra (*)

Seguimos en la necesidad de tratar de diferenciar lo que es la actividad administrativa y la actividad de clausura en el ámbito administrativo, y lo que es la actividad jurisdiccional y la clausura en el ámbito jurisdiccional.

La Administración goza de una cantidad de facultades que la habilitan a realizar una “función de policía”, en su sentido estricto, cada vez que controla el ejercicio de actividades que están sujetas a reglamentación. Cuando a uno se le exige que para realizar determinada actividad obtenga alguna autorización dentro del esquema que dispone la administración pública, en realidad lo que se le está pidiendo es el ejercicio de una actividad que está prohibida o limitada y solamente se permite a quien acredita haber acompañado o alcanzado todos los requisitos necesarios para practicarla en el marco de la reglamentación.

La norma determina que justamente ésta sea una actividad de las que en derecho administrativo denominamos “reglada”, y por lo tanto las posibilidades de la administración son dos: otorgar la posibilidad de ejercerla o denegarla. Cuando una persona reúne todos los requisitos para ejercer la actividad, la Administración no tiene otra posibilidad que otorgarle el permiso para desarrollarla, en las condiciones que la ley lo establece.

¿Cuál es la función de la Administración? Controlar que esa actividad sea ejercida cumpliendo todas las normas. Para eso, previamente otorga un permiso, una autorización, licencia o concesión. Pero también existen diversas formas en que la Administración remueve algún obstáculo para el ejercicio de una actividad. Estos impedimentos se establecen por la propia normativa que la obligación de velar. De manera que lo que no permite que alguien ejerza el comercio en un restaurante o en una carnicería -ambos locales de venta de productos alimenticios de carácter perecedero- es que no están certificados por una autoridad que se ocupe de la calidad de la comida que ofrecen y de la posibilidad de que ésta pueda ser perjudicial para la salud o de que la actividad sea perniciosa para la seguridad pública en relación a lo constructivo y lo edilicio.

Una vez concedida esta autorización, le cabe a la Administración una segunda etapa que acompaña al ejercicio de la actividad: el control del eficiente cumplimiento y mantenimiento de todas las reglas, tanto sean del giro comercial o industrial. Está presente y tiene la obligación de resguardar el interés general para que la actividad se ejerza en condiciones de legalidad. Hay autores del derecho administrativo como Eduardo García de Enterría, que hablan no solamente del marco de legalidad referido a la cuestión administrativa sino también del ámbito constitucional, legal, reglamentario, en el que la administración tiene que adecuar su funcionamiento a todo el orden jurídico vigente, al que tiene que adecuarse aquel que ejerce cualquier tipo de actividad.

La Administración en ejercicio de las potestades administrativas tiene una gama de posibilidades entre las cuales está, precisamente, la clausura, una facultad que se le otorga con carácter excepcional porque lo que se está cercenando es un derecho constitucional. Si yo tengo el derecho de comerciar, de ejercer una industria lícita o mi profesión, aquél que me controla de alguna manera va a cercenarme ese derecho en función de la premisa suprema del resguardo del interés general, existente sobre el interés particular. Por lo tanto, si alguien ejerce una actividad profesional y lo hace con peligro para la seguridad, para la salubridad y para la moralidad pública, está sujeto a que nosotros le limitemos este ejercicio.

Entonces aparece la posibilidad de clausurar preventiva o precautoriamente un establecimiento. Pero lo precautorio y preventivo muchas veces se nombran como la misma cosa. A veces, la norma -sea administrativa, de procedimiento de faltas o contravencional- se refiere a ambos términos con distintos matices, queriendo significar conceptos distintos. Entonces, la clausura puede ser preventiva, definitiva o precautoria. La primera sucede cuando existe un peligro grave e inminente. Aquí la Administración tiene facultades de ejercer su poder de policía por sí y ante sí. No necesita a un juzgado para reclamar. Si existe un incumplimiento de las normas, tiene que clausurar y establecer los plazos. En este momento es que existe una limitación en ellos, pero también está la posibilidad de que la medida sea revisada. ¿En qué ámbitos? En la estructura o área competente, un sector que tiene la posibilidad de controlar y de efectivizar la clausura.

La clausura -y aquí voy a disentir con algo que se dijo- es una cuestión fáctica instrumentada a través de un acto jurídico, sujeto a todos los recaudos que tiene en la normativa vigente, competencia de la autoridad que la dicta, objeto, causa, motivación del acto administrativo. Por lo tanto, como tal, es recurrible. Y aquí es donde se produce la mayor dificultad. Porque la Administración prevé 2 tipos de controles: uno administrativo interno y otro de una autoridad a la cual se la ha investido de una función casi jurisdiccional, representada en los controladores administrativos de faltas.

La doctrina administrativa establece una cantidad de requisitos para autorizar la actividad cuasi jurisdiccional en el ámbito de la administración pública. El primero es que surja de la ley formal, de tal manera que no se afecte el esquema de división de poderes. El segundo es que tanto la especialidad de la materia como la idoneidad de los agentes esté adecuadamente justificada y fundada. El tercer requisito es que exista alguna garantía de independencia de ese funcionario respecto de la administración activa. Esa garantía se da a través de la inamovilidad del cargo o la intangibilidad de las remuneraciones. La cuarta obligación es la presencia de un control por parte del Poder Ejecutivo, sólo limitado a la legalidad del acto, porque el funcionario está investido de potestades cuasi jurisdiccionales.

Pero hay un quinto requisito que es fundamental, establecido por la Corte Suprema a través de un fallo famoso: Fernández Arias C/ Poggio. Es aquel famoso del control judicial suficiente. De tal manera que el controlador de faltas está sujeto a un control judicial del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario, porque se está tratando de la actividad de la administración Pública. Eventualmente, el control puede ser a través del proceso de faltas, en el caso de que el particular damnificado reclame, rechace la actividad de control que ha hecho la administración y le exija al controlador que esto pase a conocimiento de la Justicia Contravencional y de Faltas.

En el ámbito de la justicia o del proceso contravencional la clausura -después de la reforma que se hizo al Código- es nada más que una sanción accesoria. Las penas principales que establece la ley 1.472 son los trabajos de utilidad comunitaria, las multas, y eventualmente los arrestos. La clausura tiene un límite de 180 días que no puede excederse. En realidad, la clausura significa la

prohibición de realizar en un establecimiento de carácter comercial o industrial, durante el tiempo que disponga la sentencia, la actividad propia de ese lugar.

Pero la Ley de Procedimiento Contravencional también prevé dos tipos de clausuras. En realidad, cuando se produce una “contravención” y ésta puede llegar a afectar la salubridad y la seguridad, la autoridad puede clausurar el local, e inmediatamente dar aviso al fiscal, quien puede analizar el caso y decir “está bien o mal hecha”. Si sucede lo segundo inmediatamente ordena el levantamiento.

Pero nuestro sistema contravencional y el procedimiento que se está desarrollando con respecto al artículo 189 bis del Código Penal es de carácter acusatorio. Está en manos de un fiscal al cual el juez de garantías y sus colegas actúan aprobando o rechazando la actividad que fue realizando, con la intención de mantenerla en los carriles de la legalidad. Entonces se produce un enfrentamiento entre el derecho individual y el derecho del conjunto, el del ciudadano que está ejerciendo una actividad y el de la comunidad que está afectada por la conducta de un individuo. El juez de garantías revisa esta medida para saber si la autoriza o no. Después se decidirá la clausura preventiva, si se determina que la contravención pone en inminente peligro la salud y la seguridad pública, y limitándola al ámbito estrictamente necesario hasta que se reparen las causas que dieron motivo a dicha medida, sin que ello impida la realización de trabajos necesarios para la reparación. Esta medida es apelable ante la Cámara de Apelaciones, todo dentro de plazos limitados.

El Código Contravencional establece en su artículo 73 que la violación de clausura -que antes era una falta- actualmente constituye una contravención. Posee un grado más alto de gravedad, está sujeta a un proceso que tiene consecuencias más graves tipificadas en ese artículo, en el que se señala que “incurre en ella quien viola una clausura impuesta por autoridad judicial o administrativa o incumple una sanción sustitutiva o accesoria, impuesta por infracción al régimen de faltas por sentencia firme de autoridad judicial”. En el régimen de faltas, la clausura es una sanción principal, pero sustitutiva. Entonces, cuando se impone como sanción principal la clausura y se advierte que se puede sustituir, se le cambia. Si el sancionado no realiza los trabajos de

utilidad comunitaria o no asiste a los cursos de capacitación asignados, es lo mismo que si violara la clausura.

¿Y cómo se configura la violación de clausura? La Cámara Contravencional y de Faltas ha dicho que basta con que se violente la faja y se trasponga el ámbito de acceso al sector afectado por la medida precautoria o de clausura para que ya esté configurada la violación. Aunque no haya gente adentro, si existen muestras de que se ingresó, estamos en presencia de la configuración de esta figura contravencional de violación de clausura.

(*) Fiscal General adjunto del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Secretaría General.