


LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

Por Dr. Fernando R. García Pullés 

El siguiente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y ha sido presentado en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo UNNE-MPBA, que tuvo lugar en la Provincia de Corrientes en el mes de diciembre del 2022, organizado conjuntamente por el MPBA y la UNNE

SUMARIO

I. Introducción	01
II. Características de la potestad sancionatoria administrativa. El derecho estatal de castigar. ¿Un único ius puniendi? La distinción entre delitos y faltas	03
III. La distinción entre el modo de ejercicio de la potestad de castigar	04
IV. La integración del régimen jurídico circundante	07
V. ¿Qué significa hablar de la potestad sancionatoria administrativa?	08
VI. ¿Y a qué aludimos cuando hablamos del principio de legalidad aquí?	09
VII. El principio de legalidad en cada uno de los territorios	10
VIII. Conclusiones	22

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Universidad del Nordeste, en la persona de la Dra. Mirta Sotelo de Andreau y a la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, en la del Dr. Conte Grand por esta invitación.¹ Es un placer estar aquí y en particular en una jornada que se realiza en homenaje a Julio Rodolfo Comadira y de la Dra. Sotelo de Andreau. El primero de ellos siempre me demostró una honradez intelectual y humana digna de encomio. La segunda una dedicación al trabajo, al estudio y a la docencia, con una dosis de humildad que suscitó siempre mi admiración.

Debo exponer sobre el control judicial sobre la potestad sancionatoria adminis-

¹ Exposición brindada en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo UNNE-MPBA, que tuvo lugar en la Provincia de Corrientes en el mes de diciembre del 2022, organizado conjuntamente por el MPBA y la UNNE

trativa, una potestad ejercida por las administraciones a la sombra y amparo de la superficialidad con que, al menos aquí, la doctrina y jurisprudencia analizan sus contenidos, límites y modalidades. Una superficialidad que opaca el peligro que el uso desaprensivo del poder de sancionar genera en una república, a la división de poderes y a la libertad de los ciudadanos.

Y debo hacerlo en el contexto de una Jornada, estas Jornadas, dirigidas a examinar las herramientas del derecho administrativo para erradicar la pobreza, que a mi juicio se concentran en dos vertientes, asistir a los más vulnerables para realizar el derecho en la sociedad y promover inversiones genuinas que aseguren generación de trabajo digno. Estas dos vertientes se vinculan con el diseño y el modo de ejercicio de la potestad sancionatoria, porque muchas veces se la utiliza para agravar la vulnerabilidad de los débiles y otras para perseguir irrazonablemente a las personas jurídicas como si fueran, por su sola condición y en todos los casos, el paradigma de la explotación al vulnerable y de la captación del poder estatal.

Propongo un itinerario sencillo: 1) Considerar las características de la potestad sancionatoria administrativa; 2) Analizar la evolución de su campo de aplicación; 3) Examinar su fundamento jurídico y las modalidades de su ejercicio; y 4) Repasar el tema de la titularidad de esta potestad en nuestra república federal. En ese recorrido he de brindar algunos mínimos parámetros que creo necesarios para su ejercicio regular.

Todo ello para convocarlos a repensar en esta materia los próximos días, aunque mi estilo sea telegráfico, porque como indicara Borges, en tiempos de auge, la conjetura de una existencia limitada puede entristecer o irritar; pero en tiempos que declinan, es la promesa de que ninguno oprobio y ningún dictador podrá empobrecernos indefinidamente.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA.

EL DERECHO ESTATAL DE CASTIGAR. ¿UN ÚNICO IUS PUNIENDI? LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS Y FALTAS².

Todos sabemos que el orden jurídico, que como explicaba Villar Palasí es un conjunto de normas y principios que tienen por finalidad dar respuesta a todas las preguntas jurídicas que pudieran formularse en su ámbito de vigencia, está especialmente integrado, entre otras, por normas prohibitivas.

La infracción a una prohibición jurídica trae distintas consecuencias. Algunas veces, el ordenamiento prevé la restitución del “status quo ante”, sea a través del sistema de nulidades u otorgando al damnificado el derecho a exigir que se indemnicen los daños y perjuicios sufridos. Otras veces, con independencia del eventual nacimiento de la obligación de restituir, el orden jurídico otorga al Estado la facultad de imponer al infractor una sanción (sea como pena corporal, patrimonial o por la pérdida de beneficios, chances o privilegios).

En esta última opción, nace el llamado “derecho del Estado de castigar” o “ius puniendi” que, a lo largo de la historia, se tradujo en dos expresiones características: la potestad sancionatoria penal y la potestad sancionatoria administrativa. Aclárese desde ahora que toda potestad proviene del ordenamiento y que no existe un derecho natural de castigar que no provenga de la ley (como alguna vez postulara Otto Mayer para la Administración).

Ratifican este criterio dos previsiones de la Constitución Argentina: su artículo 109, que prohíbe al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas y su artículo 75, inc. 32, que atribuye al Congreso de la Nación el dictado de las leyes para poner en ejecución los demás poderes dados por esta Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

Esta referencia es indispensable en un Estado que adopta para su gobierno el

2. Me he extendido en este tema en: “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante. Una nueva y acertada doctrina de la Corte”, publicado en *Jurisprudencia Argentina.*, suplemento de Derecho Administrativo, Año 2006, septiembre, Pág. 3 y ss.

sistema republicano de derecho, en el que se aplica la regla básica del artículo 19, segunda parte de la Constitución Nacional, a saber: “ningún habitante (que alude concretamente a los seres humanos, a diferencia de la expresión ‘nadie’), puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”, paradigma central de nuestro principio de libertad que hoy debería ser reescrito, por cuanto ni siquiera la ley, o aún la Ley de Leyes, puede privar al hombre o prohibirle aquello que su dignidad intrínseca le confiere de modo previo y por encima de cualquier ordenamiento. Ello así, por cuanto tal precepto constitucional tiene como contracara -como lo destacara la doctrina alemana desde hace más de un siglo y medio- el principio de legalidad en su vinculación positiva, que solo habilita a la Administración a hacer lo que la ley le manda y no le otorga aquella esfera de libertad.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE EL MODO DE EJERCICIO DE LA POTESTAD DE CASTIGAR

El ejercicio concreto de ese derecho estatal de castigar, o si se quiere de la potestad sancionatoria -que constituye un derecho deber otorgado por el orden jurídico a órganos del Estado- se manifiesta con alcances diversos según consideremos la respuesta penal o administrativa a las infracciones al ordenamiento:

1.- El juez penal es un tercero imparcial al conflicto, criterio que se ha hecho más evidente desde la recepción, especialmente concretada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires en lo que aquí interesa, del principio acusatorio. Esta ajenidad al conflicto no ocurre en el ejercicio de la potestad sancionatoria atribuido a la Administración Pública, porque ésta actúa como juez y parte. Volveré sobre este punto más adelante.

2.- El juez penal es esclavo de su ley, no puede crearla, ni complementarla, tampoco la ley podría delegarle tal función. No existe en la Constitución Nacional norma alguna que faculte al legislador a delegar parte de sus facultades constitucionales en un órgano del Poder Judicial, como ocurre con el artículo 76 de la Ley Suprema. Contrariamente, la Administración colabora en la creación de la infracción y la sanción, bien que con los límites que la ley previa impone a esa

colaboración reglamentaria.

3.- La sentencia del juez es final en el ámbito jurisdiccional. Se dice, con acierto, que la voluntad judicial es la última voluntad jurídica del Estado y tiene por virtud ejercer una sustitución institucional de las voluntades del legislativo y del ejecutivo cuando controla la actividad de estos, es decir: al decidir la inconstitucionalidad de una ley o la ilegitimidad de un acto administrativo.

El ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, por exigencia constitucional, está sometida al control jurisdiccional. También he de volver sobre el modo en que ha evolucionado esta cuestión en nuestro medio.

4.- El Juez recurre a la Administración para la ejecución de la pena, mientras que la Administración recurre a su autotutela ejecutiva.

Advierto que, desde los más diversos puntos cardinales y con asiento en estas diferencias, se ha discutido la existencia de la unidad del ius puniendi, proclamando la independencia y particularidad que debe reconocerse a la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

A tal efecto, se proclama que la potestad sancionatoria administrativa atiende a la preservación de riesgos sociales, que no están en juego necesariamente resultados dañosos, que el modo de establecer el sistema infraccional y sancionatorio debe responder a principios distintos y que no puede someterse a la Administración al corsé de las garantías penales, porque ello sería poner fuera de custodia los riesgos sociales. A partir de allí, se postula el reemplazo de la exigencia de ley formal previa por una normatividad reglamentaria previa, de la exclusión de las garantías penales, de la posibilidad de la interpretación analógica y la retroactividad sancionatoria.

La cuestión debe ser enfrentada desde este mismo inicio.

Dígase, en primer término, que hace más de setenta años que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado (en Fallos 205:173), superando una bizantina discusión de la doctrina, que no existe diferencia ontológica entre delitos y faltas.

Ese criterio permanece vigente y no ha sido alterado.

La consecuencia de ello es muy importante para la libertad de los ciudadanos. Porque si abogáramos a favor de la distinción tajante de regímenes y garantías -entre el sistema penal y el sistema sancionador administrativo y liberáramos a este último de los recaudos exigidos para el castigo penal- bastaría al legislador con trasladar una conducta de la categoría de delito a la de infracción administrativa -traslado que no podría ser objeto de control judicial, dada esa identidad ontológica- para que el enemigo, destinatario de la persecución, quedara excluido de las garantías que, desde Beccaría, son exigibles para penar.

A ello ha de agregarse que nuestro derecho constitucional, a diferencia de lo que ocurre con el art. 25.3 de la Constitución Española de 1978, no prohíbe la imposición de penas privativas de la libertad en el ámbito de las infracciones administrativas. Algunos doctrinarios han postulado la existencia de una prohibición implícita de este tipo. No obstante, advierto que la realidad normativa argentina desmiente el aserto pues existen muchas infracciones administrativas, federales y locales, penadas con privación de la libertad.

Todavía convendría recordar que algunas de las sanciones son tan aflictivas como las restrictivas de la libertad: prohibición de ejercicio de la profesión, anulación del registro de la personería jurídica, invalidación de la actividad comercial por supresión del C.U.I.T., entre otras.

Para cerrar estos aspectos, téngase presente que tanto en el ámbito de los delitos como en las infracciones existen figuras de mero riesgo -cualquiera que fuere la opinión que se tenga sobre ellas- y que en todos los casos una gran proporción de los delitos tienden a proteger riesgos sociales, de modo que no puede postularse esta defensa para socavar las garantías exigibles.

Es más, la doctrina más caracterizada del derecho penal tiende a abandonar la idea del bien jurídico protegido para enfocarse más en la caracterización del delito como un alzamiento contra la prohibición normativa. Así puede verse en las

posiciones de Stratenwerth³, Frisch, Wohler⁴, Jakobs⁵, Pawlik⁶ y, en nuestro medio, Sancinetti⁷, entre otros.

En un territorio calificado por estos antecedentes, es difícil seguir postulando que el delito exige un resultado que la infracción administrativa no reclama, como también que los “riesgos sociales” no son objeto de la procura del derecho penal.

Es por ello que, desde hace más de quince años, vengo sosteniendo que debemos superar el debate sobre la diferenciación y ocuparnos del régimen jurídico circundante de unas y otras y que, mientras no exista una norma legal que discipline la materia de la potestad sancionatoria administrativa será necesario extender a ella las garantías del derecho penal, porque de otra forma es justamente la indolencia legislativa del Estado la que se aprovecha para vulnerar las libertades de los ciudadanos.

IV. LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO CIRCUNDANTE

¿En qué baso esta exigencia del régimen circundante, por fuera del temor de autorizar al legislador federal o local (pues ambos tienen potestad para ello) a diseñar un verdadero derecho infraccional del enemigo?

Entiendo que, para hallar la justificación normativa, debe acudirse a dos preceptos centrales de la Constitución, porque el ya citado artículo 19, en su segunda parte, establece que no podrá imponerse ninguna obligación que no fuera exigida por una ley formal; mientras que su artículo 18, reclama que no haya sanción sin un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso.

3. STRATENWERTH; “La criminalización de los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, citado por su traducción en el libro, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 367 y ss.

4. HIRSCH A. & WOHLERS W.; “La teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre criterios de una imputación justa”, citado por su traducción en el libro, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 2

5. JAKOBS Günther; “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, pub. en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 41 y

6. PAWLIK, Michael; “El delito ¿lesión de un bien jurídico?”, pub. *Rev. Indret Penal* Revista para el Análisis del Derecho, 2/201, 2016-

7. Sancinetti, Marcelo – Casos prácticos de derecho penal – Tomo I – Ed. Hammurabi.

Hoy ya no podemos postular que estas normas solo tienen contenidos penales. Porque sus contenidos no difieren esencialmente de los previstos en los artículos 8 y 9 del Pacto de San José de Costa Rica y porque su consagración constitucional, que implicó también la recepción con igual jerarquía de la jurisprudencia de la Corte Interamericana encargada de su interpretación (a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en *Giroldi, Simón y su progenie*) obliga a reconocer que el ámbito de aplicación de ambos grupos de normas alcanza a la potestad sancionatoria administrativa⁸.

V. ¿QUÉ SIGNIFICA HABLAR DE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA?

Pero, a esta altura, deberíamos aclarar ¿Qué queremos significar cuando hablamos de la potestad sancionatoria de la Administración Pública?

Esta cuestión me parece fundamental, porque la mayoría de los errores que se cometen en esta materia radican en la visión parcializada de la temática.

La potestad sancionatoria de la Administración supone cuatro territorios:

- a. La creación de un supuesto infraccional y de una sanción.
- b. La colaboración reglamentaria.
- c. El ejercicio de decidir qué ha ocurrido una infracción y establecer la sanción que corresponde aplicar.
- c. El procedimiento para hacer posible ese ejercicio.

El examen de estos cuatro territorios es indispensable, porque aquello que puede predicarse para alguno, podría ser constitucionalmente inválido para otro.

⁸ Son prueba cabal de este criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los fallos *Baena vs Panamá* y *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*.

VI. ¿Y A QUÉ ALUDIMOS CUANDO HABLAMOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AQUÍ?

He llegado hasta aquí, solo para despejar algunas incertidumbres, pero me corresponde considerar en concreto el principio de legalidad en el terreno de la potestad sancionatoria administrativa.

La ley española 40 del año 2015, sobre el régimen de las administraciones públicas, destina su capítulo III a la fijación de principios que regulan el ejercicio de la potestad sancionatoria dándonos una idea precisa del alcance del principio de legalidad en una república constitucional, pues se explaya sobre la necesidad de respetar: (i) el presupuesto de una ley formal previa (ii) la prohibición de la retroactividad perjudicial, (iii) el respeto de la tipicidad estricta y la prohibición de interpretación analógica, (iv) la limitación de la responsabilidad solidaria como excepción y solo con base legal, (v) la proporcionalidad sancionatoria y (vi) la prescriptibilidad de acciones y multas.

Nosotros, desgraciadamente, no tenemos una ley general que nos brinde estos principios. Sin embargo, los ya tantas veces citados artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional inspiraron similares principios en la ley penal.

En tal sentido Enrique Bacigalupo hubo de sostener que existe un acuerdo básico sobre las consecuencias que derivan del principio en materia sancionatoria, que se vinculan con cuatro prohibiciones, a saber: la prohibición de aplicación retroactiva de la ley; de aplicación de otras leyes que no fueran las escritas; de extensión del derecho escrito a situaciones no consideradas expresamente y de adopción de cláusulas legales indeterminadas, criterios que no veo por qué no trasladar al ámbito que hoy ocupa estas reflexiones⁹.

La pretensión que, desde antiguo, viene sosteniendo la jurisprudencia, de excluir su aplicación del ámbito de las sanciones administrativas debe revisarse en forma urgente, pues conducirá a la responsabilidad internacional del Estado.

9. Bacigalupo, Enrique – Principios constitucionales de derecho penal, Ed. Hammurabi, Bs.As. 1999 y Sanciones Administrativas (Derecho español y comunitario), Ed. Colex, Madrid, 1991.

Hoy, como se ha visto, no puede negarse que es obligación derivada de la adscripción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos el traslado de aquellas garantías penales al ámbito de las sanciones administrativas, pues ese traslado se desprende de la correcta interpretación de las normas de términos similares de la Convención Americana y de pacífica jurisprudencia de la Corte (en los casos Baena, López Mendoza y Maldonado Ordoñez, entre otros).

VII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN CADA UNO DE LOS TERRITORIOS

Corresponde detenerse, pues, a establecer cómo se concreta el principio de legalidad en cada uno de los cuatro territorios de la potestad sancionatoria administrativa a los que aludiéramos.

7.1. El Principio de legalidad en el ámbito de la creación infraccional por la ley y los límites de la colaboración reglamentaria.

En el ámbito de la creación infraccional y de sanciones el principio de legalidad se concreta de modo distinto al que se aplica en el ámbito penal, aunque esa diferencia no alcanza a justificar la pretensión de cambiar el criterio de ley previa por el de norma previa, que sostienen quienes abogan por la facultad de la Administración de crear infracciones por vía exclusivamente reglamentaria.

Desde el año 1958, con el célebre dictamen de Sebastián Soler en el caso “Mouviel”¹⁰, en que se declaró la inconstitucionalidad de los edictos de policía, se condenó la idea de la cobertura legal, es decir la posibilidad de que el legislador delegara en la Administración la libre creación de infracciones y sanciones. Ese criterio ha sido mantenido hasta el presente y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha reiterado en el caso Volcof c/BCRA¹¹. Allí se dijo que no debe confundirse el respecto al principio de legalidad con la posibilidad de que en el derecho administrativo la ley formal previa tenga un contenido menos restrictivo que en el derecho penal o que pueda penarse a quien no sea reprochable la conducta.

10. Fallos 237:636

11. Fallos 334:1241

Este precedente nos lleva de la mano a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Lopez Mendoza vs Venezuela*¹², en el que no solo se exigió el requisito de una ley formal previa, sino también que la prohibición sea previsible, como condición de validez para la sancionabilidad, relacionando la cuestión con el recaudo de la reprochabilidad.

De modo que, en el ámbito de la creación infraccional debe exigirse que la ley formal describa -aunque sea de modo genérico- el tipo infraccional y los límites de la sanción, descripción que debe ser previsible para los ciudadanos, de modo que la infracción no puede resultar de una interpretación posterior del aplicador, sino que debe surgir razonablemente de la norma para poder predicar la posibilidad de elegir entre el cumplimiento o el incumplimiento por el destinatario. Ello conduce a la exigencia de la ley formal previa y cierta o previsible.

También se predicen para el territorio de la creación legal de infracciones y sanciones la prohibición de retroactividad, la excepcionalidad de la responsabilidad solidaria y la prescriptibilidad de acciones y sanciones como regla¹³.

8.2. El territorio de la remisión reglamentaria es iluminado por estas exigencias. De modo que la facultad otorgada a la Administración, que debe surgir explícitamente de la ley formal, también viene limitada pues solo puede concretar aquello que la ley ha establecido, pero también se le exige que la reglamentación sea previa al hecho infraccional, que respete la irretroactividad in malam parte y que limite la discrecionalidad interpretativa en la aplicación, por la utilización de un lenguaje que favorezca la previsibilidad.

8.3. El principio de legalidad se concreta de modo especial en el momento del ejercicio concreto de la potestad de sancionar otorgada a la Administración. Aquí se advierte en la exigencia al aplicador del control de la tipicidad de la conducta y la prohibición de interpretación analógica de las normas infraccionales, exigencias que han sido recordadas en el precedente de la Corte Suprema en el fallo

12. Fallo del 1 de septiembre de 2011, en que se invocó la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la materia.

13. Ver García Pullés, Fernando - Principios del Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2020.-

Volcof c/BCRA, ya citado, cuando el más Alto Tribunal condenó la interpretación que permitiera al Banco Central prescindir de la adecuada subsunción de la conducta en la infracción prevista en la norma, exigiendo la configuración de las infracciones solo en las expresamente previstas en la ley de entidades financieras.

En este ámbito la Corte Suprema ha admitido, finalmente, la pertinencia de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, a partir del fallo *Cristalux*¹⁴, que transformó en doctrina mayoritaria una anterior disidencia claramente fundada del Dr. Enrique Petracchi en el fallo *Ayerza*.

Sin embargo, es necesario advertir que reinan igualmente en el ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración la exigencia de proporcionalidad en la elección de la sanción concreta, que lleva a la nulidad del exceso de punición ya descrito por Rodolfo Comadira como ejemplo de nulidad del acto administrativo; y más recientemente la observancia del principio de progresividad sancionatoria, cuya violación ha sido invocada para condenar a la Argentina en un reciente laudo del CIADI, respecto del ejercicio de la potestad sancionatoria del gobierno de la Provincia de Salta.

8.4. El principio de legalidad en el procedimiento sancionador reclama el control de constitucionalidad y convencionalidad sobre los reglamentos procedimentales: Ello supone un estricto control sobre el derecho de acceso y la publicidad de las actuaciones, la debida oportunidad de defensa, la resolución fundada, el plazo razonable para la decisión (consagrado en nuestro medio a través del caso “Losicer”¹⁵), el control judicial amplio -de legalidad y proporcionalidad ínsito en la anterior-.

Pero tal principio, del mando de la exigencia de la imparcialidad, impone también repensar la idea de un procedimiento administrativo sancionatorio gobernado por el principio acusatorio, en el que el Ministerio Público sostenga el interés de la sancionabilidad, para evitar que una colusión entre un funcionario indolente y un infractor silencioso pudiera conducir a una sanción leve para una infracción grave, sin control judicial alguno posterior.

14. Fallos 329:1053.

15. Fallos 335:1126.

Desde otro lado, es hora de reexaminar el tema del solve et repete en el ámbito de las sanciones administrativas. El principio solo tiene sostén moral en el ámbito tributario y aún allí solo en lo que respecta a los tributos y no a las sanciones anexas. Sin embargo, viene siendo aceptado por la Corte Suprema y la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de un modo ya inadmisibile, porque cercena gravemente la tutela judicial y su efectividad o eficacia, debiendo destacarse la declaración de inconstitucionalidad que, a su respecto, hiciera la Cámara Federal Civil y Comercial para declarar su inconstitucionalidad¹⁶⁾

El respeto del principio de legalidad en cada uno de los territorios apuntados es esencial, no solo para custodiar la libertad, sino principalmente porque es preciso recordar que todos tenemos un eventual infractor encima, aunque ni siquiera conozcamos bien qué infracción hemos cometido.

1. Características de la potestad administrativa sancionatoria.

El juez penal enfrenta el delito desde la estrictez de una ley formal que le define la conducta punible, un tipo penal que no puede ampliar por analogía. Es cierto que puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, pero nunca para generar una norma sancionatoria nueva que le permita condenar en una sentencia, ni aplicar para sancionar en casos futuros.

Tampoco le es posible sustituir al fiscal o al querellante y actuar sin requerimiento de éstos; imponer responsabilidades objetivas o solidarias como principio; ni pretender -él mismo o los Tribunales Superiores- que la revisión de un fallo sólo sea posible previo cumplimiento de la sanción.

La potestad sancionatoria que la ley entregó a la Administración para reprimir infracciones a bienes jurídicos teóricamente menos graves que aquellos que merecen su inclusión en el Código Penal, comprende un vasto territorio con cuatro expresiones centrales, a saber:

a) Un aspecto de creación normativa. El tipo infraccional y la sanción reclama

16. C.N.Civ.y Com. Fed., Sala II, 20/7/2020, in re "TC S.A. s/apelación resolución administrativa".

una ley formal previa, pero la concreción del tipo y de la reacción pueden ser remitidos a la labor reglamentaria de la Administración (no ya a la cobertura legal sancionada en el fallo Mouviel). Así, la Administración, mediante actos de alcance general –obviamente previos, escritos, públicos y de contenido previsible para los ciudadanos– puede individualizar y actualizar las conductas sancionables.

b) Un segundo momento en el que la Administración desarrolla una actividad investigativa, constata la existencia de la infracción y desarrolla una actividad probatoria –generalmente por sí y ante sí, en ausencia jurídica del infractor–. Es cierto que, una vez colectada la prueba, puede el infractor presentar su descargo, pero para entonces el recupero de pruebas es difícil, dado el tiempo transcurrido. No hay aquí sistema acusatorio ninguno, ni fiscal ni querellante. Esta ausencia, según he anticipado ya, puede significar problemas para los ciudadanos y aún para el interés público, por el exceso o el defecto en la punición sin un control eficaz.

c) En un tercer estadio, la Administración ejerce la potestad en su faz más esencial y aplica a los destinatarios de la norma la sanción, escogiendo entre alternativas igualmente legítimas que la ley le ofrece.

d) Pero todavía queda un cuarto momento en que la Administración, en uso de una de las prerrogativas típicas del régimen jurídico exorbitante, ejecuta por sí y ante sí la sanción, mientras los recursos no suspenden esa ejecución y, con una inconstitucional extensión de principios tributarios, exige supeditar el control judicial al previo cumplimiento de la sanción

Por ello, examinar la potestad sancionatoria administrativa es analizar una facultad reglamentaria (que creo no debe entenderse como resultado de una delegación legislativa), una actividad investigativa procedimental, una decisión cuasi-jurisdiccional de contenido sancionatorio explícito y una facultad ejecutiva. Posiblemente radique allí la dificultad de

encuadrar esta potestad en los moldes ordinarios y la causa de los errores en que se incurre en diversas opiniones pronunciamientos a su respecto.

2. Ámbito de aplicación de esta potestad administrativa.

No he de agotarlos con la bizantina discusión sobre la existencia de una diferencia ontológica entre los delitos y las faltas. Ríos de tinta se han escrito, desde hace más de ciento cincuenta años sobre la materia y nuestra Corte Suprema, setenta años atrás, ya estableció el criterio según el cual

“La distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos”¹⁷.

En ese contexto de indiferenciación, tres movimientos claramente reconocibles han contribuido a hacer aún más borrosos los límites:

(i) Por una parte la irrupción de la doctrina minimalista en el ámbito penal, que ha predicado la idea de limitar todo cuanto sea posible las penas y los delitos y trasladar esas conductas al ámbito del derecho administrativo sancionador;

(ii) Como segundo factor, la inclusión de las personas jurídicas en el campo del derecho penal, que hoy exhibe penas para estos entes, que se aplican con criterios de solidaridad para con sus directores, administradores o apoderados, trastocando las ideas de culpabilidad subjetiva y reprochabilidad típicas del derecho penal;

(iii) En tercer lugar el deseo de las Administraciones, que ven en el derecho penal un obstáculo para la aplicación de sanciones a quienes vulneran sus técnicas disciplinarias (en términos de la biopolítica de Foucault). Ellas han proclamado la independencia de sus derechos de castigar para excluirlo de las garantías y exigencias de aquella rama del derecho, en especial en algunos campos sensibles –como el ambiental, el lavado de dinero, las faltas tributarias o aduaneras, la regulación de la competencia en los mercados y la defensa del consumidor y hasta en la disciplina del empleo público– para así proclamar principios tales como el de la analogía interpretativa ex post facto, la generalización de la responsabilidad objetiva y la solidaridad; la inversión del onus probandi; la exclusión del principio

17. Fallos 205:173.

de la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna, del in dubio pro reo, y la extensión del solve et repete a materias absolutamente extrañas a la tributaria, en los casos de cuestionamiento de las sanciones.

Todo ello ha llevado a una continua traslación de conductas del campo penal al de la potestad sancionatoria administrativa, extendiendo enormemente el territorio de esta última y provocando importantísimas discusiones, dada la gravedad de las sanciones previstas. Aclaro que no existe aquí prohibición constitucional de establecer sanciones restrictivas de la libertad, pero, aunque éstas son rarísimas, hay sanciones muy graves, como las que inhabilitan para la profesión, el comercio o la industria.

3. Fundamento jurídico y modalidades de ejercicio.

La situación es grave para los ciudadanos, porque si admitimos que no existe diferencia ontológica entre delitos y faltas, de modo que el legislador puede lícitamente declarar que una conducta es delito o infracción administrativa, sin que tal decisión sea susceptible de control judicial; y por otro lado escuchamos que no existe una modulación jurídica clara de las condición del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa como regla, podría usarse la traslación como arma de ataque para hacer real el “derecho infraccional del enemigo”, privando a los destinatarios de esas “infracciones” de los más elementales derechos que la Constitución y las leyes otorgan a los criminales más graves.

Y el derrotero de quienes postulan la exclusión de las garantías penales tiene su cenit en la proclama de dos manifestaciones del “ius puniendi estatal”, uno de titularidad judicial y otro de titularidad administrativa, aunque no se aclara por qué no habrían de regirse por principios comunes, ganados en años de batallas por encauzar ese poder en el derecho, pretendiéndose una regulación “liberadora” de esas victorias.

Esta proclama, a mi juicio, no tiene fundamento ontológico, sino teleológico, pues no atiende a la naturaleza de las cosas sino a la finalidad que se pretende obtener de la distinción, escapar de las garantías penales.

Para afirmar esta tesis destaco que, una vez dada la Constitución, ninguna potestad pública es inherente a un órgano y solo puede surgir de la Constitución o las leyes. Hace cuarenta y ocho horas, la Presidenta de la Corte Suprema del Reino Unido, Lady Brenda Hale, en el fallo que declaró la ilegalidad de la decisión del Primer Ministro de prorrogar el receso del Parlamento, recordó que desde 1611 es principio del derecho que aún el rey está plenamente sometido a la ley de la tierra o law of the land.

Por ello, la denuncia no sólo apunta a que no existe ese diverso fundamento ontológico, sino a destacar que tampoco hay base normativa, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, para aceptar tal distinción.

No existe precepto alguno de la Constitución Nacional que autorice al Poder Ejecutivo a aplicar sanciones frente a infracciones administrativas, en cambio sí existe la prohibición para que ejerza funciones judiciales o se arrogue el conocimiento de causas pendientes, disposición que –como bien ha explicado Juan Carlos Cassagne– recibimos de la Constitución de Cádiz y no de la de Estados Unidos, generando una diversa aproximación a la posibilidad de establecer aquí una jurisdicción primaria como la americana.

De modo que no podríamos pretender que la potestad sancionatoria llega a la Administración desde la Constitución. Y aún si pensáramos que está ínsita en el contenido de lo que llamamos “administración general del país” –lo que es dudoso–, no sería menos veraz que, en tal caso correspondería al Congreso de la Nación, en los términos del artículo 75, inciso 32, “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente al Gobierno de la Nación Argentina”.

Por estas razones, desde hace ya bastante tiempo, vengo alertando que ante la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones y el peligro de una traslación perniciosa, es preciso volver la mirada sobre “el orden jurídico circundante” a delitos y faltas, indicando que mientras no exista una ley especial para el tratamiento de todas las faltas de este tipo y el ejercicio consecuente de la potestad sancionatoria, es preciso extender plenamente las garantías del derecho penal al campo del derecho administrativo sancionador y limitar gravemente “los matices

en esa traslación” a los que alude la jurisprudencia española desde hace cuarenta años y sobre cuyo alcance han discrepado mi maestro Alejandro Nieto García y Tomás Ramón Fernández.

No dejo de atender que algunos fallos, tal vez por inadvertencia, continúan excluyendo las garantías del derecho penal del ámbito sancionador administrativo. Sin embargo, me parece casi paradójico que cause una especie de horror a la jurisprudencia la idea de existir acciones o sanciones correspondientes a infracciones administrativas imprescriptibles y que rápidamente se acuda al Código Penal para llenar los vacíos en materia de prescripción, pero no acudan a esa misma ley para considerar las garantías.

Prefiero la absoluta claridad del criterio subyacente en la opinión del Señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Enrique Petracchi, en el fallo Ayerza¹⁸, en abril de 1998, cuando sostuvo: “Que, por tanto, no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de ‘...que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación...’”.

Y acudo especialmente al criterio del Dr. Petracchi en Ayerza, porque ocho años después, en abril de 2006, la Corte se remitió a esa disidencia, que transformó en holding del Tribunal para declarar nula la aplicación de una sanción a Cristalux Sociedad Anónima¹⁹ respecto de una infracción administrativa al régimen de cambios y la condena a una persona jurídica.

Y la cuestión es trascendente porque la invocación del principio estuvo fundado en el caso Ayerza, en la existencia de un derecho de jerarquía constitucional a la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna, que se invocaba corroborado por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

18. Fallos 321:824

19. Fallos 329:1053

De allí que la convocatoria de la disidencia del Dr. Petracchi para fijar el nuevo criterio de la Corte no sólo supone un caso de extensión de las garantías del derecho penal al campo de la potestad sancionatoria administrativa, sino que contesta también el cuestionamiento que se hace a la extensión a las personas jurídicas de los derechos y garantías reconocidas a las personas humanas por los Tratados de Derechos Humanos, en el campo de las sanciones administrativas y en nuestro país.

Me apresuro a advertir que no desconozco que el territorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esas garantías sólo puedan ser invocadas por las personas antes llamadas físicas (con pequeñas excepciones). Sin embargo, entiendo que el postulado de la extensión de garantías del derecho penal al ámbito sancionador –recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Maldonado Ordoñez vs. Nicaragua, del 3 de mayo de 2016– contrariado por alguna jurisprudencia reiterada al azar y sin reparar en estos avances de los principios generales del derecho que reconoce la comunidad internacional, debe extenderse a las personas jurídicas en el territorio nacional.

Ello es así, no sólo porque los Tratados expresamente indican que los derechos que reconocen no implican la negación de otros, sino también porque en nuestro territorio así lo exige el principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Y esta extensión es imprescindible cuando ambas clases de sujetos se identifican en una sola causa penal o administrativa a raíz de la existencia de responsabilidades solidarias u objetivas, a despecho de alguna vieja jurisprudencia reiterada al azar y desaprensivamente en sentido contrario.

Pero, además, debo advertir que la supuesta inaplicación de garantías, con invocación de la necesidad de acudir al derrotero de examinar su inscripción en el derecho constitucional para más tarde volcarlas al campo administrativo, resulta un verdadero eufemismo, porque el conjunto garantístico surge también de la Ley Suprema, bien interpretada.

Para entender de qué hablamos, recuerdo que en el año 1764 y con base en las ideas de Montesquieu, César Beccaría, en su célebre tratado sobre los delitos y

las penas nos traía una decena de principios que constituirían cláusulas pétreas para el derecho de castigar a los ciudadanos. Al describir estas pautas, Beccaría no pensaba en supuestas naturalezas diversas del *ius puniendi* estatal, sino en encauzar jurídicamente todo el poder de castigar a los ciudadanos que reivindica el poder del Estado.

Recordaré algunos de ellos:

- a) “Solo las leyes pueden establecer delitos o fijar sus penas.
- b) La ley que crea la infracción y la pena debe ser previa, y previsible para ser digna de reproche.
- c) Ningún Magistrado puede decretar a su voluntad penas contra un individuo ni bajo pretexto de celo o de bien público.
- d) Las sanciones deben ser proporcionales a la ofensa y progresivas.
- e) Es necesario que acusador y acusado no decidan el conflicto, sino que lo haga un tercero imparcial.
- f) La sanción debe darse del modo más próximo posible al hecho.
- g) No es la crueldad de las penas la que actúa como prevención de los delitos, sino la vigilancia y la severidad de los Magistrados.

Y para no escapar al tema, consideremos cuál es la matización que reclama el derecho administrativo sancionador: La remisión reglamentaria como regla luego de la tipificación genérica de la conducta y de la sanción en la ley formal; la mayor relajación de la legalidad en los casos de relaciones de sujeción especial; la admisión de la responsabilidad objetiva y solidaria y la inversión de la carga de la prueba cuando son establecidas por la ley. Pero la matización no implica borrar las garantías del derecho penal, ni mucho menos someter la responsabilidad a la presunción de legalidad de un acta infraccional.

Debo advertir que todos y cada uno de estos temas han merecido fallos ejemplares. Y citaré, entre ellos: “Volcoff”, “Spinoza Melo”, “Comisión Nacional de Valores c/Telefónica”, “Losicer”, “Bonder”, “Cristalux”, entre muchos otros.

4. La titularidad de la potestad

De lo dicho hasta aquí, deberíamos concluir que la potestad sancionatoria de la Administración deriva de la ley y que las garantías del derecho penal le serán aplicables hasta tanto una ley formal no prescriba lo contrario, porque la potestad sancionatoria única ha sido concebida por el legislador en el marco del único ius puniendi estatal y no en un ámbito distinto y especial.

Ahora bien, si el origen de la potestad es legal, parece claro que su titularidad corresponderá al gobierno federal o provincial según que la materia haya sido objeto de delegación en el marco de la Constitución Argentina o hubiera quedado en el ámbito de las facultades originarias de las provincias.

No soslayo que el Código Penal Argentino se limitó a los delitos y no trató las infracciones. Creo que ello ha sido un acierto que ratifica todo lo expuesto más arriba y que autoriza a predicar que el gobierno federal puede regular infracciones en materias delegadas y que corresponde a las provincias legislar sobre infracciones en materias que no lo han sido.

No obstante, es evidente que el ejercicio de estas competencias por parte de las legislaturas provinciales no podrá hacerse en desmedro de las garantías del derecho penal que se han explicitado más arriba, porque esas garantías se inscriben en un orden jurídico superior que no puede ser postergado.

5. El ejercicio del control judicial sobre la potestad sancionatoria

Los lineamientos expuestos más arriba dan clara cuenta de que el ejercicio del control judicial sobre la potestad sancionatoria no es un supuesto de control de discrecionalidad, sino un típico y básico control de legalidad, que solo aparecerá acompañado del juicio sobre la razonabilidad en el caso del llamado “exceso de punición”.

Es importante advertir la naturaleza de este control porque los jueces suelen considerar que el ejercicio de la potestad sancionatoria es una facultad que la ley ha otorgado a la Administración para ejercer de modo discrecional y ello no puede aceptarse, desde tres perspectivas diversas, a saber: (i) porque la creación del tipo infraccional **básico** -aun aceptando su concreción en la llamada 'remisión reglamentaria'- debe tener sustento en ley formal y toda creación administrativa sin ese sustento debe ser descalificada²⁰; (ii) porque los límites de la sanción también deben ser establecidos por ley formal, norma que podría aún determinar las razones que deberían motivar su determinación concreta por el aplicador²¹; (iii) porque la invocación de la constitucionalidad de la regla 'solve et repete' en el marco del derecho administrativo sancionador, haciendo una exportación arbitraria de su inclusión en el ámbito tributario -ya que en ese territorio ni siquiera se predica respecto de las multas, sino solo sobre los tributos- constituye una autolimitación del deber jurisdiccional de ejercer el control de convencionalidad y constitucionalidad que no puede ser mantenido, como lo resolvió recientemente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal²²

VIII. CONCLUSIONES

He intentado sembrar una idea para reflexionar, cual es que las garantías del derecho penal deben ser aplicables en el ámbito del derecho administrativo sancionador y aún a las personas jurídicas, especialmente en el ámbito del control judicial de las decisiones de la Administración en esta materia y que tal extremo debe ser objeto de especial consideración por los magistrados a la hora de ejercer su potestad de hacer control judicial de los actos administrativos sancionatorios.

Advierto, ante la predicación de Alejandro Nieto sobre la necesidad de reclamar que la fuente de los principios del derecho administrativo se nutra del derecho constitucional y no del derecho penal, que será difícil sostener que estas garantías y las demás que hoy convocamos como propias del derecho penal no forman parte de la esencia del derecho constitucional, en especial desde que debemos

20. Ver en tal sentido lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Volcoff, Miguel c/ Banco Central de la República Argentina", registrado en Fallos 334:1241.

21. Ver C.N.Cont.Adm.Fed., Sala II, causa "Telefónica de Argentina SA c/ CNC y otros s/ proceso de conocimiento". Fallo del 1/09/11 en www.pjn.gov.ar

22. Ver C.N. Civ. y Com. Fed., Sala II, fallo del 20/7/2020 in re "TC S.A. s/apelación resolución administrativa"

leerlo con los anteojos de la interpretación dada por los Tratados de Derechos Humanos, porque sólo esa nueva perspectiva hace desaparecer las cortinas de los ojos y muestra la mezquindad de nuestros criterios últimos.

Cuenta Borges que un Deán de Sevilla tenía la hereje intención de aprender magia y que para ello viajó hasta la casa de don Illán de Toledo, a quien encontró en una habitación apartada, solicitándole que lo iniciara en las artes mágicas. Don Illán invitó a su visitante a almorzar y, luego de ello le hizo saber que las artes mágicas sólo podían transmitirse en ámbitos silenciosos y recónditos. Así, lo invitó a seguirlo a una habitación en los sótanos de la casa. Cuando iban de camino, la empleada dijo a Don Illán si ponía a cocinar las perdices que había indicado para la cena y éste le respondió que esperara a su orden. Cuando estaban iniciando las clases vinieron a avisarle al Dean que lo nombrarían Obispo. Entonces Don Illán le solicitó el cargo de Dean para un primo suyo, a lo que el aprendiz de mago se negó, diciendo que lo había prometido a un cuñado. La misma excusa frente al pedido de Don Illán, aunque con otro pariente, ocurrió cuando al Dean lo nombraron cardenal Y cuando el Dean fue nombrado Papa y don Illán le solicitó nuevamente el cargo de cardenal para su primo, el nuevo Papa le dijo que saliera de su vista porque el recordaba bien que usaba artes mágicas y que debería mandarlo a la pira por esa herejía. En el mismo momento en que el Papa le hacía esa admonición, se cayeron las cortinas de los ojos del Dean y se vio nuevamente en el sótano de Don Illán en su clase inicial. Don Illán lo despidió con respeto y le dijo a la empleada que dos perdices serían suficientes porque habría de comer solo.

Muchas gracias