

# LA POTESTAD SANCIONATORIA INTERNA O DISCIPLINARIA. CON ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD LEGAL

  
Por Magíster María José Rodríguez

## SUMARIO

1. La potestad sancionatoria disciplinaria (interna): el empleo público .....	03
1.1. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador...? .....	05
1.2. El régimen de investigaciones administrativas como reglamentación de la potestad disciplinaria y del derecho de defensa .....	07
2. Los procedimientos disciplinarios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona humana .....	07
2.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75 inc. 22, CN .....	08
2.2. La dignidad de la persona humana: la necesidad de recurrir a la filosofía para su conceptualización .....	10
2.3. El principio de juridicidad, corolario de la dignidad de la persona humana y como expresión de la nomocracia griega .....	12
3. Estado de derecho y principio de legalidad. Singular trascendencia respecto de los procedimientos administrativos disciplinarios .....	13
3.1. El Estado de Derecho burgués o liberal según Schmitt .....	14
3.2. El Estado de Derecho como Estado de Justicia (Del Vecchio) .....	15
3.3. El principio de legalidad propio del Estado de Derecho. Aproximación desde la teoría egológica de Carlos Cossio .....	17
3.4. El Estado de Derecho como punto de confluencia de diversas explicaciones doctrinarias y el principio de legalidad como expresión jurídica de todas ellas .....	21
3.5. El principio de legalidad en la Constitución Nacional: la Argentina como Estado de Derecho .....	21
3.6. El principio de legalidad como regla de oro del ius puniendi y el alcance y extensión de la colaboración reglamentaria .....	23
3.6.1. La unidad del poder punitivo del Estado y la dualidad de sanciones (penales y administrativas). Origen histórico .....	24

3.6.2. La aplicación de los principios del derecho penal a las sanciones disciplinarias en la jurisprudencia española y del TEDH .....	26
3.6.2.1. Especial referencia a la tesis de la “coloración penal de la sanción” en la jurisprudencia del TEDH .....	28
3.6.3. La indiferenciación ontológica de las sanciones administrativas y penales según la doctrina y jurisprudencia vernáculas. La consiguiente aplicación estricta del principio de legalidad formal y del subprincipio de taxatividad o tipicidad legal .....	30
3.6.4. El principio de legalidad, el subprincipio de tipicidad y la medida de la colaboración reglamentaria en el campo del derecho sancionatorio: la doctrina del complemento indispensable .....	33
3.7. La materia disciplinaria: ¿reserva de ley agravada? .....	40
3.7.1. La inadmisibilidad de incluir en el régimen de las sanciones contractuales a las sanciones del contrato administrativo de empleo público .....	40
4. El alcance concreto del principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionatorio. Exégesis a partir de la teoría egológica de Cossio .....	42
5. Prognosis conclusiva: los deberes y prohibiciones del empleado público resultan alcanzados por el principio de reserva de ley en tanto integran el consecuente de la endonorma cuyo incumplimiento detona la sanción contenida en la perinorma .....	45

## 1. LA POTESTAD SANCIONATORIA DISCIPLINARIA (INTERNA): EL EMPLEO PÚBLICO

La función administrativa se endereza teleológicamente a concretar de un modo directo e inmediato el bien común o interés general<sup>1</sup> que se suele denominar “*interés público primario*”<sup>2</sup>.

Para concretar este fin requiere, entre otras prerrogativas, de la potestad sancionatoria.

La potestad sancionatoria puede ejercerse sobre los particulares administrados cuando estos incurren en ilícitos administrativos (infracciones, faltas). O bien, puede desplegarse en el seno interno de la organización administrativa cuando los funcionarios y empleados que se desempeñan en la Administración Pública

1. Las expresiones “interés general”, “interés público”, “bienestar general” suelen ser usadas de modo intercambiable con la noción de “bien común” perfilada por la filosofía clásica. De nuestra parte, preferimos esta última como concepto que trasunta una profunda axiología y teleología, frente a las tres primeras. En efecto, la noción de interés público parece reflejar un concepto más cuantitativo que cualitativo. Interés público significa desde la trazabilidad etimológica, *inter-esse* —estar entre—, “lo que importa a todos” (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público. Como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, 1989, Bs. As., p. 237), que se atribuye a una mayoría numérica. Por su parte, el sintagma “bienestar general” puede ser interpretado de un modo reduccionista que no refleje los órdenes de relación de la persona humana ni la jerarquía de sus fines existenciales, cuyo cumplimiento requiere de condiciones constitutivas del bien común que justifica la existencia del Estado y que configuran su causa final.

Frente a estas nociones, el bien común se presenta como el conjunto de condiciones de toda índole (espirituales, religiosas, culturales, intelectuales, jurídicas, económicas, de seguridad, materiales etc.) que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios la realización de sus fines existenciales propios en libertad y bajo su propia responsabilidad.

Esta perspectiva incorpora al Estado y a su causa final dentro de la escala de valores y destierra la idea derivada del utilitarismo político de que el Estado es tan solo una institución de organización técnica al servicio de diversos intereses. El Estado —como señala Messner— es un medio al servicio de la plenitud de la existencia humana y de consiguiente debe respetar el orden de los fines existenciales del hombre. No es como pretende el liberalismo, un simple servidor del individuo con sus intereses económicos, ni un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material, como sostiene el colectivismo. Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana (Messner, Johannes, *Ética Social Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1967, ps. 857 y ss.).

En contraste con esta conceptualización clásica de bien común —ciertamente de cuño aristotélico— tomista— se ha definido el interés público “con pureza de método”, prescindiendo de todo contenido, como “el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él, su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses e individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye sin aniquilarlos” (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público...*, op. cit., ps. 249 a 250). Procede resaltar sin embargo que la colacionada noción “pura” debe ser rectamente inteligida en el pensamiento de este autor quien reconoce que el derecho, “siendo como es un objeto cultural, o de la cultura, con todo lo que ello significa, es pasible tanto de un conocimiento filosófico, como de un conocimiento científico, en el que se ubicaría la pretensa definición “pura” y “objetiva” (v. Escola, Héctor J., op. cit., ps. 3 a 5).

2. Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2022, ps. 43 y ss.

no lo hacen según las normas aplicables que perfilan deberes y prohibiciones. En este caso se denomina potestad sancionatoria disciplinaria interna<sup>3</sup>.

La potestad sancionatoria disciplinaria que se despliega *ad intra* de la organización administrativa, tutela lo que se suele llamar en doctrina, el “interés público secundario”<sup>4</sup>.

Este interés público secundario consiste en el buen funcionamiento de la Administración; se trata, en definitiva, de asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la Administración Pública en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa<sup>5</sup>.

Es de remarcar la trascendencia de la potestad sancionatoria disciplinaria (interna) dirigida a los funcionarios y empleados públicos que integran la organización administrativa<sup>6</sup>, en tanto lastima la lógica que el Estado persiga el bien común con organizaciones que no funcionan o que escandalizan a través del incumplimiento de las reglas por sus propios integrantes.

---

3. *Ibidem*, p. 27. Explican García de Enterría y Fernández que en materia de organización administrativa, la Administración exhibe una potestad disciplinaria que ejerce sobre los agentes que están integrados en su organización; la administración para mantener la disciplina interna de su organización dispone de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual impone sanciones a sus agentes, normalmente vinculadas al régimen funcional de los sancionados. Esta potestad admite dos extensiones: a) los servicios públicos (escolares, presos, internados en instituciones sanitarias), y b) miembros de las profesiones tituladas, integrados en colegios profesionales (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 168).

4. Comadira, Fernando G., *op. cit.* p. 43..

5. Leemos en los considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas: “Que el conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configura el régimen disciplinario tiene por objeto investigar y, en su caso, aplicar las sanciones que establece la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley N.º 25.164 y su reglamentación, aprobada por el Decreto N.º 1421/02, una vez verificadas aquellas conductas de las o los agentes estatales que lesionen el buen funcionamiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL y que se originen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones inherentes a su relación de empleo público.

Que el régimen disciplinario constituye un sistema tendiente a coordinar la acción de los órganos administrativos tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedimental general y uniforme en materia de investigaciones.”

6. Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, ps. 64 y ss. Sobre la trascendencia o proyección de este interés público secundario sobre el primario, v. también Ivanega, Miriam M., “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial”, ap. I, JURISPRUDENCIA ARGENTINA - Suplemento Derecho Administrativo - 2006 II. Id SAIJ: DACF070006.

### 1.1. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador...?

Cada uno de los denominados poderes del Estado (en puridad, se trata de las funciones del poder) desarrolla actividad administrativa para viabilizar el cumplimiento de sus incumbencias constitucionales propias (legislativa, ejecutiva y judicial en la clásica tipología tripartita), es decir, de un modo propedéutico a concretarlas.

De consiguiente, es razonable colegir que cada uno de los mencionados poderes, en el marco de la actividad administrativa que despliegan para concretar sus competencias constitucionales específicas o típicas, deben contar con potestades disciplinarias para restaurar el interés público eventualmente vulnerado en ese marco.

Desde esa atalaya, el ejercicio de esta potestad resulta del resorte de una competencia autónoma, propia de la función administrativa que despliega cada uno de los tres órganos que titularizan las funciones del poder de modo propedéutico a la concreción de su función constitucional específica.

Pero en la medida en que el ejercicio de esta potestad disciplinaria alberga la posibilidad de incidir sobre derechos de las personas, restringiéndolos, devienen en nuestro país, aplicables los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 75, 76 y 99, inc. 3, de la CN, bloque normativo máximo que impera que los derechos de las personas deben ser regulados por ley formal del congreso<sup>7</sup>.

De consiguiente, podemos concluir que no resulta contradictorio sostener que la potestad disciplinaria es inherente a la función administrativa<sup>8</sup>, pero que, al propio tiempo, en tanto esta recaerá ineludiblemente sobre derechos de las personas, toda regulación restrictiva de derechos reclamará el concurso de la interven-

---

7. La intervención del legislador resultará también imperativa si se adscribe a la idea de la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones o faltas, por aplicación del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prescripto por nuestra Constitución (v. García Pullés, Fernando R., "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal, *Prudentia Iuris*, Número aniversario, 2020, ps. 263 a 279).

8. Comadira, Fernando G., *Derecho administrativo disciplinario*, cit., p. 65.

ción del Poder Legislativo<sup>9</sup>. Este podrá regular y establecer cauces y márgenes de actuación para el despliegue de la apuntada potestad sancionatoria pero nunca podrá aniquilarla o anularla porque resultaría afectado el principio de división de funciones del poder.

El sistema constitucional argentino perfilado por las normas traídas que reclama la existencia de ley formal del Congreso para la regulación de las restricciones a los derechos resulta más estricto y garantístico que algunas soluciones jurisprudenciales aportadas por la COIDH que admiten que las faltas disciplinarias puedan estar establecidas en normas que no tengan rango legal<sup>10</sup>.

La aludida estrictez del sistema constitucional argentino al proteger las libertades que, como se dijo, resulta aun más garantística que la interpretación dada al art. 9 de la CADH por el tribunal interamericano, podría tornar superflua la consideración relativa a si los ilícitos y sanciones disciplinarias exhiben identidad ontológica con los ilícitos y sanciones penales<sup>11</sup>. Ello en tanto la aplicación de las garantías constitucionales a la materia administrativa disciplinaria tanto como a la materia penal, así como a toda limitación de derechos, conduciría a un resultado similar. De esta cuestión nos ocupamos, en detalle, en los apartados 3.5. y 3.6. de este trabajo.

---

9. Esta incidencia sobre los derechos de las personas se observa singularmente en los regímenes disciplinarios de las personas privadas de la libertad que se encuentran cumpliendo una pena. Ello, en tanto las sanciones que se aplican en este ámbito tienen reflejo en el denominado “régimen de progresividad del interno”. En tal sentido, pueden provocar graves perjuicios a este generando incluso, en ciertos casos, alteraciones considerables en la ejecución de la pena del interno. En efecto; existen sanciones disciplinarias que significan una nueva privación de libertad en el contexto de encierro como acontece con la sanción de aislamiento. En otros casos, las sanciones impuestas por infracciones de menor gravedad, impactan sobre el avance en los distintos periodos que implica el aludido régimen de progresividad o impiden el acceso a talleres de estudio o de trabajo, fundamentales para avanzar en el régimen de progresividad de la pena con la consiguiente obtención de beneficios liberatorios (v. Santamaria Pedro, “La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales”, Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo, en la Universidad Nacional de la Matanza, febrero de 2024, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15178>).

10. V. Corte IDH, 7-9-2022, caso “Mina Cuero vs. Ecuador”, párrafo 105 y caso “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”, 3 de mayo de 2016, párrs. 89 y 95.

11. Para Juan C. Cassagne, “...todos los intentos de distinguir las penas propiamente dichas (regidas por el Derecho penal) y las sanciones penales administrativas y dotar a estas de una sustancia propia han fracasado” (v. Cassagne, Juan Carlos, *El principalismo y las fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2023, p. 207 y ss.).

## 1.2. El régimen de investigaciones administrativas como reglamentación de la potestad disciplinaria y del derecho de defensa

Un régimen de investigaciones administrativas implica la reglamentación tanto de la potestad disciplinaria de la Administración como del derecho de defensa de los agentes investigados.

En definitiva, un régimen de investigaciones constituye una suerte de bisagra entre la potestad sancionatoria disciplinaria (inherente a la Administración) y los derechos y garantías de los servidores públicos, cuya regulación resulta del resorte de la ley formal.

La debida preservación y el restablecimiento del interés público tanto primario como secundario, eventualmente afectados, dependerá del adecuado equilibrio<sup>12</sup> que resulte de estos dos elementos.

## 2. LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS COMO ÁMBITOS SENSIBLES A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA<sup>13</sup>

Resulta intuitivo y evidente por sí mismo que los procedimientos disciplinarios constituyen ámbitos especialmente sensibles —similares a los procedimientos penales y penitenciarios— para la dignidad humana.

En efecto, la manifiesta potencialidad ablatoria de derechos propia a la naturaleza de los apuntados procedimientos exige una especial vigilancia y atención con el objeto de prevenir posibles lesiones o afectaciones de la dignidad<sup>14</sup> que, como

---

12. El equilibrio puede ser examinado por analogía con la virtud humana, como un “justo medio entre dos extremos viciosos” (Julio Conte-Grand, “Morfología del Ministerio Público. Entre la acción y el juicio: el equilibrio como clave de bóveda institucional. Con especial referencia al MPBA” en: Conte-Grand, Julio M. (Dir.), Rodríguez, María José (Coord.), *El Ministerio Público en clave de gobierno abierto*, CIJur, 2023, ps. 42 a 43, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/files/content/Libro-GOBIERNO-ABIERTO%20v2.pdf>.

13. Así lo ha entendido la COIDH, que en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. COIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1-9- 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad -v. párr. 102-; v. en igual sentido, Res. PG N° 1267/22 del 26 de octubre de 2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios).

14. Tomamos la idea de la sensibilidad de estos ámbitos perquisitivos con respecto de la dignidad humana, de

explicaremos *infra*, constituye un **valor** constitucional, un **principio** fundamental del derecho con fuerza imperativa y un **derecho** humano en sí, deviniendo una noción polisémica.

Ello requiere que el ordenamiento jurídico contemple garantías efectivas que aseguren la debida preservación tanto en el plano de la configuración normativa de las faltas y sanciones (principio de legalidad estricta –tipicidad o taxatividad y exigencia de ley formal– como en el plano del procedimiento administrativo y del proceso judicial (consagración del derecho de defensa, entre otras)<sup>15</sup>.

### 2.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75 inc. 22, CN

La dignidad de la persona humana es reconocida por la CADH en su art. 11 –y, por ende, por el art. 75, inc. 22, de la CN– que lleva como título “Protección de la Honra y de la Dignidad”. A tenor de la disposición, “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Refiere Busso, “*que la palabra ‘dignidad’ fue incluida en el texto del artículo 11 en la décima sesión de la Comisión I de la Conferencia Especializada –encargada de revisar los referidos a la ‘materia de protección’– a raíz de una propuesta formulada por Uruguay, Estado que sugirió incorporar un primer párrafo al artículo 10 del proyecto de la CIDH con el objeto de establecer el ‘principio general’: ‘Toda persona tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad’*”, inclusión que fue aprobada<sup>16</sup> (lo resaltado no está en el original).

---

Daniel Herrera que con similar sentido se refiere a los ámbitos penales y penitenciarios (Herrera, Daniel A., “La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico”, en AA.VV. *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires, Pérez Cursi, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf>.

15. En tal sentido, la tarea jurídica que concreta el derecho administrativo sancionatorio permite distinguir dos momentos: la *legisferante*, en la que deben extremarse los esfuerzos para el perfeccionamiento de las herramientas técnicas en favor de la mayor taxatividad posible (que no excluye el recurso a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados); y la *aplicativa* de la norma legal sancionatoria, en la que deben extremarse los esfuerzos para que la interpretación realice “la justicia del caso”. Esta última, por cierto, lejos está de ser mecánica o automática sino que exigirá siempre una singular *sindéresis*.

16. Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, <http://orcid.org/0000-0002-3865-569X> (v. apartado III. Origen del artículo 11 de la CADH).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la CIDH ha utilizado la noción tanto como fundamento de derechos como de un derecho en sí mismo<sup>17</sup>.

La CSJN en diferentes fallos ha considerado a la dignidad de la persona humana como “*un valor supremo en nuestro orden constitucional (...) que impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el enten-dimiento señalado por ese marco general*”<sup>18</sup>.

Desde la doctrina administrativista, Cassagne, si bien considera a la dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos<sup>19</sup>, no vacila en referir también específicamente al “principio” de dignidad<sup>20</sup>; expresa, en tal sentido, que “*El principio de dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos, etc.) y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (...) Su quebrantamiento implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte de la constitución...*”<sup>21</sup>.

Para Comadira, la dignidad de la persona reclama que la Administración debe estar sometida al principio de “juridicidad”. Este alude no solo a la ley en sentido formal, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico: esto es, a los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los demás tratados con jerarquía superior a las leyes, a los reglamentos y a los precedentes administrativos en la medida en que esté comprometida la garantía de la igualdad y sean legítimos<sup>22</sup>.

En similar dirección a las opiniones colacionadas, hemos destacado antes “... *el principio de juridicidad se integra en la dogmática jurídica del derecho admi-*

---

17. Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho...”, op. cit. (v. Capítulo V. “Conclusiones”).

18. CSJN, 20/04/2010, “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandros/ causa n° 4733”, Fallos 333:405; cabe tener presente que la invocación de la dignidad del hombre le permitió a la Corte, en el caso “Sejean” (Fallos 308:2268), admitir el divorcio vincular cuando la legislación aún lo prohibía.

19. Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021, ps. 90, 92 a 93.

20. Ello sin perjuicio de considerarla fuente central de todos los principios y derechos (Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 90).

21. *Ibidem*, ps. 92 a 93.

22. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, ps. 37 y 99 a 100.

nistrativo como un verdadero pilar de las restantes nociones, como un verdadero imperativo del principio de la dignidad de la persona humana que atiende a su dimensión social. Esta integración dogmática es de recibo en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que luego de pasar revista al catálogo de derechos de la primera parte, en el artículo 32 manda interpretarlos “conforme con las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”<sup>23</sup>.

## 2.2. La dignidad de la persona humana: la necesidad de recurrir a la filosofía para su conceptualización

Si bien la dignidad es de recibo tanto por la CADH (art. 11, también arts. 5° y 6°) y de consiguiente por nuestra Constitución nacional (art. 75, inc. 22), así como en numerosos otros tratados internacionales de derechos humanos, y afirmada constantemente por la doctrina, lo cierto es que no se encuentra en los mencionados dispositivos una definición respecto de su esencia.

Ello torna necesario recurrir a la filosofía en tanto disciplina que provee los conceptos fundamentales de las concepciones antropológicas que nutren al derecho.

Sobre la dignidad de la persona humana expresa Herrera: “En relación con la noción de persona y particularmente de persona humana, encontramos la concepción también fundamental de dignidad humana. “Dignitas quiere decir la cualidad de ‘dignus’. Esta palabra, deriva de la misma raíz ‘dec’ que encontramos en el verbo defectivo ‘decet’ (‘es conveniente’, ‘merece’) y en el sustantivo ‘decor’ (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir, con la apariencia excelente pero merecida”. En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a **la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre**. En consecuencia,

---

23. María José Rodríguez, “La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad” en: Rodríguez R. Libardo (Director), Rivero Ortega, Ricardo (Coordinador), Volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil, *El acto administrativo*, Colección de Derecho Administrativo Comparado, Editorial Temis, IIDA, Editorial jurídica venezolana, Bogotá, Colombia, 2022, p. 34; v. sobre la profunda dimensión social del principio de juridicidad, María José Rodríguez en: Rodríguez, María José, “La estabilidad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria” disponible *online* en CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As. (mpba.gov.ar).

*según cual sea la concepción de persona será la de dignidad humana*<sup>24</sup> (lo resaltado no está en el original).

Desde una perspectiva filosófica clásica, propia de nuestra tradición cultural y jurídica, la dignidad humana finca en el ser del hombre, en su naturaleza o esencia humana<sup>25</sup>.

Boecio, citado por Herrera, definía a la persona humana como sustancia individual de naturaleza racional, lo cual implica que todo ser humano es persona. Se ha corregido esta definición acotando que más que sustancia, persona es el sujeto que subsiste en el género de sustancia racional<sup>26</sup>, es el titular de una sustancia de naturaleza racional<sup>27</sup>.

Las personas son individuos que existen *per se* y tienen dominio de sus propios actos. Sus acciones no resultan simplemente de la naturaleza como por ejemplo un proceso digestivo. No solo actúan como las demás cosas sino que obran por sí mismas. Son libres. En definitiva para la filosofía clásica, persona es lo más perfecto que existe en toda la naturaleza<sup>28</sup>.

La persona se define en definitiva por la dignidad de su naturaleza racional que le permite inteligir y comprender sus fines existenciales propios y dirigir su voluntad hacia ellos, en libertad y bajo su propia responsabilidad<sup>29</sup>.

Para el cumplimiento de sus fines existenciales<sup>30</sup> la persona tiene derechos que en puridad son medios para lograr aquellos. El derecho positivo reconoce estos derechos humanos como fundamentales.

---

24. Herrera, Daniel A., "La ley natural...", op. cit., p. 29.

25. Ibidem, p. 30.

26. Ibidem, p. 27.

27. Ibidem, p. 25.

28. Ibidem, p. 27.

29. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 35 a 36.

30. Ibidem, ps. 39 a 45.

Ahora bien, estos derechos pueden ser restringidos conforme las justas exigencias del Bien Común (art. 32, CADH) pero siempre sobre la base del respeto del principio de juridicidad, de lo contrario se verificaría, en el lenguaje de la CADH, “una injerencia ilegítima” (v. art 11).

Desde esta mirada es que cabe afirmar que en la medida en que toda actividad perquisitiva del Estado que se da en un procedimiento sancionatorio disciplinario puede vulnerar derechos por la virtualidad esencialmente ablatoria que tiene la sanción —e incluso el *iter* previo a ella<sup>31</sup>—, el principio de dignidad humana que impera la preservación de los derechos con fundamento en los fines existenciales de la persona y de su dignidad debe regir con especial vigor a lo largo de todas las etapas de estos procedimientos disciplinarios y debe estar asegurado y garantizado por cierto, por los textos normativos que los perfilen<sup>32</sup>.

### 2.3. El principio de juridicidad, corolario de la dignidad de la persona humana y como expresión de la nomocracia griega

Ya Platón y Aristóteles se preguntaban qué era más conveniente si el gobierno de los hombres (los mejores), o de las leyes<sup>33</sup>. Y ambos, el Platón último de *Las Leyes* y Aristóteles a lo largo de su *corpus* doctrinario optaron por el gobierno de las

31. Sobre el “entorno de ‘coacción inherente’ que rodea a un interrogatorio” y su virtualidad para afectar la dignidad humana, v. María José Rodríguez en: Rodríguez, María José: “La potencialidad autoincriminadora de las primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible *online* en: [HTTPS://YOUTU.BE/A22bVcx4\\_QE?t=2400](https://youtu.be/A22bVcx4_QE?t=2400).

Es de resaltar que la CIDH, en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisita por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. CIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1º septiembre de 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad —v. párr. 102—; v. en igual sentido, Res. PG N° 1267/22 del 26-10-2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Prov. de Buenos Aires).

32. María José Rodríguez en Rodríguez, María José, “Los procedimientos sancionatorios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona”, conferencia vertida en: XXV Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral “Derecho administrativo, Interés Público y Persona”, 17 de octubre de 2022, disponible *online* en: <https://youtu.be/YJVSg0dcE2c?t=1594>.

33. Sobre el aporte de estos dos grandes filósofos al denominado “Rule of law” (Estado de Derecho), v. Lalanne, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?: El problema en Platón y Aristóteles”, en línea, *Prudentia Iuris*, 79, 2015, ps. 295/310, disponible en <https://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3962>; ver en similar sentido, Daniel Herrera en Herrera, Daniel, “La politicidad del derecho y la juridicidad de la política en el Estado Constitucional de Derecho”, conferencia vertida en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado por el MPBA (CIJur) y la UNNE, los días 9,10 y 11 noviembre de 2022, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15081>.

leyes, enrolándose en la tradición helénica de la nomocracia. Ello, sobre la base del dato de la realidad de que las leyes, a diferencia de los hombres, no tienen pasiones. Expresaba Aristóteles que la ley es “razón sin apetito”<sup>34</sup>.

En la hipótesis del gobierno de los hombres, si estos son arrastrados por sus pasiones y deciden según estas de modo desigual, resulta afectada la igual dignidad óptica de las personas. Contrariamente, esta afectación no se verifica con la ley, por las notas de generalidad, impersonalidad y objetividad que caracterizan a esta. Porque las leyes no tienen pasiones.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el principio de juridicidad, que enraiza en la tradición de la nomocracia griega, deviene una exigencia de la dignidad de la persona.

Correlativamente, el gobierno —y la administración— que no se ajustaran a la conducta predeterminada por la norma, conducen al decisionismo, a la diversidad de soluciones frente a casos similares, violando la igualdad ante la ley y vulnerando así la dignidad de la persona.

### **3. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SINGULAR TRASCENDENCIA RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS**

El principio de legalidad expresa de modo conspicuo la esencia del denominado Estado de Derecho, al que Schmitt<sup>35</sup> caracteriza como burgués y liberal y al que autores como Del Vecchio —y Cassagne, en nuestras latitudes— denominan Estado de Justicia.

Supone una dimensión sustancial o material, de claro contenido dikelógico —que sintetiza la esencia del mencionado Estado de Derecho o de Justicia—y en una dimensión procedimental que atiende a preservar a la primera.

---

34. Lalanne, Julio E., op. cit. p. 310.

35. Schmitt Carl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, ps. 150 y ss.

Vínculo esencial del poder punitivo del Estado a las formalidades de las leyes y a la tutela de los bienes jurídicos se constituyó en la regla de oro de la legitimación de la potestad sancionadora. Se traduce en la exigencia de que la ley contenga de forma determinada, la conducta reprochada y la respuesta sancionadora<sup>36</sup>.

### 3.1. El Estado de Derecho burgués o liberal según Schmitt

Según Schmitt, el Estado de Derecho, que adjetiva de “burgués” o liberal se caracteriza por el respeto a los derechos fundamentales y a la división de poderes. Estos principios adquieren carácter estructurante del apuntado Estado burgués de Derecho y pertenecen al contenido jurídico positivo de toda Constitución que encierre una decisión en favor de esta tipología de Estado<sup>37</sup>.

De conformidad con el liberalismo burgués —afirma— solo hay constitución cuando se respetan la propiedad y la libertad personal<sup>38</sup>.

Constituyen garantías constitucionales de la libertad burguesa —prosigue— los derechos fundamentales, la división del poder y una cierta participación del pueblo en el poder legislativo mediante una representación popular<sup>39</sup>.

Por orden jurídico —advierte— debe entenderse un orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal; el Estado, en ese marco, constituye la garantía armada de este orden, paz y seguridad burguesa<sup>40</sup>.

Solo valdrá como Estado de Derecho aquel en que no puedan intentarse injerencias en la esfera de libertad individual sino a base de una ley. Solo un Estado en el que toda la actividad administrativa, sobre todo la policía, se encuentre colocada a reserva y bajo la preeminencia de la ley, configurará un Estado de Derecho. De consiguiente, el principio de legalidad de la administración pasa a ser una nota característica del Estado de Derecho, y solo podrá ser reputado Estado de Dere-

36. Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdF, Buenos Aires, 2017, p. 37

37. Schmitt, Carl, op. cit., p. 149.

38. *Ibidem*, p. 42.

39. *Ibidem*, p. 44.

40. *Ídem*.

cho, aquel cuya actividad total quede comprendida en una suma de competencias rigurosamente circunscriptas.

Impera la *mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado*. La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de distribución propio del Estado burgués de Derecho, según el cual, la libertad del individuo es ilimitada en principio y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada y por lo tanto, mensurable <sup>41</sup>.

Esta concepción básica del Estado de Derecho rechaza el “imperio de los hombres”. Por ello, la ley es una norma general. Advierte el jurista alemán que el concepto de ley burgués enraiza en la filosofía griega, de ahí pasa a la Edad Moderna a través de la Escolástica. La ley no es la voluntad de uno o muchos hombres sino una cosa general racional, no es *voluntas* sino *ratio*<sup>42</sup>.

Pero el concepto de ley que sostiene el Estado burgués de Derecho, –resalta Schmitt– es, además, un concepto formal (político). Ley en sentido formal es lo acordado por los órganos legislativos competentes dentro del procedimiento legislativo prescripto. En definitiva, – la ley es norma, regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general, pero en el sentido político, es voluntad y mandato concretos y un acto de soberanía expresado mediante un procedimiento (formal).

### 3.2. El Estado de Derecho como Estado de Justicia (Del Vecchio)

Señala Del Vecchio que la palabra “derecho” en un sentido formal significa una coordinación de las relaciones intersubjetivas en virtud de la cual a ciertas facultades corresponden ciertas obligaciones. Un derecho cualquiera existe en no importa qué condición humana porque esta no puede subsistir sin un conjunto de relaciones sociales. Es imposible que no tenga un derecho propio (en el sentido formal), es un ordenamiento jurídico del cual él es su centro y el sujeto. Pero para Del Vecchio el derecho puede ser entendido como un valor esencial atribuido a la persona humana y en razón del cual esta puede pretender el respeto de su pro-

---

41. *Ibidem*, ps. 47 y 152.

42. *Ibidem*, p. 162.

pia naturaleza espiritual. Un Estado que se construye sobre esta base se califica generalmente como “Estado de derecho”<sup>43</sup>. Para el autor seguido, más adecuada sería la calificación de “Estado de Justicia”. Por esta expresión no se entiende designar un Estado cualquiera, que no puede dejar de tener un sistema de legalidad positiva, sino solamente que se conforma al ideal de la justicia, que reconoce los derechos fundamentales de la persona humana<sup>44</sup>.

Se trata —según Del Vecchio— de un concepto que enraiza en la antigüedad clásica, que fue tomado por el mensaje cristiano y luego razonado en la filosofía moderna; se trata del concepto del derecho natural<sup>45</sup>.

La significación de esta ley que corresponde a una exigencia indeleble de nuestra conciencia es esencialmente deontológica. Expresa un deber ser válido más allá de la esfera empírica. El ser humano pertenece al orden fenomenal pero participa también de ideas y de normas universales y eternas. Se siente libre e imputable, tiene un *lumen rationis naturalis* que le impone el respeto de la ética bajo sus dos formas fundamentales: la caridad y la justicia. También puede él pretender legítimamente el reconocimiento de la dignidad de su persona<sup>46</sup>.

El principio ético es único y no se distingue en sus dos formas susodichas, sino porque da respectivamente la norma a cada sujeto tomado en sí mismo y en las relaciones entre varios sujetos. Así, para Del Vecchio, la justicia es el perfil social de la ética.

Siendo la misión del Estado, para Del Vecchio, la realización de la Justicia, esta, como ley inabolible del espíritu humano impone a todos el respeto a la sagrada dignidad del ser humano<sup>47</sup>.

---

43. Del Vecchio, Giorgio, *Derecho, Política y Justicia*, Traducción del francés por Luis Dorantes Tamayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ps. 718 y ss., disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/75/dtr/dtr11.pdf>

44. Ídem.

45. Ídem.

46. Ídem.

47. Ídem.

La primera exigencia de la justicia es que el ser humano sea reconocido en lo que tiene de específico (su espiritualidad). Esto significa que todos los seres tienen un derecho inabolible a la libertad, cuya validez no deriva de leyes positivas, las cuales deben respetarla y acogerla como suya. Existe un derecho natural “de igual libertad”. El fin inmutable del Estado será la tutela de los derechos naturales de la persona humana. Estos derechos que tienen su base en la libertad del hombre, no pueden ser abolidos por ninguna ley *ab hominibus inventa*. Esta es la razón fundamental del Estado la cual representa su principio y su fin. Dice Del Vecchio que es errónea la tesis que el Derecho es el único fin del Estado pues el Derecho es solo un medio, por lo que más correcto sería hablar de Estado de Justicia, antes que de Estado de Derecho<sup>48</sup>.

Ese Estado de Justicia, hoy, sería un Estado Constitucional Social de Derecho, en el marco de la evolución de la conciencia jurídica, por lo que Max Scheler llama “las variaciones del ethos”<sup>49</sup>.

### 3.3. El principio de legalidad propio del Estado de Derecho. Aproximación desde la teoría egológica de Carlos Cossio

Desde una perspectiva de clara influencia existencialista y fenomenológica, para Carlos Cossio, el derecho es conducta humana en su interferencia intersubjetiva<sup>50</sup>.

Cossio parte de la base del “axioma ontológico de la libertad”<sup>51</sup> a cuyo tenor todo

---

48. García Belaunde, D. (1972), “El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio del Vecchio”. *Derecho PUCP*, (30), ps. 81 a 102, disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197201.005> Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6608/6703>

49. Ídem.

50. Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 21. Nos explayamos con la postulación de este jurista en tanto su análisis sobre la estructura de la norma como proposición jurídica nos permitirá más adelante, “desmenuzar” los aspectos de la norma sancionatoria que reclaman cobertura legal formal.

51. Los axiomas son un punto de partida meramente lógico, regulativo; advierte Yacobucci que si se arguye solo desde axiomas, puede suceder que los razonamientos sigan un curso lógico, adecuadamente regulado por aquel punto de partida, pero que no necesariamente tengan una contrapartida real. En este caso, el conocimiento será meramente nominal, cuya certeza es inmanente al esquema adoptado. Pero la elección del punto de partida no está siempre justificada en el ser y puede resultar una mera hipótesis, una convención o un acto voluntarista del sujeto., por eso, los razonamientos o ciencias que parten de axiomas tienen un carácter eminentemente formal. Los axiomas operan como una forma organizativa del sistema al que se aplican. La cuestión cobra especial interés en el campo del obrar humano, en el de la moral, el derecho, la economía o la política, pues según se razone con principios o con axiomas, cada uno de estos ámbitos se aproximará en mayor o menor medida a una

lo que no está prohibido, está permitido; este axioma alude al hecho metafísico de la libertad signada con el signo de lo lícito, como una cosa previa y neutra a la determinación de sus límites justicieros por aquí o por allí<sup>52</sup>.

La teoría egológica encuentra en la metafísica existencial que la vida humana tiene en la libertad fenomenalizada, su específico y específico componente material; la libertad es algo existente, la libertad se intuye como personalidad, con ipseidad. Por ello, para Cossio hablar de conducta, libertad y personalidad, existencialmente es hablar de la misma cosa<sup>53</sup>.

De consiguiente, el axioma *todo lo no prohibido está permitido* expresa que la libertad metafísica del hombre es un *prius* en la experiencia jurídica, en el sentido de que enuncia una juridicidad general de la libertad como base de toda ulterior determinación jurídica y como punto de partida de una sistematización general del Derecho<sup>54</sup>.

Remarca que el axioma ontológico ha sido entendido como un principio jurídico válido para la personalidad de los súbditos que se puede proyectar por horizontes siempre abiertos en razón de que a ellos les está permitido todo lo no prohibido; pero no para la personalidad de los órganos del Estado (funcionarios)<sup>55</sup>.

Pero Cossio discrepa con esta opinión generalizada y considera que tanto al súbdito como al funcionario todo les está permitido dentro de sus esferas de competencia; dentro de su competencia, o sea en lo que no les está prohibido, tienen libertad jurídica de individuación, de dar realidad de acuerdo con sus propias estimativas a la norma general en que se apoyen, este dar realidad, creación

---

técnica, al logicismo o a cierto funcionalismo donde la realidad de la persona, su dignidad, sus fines, y conflictos resultan ajenos a las cuestiones debatidas. Si se razona con axiomas, se está elaborando un razonamiento técnico o según los casos, logicista, una estructura de explicaciones meramente formales cuya finalidad es la certeza que emerge de la coherencia interna del sistema (v. Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios...*, op. cit., ps. 60 a 62).

52. Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1944, p. 213.

53. Cossio, Carlos, El principio “nulla poena sine lege” en la axiología egológica, *La Ley* 48, 1135. DPyC 2012 (julio), 265. TR LALEY AR/DOC/2697/2010, p. 7.

54. Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1944, p. 214.

55. *Ibidem*, p. 215.

de una norma individual tiene sentido dogmático. No debe confundirse libertad jurídica con los límites de ella<sup>56</sup>.

Para Cossio la norma jurídica completa es una proposición disyuntiva —y no un juicio hipotético como plantea Kelsen<sup>57</sup>— por la razón ontológica de que la interferencia intersubjetiva tiene dos miembros: a) endonorma: (conceptuación de la prestación) y b) perinorma (conceptuación de la sanción); se trata de una norma única y no de dos normas; la norma jurídica es un juicio disyuntivo<sup>58</sup>.

Si la conducta está de acuerdo con la endonorma, la conducta es lícita o jurídica; si está de acuerdo con la perinorma, la conducta es ilícita o antijurídica, la libertad metafísica fenomenalizada se ha especificado en jurídica y antijurídica<sup>59</sup>.

La endonorma menciona o representa el deber jurídico o prestación que se atribuye a un supuesto fáctico, a una hipótesis de hecho; la prestación es el acto o producto objetivo de la libertad de quien lo hace y la ciencia no puede considerar sino cosas objetivas<sup>60</sup>.

Paralelamente, la perinorma menciona o representa la sanción. La sanción también es acto o producto objetivo de la vida humana (es decir, con libertad) de quien la sufre.

Este juicio disyuntivo puede resumirse en la fórmula:

Dado A debe ser B (endonorma)

Dado NO B debe ser S (perinorma)

En este marco, la endonorma que constituye la primera parte de la norma, consta de un antecedente (“Dado A”) y de un consecuente (“debe ser B”). El anteceden-

---

56. *Ibidem*, p. 217.

57. *Ibidem*, p. 133.

58. *Ibidem*, p. 302.

59. *Ibidem*, p. 303.

60. *Ibidem*, p. 327.

te enlaza una situación fáctica o hipótesis de hecho asumida por la norma (por ejemplo, la condición de funcionario público); el consecuente de la endonorma hace referencia a una prestación o conducta debida —activa o de abstención, esto es, deber o prohibición—<sup>61</sup>), u obligación que detona o suscita el antecedente de la endonorma si se verifica en el supuesto fáctico examinado. Si esta prestación u obligación contemplada en el consecuente de la endonorma no se cumple (“Dado NO B”), aparece la sanción alojada en la perinorma (“debe ser S”).

Examinados estos conceptos desde la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, la endonorma de Cossio coincide con la norma secundaria de Kelsen, y la perinorma, con la norma primaria de Kelsen.

La proposición jurídica disyuntiva que constituye la norma jurídica, destaca como una estructura de diez conceptos fundamentales —dos conceptos funcionales (el verbo deber ser y la preposición “o”) y ocho conceptos entitativos, de tal manera que la estructura de la norma jurídica sería la siguiente:

Dado un hecho con su determinación temporal (1) debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5) —endonorma—;

o (6) si es la no prestación (7) debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10) —perinorma—.

Para el autor, la positividad del Derecho pone una dimensión dogmática común en tres conceptos a) la persona humana; b) la libertad metafísica, c) el acto cumplido en el cúmulo de circunstancias generales o especiales que lo integran constituye una libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta.

Con la positividad —según Cossio— se vuelve al objeto jurídico, se trasciende el puro pensamiento jurídico como mera forma lógica de sí mismo. A la positividad se la intuye de modo sensible, sea como cumplimiento espontáneo en la endonorma, sea como fuerza en la perinorma<sup>62</sup>.

61. Efectuamos esta precisión sin entrar en los detalles técnicos que el autor introduce al utilizar estos conceptos.

62. Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, op. cit., ps. 203 a 204.

En suma, para la teoría egológica, la libertad es lo primero en el derecho, por ser su dato ontológico<sup>63</sup>. Lo permitido es un *prius*.

### **3.4. El Estado de Derecho como punto de confluencia de diversas explicaciones doctrinarias y el principio de legalidad como expresión jurídica de todas ellas**

Compulsadas sucintamente estas fuentes doctrinarias —escogidas como expresiones dogmáticas diferentes, que abordan como objeto de estudio al Derecho, —y a la libertad ontológica del hombre—, y que confluyen en la explicación del Estado de Derecho, podemos colegir que el principio de legalidad, la vigencia imperativa de la norma para restringir libertades, resulta ser un común denominador.

En el marco de la mencionada diversidad de opiniones, el principio de legalidad reconoce diversos fundamentos. Para Schmitt, es sinónimo de protección de la libertad y propiedad burguesa; para Del Vecchio es expresión de una idea objetiva de Justicia que se impone a la conciencia jurídica universal o al menos, del llamado mundo occidental y cristiano; para una perspectiva existencialista y fenomenológica como la de Cossio, el principio de legalidad se sustenta en el axioma ontológico de la libertad, un punto de partida que se supone, que expresa un dato, un fenómeno: la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

Pero lo cierto es que más allá de los diversos fundamentos filosóficos que expresan perspectivas filosóficas distintas, el principio de legalidad se encuentra consagrado en la Constitución Nacional que lo recepta en diversos artículos, según veremos *infra*.

### **3.5. El principio de legalidad en la Constitución Nacional: la Argentina como Estado de Derecho**

La Constitución Argentina recepta el Estado de Derecho y el principio de legalidad de la administración como expresión paradigmática del primero. Nuestra

---

63. *Ibidem*, p. 333.

tradición jurídica se enrola en la vertiente que considera al Estado de Derecho como superación tanto del Estado liberal de Derecho, como social de Derecho, como Estado de Justicia. Porque, en definitiva, serán siempre el Bien Común político y el principio de subsidiariedad, los elementos clásicos y estructurantes que deben definir el contenido concreto del Estado.

Explica Cassagne, citado por Plaza<sup>64</sup>, que “[...] la fórmula Estado de justicia, acuñada originariamente por Del Vecchio, refleja una concepción superadora, tanto del Estado de Derecho como del modelo que le sucedió: el Estado social de Derecho. Esta superación se explica porque si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del Estado de Derecho (independencia del Poder Judicial, sometimiento de la Administración a la ley y régimen garantístico de las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal imperante en el siglo XIX con un limitado y razonable intervencionismo que restituye la plenitud del derecho natural, a través del imperio del principio de la subsidiariedad que, en algunas partes, alcanza rango positivo. De este modo, el Estado –más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)– se encuentra vinculado a la justicia, en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva (como aconteció durante la etapa del llamado Estado de bienestar o Estado social), y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas”.

En este marco de predicación, el principio de legalidad como garantía de la restricción de libertades y derechos asume una dimensión sustancial y formal. Esta última, no solo implica un procedimiento imperado a seguir por la Constitución (aspecto formal procedimental) sino que justamente atiende a la dimensión de generalidad y objetividad que debe exhibir toda norma para respetar la igualdad que exige la dignidad de la persona, y a la reflexión serena propia del debate y del intercambio de ideas y posturas, que asegure en la medida de lo humano posible, un *mínimum* de justicia, un *mínimum* axiológico. Cabe tener bien presente que en las formas se realizan las esencias<sup>65</sup>.

64. Plaza, Martín, “Estado constitucional de derecho, excepcionalidad y democracia”, p. 6 en AAVV, Director: Rodolfo C. Barra, *Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas* disponible en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr.\\_Mart%C3%ADn\\_Plaza\\_15-9.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Mart%C3%ADn_Plaza_15-9.pdf)

65. V. CSJN, Fallos 315:106; 329:5903; 338:552, entre otros.

El apuntado principio de legalidad o reserva de ley es exigido por la Constitución Nacional en los arts.14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 76 y 99, ap. 3, CN, para la regulación de libertades y derechos. Entre estas restricciones de libertades y bienes, singular gravitación asume el ejercicio de la potestad sancionadora, en la especie, disciplinaria interna, en tanto, como se dijo, es una manifestación del *ius puniendi* estatal y consiste en una privación de un bien o derecho. Parecería que en este campo, debería hablarse de una “reserva de ley agravada”<sup>66</sup>, según los desarrollos siguientes que efectuaremos.

### **3.6. El principio de legalidad como regla de oro del *ius puniendi*<sup>67</sup> y el alcance y extensión de la colaboración reglamentaria**

En el apartado 1 hemos examinado sucintamente la potestad sancionatoria administrativa interna o disciplinaria y su télesis, direccionada hacia la preservación del “interés público secundario” esto es, al interés público que persigue el buen funcionamiento de la Administración en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa<sup>68</sup>.

Luego, en los apartados siguientes hemos pasado revista a la dignidad de la persona humana como cimiento de la concepción antropológica sobre la que se construye paulatinamente la noción de del Estado de Derecho o Justicia. Y singularmente, sobre su expresión paradigmática que es el principio de legalidad como tutela de este Estado de Derecho.

Ello, toda vez que la mencionada potestad disciplinaria —objeto de este estudio— alcanza su sentido y medida, en un contexto de legitimación ético jurídico del ejercicio del poder, enrolado en la búsqueda y concreción del bien común político.

En este apartado focalizaremos nuestro desarrollo en el análisis de la naturaleza jurídica de la sanción administrativa, disciplinaria en la especie, su indiferencia-

---

66. Sobre las implicancias del sintagma “reserva de ley agravada”, v. Dictámenes PTN 243: 37 y 274; 246:539.

67. V. Yacobucci, Guillermo, op. cit., p. 37.

68. V. Comadira, Fernando G. op. cit., ps. 43 y ss.; v. también considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas.

ción ontológica con las sanciones penales, en mérito a su potencialidad ablatoria o amputatoria de derechos, la aplicación consecuente de los principios del derecho penal a la sanción disciplinaria, y por cierto, nos detendremos a examinar con qué intensidad y alcance juega el principio de legalidad y taxatividad; singularmente, si es posible afirmar en materia disciplinaria una reserva agravada de ley formal con la consiguiente acotación de la colaboración reglamentaria al campo de lo pormenor o variable.

### 3.6.1. La unidad del poder punitivo del Estado y la dualidad de sanciones (penales y administrativas). Origen histórico

En ocasión de conceptualizar a la potestad disciplinaria, nos hemos referido a su manifiesta potencialidad ablatoria de derechos. En efecto, la aludida potestad cuando se concretiza, puede concluir en la sanción. Cabe entender por sanción “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. Esta sanción consistirá en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa<sup>69</sup>.

Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal: la autoridad que las impone, la Administración; las segundas son impuestas por los jueces penales. Tal como explican García de Enterría y Fernández, esta dualidad de sistemas represivos está contemplada en el art 25.1. de la actual Constitución española (1978) a cuyo tenor “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en ese momento”<sup>70</sup>.

69. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, ps. 161 y ss.

70. Ídem. Tomamos en este desarrollo, como punto de partida especialmente escogido del análisis, el ejemplo de la Constitución española de 1978 —y al consecuente examen que hacen sobre el *ius puniendi estatal*, juristas españoles emblemáticos como García de Enterría y Fernández—. Ello, primordialmente porque la Constitución española asume en su art. 25, la dualidad de manifestaciones en que se ha concretizado tradicionalmente el *ius puniendi del Estado*. Y porque este art. 25 proporciona una solución práctica en la que recupera la unidad del origen histórico y ontológico a través de la asimilación regulatoria que impera. Esta asimilación será influida y retroalimentada por cierto por la jurisprudencia del TEDH que abrirá tempranamente su jurisdicción al conocimiento de las sanciones administrativas que imponen las jurisdicciones nacionales cuando advierta una cierta “coloración penal” en estas, según nos explayamos *infra*. Con ello, el modelo español deviene ilustrativo y paradigmático porque nos muestra en singular, una expresión europea actualizada propia del Estado de Derecho que anima la cultura jurídica europea. En segundo lugar, no cabe desconocer el aporte axiológico que significó la mencionada Constitución sobre el constitucionalismo y el derecho administrativo iberoamericano (v. Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F. “La Constitución española de 1978 y su influencia en el

¿Por qué esa dualidad? —se preguntan los autores colacionados— ¿tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad? <sup>71</sup>

Expresan que esta dualidad encuentra origen en el mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos luego de la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado a partir de la Revolución Francesa, bajo el lema *nulla poena sine legale iudicium*.

Refieren que las monarquías europeas del siglo XIX se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios sobre la base de la fórmula “*L'Administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la justice*” (Domat).

En lo que concierne al ordenamiento español, explican, la Constitución española de 1978 dio rango constitucional a la potestad administrativa de sancionar sin proporcionar ningún criterio objetivo para distribuir el campo del *ius puniendi* en infracciones e ilícitos penales con sus correlativas sanciones y penas, dejando al legislador esa tarea (v. arts. 25 y 45.3, Constitución de España), con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas<sup>72</sup>.

Resaltan García de Enterría y Fernández que todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y una sustancia propia han fracasado. Solo razones de política criminal explican las razones varias y a menudo contradictorias del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas<sup>73</sup>.

---

ordenamiento constitucional latinoamericano”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2225/4.pdf>.

71. García de Enterría y Fernández, op. y loc. cit., p. 162.

72. *Ibidem*, p. 163.

73. A similar conclusión parece llegar Jakobs quien considera que el derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad constatable en la práctica (v. Jakobs Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 67); v. también Cassagne, Juan Carlos, *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Bs.As., 2023, ps. 207 a 208.

Así, el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, con excepción de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos, por la vía judicial penal como por la vía administrativa<sup>74</sup>.

Queda como núcleo irreductible entonces —concluyen— un solo criterio, solo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad y las privativas de otros derechos civiles y políticos<sup>75</sup>.

### 3.6.2. La aplicación de los principios del derecho penal a las sanciones disciplinarias en la jurisprudencia española y del TEDH

La unidad del poder punitivo estatal y la indiferenciación ontológica entre sanciones administrativas y penales conduce a examinar si resultan de aplicación al *ius puniendi* desplegado en el campo infraccional, disciplinario en la especie, los principios consolidados y perfeccionados para el campo del ilícito penal por el poder judicial desde la consagración del Estado de Derecho.

Como se viene de señalar, la Constitución española de 1978 incluyó en una fórmula común, penas y sanciones administrativas respecto de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad<sup>76</sup>.

Y en ese marco, el Tribunal Constitucional de España desde sus primeras sentencias postuló que los principios inspiradores del orden penal resultaban de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado<sup>77</sup>.

74. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 165.

75. *Ibidem*, p. 164. En Argentina, esta afirmación encuentra sustento en el art. 109 CN. Por ello estimamos violatorio del sistema judicialista que consagra nuestro país, las sanciones disciplinarias propias de ciertos sistemas penitenciarios que se aplican sin intervención de la defensa o del juzgado de ejecución a quienes cumplen una pena privativa de libertad; ello, en cuanto trascienden e impactan sobre el sistema de progresividad en el cumplimiento de la pena y la reinserción social (v. Santamaría Pedro, “La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales”, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15178>).

76. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 166.

77. *Ídem*. Cabe observar de nuestra parte, que la referencia histórica que efectúan los autores traídos, coincide con el origen etimológico de la locución “*ius puniendi*”, cuya raíz latina “*punire*” significa “castigar”. Ello, más allá de las diferentes evoluciones que tuvieron las expresiones concretas de este *ius puniendi*, según se tratara del poder represivo ejercido por los magistrados o del sancionatorio desplegado por la Administración, cada uno en sus respectivos campos de actuación y con finalidades y características propias del régimen de la función, exhibiendo, las más de las veces, los rasgos de “parecidos de familia” (tomamos la expresión del filósofo Ludwig Wittgenstein —1889-1951—).

Entre esos matices, originariamente, aparecieron las relaciones especiales de sujeción como flexión que excluía la aplicación de los principios y garantías del derecho penal a las sanciones administrativas. En estos supuestos, se admitió, en una primera instancia que las exigencias de legalidad o tipicidad se relajaran o debilitaran, incluso hasta su desaparición pura y simple<sup>78</sup>.

Pero esta tesis —refieren García de Enterría y Fernández— fue superada por una sentencia del 29 de marzo de 1990 del Tribunal Constitucional en la que este puntualizó que la naturaleza sancionatoria de la medida impedía que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial ya en sí misma imprecisa, desvirtuara aquella naturaleza, sin que pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales. Siempre será exigible en el campo del derecho sancionatorio administrativo el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano<sup>79</sup>.

Por su parte, bastante antes de esta sentencia, el TEDH integró los poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales y aplicó al procedimiento disciplinario las exigencias comunes impuestas por el art 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos para los delitos a sanciones disciplinarias<sup>80</sup>, si bien sobre la base de considerarlas de naturaleza penal conforme al criterio autónomo que ha elaborado y la “coloración penal” que pueda discernirse en las apuntadas sanciones<sup>81</sup>.

---

78. *Ibidem*, p. 167.

79. *Ídem*.

80. Concretamente lo ha hecho en el caso de sanciones al personal militar como así también a las procedentes de organizaciones profesionales y también a los presos; v. casos “Engel” (1976), “Le Compte y otros y Albert Lecompte” (1981 y 1983), y “Campbell y Fell” (1984), cit. por García de Enterría y Fernández en *op. cit.*, p. 168; sobre los llamados “criterios del caso Engel”, v. Llop, Javier Barcelona en “Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos” a los que nos referimos *infra*, en *Revista Derecho & Sociedad* N.º 54, ps. 207 a 227, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22416>.

81. V. Llop, Javier Barcelona, *op. cit.*, p. 210.

### 3.6.2.1. Especial referencia a la tesis de la “coloración penal de la sanción” en la jurisprudencia del TEDH

Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es neutral en lo que al reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración se refiere, es decir no contiene referencias a esta, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado sobre la base de la doctrina del carácter autónomo que atribuye a la noción de “acusación penal” en el marco del apuntado convenio (art. 6.1. CEDH<sup>82</sup>), que las sanciones administrativas pueden tener una “coloration pénale” y bajo este rasgo, resultan asimilables a las propias de la acusación penal a que alude el convenio y suscitan su jurisdicción<sup>83</sup>.

Para el TEDH nada impide que un ordenamiento nacional determine que ciertos ilícitos sean objetos de medidas punitivas de carácter administrativo con la consiguiente atribución de potestad sancionadora a órganos pertenecientes a la esfera de la Administración, aun cuando estas sanciones sean elevadas<sup>84</sup>.

Pero lo relevante es que las sanciones administrativas quedan sujetas a determinadas exigencias convencionales. Tal es el nervio, explica Llop, de un consolidado argumento jurisprudencial cuya construcción arranca de la interpretación del sintagma “acusación en materia penal” que figura en el art. 6 del CEDH<sup>85</sup>.

En la sentencia “Engel y otros” (1976) el mencionado tribunal afirmó que este concepto es una noción autónoma, lo cual supone que tiene un significado propio en el convenio e independiente del que posee en los ordenamientos nacionales<sup>86</sup>.

82. Reza el art. 6. 1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos al consagrar el *Derecho a un proceso equitativo*: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”..

83. Llop, Javier Barcelona, op. cit., ps. 208 a 210.

84. *Ibidem*, p. 209.

85. *Ídem*.

86. *Ibidem*, p. 210.

De ahí se deriva una consecuencia fundamental: las garantías que consagra el referido art. 6 se aplican siempre que el tribunal considere que el ciudadano ha sido objeto de “una acusación en materia penal” en el sentido que el mismo confiere a la expresión y al margen de que conforme las disposiciones nacionales aplicadas la medida sea penal en sentido propio o no<sup>87</sup>.

Es decir que aunque el ordenamiento nacional tipifique la infracción y la sanción como administrativas, si el tribunal entiende que el asunto es una materia penal, rigen las garantías del art. 6 del convenio<sup>88</sup>.

Con esto se evita que el legislador nacional sustraiga sanciones materias que tienen una “coloración penal” y las profile como sanciones administrativas, con lo cual el control de dichas sanciones escaparía a la jurisdicción del TEDH.

¿Qué debe entenderse por material penal? Con el objeto de determinar cuándo una sanción reviste carácter penal y no administrativo, el TEDH ha sentado criterios en el caso “Engel y otros” que siguen manteniendo vigencia.

Los criterios “Engel” son:

La calificación jurídica de la medida por el ordenamiento interno (penal o administrativa, o administrativa disciplinaria) tiene valor relativo y formal;

La naturaleza de la medida (penal o sancionatoria administrativa) se fija teniendo en cuenta si resulta de aplicación a cualquier ciudadano o solo a un grupo reducido de ellos (caso en que la naturaleza penal puede quedar en entredicho; o bien, si la sanción tiene finalidad disuasoria y represiva (característica de lo penal) o meramente resarcitoria o indemnizatoria (propia de lo administrativo);

La gravedad o severidad de la sanción a que queda expuesto el individuo;

---

87. Ídem.

88. Ídem.

El primer criterio es el menos trascendente para el TEDH, con respecto a los otros dos, pueden concurrir ambos o solo uno. Por otra parte, la cuantía reducida de la sanción no impide que se reconozca carácter penal a una medida si así se desprende de su naturaleza, un asunto puede ser penal aunque el importe de la sanción sea pequeño (v. TEDH, *in re* “Lauko” -1998- y “Jussila” -2006-). Se privilegia la entraña de la injerencia sobre la entidad de la sanción<sup>89</sup>.

Para Llop, puede resumirse la orientación jurisprudencial del TEDH de la siguiente forma: en la determinación de si una medida es penal o no a los efectos de suscitar su jurisdicción<sup>90</sup>, la respuesta será afirmativa si predominan elementos que presentan una “coloration pénale” (coloración penal) o se advierte que una “coloration” tal es discernible<sup>91</sup>.

### *3.6.3. La indiferenciación ontológica de las sanciones administrativas y penales según la doctrina y jurisprudencia vernáculas. La consiguiente aplicación estricta del principio de legalidad formal y del subprincipio de taxatividad o tipicidad legal*

Si bien en la doctrina argentina, la tesis de la dualidad sustancial entre sanciones administrativas y penales tiene calificados suscriptores<sup>92</sup>, en este acápite nos explayaremos sobre la que pregona la unidad ontológica de estas.

Porque es la tesis que suscribimos desde un punto de vista filosófico realista, y porque es la tesis que consideramos desde el punto de vista axiológico, más en línea con la adecuada preservación de las garantías y derechos humanos. Y en definitiva, más acorde con la especial dignidad de la persona humana.

Entre los autores que sostienen la indiferenciación ontológica entre las sanciones administrativas y sanciones penales, puede mencionarse a Cassagne quien ya

---

89. Ídem.

90. El TEDH consagra un concepto autónomo como explica Llop, de “acusación penal”.

91. Se encuentra esta expresión en los casos “Bendenoun” (1994), “Valico” (2006), “Dubus” (2009), “Sismanidis y Sitaridis” (2016), “Nodet” (2019), citados por Llop en op. cit., p. 210.

92. V. reseña de las diferentes posturas en Brusau, María Soledad, tesis magistral “La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal”, presentada para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

antes de la reforma constitucional de 1994 expresaba que “las contravenciones contienen (...) idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado.” (...) “si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye, en principio, una cuestión de grado y por tanto, cuantitativa, siendo aplicables en materia contravencional y en los llamados delitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el código penal”<sup>93</sup>.

Más recientemente, el profesor Cassagne, en ocasión de examinar la misma temática, hace suya la opinión de García de Enterría y Fernández a cuyo tenor todos los intentos por establecer bases de diferenciación entre las sanciones penales y administrativas han resultado infructuosos<sup>94</sup>.

Por su parte, para García Pullés “...no existe ese diverso fundamento ontológico ni base normativa que justifique proclamar la existencia de dos especies del *ius puniendi estatal*, para autorizar un tratamiento desigual para los delitos del Derecho Penal y las infracciones administrativas en materia de garantías. No encuentro precepto alguno de la Constitución Nacional que autorice al Poder Ejecutivo a aplicar sanciones frente a infracciones administrativas sin una ley que le atribuya esa competencia”<sup>95</sup>.

Este autor alerta que “ante la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones (...) es preciso extender plenamente las garantías del Derecho Penal al campo del Derecho Administrativo sancionador y limitar gravemente ‘los matices en esa traslación’ ...”<sup>96</sup>.

---

93. Cassagne, Juan Carlos “En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal”, E.D. Bs. As, 1991, ps 939 y ss.; v. en especial, v.ps. 940 y 944.

94. Cassagne, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, op. cit., ps. 207 a 208; v. también, del mismo autor, “En torno de las sanciones administrativas...”, op. cit., ps. 939 y ss.

95. García Pullés, Fernando “La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del Derecho Penal”, *Prudentia Iuris*, Número Aniversario, 2020, ps. 263 a 279, v. en part. p. 275. Para un análisis exhaustivo sobre las posturas doctrinales y jurisprudenciales nacionales remitimos a la tesis magistral presentada por María Soledad Brusau para la obtención del título de Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, agosto de 2020, “La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal”, trabajo dirigido por el profesor Julio Pablo Comadira.

96. García Pullés, Fernando, “La potestad sancionatoria administrativa...”, op. cit., p. 275.

Desde el campo jurisprudencial, la CSJN ha expresado “la distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene una base cierta, que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones, para establecer un criterio seguro o una fórmula clara para distinguirlos”...<sup>97</sup>.

Y en una postura más afín a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español que parecen admitir una dualidad del poder punitivo estatal, se encuentra la jurisprudencia de la COIDH —pauta de insoslayable consideración por los poderes constituidos argentinos<sup>98</sup>— que aplica las garantías del debido proceso legal a los procedimientos administrativos y sancionatorios sobre la base de un concepto autónomo de la noción de proceso como toda instancia de determinación de derechos<sup>99</sup>.

De nuestra parte, hemos sustentado la identidad ontológica de las sanciones penales y administrativas (con inclusión de las sanciones administrativas disciplinarias) en su manifiesta potencialidad ablatoria o amputatoria de derechos<sup>100</sup>.

97. CSJN, Fallos 205:173, cit. por García Pullés, Fernando en op. cit., reeditado a lo largo del tiempo por el Tribunal Címero (v. también Fallos 324:1307 y similares colacionados por Brusau, María Soledad en su tesis magistral “La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal”, *supra* citada).

Sin embargo, es de resaltar que existe jurisprudencia del mismo tribunal, anterior a la reforma constitucional de 1994 que excluía al poder sancionatorio disciplinario de la aplicación de las garantías del derecho penal, v. en tal sentido, la Resolución CSJN N.º 696/89 recaída en el expte. N.º 338/87 de Superintendencia; v. también Fallos 310:316 *in re* “María Mercedes Pereiro de Buodo” citado por Sappa, José R., “El control judicial de la potestad sancionadora de la administración: actualización jurisprudencial”, en AAVV, *Control Público y acceso a la justicia*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Tomo 1, Astrea, Rap, Bs. As., 2016, p. 186. La mencionada resolución, expresa en su considerando 7.º: “Que de lo expuesto puede concluirse que hay una tercera especie de penas, propia de la relación de servicio del derecho público: la pena disciplinaria, que no tiene como fundamento la sola represión, o el resarcimiento patrimonial del daño causado, sino la defensa integral de la autoridad de la administración pública, y el mejoramiento del servicio público. 8.º) Que así lo ha sostenido este Tribunal al expresar que las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal (Fallos 203:399; 256:97). La regla de la ley penal más benigna rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (sent. “Caputo, Luis” del 8-8-1985 en Fallos 307:1282)”.

98. V. CSJN, 21-8-2003, “Videla, Jorge Rafael s/ Incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada” (del voto del Dr. Petracchi).

99. V. art. 8, CADH; v. Sammartino, Patricio M.E., en “El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho”, en Pozzo Gowland, Héctor; Halperín, David Andrés; Aguilar Valdéz, Oscar; Juan Lima, Fernando y Canosa, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, LA LEY, Prov. de Bs. As., 2012, ps. 628 y ss.; más puntualmente sobre la materia sancionatoria, expresa García Pullés: “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) ha proclamado que las garantías del Derecho Penal son aplicables íntegramente en el ámbito de las sanciones administrativas, criterio que empezó a delimitarse en el fallo “Baena vs. Panamá”, se reiteró en ‘López Mendoza vs. Venezuela’ y se explicitó claramente en ‘Maldonado Ordóñez vs. Guatemala’ y en ‘Flor Freire vs. Ecuador’” (v. García Pullés, Fernando en “La potestad sancionatoria administrativa...”, op. cit., p. 276).

100. Esta unidad de naturaleza no excluye diferencias específicas. Explica ARISTÓTELES en su *Metafísica* que toda definición es la noción de la esencia, de lo que hace que una cosa sea una cosa y no otra. En la definición no hay más que género primero y las diferencias; la última diferencia es la forma, la esencia del objeto; la definición

Afirmada esta identidad, por el principio de *ubi est eadem ratio, ibi idem ius*, resultan de aplicación, a las sanciones administrativas, disciplinarias en la especie, el principio de reserva de ley agravada propio de la materia penal que encuentra carnadura en los arts. 18, 76 y 99, ap. 3, CN así como el subprincipio de taxatividad o tipicidad legal (*lex certa*). Estos fulminan la materia penal tanto de la delegación administrativa como de la emisión de decretos autónomos, reglamentarios y de necesidad y urgencia.

---

es la noción suministrada por las diferencias, por la de la última diferencia (v. Aristóteles, *Metafísica*, Colección Austral, Espasa-Calpe S.A, novena edición, Madrid, 1980, ps. 168 a 169 y p. 208). La diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de alguna cosa que debe ser común a ambas (Aristóteles, op. cit., ps. 224 a 226). Así el género es lo que constituye la unidad y la identidad de dos seres. Es el género común a seres diferentes el que se diversifica en especies. Toda diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de un mismo género. De tal suerte que lo que forma la identidad de los seres es el género que los abraza a ambos.

Bajados estos conceptos filosóficos al terreno del *ius puniendi estatal*, cabe colegir que la unidad de naturaleza ablatoria que exhiben tanto las sanciones penales como las administrativas no excluye la posibilidad de que puedan presentarse diferencias específicas, como, por ejemplo, con motivo del elemento subjetivo, es decir, por el órgano que las aplica, judicial o administrativo; proyectándose según los casos, las características propias de las distintas funciones del poder. En el caso de la Administración, la falta de independencia e imparcialidad propia de la actividad administrativa en la que campea el principio de jerarquía, más allá de la necesaria objetividad en la actuación que es exigible a toda actividad estatal, y de los principios específicos que deben regir en el procedimiento sancionatorio; es por ello que, como se dijo más arriba solo los jueces puedan imponer sanciones que afecten la libertad y los derechos civiles y políticos. Pero estas diferencias “específicas” resultan justamente “paliadas”, “aplanadas”, allanadas —en homenaje a la mentada potencialidad ablatoria que constituye el género y hermana a las dos categorías de sanciones (administrativas y penales)— si se aplican las mismas garantías del debido proceso tanto a los procedimientos administrativos y sancionatorios como a los procesos judiciales, conforme lo ha resuelto la jurisprudencia interamericana.

A mayor abundamiento, podría decirse que teniendo en cuenta las diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, que suscita la diferente intervención, en el primer caso, de la Administración y en el segundo, del poder judicial, resulta más que justificado extender las garantías del segundo al primero.

El elemento subjetivo diferente que se verifica en la aplicación de penas y sanciones administrativas (tribunales judiciales y la Administración, respectivamente), proyecta sobre las mencionadas penas y sanciones administrativas, indudablemente, las diferencias propias del distinto régimen jurídico de cada una de las funciones del poder; esto ha llevado a autorizada doctrina a sostener, atinadamente, que las sanciones administrativas, sean en ejercicio de la potestad sancionadora externa o lo sean en ejercicio de la potestad sancionadora interna (disciplinaria) constituyen el ejercicio de la función administrativa (v. Comadira, Fernando G., op. cit., ps. 27 y ss.). Pero esta valiosa y fundada postulación del profesor Fernando G. Comadira —que compartimos— no excluye a nuestro ver, que las aludidas sanciones administrativas participen de la naturaleza ablatoria (amputatoria) de derechos y libertades propia de las penas que aplican los tribunales judiciales. Esta naturaleza o esencia, inteligida desde una perspectiva filosófica realista que mira al ser de las cosas, ha determinado, en nuestra opinión, que los tribunales internacionales de derechos humanos apliquen —aun admitiendo la dualidad de penas y sanciones consagradas por las jurisdicciones nacionales— los principios del derecho penal a la materia sancionatoria administrativa; ello se ve singularmente en la jurisprudencia del TEDH que abre su jurisdicción internacional limitada a delitos, para juzgar sanciones administrativas así conceptuadas por las citadas jurisdicciones locales, cuando advierte una “coloración penal” (v. Llop, Javier Barcelona, op. cit., p. 210). Y nótese que esta coloración penal dimana para el TEDH de la “entraña” o naturaleza de la injerencia de la sanción y no necesariamente, de su entidad (para el TEDH, un asunto puede ser penal aunque el importe de la sanción sea pequeño; v. TEDH, *in re* “Lauko” -1998- y “Jussila” -2006- cit. por Llop).

### 3.6.4. El principio de legalidad, el subprincipio de tipicidad y la medida de la colaboración reglamentaria en el campo del derecho sancionatorio: la doctrina del complemento indispensable

Con respecto a la vigencia del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas sostiene el profesor Cassagne: “Emanado de la cláusula constitucional que instituye la garantía de la defensa, dicho principio prescribe que toda pena debe fundarse en ley (art. 18, Constitución Nacional). Este precepto, que algunas cartas constitucionales, como la española han incorporado al ordenamiento positivo recién en 1978 (en el art. 25.1.) posee entre nosotros una tradición que se ha arraigado en una interpretación jurídica constante, formulada a partir de la sanción de la Constitución de 1853. A su vez el citado principio se completa con la cláusula contenida en el art. 19 según la cual nadie se encuentra ‘obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe’.”<sup>101</sup>.

El autor advierte que del principio de legalidad derivan trascendentes principios del derecho penal sustantivo... y que por ley debe entenderse, en mérito a la naturaleza restrictiva que demanda la interpretación de la materia en cuanto tiende a tutelar los derechos fundamentales de las personas, solamente a la ley material y formal. Concluyendo: “...las contravenciones, de naturaleza penal, no pueden ser establecidas por reglamentos, pues las autoridades administrativas carecen de competencia constitucional para crear faltas o contravenciones”<sup>102</sup>.

En el campo sancionatorio, sostienen García de Enterría y Fernández, en favor de la reserva de ley militan razones decisivas: a) la equiparación completa entre infracciones penales y administrativas; b) carácter de derecho fundamental que tiene la formulación del art. 25 en línea con el 53.1 (ambos de la Constitución española) que exige como fuente la ley para regular los derechos fundamentales; c) porque delimitando la ley sancionatoria el ámbito de lo lícito y de lo ilícito sancionable y por tanto las fronteras de la libertad, este efecto capital de la vida social no puede quedar deferido a una simple norma reglamentaria<sup>103</sup>.

101. Cassagne, Juan C., “En torno de las sanciones...”, p. 944.

102. Ídem.

103. García de Enterría y Fernández, op. y loc. cit., p. 173. Sobre el necesario cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad en materia de sanciones sobre la base del carácter restrictivo de derechos y libertades de estas, v. también Cueto Pérez, Miriam, “Los principios de la potestad sancionadora de las Administracio-

Esta imperatividad del principio de reserva de ley solo admite la colaboración reglamentaria conforme la teoría de la doctrina del *complemento indispensable*<sup>104</sup>.

Ello significa que el reglamento no puede definir ilícitos o conductas sancionables ni las sanciones aplicables, incumbe al legislador regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes. La colaboración reglamentaria debe acotarse al desarrollo de especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones sin alterar la naturaleza o límites que la ley contempla y que contribuyan a la más correcta identificación de las conductas antijurídicas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes<sup>105</sup>.

El principio de legalidad lleva anejo al subprincipio de taxatividad o tipicidad, de exigencia de ley *certa*<sup>106</sup>; impera la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes.

La tipicidad es la descripción legal de una conducta específica a la que se conecta una sanción.

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad sobre el que se organiza el Estado de Derecho que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y por tanto, delimitadas sin ninguna indeterminación, y en segundo lugar, la correlativa exigencia de seguridad jurídica (*lex certa*)<sup>107</sup>. Esta seguridad jurídica se logra acabadamente con

---

nes Públicas. Tipicidad y responsabilidad”, *Documentación administrativa*, p. 103 disponible en <https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9603>.

**104.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 174.

**105.** Ídem; v. también CSJN, 17-5-1957, “Mouviel, Raúl O. y otros s/Desórdenes art. 1.º inc. c), Escándalo, art. 1.º, inc. a)”, Fallos 237:636.

**106.** En igual sentido, sostiene Cassagne: “El principio de tipicidad legal requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico, ya que en materia penal, el silencio del legislador se considera que configura un ámbito de libertad” (v. Cassagne Juan C., “En torno de las sanciones...”, op. cit., p. 944). En cuanto a que la descripción de la conducta típica debe estar en una fuente legal material y formal, no parece entenderlo así la COIDH en el caso “Mina Cuero vs. Ecuador” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y costas), sentencia del 7-9-2022, párr. 105 en el que el aludido tribunal sostuvo que las faltas disciplinarias pueden estar establecidas en normas que no tengan rango legal; v. también “Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala”, párrs. 89 y 95, citado en “Mina Cuero”. Sin embargo, ello no excluye que nuestro ordenamiento jurídico sea en tal sentido más garantístico de las libertades individuales de conformidad con las exigencias constitucionales vernáculas y nuestra tradición cultural. Debe en tal sentido tenerse presente que los textos internacionales, en puridad, son mínimos a tener en cuenta por los ordenamientos y praxis locales y no máximos.

**107.** García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 174.

la fuente legal y no con la reglamentaria, más fácilmente modificable y mutable.

En definitiva, la descripción del supuesto de hecho, el *tatbestand*, la *fattispecie*, la hipótesis de hecho con todos los elementos que detonarán una sanción, debe estar en la ley.

Así, el subprincipio de tipicidad no se satisface con cláusulas de carácter general que no permitan identificar de forma adecuada la conducta infractora de modo autónomo en el campo de la legalidad formal por reenviar a fuentes reglamentarias<sup>108</sup>.

Tal como refieren García de Enterría y Fernández, el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias (61/90 del 29 de marzo de y 207/90 del 17 de diciembre) ha declarado la ilegitimidad de las cláusulas sancionadoras por las que se castiga genéricamente la infracción de los deberes contemplados en una norma en cuanto remita su concreción no a normas con rango de ley sino a reglamentos<sup>109</sup>.

Para estos juristas, el principio de tipicidad se basa en razones de legitimidad democrática de la intervención punitiva; en lo sustancial, cabe considerar también que hace a la necesaria limitación del poder de la Administración en un Estado de Derecho sobre bases objetivas y generales que aseguren tanto el respeto de la dignidad de la persona como la necesidad y pertinencia de la limitación de la libertad de que se trate; a más de la seguridad jurídica.

No ignoramos que calificada doctrina administrativa tanto nacional como del derecho comparado admite que el principio de tipicidad no resulta exigible de un modo absoluto en el campo del derecho administrativo sancionatorio en tanto reconoce matices o dificultades en su extrapolación del derecho penal a este. Ello sobre la base de considerar que “...las posibilidades de infracción a las normas específicas de la disciplina evidencian una multiplicidad de variantes que son insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica”<sup>110</sup>.

---

108. Ídem.

109. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 175.

110. Ver autores citados por Comadira, Fernando G., en op. cit., ps. 379, nota a pie N.º 1104. Sin embargo, en lo tocante a la menor exigencia de precisión en los tipos descriptivos de las faltas administrativas disciplinarias, admitida en general por la doctrina, advierte Comadira: “...resulta insoslayable señalar que las conductas deben

De nuestra parte, entendemos que la dificultad técnica de tipificación legal que puede verificarse en el campo de la limitación de las libertades y derechos de la persona para la debida preservación del interés público secundario no puede conducir a una solución restrictiva de derechos y libertades, esto es, que opte por herramientas que permitan una incriminación sin ley estricta. Debe, en cambio, resolverse en favor del principio ontológico de la libertad de la persona humana<sup>111</sup>. Nos apuramos a señalar que la taxatividad legal no es incompatible con la utili-

---

necesariamente encuadrarse en las figuras previstas, de modo tal que serán inválidas las normas que pretendan derivar conductas sancionables por la sola voluntad del funcionario superior o en su caso, sustentadas en la norma que otorga la atribución sancionatoria” (Comadira, op. cit., p. 379). Para Quintero Olivares G. —colacionado por Cueto Rúa en op. cit. p. 96 — “la extensión a absolutamente todas las infracciones administrativas del total sistema penal, acarrearía la esclerosis del derecho sancionador, consecuencia nada deseable, pues también de su eficacia depende el bienestar colectivo.”

**111.** Porque ¿qué cabe esperar del administrado, si la propia dogmática jurídica reconoce la virtual imposibilidad de “encerrar” en la descripción típica, las posibles faltas administrativas, por su variedad...? ¿cómo puede el empleado público, precaverse de incurrir en faltas no tipificadas en normas por esta “insusceptibilidad” de descripción de las posibilidades de infracción a las normas específicas de la disciplina que rompe con la indiscutible función de garantía del tipo delineada por la dogmática penal? La respuesta cae por su peso: solo puede esperarse el sacrificio de la seguridad jurídica y la inversión del principio ontológico de la libertad, el desconocimiento de los arts. 18 y 19 de la CN. La cuestión de la imperatividad del tipo legal en materia sancionatoria, tanto externa como interna disciplinaria no debe ser confundida con la relativa o mayor apertura que pueden presentar ciertas descripciones típicas frente a otras, por la textura abierta del lenguaje que es el soporte de la proposición jurídica y que hace a su transmisibilidad, y asimismo, por el dinamismo y variabilidad constante de las relaciones vitales, interpersonales y sociales que constituyen la historicidad del derecho y que inciden diacrónicamente en la significación del lenguaje. Pero dar solución a estas cuestiones —luego de logrado el mejor perfeccionamiento técnico jurídico posible del tipo en la fase legisferante— será tarea de la hermenéutica y de la razonable sindéresis que tendrá lugar en la fase aplicativa de la norma, sea por el juez en el caso de las penas, sea por la Administración en el caso de las sanciones. Porque la tipicidad legal no tiene en todos los casos la misma hermeticidad. También en el derecho penal se presenta la problemática de la mayor o menor apertura de la descripción típica y de los tipos legales abiertos que reclaman en el juez una “concreción intensiva por medio de la interpretación” (v. Jacobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 196 a 197). Pero si el reconocimiento de esta textura abierta del lenguaje que se suma a la historicidad del derecho no permiten al derecho penal apostatar del principio de legalidad, tampoco puede hacerlo el derecho administrativo sancionatorio externo o interno disciplinario, que debe sumar a las técnicas del derecho penal elaboradas para estos supuestos, el instrumental del derecho administrativo (conceptos jurídicos indeterminados, control de los elementos reglados del acto emitido en ejercicio de atribuciones parcialmente discrecionales y de su razonabilidad, etc.). Téngase al respecto presente la función de garantía del tipo destacada por la dogmática del derecho penal, extrapolable por cierto al derecho administrativo sancionatorio externo e interno. Con respecto a las soluciones procuradas por el derecho penal consideramos que la noción de “tipo total” perfilada por Roxin (v. Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídicos*, IBde F, Bs As, 2014, ps. 277 a 279, 298 y ss. y 174) plantea ciertas analogías funcionales con la construcción administrativa del “concepto jurídico indeterminado” y no excluye la vigencia irrestricta del principio de legalidad. Expresa Roxin que el tipo “total” de injusto es esencialmente correcto, toda vez que la idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación del injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho. Naturalmente llevan a cabo esta función de otra manera: mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario a derecho. Considera “...totalmente razonable concebir un tipo descriptivo de lo injusto frente a otro tipo excluyente de lo injusto, en los que se agrupen ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero el tipo fundamentador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto”... y pregona: “es recomendable abarcar ambos tipos en un tipo total, pues ellos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal que constituye la esencia del tipo” (Roxin, op. y loc. cit., ps. 277 a 279).

zación de la técnica de los referidos “conceptos jurídicos indeterminados”. Ello en tanto estos implican un proceso de cognición y no de volición y solo pueden concretizarse en una única solución justa<sup>112</sup>.

Por otro lado, la apuntada dificultad en la descripción y aprehensión de las conductas que merecen un juicio disvalioso por parte del derecho, que en definitiva es de carácter técnico, jurídico y superable, se da plenamente en el campo del derecho penal que en el camino de su evolución histórica<sup>113</sup> y de su perfeccionamiento técnico ha debido y debe enfrentar cotidianamente desafíos similares. Ante la dificultad en la protección de los bienes jurídicos tutelados, sean estos de la comunidad o se trate del interés público secundario tendente al buen funcionamiento de la organización administrativa, la solución nunca puede ser el fácil sacrificio o amputación de los derechos de la persona<sup>114</sup>.

**112.** Explica Brewer Carías, con cita de García de Enterría y Fernández, que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites), con la intención de acotar un supuesto concreto, unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello, advierte, se trata de un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional. Siendo la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite.

En la discrecionalidad, —precisa— la operación que debe realizar la administración es siempre de naturaleza volitiva; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta.

En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza intelectual: la administración cree, juzga, estima, aprecia que la edificación, por ejemplo, amenaza o se encuentra en ruina. Esta distinción provoca efectos importantes: mientras en el caso de la discrecionalidad no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley se la atribuye expresamente, dejando a salvo, sin embargo los límites de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contencioso administrativos (Brewer Carías, Allan, “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, en Cisneros Farías, Germán, Fernández Ruiz, Jorge y López Olvera, Miguel (coordinadores), *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (2007), ps. 100 y ss., disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11309/la-tecnica-de-los-conceptos-juridicos-indeterminados-como-mecanismo-de-control-judicial-de-la-actividad-administrativa.pdf?sequence=13&isAllowed=y>) y también en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/528.-491.-Conceptos-jur%C3%ADdicos-indeterminados1-16-02-05.pdf>

**113.** Es que el Derecho en todas sus ramas es un producto histórico y cambiante; explica Henkel que el Derecho “...se halla implicado de dos distintas maneras en los cambios históricos de la Sociedad, que con una variedad inimaginable, se producen entre su nacimiento y su desaparición: ...como producto del espíritu común que se desarrolla según las leyes que rigen todo lo vivo, en el progreso y en el cambio; en segundo lugar, a causa de la dependencia (...) del Derecho de la conformación fáctica de las relaciones vitales y sociales externas, las cuales se encuentran, asimismo, en constante cambio” (v. Henkel, Heinrich, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1968, ps. 68 a 69).

**114.** Entendemos de conformidad con los principios que han delineado el Estado de Derecho a lo largo del tiempo —que han sido extensamente aludidos en los apartados iniciales de este trabajo— que el incumplimiento de la taxatividad legal por parte del legislador en ocasión de restringir libertades y derechos debe resolverse, sea a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sea mediante el recurso a la *máxima taxatividad interpretativa* entendiendo el texto en la forma más restrictiva del poder punitivo posible (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alarcía, Alejandro, Slókar Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2014, p. 106).

Examinada la cuestión desde la ponderación de los valores jurídicos en juego, no deja de sorprender que el principio de máxima taxatividad legal flamee inconcuso en el ámbito del derecho tributario —patrimonial por excelencia pero igualmente vinculado a la subsistencia del Estado— donde asume el carácter de verdadero dogma de fe tanto para la doctrina como para la jurisprudencia<sup>115</sup>, y sea objeto de dudas, vacilaciones y relativizaciones en materia de derecho administrativo disciplinario cuya aplicación puede afectar derechos fundamentales de la persona, no disponibles ni renunciables, a diferencia de lo que acontece con los derechos patrimoniales primordialmente alcanzados por el derecho tributario<sup>116</sup>.

En definitiva, no se trata en modo alguno de abdicar del poder punitivo del Estado en lo relativo al interés público secundario —indispensable para la efectiva realización del Bien Común—, ni de postular una concepción insolidaria de los derechos y garantías que no tenga en cuenta las “justas exigencias del Bien Común” (art. 32 CADH); se trata de superar las dificultades que presenta la faena jurídica y jurígena a través de la necesaria perfección técnica de las herramientas jurídicas, tanto en el *plano legisferante* como en el *plano aplicativo* de la norma con el objeto de hacer prevalecer las disposiciones constitucionales enderezadas a la debida preservación de las libertades y derechos de la persona<sup>117</sup>.

---

Ello, agregamos nosotros, en función del principio ontológico de la libertad del hombre que es un *prius* para el derecho, así como el de su dignidad (en similar sentido, v. Cassagne, Juan C., “en torno de las sanciones...”, op. cit., p. 944). De consiguiente, la solución del Derecho no puede nunca, en caso de duda o indeterminación normativa, optar en favor del *ius puniendi* estatal.

**115.** CSJN, 27-12-1996, “Autolatina Argentina S.A. (T.F. 12463-I) c/ Dirección General Impositiva, (Considerando 20).

**116.** Esta inconsecuencia valorativa —en nuestra opinión— se basa en la suma histórica de diversas falacias y argumentos que están más marcados por la historicidad del derecho que por la prueba concreta de su carácter verdadero y que, por lo tanto, hoy resultan anacrónicos. En primer lugar, cabe considerar que la dificultad en definir las conductas ilícitas en el plano administrativo es similar (sino igual) a la que enfrenta el derecho penal, que, además de los desafíos permanentes que presenta la textura abierta del lenguaje y el dinamismo cultural, debe tipificar delitos día a día más complejos, fruto de la evolución técnica y considerablemente, a raíz de los desarrollos cibernéticos y de la inteligencia artificial; a esto se suma, en segundo lugar, una cierta subestimación o prejuicio respecto del derecho disciplinario: se parte de la base de que el derecho sancionatorio administrativo, interno o disciplinario en la especie, implica sanciones menores a las penales, es decir, que producen en puridad una afectación “tolerable” de derechos de las personas y sobre esa falsa presuposición, se admite una cierta relajación o flexibilización de las garantías penales, sobre todo de la taxatividad legal, en puridad, imperadas por el debido proceso legal o derecho de defensa. Esto no es hoy científico; como hemos explicado *supra*, el TEDH ha privilegiado en determinados casos la sustancia o entraña penal de la sanción calificada como administrativa por el ordenamiento nacional, magüer su escasa entidad (TEDH, *in re* “Lauko” -1998- y “Jussila” -2006-). En tercer lugar, se asume como natural, el voluntario sometimiento de la persona a la relación de empleo público, tradicionalmente considerada como relación o estado de especial sujeción por su histórico origen estatutario. Hoy la evolución de la conciencia jurídica expresada a través de diversas convenciones internacionales de derechos humanos y del trabajo, no admite la disponibilidad o renuncia en el marco del contrato de empleo público, de derechos que comprometen a la persona y su dignidad, protegiendo nuestra constitución desde temprano, “el trabajo en sus diversas formas”.

**117.** El derecho administrativo sancionatorio sin abjurar del principio de legalidad y tipicidad puede muy bien enriquecer y complementar las técnicas que utiliza el derecho penal siempre dentro del campo de la legalidad

### 3.7. La materia disciplinaria: ¿reserva de ley agravada?

Tanto por aplicación de la regla a cuyo tenor para restringir derechos constitucionales se requiere de ley formal como por aplicación del criterio de la identidad ontológica entre ilícitos penales e infraccionales y consiguiente aplicación del principio *nulla poena sine praevia legge*, aparece en el ordenamiento jurídico argentino la imperatividad del principio de legalidad en materia disciplinaria.

Pero cabe preguntarse si en la materia disciplinaria rige una especial reserva de ley agravada con sus notas de *lex scripta, praevia* y *certa*.

En tal sentido, entendemos que del juego de los arts. 18, 76 y 99, apartado 3 de la CN, surge prístina una reserva de ley agravada para la materia penal<sup>118</sup>. Participando las sanciones disciplinarias de la apuntada naturaleza penal, ablatoria de derechos, cabe colegir que más allá de la exigencia de ley para regular el ejercicio de cualquier derecho constitucional perfilada en la parte dogmática de la CN, cuando se trata del campo infraccional, esta exigencia asume mayor imperatividad aún, en tanto la materia penal —a la que se asimila la infraccional, disciplinaria en la especie,— no podría ser materia ni de la delegación legislativa, ni de un decreto de necesidad y urgencia (v. arts. 76 y 99, ap. 3, CN).

#### 3.7.1. La inadmisibilidad de incluir en el régimen de las sanciones contractuales a las sanciones del contrato administrativo de empleo público

En el ámbito contractual administrativo, el incumplimiento ilegal de las obligaciones asumidas detona la aplicación de una sanción que consiste en la pérdida

---

formal (ley penal en blanco, tipo abierto, tipo “total” postulado por Roxin, etc.) con las ricas instituciones que provee el derecho administrativo (principialismo, conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y control de los actos emitidos en ejercicio de potestades parcialmente discrecionales).

**118.** Reza el art. 99, ap. 3, CN, respecto de las atribuciones del Presidente de la Nación como cabeza de la Administración Pública y del Estado: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

de la situación jurídico administrativa de ventaja como consecuencia de que la Administración deja sin efecto temporal o definitivamente un acto administrativo favorable al contratista sancionado que le procuraba esa situación de ventaja o derecho<sup>119</sup>.

Explican García de Enterría y Fernández que en todas las relaciones bilaterales (contratos, concesiones) distintas de la relación de empleo público, la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma (responsabilidad contractual) y no del poder sancionatorio general sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico privadas que la disponibilidad de la autotutela por parte de la Administración<sup>120</sup>.

En coincidencia con la exclusión de la relación de empleo público que realizan estos autores, de nuestra parte, agregamos que en el ámbito administrativo disciplinario no se puede argüir el carácter contractual de la relación de empleo público para considerar que las cuestiones disciplinarias deban dirimirse en el campo de la responsabilidad contractual en términos meramente patrimoniales y renunciables. O invocarse el voluntario sometimiento o acatamiento del empleado público en ejercicio de la autonomía negocial que caracteriza a las relaciones contractuales.

Porque los derechos implicados en la relación de empleo público, en tanto conciernen al débito laboral de la persona humana, por su dignidad, asumen el *status* de derechos fundamentales, comprometen los fines existenciales de la persona humana y no resultan disponibles ni renunciables, a diferencia de lo que acontece en el marco de contratos administrativos de contenido patrimonial renunciable (v.gr. contrato administrativo de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, concesión de uso de bien del dominio público, suministros, etc.).

---

119. García de Enterría y Fernández, op. cit., ps. 170 y ss.

120. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 171.

#### 4. EL ALCANCE CONCRETO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. EXÉGESIS A PARTIR DE LA TEORÍA EGOLÓGICA DE COSSIO

Afirmada *supra* la imperatividad del principio de legalidad formal en el campo del derecho administrativo disciplinario, afirmada la identidad ontológica entre la sanción administrativa disciplinaria y la sanción penal, cabe realizar la disección de la norma jurídica como estructura lógica para examinar cuál es el alcance concreto y pormenorizado de esta aplicación, esto es, qué elementos específicos de la norma deben encontrarse previstos en el campo de la legalidad formal para dar satisfacción al aludido principio.

A estos efectos, resulta útil recurrir a la estructura normativa que plantea la denominada teoría egológica de Carlos Cossio, que ha sido más arriba colacionada (v. apartado 3.3 de este trabajo) en tanto considera a la libertad humana como un axioma ontológico en el cual se apoya el derecho; ello, aun cuando no se suscriban las premisas filosóficas de su pensamiento existencialista y fenomenológico.

Desde esta aproximación, hemos observado que el presupuesto de aplicación de la sanción es el incumplimiento del consecuente de la endonorma (*dado NO B, debe ser S*). Por ello, por aplicación del principio de legalidad, el consecuente de la endonorma (*debe ser B*), que recordemos, involucra una obligación (de hacer o de no hacer —que en el caso del empleado público se reconduce a deberes y prohibiciones)— resulta alcanzado por la reserva de ley formal; es decir, no resulta satisfecho con una norma jurídica típica que no califique como ley formal (v. arts. 14 y 28 CN).

De ahí que todo reenvío que reclame la colaboración de una norma administrativa que no respete la exigencia de constituir una ley en sentido formal, viola el principio de legalidad, de rango constitucional.

Porque tanto la endonorma (con su antecedente y consecuente) como la perinorma que contiene la sanción, deben ser gobernadas por la legalidad formal; es que cuando se regulan derechos, se restringen libertades (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, y en especial, arts. 76 y 99, ap. 3, CN).

De consiguiente, las prestaciones o deberes de conducta (deberes y prohibiciones del empleo público) deben estar perfilados, pormenorizadamente regulados, por la norma jurídica legal (en el consecuente de la endonorma) o en su integración normativa por remisión a un plexo *legal*; no alcanza así, como ha explicado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español citada más arriba, con que una norma legal indique latamente que el incumplimiento de deberes y la violación de prohibiciones constituirá una falta disciplinaria, si estos deberes y prohibiciones no están detallados y perfilados por una fuente legal formal. Porque tal temperamento vulneraría el subprincipio de tipicidad o taxatividad propio del principio de legalidad.

Cabe insistir —siguiendo a García de Enterría y Fernández— en que la articulación del contenido y alcance de los deberes exige una cobertura a nivel de ley formal como materia reservada que aquellos son, en cuanto límite del libre desenvolvimiento de la personalidad<sup>121</sup>.

Esta articulación técnico normativa del principio de legalidad en materia de restricción de derechos se advierte con singular claridad en la materia tributaria. Ello, en tanto el denominado hecho imponible, o presupuesto de hecho de la obligación tributaria como esta última, ocupan el antecedente y consecuente de la endonorma, respectivamente. Y ni la doctrina ni la jurisprudencia vacilan en afirmar que todos los elementos que integran tanto el hecho imponible (antecedente de la endonorma) como los elementos de la obligación tributaria (consecuente de la endonorma) deben estar todos, absolutamente todos, perfilados por la legalidad formal<sup>122</sup>.

Desde esta atalaya, cabe afirmar que *toda* la materia administrativa disciplinaria por su potencialidad ablatoria y restrictiva de derechos debe ser delineada a través de la taxatividad legal (ley formal).

---

121. García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 35.

122. Sobre los elementos del hecho imponible o hipótesis de incidencia o presupuesto de hecho de la obligación tributaria y respecto de los elementos de esta, v. Corti, Aristides, Buitrago, Ignacio J. y Calvo Rubén A., en “La estructura jurídica de la norma tributaria”, *Jurisprudencia Argentina*, 29-6-1988, N.º 5574; en igual sentido, v. Dictámenes PTN 243:37 y 274; 246:539, relativos a la reserva legal agravada que existe en materia tributaria.

Porque tanto cuando se ejerce el poder punitivo del Estado (sea en clave penal *strictu sensu*, como en clave infraccional, disciplinaria en la especie), como así también en materia tributaria —terrenos en los que refulge la reserva de ley constitucional—, el problema de la remisión de la norma legal al campo administrativo en la complementación de la norma no puede superar la dimensión reglamentaria, trascender la fijación de pormenores o ultimación de detalles<sup>123</sup>.

En tal sentido, la situación admite ser examinada desde la perspectiva que ofrece la ley penal en blanco y con las mismas respuestas.

La ley penal en blanco es aquella cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima<sup>124</sup>.

Consiste en una estructura compleja formada a través de una norma principal —núcleo de la prohibición y de la sanción— y otra de tipo complementaria —especificadora— que puede ser de origen legislativo o administrativo. Para algunos autores la ley penal en blanco propiamente dicha es la que remite a disposiciones de tenor administrativo, no legal<sup>125</sup>.

Cuando esa fuente es administrativa, el principio de legalidad que campea en materia de derecho sancionatorio, veda que la reglamentación determine lo esencial de la materia prohibida, esto es que defina lo ilícito en sí mismo. La norma integradora solo puede fijar detalles, pormenores, condiciones circunstancias<sup>126</sup>.

La reglamentación administrativa debe operar solo sobre elementos circunstanciales del elemento típico que admitan ser encuadrados en el campo de lo reglamentario por su variabilidad y dinamismo. En efecto, las leyes penales en blanco deben estar justificadas en función del bien jurídico a que se refieren, singularmente a su dinamismo<sup>127</sup> y a la movilidad normativa necesaria

123. V. CSJN, 17-5-1957, “Mouviel, Raúl O. y otros s/Desórdenes art. 1.º inc. c), Escándalo, art. 1.º, inc. a)”, Fallos 237:636.

124. V. la opinión de Bacigalupo, citada por Guillermo Yacobucci, en op. cit., p. 416.

125. V. García Cavera, citado por Guillermo Yacobucci en op. cit., p. 415.

126. CSJN, sentencia vertida en el caso “Mouviel”, *supra* citado.

127. Yacobucci, Guillermo, op. cit., p. 419. Explica este autor que la remisión a normas administrativas suele justi-

para su atención; pero la ley remitente debe contener el núcleo esencial de la prohibición.

Sólo en estos casos, las remisiones son válidas en tanto el núcleo esencial de la infracción este tipificado en la ley penal remitente.

Teniendo en cuenta que la falta de ajuste de la conducta por parte del empleado público a los deberes y prohibiciones que constituyen el régimen disciplinario de la función supone justamente el presupuesto de hecho que detona la aplicación de la sanción, y teniendo en cuenta que aquellos carecen por principio de la naturaleza dinámica y variable propia, por ejemplo de las cuestiones atinentes al régimen económico, cambiario, aduanero etc., cabe excluir a la configuración de los deberes y prohibiciones del campo de reglamentación administrativo propio de la técnica de la ley penal en blanco<sup>128</sup>.

## **5. PROGNOSIS CONCLUSIVA: LOS DEBERES Y PROHIBICIONES DEL EMPLEADO PÚBLICO RESULTAN ALCANZADOS POR EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN TANTO INTEGRAN EL CONSECUENTE DE LA ENDONORMA CUYO INCUMPLIMIENTO DETONA LA SANCIÓN CONTENIDA EN LA PERINORMA**

Hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la indiferenciación ontológica entre sanciones administrativas y penales y la consiguiente aplicación a ellas del

---

ficarse en las apuntadas razones de necesidad generadas por el propio dinamismo de la materia de que se trate, v.gr. áreas de control de riesgos, salud, medio ambiente, flujos económicos, fiscales o financieros que exigen por su naturaleza mutable y dinámica, que la concreción o especificidad de la imputación típica tenga fuente administrativa; v. también Milanese Pablo, “Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos”, tesis presentada en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada, disponible en <https://digibug.ugr.es/handle/10481/56855>.

**128.** Cabe por cierto diferenciar la ley penal en blanco del “tipo abierto”. En función del mayor o menor margen de interpretación que ofrece el tipo penal, se diferencian los tipos penales cerrados y los tipos penales abiertos. Jakobs conceptúa los tipos penales abiertos como “abiertos a la concreción intensiva por medio de la interpretación” (v. Jacobs, Günther, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 196 a 197); para Roxin, en los tipos abiertos acuñados por Welzel, el juez se ve en la obligación de investigar la antijuridicidad mediante la comprobación de los llamados elementos del deber jurídico (v. Roxin, Claus, op. y loc. cit. p.6; v. también sobre la noción de tipo abierto, Gorra Daniel Gustavo, “¿Los jueces crean derecho cuando «definen» los tipos penales abiertos?” DPyC 2014 (agosto), 203, TR LALEY AR/DOC/1446/2014; Puricelli, José Luis, “El intérprete frente al tipo penal abierto y el principio de legalidad”, DPyC 2022 (septiembre), 210; TR LALEY AR/DOC/2264/2022).

A diferencia de los tipos penales abiertos, las leyes penales en blanco no son tipos penales que requieran de un complemento extralegal librado a la interpretación del juez, sino que la especificación de los elementos típicos se realiza sobre la base de la ley a la que se reenvía. Si bien la norma que remite puede tener cierto grado de indeterminación en tanto debe ser completada por otra, la interpretación judicial no es autónoma sino que debe sujetarse a parámetros perfilados por la norma remitida.

principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prescripto por nuestra Constitución.

Esta indiferenciación ontológica, en nuestra opinión, se proyecta por cierto sobre el derecho sancionador disciplinario o interno, si se pone el foco en la potencialidad esencialmente ablatoria de la sanción, se aplique esta en el orden externo, es decir, *ad extra*, de la Administración, o hacia el seno interno de la organización administrativa.

Ello, aun cuando no se nos escapa que durante mucho tiempo se ha intentado apartar al derecho disciplinario tanto del derecho sancionatorio como de la aplicación de los principios penales que hacen en puridad al debido proceso sobre la base de la diversa finalidad de los sistemas sancionatorios (externo e interno)<sup>129</sup>.

Pero lo cierto, es que el dato común de ambos que los torna asimilables en su esencia y que en puridad los hermana, se encuentra en la aludida potencialidad ablatoria de derechos que exhibe toda sanción, cualquiera fuera el ámbito en el que se aplique, penal o administrativo externo o interno disciplinario.

Es justamente este aspecto, en nuestra opinión, el que examinado en el contexto constitucional preexistente a 1994 pero sin dudas, reforzado a partir de la reforma constitucional de 1994 —y a la luz de la jurisprudencia interamericana colacionada— impide justificar un tratamiento distinto a las sanciones disciplinarias.

Entendemos que el fundamento de buen orden del servicio que debe presidir el ejercicio de la potestad disciplinaria como potestad sancionatoria administrativa interna no es incompatible con la debida preservación de los derechos (humanos) del empleado público, funcionario o trabajador del Estado.

Desde esta mirada, resultan objetables y anacrónicos, los regímenes que ora perfilan faltas y sanciones por la vía administrativa, ora delinean los deberes y prohibiciones del empleado público a través de reglamentos y no de ley formal en tanto el incum-

129. V. Resolución CSJN N.º 696/89 recaída en el expte. N.º 338/87 de Superintendencia; también Fallos 310:316 *in re* “María Mercedes Pereiro de Buodo” citado por Sappa, José R., “El control judicial de la potestad sancionadora de la administración: actualización jurisprudencial”, en AAVV, *Control Público y acceso a la justicia*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Tomo 1, Astrea, Rap, Bs. As., 2016, p. 186.

plimiento de estos deberes y la eventual violación de las prohibiciones constituirá el presupuesto de hecho que detonará la aplicación de la sanción<sup>130</sup>.

Y destacables, sistemas como el de la Ley Marco del Empleo Público Nacional N.º 25.164, que cumpliendo con el principio de taxatividad, dota de fundamento legal, tanto a las sanciones que perfila como a las causales que suscitan la aplicación de estas, definiendo los deberes y prohibiciones a través de la ley formal.

En similar sentido, nos parece ejemplar e ilustrativa la disposición constitucional del art. 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece una reserva de ley formal en cuanto a incompatibilidades relativas a empleos gratuitos y comisiones eventuales. Ello, toda vez que el incumplimiento del régimen de incompatibilidades del empleo público puede calificar, verosímelmente, como una falta.

Consideramos así que en el estado actual de evolución de la conciencia jurídica, resulta insoslayable hoy, la aplicación estricta del principio de taxatividad legal en materia de faltas y de sanciones disciplinarias debiendo encontrarse todos los elementos de la proposición jurídica (endonorma y perinorma) perfilados de modo exhaustivo en la ley formal.

La omisión de cumplimiento del principio de taxatividad legal en materia de fijación de deberes y prohibiciones —en atención a que ineludiblemente integran el consecuente de la endonorma— habilitaría, de consiguiente, por su gravedad, la invocación de la denominada autotutela privada de derechos (desobediencia).

Explica Sammartino que esta técnica no jurisdiccional solamente puede ser empleada cuando se exija el cumplimiento de un acto de gravamen que padece un vicio grave y ostensible (nulidad absoluta y manifiesta), y que, por consiguiente, no vincula a la obediencia pues, en tales condiciones, según se afirma, carece de presunción de legitimidad<sup>131</sup>.

---

**130.** V. a título de mero ejemplo, el régimen disciplinario específico para encargados de registros de la propiedad del automotor perfilado por el Decreto N.º 644/89 en tanto las sanciones de apercibimiento y suspensión que prevé en su art. 9.º, no encuentran sustento legal sino reglamentario. Si, encontraría cobertura legal, la remoción, contemplada también en el aludido artículo art. 9.º del Decreto N.º 644/89 en tanto este reenvía al artículo 40 del Decreto N.º 6582/58 ratificado por la Ley N.º 14.467. Texto ordenado por Decreto N.º 4560/73.

**131.** Sammartino, P. M., “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, 2011, *Documentación Administrativa*, (269-270), <https://doi.org/10.24965/da.v0i269-270.5642>.

El enfoque que venimos de exponer no pierde de vista el necesario equilibrio que debe primar en la interpretación de los derechos de las personas con las exigencias del Bien Común (art. 32 CADH).

No implica un fundamentalismo garantista o individualista que solo conduce en definitiva, a la negación de la naturaleza social del ser humano<sup>132</sup> y del Derecho. Pero parte de una especial consideración de la dignidad de la persona humana y de una especial preocupación en evitar que la maleza normativa sublegal<sup>133</sup> hoy existente como fuente de diferentes regímenes disciplinarios administrativos — muchas veces aplicados a lo largo del tiempo con verdadera miopía literal y con fundamentalismo burocrático<sup>134</sup>— no pierda nunca de vista que el fundamento del Derecho es asegurar la realización de los fines existenciales de las personas, respetando para ello sus derechos y su dignidad.

**132.** Es que los derechos humanos, no por ser de la persona, individuales, dejan de tener, por cierto, una impronta eminentemente social reflejo de la propia naturaleza humana.

Esta impronta social es muchas veces desconocida por abordajes que exaltan las notas de la individualidad y prescinden de la mirada del contexto, de correlacionar el ejercicio de los derechos con los deberes que la persona tiene “para con la familia, la comunidad y la humanidad”; en definitiva, de compatibilizar los derechos con las “justas exigencias del Bien Común en una sociedad democrática”.

Así, el individualismo que surge a partir del nominalismo de Guillermo de Ockham (1285-1347), las proyecciones del individualismo sobre el voluntarismo en general, y sobre el dezisionismus de Carl Schmitt (1888-1985). En efecto, como lo hace notar Arturo E. Sampay en su impar obra *Introducción a la teoría del Estado* (Ediciones Politeia, Bs. As. 1951, p. 16 y ss.), el voluntarismo, que es consecuencia de negar la posibilidad de conocimiento de la realidad objetiva y metafísica y aun de rechazar la propia existencia de esta y de su deber ser inherente, deriva, en materia de organización política, tanto en el liberalismo como en el totalitarismo. De ahí, la influencia, solo en apariencia paradójica, que tuvo un pensador como Hobbes (1588-1679), en estos dos sistemas y sus derivados (v. Rodríguez María José, “La estabilidad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la jurisdicción. Algunas perplejidades en materia tributaria, publicado en CIJur, 13-5-2021, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14974>).

**133.** Maleza normativa que lejos está de respetar el principio de legalidad pese a dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas que inciden significativamente en los derechos y libertades de las personas; v. por ejemplo, el Decreto N.º 18/97 que aprueba el Reglamento de Disciplina para los Internos, por el que se reglamenta el Capítulo IV, “Disciplina”, de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N.º 24.660; v. en similar sentido, Mensaje Militar MM SUBJEMGE 8929/18, acto reglamentario de alcance general destinado a reglar el procedimiento a seguir en los casos de presunta comisión de la presunta falta gravísima de “deserción” en el Ejército Argentino emitido en el marco del Código de Disciplina castrense (v. art. 31), pero que incurre en notorio exceso reglamentario dado que dispone medidas como la suspensión de haberes del presunto infractor y de los beneficios de la obra social que carecen de cobertura legal (v. Rodríguez Zabala, Martín Alberto, “La falta gravísima de ‘deserción’ y la problemática jurídica en torno a su tipificación y juzgamiento en el ámbito del Ejército Argentino”, Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza, defendido y aprobado con nota diez (10) el 19 de junio de 2024).

**134.** Como caso paradigmático de la aplicación del reglamento mencionado en la nota anterior (Mensaje Militar MM SUBJEMGE 8929/18, destinado a reglar el procedimiento a seguir en los casos de presunta comisión de la presunta falta gravísima de deserción), v. Sala cont. adm. fed. II, 9-03-2021, *in re* “MGJ c/EN- M. Defensa-Ejército s/amparo Ley 16.986”, Expte. 10546/20, sentencia en la que el tribunal actuante consideró que la medida de suspensión del pago de los haberes resultaba un acto ostensiblemente ilegítimo del mismo modo que lo era la suspensión de la obra social (colacionado por Zabala Rodríguez, Martín A., en op. cit. p. 30). Sobre los males que apareja la conducta burocrática, v. Hannah Arendt, *Responsabilidad y juicio*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 60, cit. por STRAEHLE, Edgar “En torno a la violencia burocrática: Observaciones acerca de uno de los rostros de la violencia contemporánea”, ANUARI DEL CONFLICTE SOCIAL 2014, Universidad de Barcelona (artículo realizado dentro del marco del proyecto de investigación “Filósofos del siglo XX: Maestros vínculos y divergencias” (FFI2012-30465) y del GRC “Creació i pensament de les dones” (2014 SGR 44).

Y no la aplicación mecánica de normas que hoy reclaman a gritos ser *aggiornadas* a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de la natural evolución y perfección de la conciencia jurídica.

En suma: la preservación del interés público secundario, tendente a la concreción del Bien Común, o interés público primario no puede estar nunca en pugna con las exigencias de la dignidad de la persona.