

La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución Nacional

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PRINCIPALES CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO POSITIVO ARGENTINO. III. LA TEORÍA DE LA POTESTAD SANCIONATORIA. EL TEMA DE SU TITULARIDAD. IV. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA. 1. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS, CONTRAVENCIONES Y FALTAS. 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS SUBPRINCIPIOS. 3. LA CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO CARDINAL DE LA SANCIONABILIDAD. 4. LA INTERDICCIÓN DE LA DOBLE SANCIÓN POR LA MISMA FALTA. 5. LA RAZONABILIDAD DE LA SANCIÓN COMO RECAUDO DE JURIDICIDAD. V. LA TEORÍA DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

El más somero examen de la formulación de las normas de Derecho positivo obliga a advertir que la sanción se integra a la norma como un elemento principal, destinado a obtener el respeto de sus imperativos¹.

Los ordenamientos positivos ordinariamente prevén un conjunto de respuestas distintas ante el apartamiento de sus contenidos preceptivos. Algunas veces la reacción está destinada únicamente a restablecer, en especie o en sucedáneo, el *status quo ante* (nulidad). Otras, la reacción va más allá y se ubica en el ámbito retributivo, pues consiste en in-

¹ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 304:1662.

fligir un daño al infractor independiente de aquel fin de recomposición. Adviértase que el carácter eventualmente retributivo de la sanción no quiere decir que ésta haya sido prevista con tal fin, pues de ordinario las sanciones constituyen una herramienta que procura el cumplimiento voluntario del mandato, es decir, tienen una misión preventiva. Desde estos criterios, se ha dicho que toda consecuencia dañosa para el infractor de una norma, en cuanto no esté enderezada al restablecimiento de la situación anterior o al resarcimiento sustitutivo del daño causado, constituye genéricamente una sanción penal, cuya esencia es de carácter retributivo².

A partir de ese reconocimiento inicial, las formas en que puede expresarse la potestad sancionatoria del Estado han sido entendidas de modo muy diverso. En general, la doctrina se ha volcado por una caracterización bipartita o tripartita de las sanciones administrativas. Para GARCÍA DE ENTERRÍA³, debe distinguirse entre las sanciones de auto-protección o de policía doméstica, que se refieren a los casos en que el bien protegido es el orden administrativo interno, y las llamadas de protección del orden general, que tienden a asegurar el orden externo, mientras que PARADA⁴ ha intentado una clasificación tripartita que, en nuestro medio, ha seguido Gerónimo ROCHA PEREYRA⁵ con algunas salvedades. Estos últimos diferencian: las sanciones de policía general o de orden público, las sanciones sectoriales o derivadas de la regulación especial de ciertas actividades y, finalmente, las sanciones derivadas de una relación especial de sujeción, o de una relación contractual o convencional (diversidad esta última que es la que distingue la posición de ROCHA).

Desde otro lado, recuérdese que la potestad es un atributo que el ordenamiento otorga de modo directo, en este caso a la Administración, que tiene un carácter genérico y consiste en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos sobre otros sujetos que padecen el correlativo deber jurídico de soportarlos. Estas potestades pueden ser innovativas o conservativas, según creen, modifiquen o extingan situaciones o relaciones jurídicas, o bien concreten, conserven o tutelén situaciones jurídicas existentes. La Administración no ejerce sus potestades en interés

² Adolfo CARRETERO PÉREZ y Adolfo CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., Ediciones de Derecho Reunidas, pp. 7 y ss.; ver también Gerónimo ROCHA PEREYRA, «Sobre el derecho administrativo sancionador», en *Revista de Derecho Administrativo*, año 2003, pp. 143 y ss.

³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «El problema jurídico de las sanciones administrativas», en *REDA* n.º 10, pp. 400 y ss.

⁴ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1999, tomo I, pp. 533 y ss.

⁵ Gerónimo ROCHA PEREYRA, «Sobre el Derecho Administrativo Sancionador», en *Revista de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, n.º 43, pp. 123 y ss.

propio, sino como poder-deber, ínsito en la gestión del bien común, del interés y el orden públicos, extremo que es de especial utilidad para entender que al ejercer sus prerrogativas no atiende a su interés, sino al de aquellos que son sus representados o «administrados».

La potestad sancionatoria administrativa consistiría, pues, en esa facultad de la Administración Pública, derivada directamente de la ley formal, de concretar o perfeccionar la creación de infracciones y sanciones e imponerlas a las personas físicas o jurídicas que están sometidas a ella a través de una de las especies de las relaciones de sujeción.

Adviértase, desde esta misma introducción y por la impronta que ello transmite a toda la materia que nos ocupa, que el problema de la potestad sancionatoria de la Administración o del Derecho Administrativo sancionador, al menos en lo que hoy se reconoce como tal en la República Argentina y en los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de otras naciones, no se limita a la mera cuestión del traslado de una facultad judicial –la de sancionar– a la competencia de una autoridad administrativa, usualmente sujeta a la revisión de los jueces.

Ello es especialmente claro cuando se advierte que algunos antecedentes jurisprudenciales han desconocido, incluso, el pretendido carácter jurisdiccional de la aplicación de sanciones administrativas, atribuyendo a dicha actividad una naturaleza idéntica a la que subyace a la emisión de los actos administrativos y separándola de la función que la Constitución atribuye a los jueces, justificando hasta el extremo de la ausencia de la imparcialidad que debe calificar el ejercicio de la función jurisdiccional⁶.

La temática es mucho más amplia pues, además, radica también en examinar la juridicidad de la potestad que se arroga la Administración en este campo para determinar, concretar o perfeccionar las conductas infraccionales y las sanciones que corresponderán a tales «tipos», y para aplicar o dejar de aplicar la «retribución» prevista en el ordenamiento a su respecto.

El debate, pues, no ha de agotarse en la legitimación o no de una técnica, cual es la «atribución» de una «pre-competencia» judicial a un órgano administrativo. No ha de ser la descripción de un simple combate por el monopolio o duopolio de la potestad de imponer un «castigo». Se trata de una temática más amplia, que agrega a esta vertiente la de la facultad normativa de establecer infracciones y sanciones y hasta de la titularidad de la pretensión punitiva.

Si no se advierte esta verdadera dimensión de la potestad sancionatoria de la Administración, la tópica quedará reducida a un problema constitucional ya superado, al menos en la República Argentina, a par-

⁶ C. N. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 28.12.1998, Considerando VIII.

tir del famoso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Fernández Arias c/Poggio», dictado en 1960⁷, y se soslayarán los problemas que más detenido examen jurídico reclaman por estas tierras.

II. LAS PRINCIPALES CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

Señala Alejandro NIETO, al introducirse en el examen de los contenidos del Derecho Administrativo sancionador, que, desde el punto de vista de su encuadramiento científico, este saber se hallaba en una zona de nadie, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, abandonado por los cultivadores de uno y otro «... con el pretexto de que era más propia de los del otro bando»⁸.

Esta afirmación, válida en el marco de la evolución española, es tanto más aplicable en nuestro Derecho, en el que aún no se ha examinado en profundidad y de modo sistemático el carácter autónomo de la potestad administrativa sancionatoria, frente a las reglas del Derecho Penal, que se siguen aplicando a aquélla por «proximidad científica» del objeto, aun cuando sin formular un detenido examen del método o de las causas de dicha traspolación de principios.

La aparente apatía de penalistas y administrativistas se ha transformado en un vivo interés en nuestros lares por estos últimos años y, como sucede ordinariamente, por cuestiones que tienen más que ver con disputas de poder que con reivindicaciones académicas.

Por cierto, por una parte, la reforma de la Constitución de la Nación argentina sancionada en 1994 estableció, en su artículo 129, que la Ciudad de Buenos Aires tendría un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, que una ley garantizaría los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires fuera capital de la Nación y que el Congreso de la Nación convocaría a los habitantes de la ciudad para elegir a los representantes que deberían sancionar el estatuto organizativo de sus instituciones.

⁷ CSJN «Fernández Arias, Elena c/Poggio, José suc.», Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 247, p. 646. Allí se sostuvo, entre otros conceptos, que: «La doctrina según la cual es válida la creación de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, no supone la posibilidad de un otorgamiento incondiciones de tales atribuciones. La actividad de esos órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quede sujeto a control judicial suficiente...».

⁸ Alejandro NIETO, *op. cit.*, p. 15.

A contrapelo de toda interpretación ortodoxa de los textos constitucionales y de las opiniones de la mayor parte de la doctrina⁹, las autoridades del Gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires han reclamado una autonomía aún mayor a la de las Provincias¹⁰. La cuestión ha presentado una especial importancia en materia jurisdiccional, ámbito en el que las autoridades «porteñas» reclaman el traspaso al ámbito de la ciudad de toda la «justicia nacional» que aplique la legislación común, es decir, cuando no existiera competencia federal por razón de la materia o de las personas, reclamo que no pareciera compatibilizarse con la opinión de los autores que se ha expuesto más arriba, pero que viene abriendo brecha, más allá de purismos jurídicos.

En este contexto de discusión competencial, la materia contravenacional y de las infracciones administrativas ha adquirido especial preponderancia, pues hasta que concluya la batalla por la jurisdicción se ha convertido en el ámbito de ejercicio de las potestades reconocidas a la ciudad por el Gobierno Federal, extremo que ha llevado a la multiplicación de estudios sobre la materia que reclaman la unificación de los criterios que deben gobernar la potestad sancionatoria, a veces desde la impronta típica del Derecho Penal, otras desde la perspectiva del Derecho administrativo.

Por otro lado, la tesis de la «huida de los principios del Derecho Público», que viene detrás de las ideas de algunos de los sostenedores del fenómeno de privatización y desregulación registrado a escala mundial, aunque no es inherente a tal proceso, es publicitada como sostenedora del surgimiento del Derecho sancionador, que se exhibe como herramienta sustitutiva de titularidades estatales para la regulación de activi-

⁹ Gregorio BADENI, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 448 y ss., y «El futuro normativo de la Ciudad de Buenos Aires», publicado en *El Derecho*, tomo 169, p. 1214; Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, 6.^a ed., tomo I, p. 466; Rodolfo BARRA, «Buenos Aires: El estatuto organizativo no es una constitución», en *El Derecho*, tomo 168, p. 1117; «Alejandro J. USLENGHI, «La naturaleza jurídica del municipio según la Corte Suprema», publicado en *Rev. de Der. Adm.*, n.º 3, Bs. As., 1990, pp. 121 y ss.; Alberto GARCÍA LEMA, «La Reforma de la Ciudad de Buenos Aires», en *La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, p. 366; Carlos María BIDEGAIN, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo 3, Nueva versión revisada y actualizada con la reforma de 1994, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 38.

¹⁰ Los representantes elegidos por el pueblo de Buenos Aires no han dictado un Estatuto organizativo, sino una Constitución, que —entre otros extremos— ha pretendido establecer por sí los límites geográficos de la ciudad y regulado a sabiendas de su oposición a la Ley 24588 —dictada por el Congreso de la Nación para garantizar los intereses de la Nación—, extremo que parece imposible silenciar ante el contenido explícito de su cláusula transitoria segunda, que posterga la vigencia de aquellas normas de la «Constitución» que no pudieran hacerse efectivas, en clara referencia a la existencia de normas federales jerárquicamente superiores e incompatibles con algunas previsiones del Estatuto organizativo comunal.

dades de interés general, como ocurre en el campo de los servicios públicos¹¹.

Si a ello se agrega el fenómeno mundial de despenalización de conductas y la pretensión de atribuir responsabilidad a las personas jurídicas de modo directo, a través de sanciones, como hemos de ver más adelante, se comprenderá el renovado interés que se plantea por el rubro.

Los administrativistas y los penalistas discuten hoy con inusitado vigor la pertenencia a sus cuadros de esta rama del Derecho, para no hablar de la reivindicación que plantean los «contravencionalistas» o «contraventoristas» y los «faltistas» o «faltantes», nuevas categorías de científicos del Derecho, fortalecidas con el avance de las autonomías de las legislaturas locales. Entre todos vienen haciéndole al Derecho Penal Administrativo, al Derecho Administrativo sancionatorio, al derecho contravencional y al Derecho de faltas, algo parecido a lo que los españoles hicieron con Tupac Amaru.

Lo expuesto no implica aceptar que deba renunciarse a postular un ámbito de asimilación posible entre ambas ramas jurídicas. Intenta simplemente poner de relieve que cualquier interpretación simplista de las cuestiones de la potestad sancionatoria no penal del Estado exige comprender que la comunidad de principios entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo constituye reflejo de su participación en un ámbito común del Derecho Público, del cual reciben, también en común aunque con los matices propios de sus características individualizantes, aquellas reglas básicas por vía de *sindéresis*.

A la luz de los casos que se han planteado en el Derecho argentino, también aquí debería admitirse que los principales problemas del Derecho Administrativo sancionador pueden aglutinarse, como lo hiciera Alejandro NIETO, en las teorías de la potestad sancionatoria, de la infracción, de la sanción y del procedimiento sancionador, sin que pue-

¹¹ Cfr. Héctor MAIRAL, «La ideología del servicio público», publicado en *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 14, Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pp. 395 y ss., cuya posición generó importantes réplicas de la doctrina nacional: vgr. Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, 2.ª ed., Bs. As., 1994, y *Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público*, en ED, tomo 161, pp. 857 y ss.; Carlos Manuel GRECCO, «Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario», en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 423; Jorge SALOMONI, «Aporte para una discusión sobre la titularidad estatal de los servicios públicos», en *Derecho Administrativo*, obra en homenaje al Profesor Miguel S. MARIENHOFF, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 823. Recientemente, con motivo del Seminario sobre Servicios Públicos organizado por la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, en el mes de noviembre de 2003, el Profesor chileno Alejandro VERGARA BLANCO expuso una vez más la tesis de controvertir la titularidad estatal del servicio público, postulando el reemplazo de esa técnica por el ejercicio de potestades sancionatorias de la Administración.

dan olvidarse algunos campos de aplicación concretos, que han suscitado cuestiones que justifican un tratamiento diferenciador.

Examinaré, pues, los problemas locales de aquellos cuatro ámbitos, en especial en su relación con las reformas introducidas en la Constitución Nacional argentina en 1994 y las principales decisiones jurisprudenciales que los califican.

III. LA TEORÍA DE LA POTESTAD SANCIONATORIA. EL TEMA DE SU TITULARIDAD

Bien se ha dicho que en el principio de todo derecho están una potestad y un ordenamiento. Así, correlativamente al carácter único del poder del Estado, aparecería también un único *ius puniendi* estatal¹².

En el ámbito del Derecho sancionador, sin embargo, el tiempo y las organizaciones políticas obligan a advertir sobre la existencia de multiplicidad de potestades y ordenamientos, pues —a esta altura de la evolución de los movimientos de integración y de autonomías locales— es harto difícil soslayar la coexistencia de potestades nacionales con otras supranacionales e infraestatales (provinciales y municipales) en la materia. Es cierto que, las más de las veces, las organizaciones supra o infraestatales reclaman para sí potestades sancionatorias en el ámbito contravencional, pero lo es igualmente que los gobiernos federales centrales también reivindican para sí esa potestad contravencional, con mayor ahínco ahora en que la sujeción de las personas jurídicas a las normas de modo directo, y no a través de sus administradoras, se viene presentando como una exigencia de la renovación del Derecho.

Así, en la perspectiva supranacional, vale el ejemplo de las potestades que se atribuyen los organismos de la Unión Europea y algunos pequeños avances del MERCOSUR en el mismo sentido, pero también la formación de organismos internacionales —políticos, sociales, culturales y financieros— que reclaman y ejercen potestades sancionatorias para las naciones pero que llegan igualmente a sus ciudadanos (embargos comerciales, privación de ayudas y hasta intervenciones militares). En el horizonte interno de los Estados, se presentan cada vez de modo más notorio las reivindicaciones de las instituciones locales (provinciales y aun comunales) para el ejercicio de potestades sancionatorias que, algunas veces, ponen en jaque criterios, límites y autorizaciones surgidos de actos federales¹³.

¹² Alejandro NIETO, *op. cit.*, p. 80.

¹³ Téngase en cuenta el conflicto que se ha suscitado entre el Gobierno Federal y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con motivo de la instalación de una sala de

Vivimos en una época de integración, que también se manifiesta en la necesidad de integrar soberanías, autonomías y, por sobre todo, ordenamientos jurídicos y potestades, para conservar la unidad del Derecho. Esta exigencia empieza a transformarse en una nueva obligación estatal frente a los ciudadanos, que empiezan a exigir una identidad, armonía o jerarquía en el ejercicio de los poderes públicos, cualquiera fuere su signo geográfico, de cara a la seguridad jurídica.

En el Derecho argentino, la titularidad de la potestad sancionatoria se ha presentado desde perspectivas especialmente diversas, que se vinculan estrechamente con la aplicación de los principios del Derecho Penal, dada la condición de «nacional» (por oposición a local) de este último.

Dígame, por ejemplo, que Juan Carlos CASSAGNE ha indicado que si las sanciones poseen naturaleza represiva, contienen idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un Derecho Penal de la Administración, sino del Estado, postura que lo lleva a afirmar la aplicación del artículo 4 del Código Penal argentino a todo el marco del Derecho Administrativo sancionatorio, en cuanto prevé que las disposiciones de dicho Código son aplicables a los delitos reprimidos por leyes especiales.

No participo con tal criterio. En primer término, por cuanto el artículo 4 del Código Penal prevé la aplicación de las disposiciones de dicho Código a todos los «delitos» previstos por leyes especiales, sin que pueda suponerse válidamente que el legislador penal, cuya estrictez en el uso del lenguaje no hace falta destacar, hubiera desconocido la diferencia entre los delitos y las faltas y contravenciones. En segundo lugar por cuanto, en el Derecho argentino, debería primero resolverse la existencia de un facultad del Gobierno Federal para realizar tal regulación respecto de las faltas y contravenciones.

En este sentido, es bien sabido que la Constitución argentina, por imperio de su artículo 75, inciso 12, atribuyó al Congreso del Gobierno Federal el dictado del Código Penal, mientras que expresó en sus artículos 121 y 122 que las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y se dictan sus propias Constituciones, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y

casino en un buque de bandera argentina en aguas del Río de la Plata, a raíz de un concurso público internacional convocado por las autoridades federales (Lotería Nacional Sociedad del Estado) y adjudicado a favor de una empresa formada por capitales españoles (CIRSA), que ha suscitado importantísimos conflictos judiciales respecto de la titularidad del poder de policía sobre el juego y las potestades sancionatorias implícitas, que ha provocado dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ambos de fecha 16 de abril de 2000, en las causas C-599/99, in re «Casino Estrella de la Fortuna» – Competencia, y C-1370/00 RHE, «Casino Flotante Estrella de la Fortuna», en los que reconoció la preeminencia de la autoridad federal en la materia, aunque la cuestión sigue en debate.

contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Así, la mayoría de los autores reconoce las facultades legislativas provinciales y aun municipales en materia de faltas y contravenciones, sin que deje de llamar la atención la circunstancia que el Legislador nacional se abstuvo de incluir esta materia en el Código Penal de la Nación, a pesar de estar contenida en varios de sus proyectos más importantes.

Esta diferente titularidad de la potestad, reconocida por el propio CASSAGNE, obliga a admitir que si no existe autoridad del Gobierno Federal para dictar normas sobre faltas y contravenciones que no fuera en materia o ámbito geográfico federal, tampoco cabe atribuirle potestad para someter a esas mismas faltas y contravenciones a los principios aplicables a los delitos del Código Penal, que sí está constitucionalmente habilitado a dictar.

Me apresuro a destacar que ello no implica subestimar el valor de las normas del Código Penal como aplicables al régimen de faltas y contravenciones. Sólo intento señalar que, en el marco constitucional argentino, ello no puede obtenerse por una interpretación analógica de la ley, en detrimento de las autonomías provinciales y/o municipales. De allí que la aplicación de los principios del Código Penal deba hacerse, necesariamente, a partir del examen de su inserción constitucional, primero, y en el Derecho Público, después.

Rafael BIELSA hubo de afirmar que «... existe, por principio, un sistema penal local, es decir, provincial, que es complemento necesario del poder de policía, poder éste no delegado en el gobierno nacional y que, por consiguiente, tampoco debe ser reglado por el Congreso. Sin duda, el Congreso puede dictar una legislación sobre faltas; pero ella ha de tener carácter general sólo en la esfera de la jurisdicción nacional...», agregando que en materia de faltas la competencia de las autoridades policiales (jefe de policía) municipales es mayor que en materia de delitos¹⁴.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registra un criterio pacífico que se asienta en el reconocimiento de la facultad provincial y aun municipal en materia de potestad sancionatoria por faltas y contravenciones, bien entendido que los fallos no reconocen la facultad en cabeza de las Administraciones, sino de las legislaturas de cada una de tales especies de la organización política republicana argentina¹⁵.

¹⁴ Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo*, 5.^a ed., Ed. Roque Depalma, Bs. As., 1956, tomo IV, pp. 67 y 72.

¹⁵ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 191:245 y 195:319, entre muchos otros. No obstante, debe destacarse que ese mismo Tribunal ha rescatado la facultad federal en la especie contravencional, cuando se trata de materias que la Constitución ha reservado a facultades propias de la Nación.

Preciso es recordar que el artículo 121 de la Constitución argentina establece que «las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal...» y que el Congreso de la Nación –en una conducta que no puede interpretarse sino como claramente interpretativa de la Ley Suprema de la Nación– excluyó sistemáticamente del Código Penal toda regulación sobre faltas y contravenciones, extremo que implicó afirmar, implícitamente, que tal materia no se encuentra comprendida entre las alcanzadas por las «leyes de fondo» que el artículo 75, inciso 12, de aquélla autoriza a dictar al Gobierno Federal, reservando su posterior aplicación por los jueces de Provincia.

Lo expuesto llevaría a concluir que la organización constitucional argentina ha reservado a las Provincias la potestad sancionatoria extrapenal¹⁶. Sin embargo, la conclusión no es tan sencilla.

Por cierto, es claro que esa misma Constitución ha reservado para el Gobierno Federal una serie de competencias legislativas, «materia federal» cuya regulación se realiza a través de las llamadas «leyes federales», que son aplicadas por los tribunales de igual carácter en todo el territorio del país. Va de suyo que la atribución de potestad para emitir tales leyes implica, como se ha visto más arriba, el reconocimiento de las correlativas facultades para procurar su cumplimiento por los destinatarios.

Así, paralela a la potestad local, provincial y municipal de establecer infracciones y sanciones en el ámbito contravencional y de faltas, debe reconocerse una competencia del Gobierno Federal de igual carácter, ejercible en las materias sobre las que toca al Gobierno Federal legislar.

Va de suyo que la admisión de las dos prerrogativas, como coexistentes, exige plantear cuál es el criterio que habrá de presidir los casos de conflicto en el ejercicio. En tal sentido, entiendo que corresponde aplicar –en materia de potestad sancionatoria– igual respuesta jurídica que en materia de ejercicio de facultades concurrentes en general, esto es, que en caso de ejercicio inconciliable de las potestades debe privilegiarse la facultad federal.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubo de decidir que: «En caso de facultades concurrentes, una potestad legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre un mismo objeto o una misma materia sin que de esta circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno», oportunidad en que agregó que «... para que una cabal coexistencia de esas facultades sea constitucionalmente admisible es preciso que no medie una incompatibilidad manifiesta e insalvable», extremo que llevó a la declaración de nulidad del

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 322:2780.

ejercicio de prerrogativas locales que impedían el cumplimiento de fines federales¹⁷.

IV. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Caracterizada la infracción como la violación del orden jurídico, el examen de la teoría de la infracción administrativa exige adoptar un criterio respecto de la distinción entre delitos y faltas o contravenciones, para detenerse más tarde en el modo como corresponde aplicar al derecho Administrativo sancionador los principios generales del Derecho Constitucional y aun del Derecho Penal, bien que –respecto de éstos– con los matices necesarios que permitan rescatar la fibra administrativa que les es propia; me refiero –en particular– al principio de legalidad y sus ámbitos de concreción en este campo.

La cuestión adquiere particular importancia a partir de la reforma constitucional argentina de 1994, cuyo artículo 75, inciso 22, otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales, en las condiciones de su vigencia y sin que ello implique derogación alguna de la Primera Parte de esta Constitución. Esta declaración es capital, a los fines de la consideración del tema, por cuanto un importante número de principios que resultaban implícitos en la Constitución Nacional hasta 1994, o no contenidos ni siquiera implícitamente en ella, han adquirido rango constitucional expreso, de modo que no resultan ya aplicables como propios del Derecho Público.

1. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS, CONTRAVENCIONES Y FALTAS

Desde el reconocimiento de la permanencia en sede de la Administración de una facultad sancionatoria se planteó el problema de distinguir los ámbitos de aplicación del Derecho Penal y de esa otra potestad. Un corolario típico de este problema es la existencia de una triple o doble categorización de la antijuridicidad, según se considera dividida en crímenes, delitos y faltas, o bien en delitos y faltas¹⁸. En nuestro medio, NÚÑEZ expresó que había que hallar el criterio diferenciador en que los delitos son infracciones a los bienes personales, naturales o sociales y las contravenciones al régimen creado por el Estado para hacer posibles aquellos bienes¹⁹.

¹⁷ Fallos 310:2812.

¹⁸ Las «contravenciones» y el derecho que les es anejo aparecen ya en la legislación napoleónica.

¹⁹ El examen de estas posiciones puede verse en Julio B. MAIER, «Sistema penal y sistema contravenacional» *Actualidad en Derecho Público*, n.º 13, año 2000, pp. 27 y ss. y en Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op. cit., pp. 150 y ss.

El motivo justificante de este denodado esfuerzo en establecer posiciones que den sustancia ontológica a la diferencia entre los delitos y las faltas y contravenciones²⁰ no estriba en el mero interés académico, ni en la pretensión de hallar un «ámbito del delito de derecho natural» que actúe como límite de la actividad del legislador en este campo, esto es, una suerte de traslación a este campo del *mala quia mala et mala quia prohibita*. Se trata más bien de un motivo práctico que permita materializar las consecuencias de la distinción, esto es: proscribir las penas restrictivas de libertad para las faltas y contravenciones²¹ y postular que las penas de los delitos son impuestas por los jueces, mientras que las de las faltas y contravenciones lo son por la Administración²², o, en forma genérica y como hemos de ver aquí, de determinar el régimen jurídico circundante.

Porque parece claro que si no podemos distinguir qué conducta debe ser tratada como delito y cuál como infracción, es claro que no podemos postular un error del legislador en la elección y una indebida consecuencia, de entre las indicadas, para la conducta de marras.

MAIER ha expresado que la distinción no puede cifrarse en la distinta intensidad de las penas porque no se halla en nuestro Derecho una prohibición semejante a la contenida en el artículo 25.3 de la Constitución española de 1978, que prohíbe las sanciones restrictivas de libertad en materia contravencional, y existen aun sanciones privativas de libertad por infracciones administrativas —aunque parezca impropio de la evolución actual del Derecho—, pero por sobre todo porque éste es un criterio a posteriori que mal podría servir para identificar a qué conducta o infracción no se puede penar con la privación de libertad. Este autor también desdeña el criterio diferenciador basado en el bien jurídico protegido, indicando que existen claros casos de conflictos vecinales incluidos como delitos en el Código Penal, y agrega que si bien una reunión de criterios podría brindar algún punto de apoyo, no existen fronteras rígidas²³.

Desde hace tiempo, Enrique AFTALIÓN expuso en nuestro medio su criterio respecto de la inexistencia de una distinción ontológica entre

²⁰ Es ilustrativo el trabajo que sobre esta materia ha desarrollado Miguel Natán LICHT en su artículo *La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa*, publicado en E. D. tomo 193, p. 702.

²¹ Así parece postularlo MAIER en el artículo citado y se desprende de la Constitución española de 1978, en su artículo 25, inciso 3.

²² Éste pareciera ser el criterio alentado por Adolfo CARRETERO PÉREZ y Adolfo CARRETERO SÁNCHEZ en su *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, p. 15.

²³ Julio MAIER, conferencia brindada en el Colegio de Escribanos de Buenos Aires con motivo de las Jornadas organizadas por la Universidad Notarial Argentina y el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, bajo el lema «Sistema Penal y Contravencional», publicada más tarde en *Revista Actualidad en Derecho Público*, año 2000, n.º 13, pp. 27 y ss.

los conceptos de delitos y contravenciones²⁴, criterio que ha sido recogido por la doctrina más caracterizada nacional y foránea²⁵ y que registra correlato en la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

También desde la perspectiva del Derecho Penal, se ha dicho que la falta de un criterio sustancial de distinción obliga a concluir que la política legislativa es la determinante del encuadramiento de una conducta en una u otra categoría, según «... la gravedad e importancia que se le dé en momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante»²⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto, desde hace casi sesenta años, que: «La distinción entre delitos y contravenciones y faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos»²⁷, criterio que aparece confirmado en los fenómenos de despenalización.

Un ejemplo reciente del Derecho positivo argentino es la Ley 25246, destinada a la represión del lavado de dinero, que en su artículo 3.º sustituye el texto del artículo 278 del Código Penal y crea figuras delictuales para personas físicas. Esa misma Ley, en su artículo 23, establece sanciones de multa, que se faculta a imponer a un organismo administrativo, para sancionar a las personas jurídicas. Pero la descripción de la conducta del delito o la infracción administrativa es exactamente idéntica, pues los párrafos se repiten literalmente en uno y otro caso, de modo que la única distinción estriba en la naturaleza de la personalidad del infractor, física o jurídica.

Creo que a esta altura cabe reconocer que corresponde al legislador decidir si la custodia de un determinado bien jurídico, atendiendo a las necesidades sociales e incluso a la situación jurídica y posición relativa del eventual infractor, ha de situarse en el campo del Derecho Penal o del derecho Administrativo sancionador.

Se inscribe en este contexto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha resuelto que: «Es propia del ordena-

²⁴ Enrique AFTALIÓN, *Derecho Penal Administrativo*, Ed. Arayú, 1955, pp. 75 y ss.

²⁵ Alejandro NIETO, *op. cit.*, pp. 148 y ss.; Antonio DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Ed. Marcial Pons, 1997, pp. 197 y ss.; Enrique Bacigalupo, *Sanciones administrativas, op. cit.*, pp. 15 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, op. cit., loc. cit.*; CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 15 y ss.; Juan Carlos CASSAGNE, *En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal*, ED, tomo 143, p. 939; Miguel Natán LICHT, *La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa*, ED, tomo 193, pp. 702 y ss.; Gerónimo ROCHA PEREYRA, *Sobre el derecho administrativo sancionador, op. cit., loc. cit.*

²⁶ Ricardo LEVENE, (h) *Introducción al derecho contravencional*, Bs. As., 1968, pp. 43 y ss.

²⁷ Fallos 205:173.

miento jurídico la característica de que las normas que lo integren estén dotadas de sanción con el fin de asegurar su observancia, y es del arbitrio del legislador el determinar la naturaleza civil, administrativa, o penal de aquélla, en función del valor que con la norma se pretenda resguardar...»²⁸.

Me parece, por ello, que debería privilegiarse un análisis diverso en la cuestión de la distinción entre delitos y contravenciones o faltas, que no repare tanto en la pretensión de hallar una directriz ontológica de diversidad y se detenga más en las consecuencias de la opción entre una u otra categoría para la custodia de un bien jurídico o la sanción de una conducta por parte del legislador.

En este ámbito, entiendo que el efecto primordial de esa elección debe centrarse en un núcleo de cuestiones que deberían reunirse bajo el concepto de régimen jurídico circundante a una u otra expresión de la potestad punitiva estatal.

La elección de la custodia de un bien jurídico bajo la incriminación penal de las conductas que lo afectan conlleva a la admisión de una mayor amplitud de especies de sanciones represivas. Por cierto, si bien ello aún no ocurre en el Derecho positivo argentino, la mayoría de las legislaciones excluyen de la potestad sancionatoria administrativa y restringen al ámbito del Derecho Penal las sanciones privativas de la libertad. Pero esa inserción de la materia en el ámbito penal también conduce a la correlativa exigencia de admitir en toda su plenitud las garantías que brinda el Derecho Penal a los ciudadanos y excluir la exorbitancia propia del Derecho Administrativo en el régimen jurídico circundante.

La decisión de la custodia por la vía contravencional supone la aplicación en la especie de los principios del Derecho Administrativo sancionador, que no implican la lisa y llana transferencia horizontal de los principios del Derecho Penal, sino –como lo ha explicado el Supremo Tribunal español en su sentencia del 29 de marzo de 1990– la admisión de su vigencia «con ciertos matices», en este ámbito diverso.

Así, como una aproximación a una materia por demás espinosa, dígame que hablar de la distinción entre las sanciones de policía es hablar de este diferente régimen circundante y, toda vez que debe darse por entendido el sistema de garantías penales, exige exponer en qué se distingue ese sistema de aquel que rodea al Derecho Administrativo sancionador.

No obstante todo lo expuesto, la inexistencia de una pauta ontológica o de naturaleza sustancial para diferenciar las conductas que el legislador debería considerar como delitos o como faltas y contravenciones

²⁸ Fallos 304:1662.

trae una consecuencia aneja que no cabe soslayar. En efecto, no es dudoso que las leyes fundamentales de los países, esto es: sus constituciones, y los preceptos de normas superiores a las leyes nacionales (vgr., los Tratados internacionales), regularmente establecen una serie de garantías sustanciales y procesales para los ciudadanos que no pueden ser transgredidas por los legisladores ni por los jueces a la hora de determinar infracciones y sanciones o imponerlas. Estas garantías se encuentran, ordinariamente, en la base filosófica del principio de libertad republicano y, si bien han sido reivindicadas como propias del Derecho Penal, pertenecen más bien al Derecho Público en general, en cuanto reguladoras del modo de ejercicio del poder, en especial frente a la libertad.

Parece claro que esos límites supralegales no podrían ser obviados por el legislador a través del simple procedimiento de transferir una conducta del ámbito penal al de la potestad sancionatoria administrativa, borrándole su condición de delito y atribuyéndole la de infracción administrativa o contravención, bajo la solapa de la discrecionalidad de tal decisión.

Un ejemplo servirá de base para iluminar este argumento. En la Ley 19359, que disciplinara el régimen de cambios en la República Argentina, el artículo 1.º estableció una serie de conductas infraccionales para las que se determinaron sanciones en su artículo 2.º. Más adelante, el artículo 20, inciso a), de la Ley de marras dispuso que no sería aplicable a las multas previstas en el artículo 2.º el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2.º del Código Penal. Al tiempo de la sanción de esta Ley, la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna, como se ha dicho más arriba, era un principio de jerarquía legal y, por ello, susceptible de postergación por una norma expresa de igual jerarquía. Sin embargo, a partir de la adhesión de la Argentina a diversos Tratados Internacionales de derechos humanos, y en particular desde que se les reconoció jerarquía superior a las leyes, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso «Ekmedjian»²⁹, criterio más tarde corroborado por las propias disposiciones de la Constitución de la Nación argentina, en su artículo 75, inciso 22, correspondía declarar la inconstitucionalidad de aquel precepto, en cuanto importa la pretensión de excluir una garantía del ciudadano de base constitucional, con sustento en una norma de jerarquía legal.

Esta afirmación necesaria sobre la inconstitucionalidad podría relativizarse, como de hecho ocurrió en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la invocación de la ajenidad del campo del Derecho Administrativo sancionador a las garantías del

²⁹ Fallos 315:1492.

«territorio penal» previstas en los Tratados apuntados³⁰. Con tal razonamiento, una decisión supuestamente «discrecional» del legislador –y subrayo aquel adjetivo pues la negación de la transferencia de garantías penales, que en realidad son del Derecho Público, se había hecho en base a la sustantiva diferencia entre Derecho Penal y sancionador Administrativo, según se viera en la nota del párrafo anterior– se transformaría en la herramienta para crear un ámbito de infracciones al orden jurídico no acompañado por las garantías que las normas superiores de ese mismo ordenamiento anejan a las infracciones supuestamente más graves, tergiversando el sistema.

Es por ello que, hace unos años, señalé que deberíamos preguntarnos, a esta altura, si esa elección legislativa podría ser objeto de cuestionamiento judicial, sea para impedir el agravamiento de penas para las contravenciones, el secuestro de la competencia provincial o municipal en la materia, o hasta para reclamar el pleno imperio de las garantías del Derecho Penal en materias que no podrían transformarse en contravenciones, cuando ello pusiera en riesgo las salvaguardas que la Ley Suprema otorga al ciudadano³¹.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS SUBPRINCIPIOS

Este principio, genéricamente contemplado en el artículo 19 de la Constitución de la Nación argentina, en cuanto establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, recibe –en materia sancionatoria– una expresa reformulación en el contenido del artículo 18 de esa Ley Suprema, que dispone que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. La garantía recoge, pues, el criterio de la ley escrita, cierta y previa, como condición de validez jurídica de la tipificación de la infracción y la determinación de la sanción que le es consecuente.

³⁰ En este sentido, ha resuelto la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe que: «Las sanciones de multa aplicadas por la Dirección Provincial de Vialidad tienen carácter administrativo y, por ende, no les resultan directamente aplicables las normas del derecho penal ...puesto que se trata de manifestaciones del poder punitivo estatal que se diferencian sustancialmente...». C. S. Santa Fe, 4 de julio de 2001, en *La Ley Litoral*, tomo 2002, p. 1357. Advierto que la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido, contrariamente, que dado que las sanciones pecuniarias impuestas por la Administración presentan una naturaleza penal, le son necesariamente aplicables los principios generales y normas del Derecho Penal (cfr. C. N. Cont. Adm., Sala IV, 28.12.1998, en ED, tomo 182, p. 1070, con cita de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 156:100, 287:76 y 290:202, entre otros).

³¹ Con motivo de la exposición brindada en la Universidad Austral, en ocasión de las Jornadas del año 2003.

En la dogmática penal, la estructura clásica del principio de legalidad se completa con tres principios: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *nemo damnetur nisi per legale iudicium o nulla poena sin legale iudicio*, es decir, legitimación exclusiva de la ley formal; las prohibiciones de delegación, integración y analogía; la interdicción de la retroactividad y del *ne bis in idem*³².

La primera aplicación de este principio, que alguna doctrina ha relacionado con una implícita remisión al Estado de Derecho, al campo que ahora nos ocupa, exige la existencia de ley previa, cierta, escrita y formal. La manda constitucional, que nos llega desde el texto primigenio de 1853, recibe confirmación y expansión en las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dos de los principales Tratados internacionales de derechos humanos que la reforma de la Constitución de la Nación argentina de 1994 ha incorporado a su texto, según lo establece su actual artículo 75, inciso 22.

Aludo a tal confirmación y ampliación por cuanto estos dos Tratados prevén explícitamente que: «Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable», pero agregan que: «Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». Sé que los textos se refieren específicamente a las «condenas» y a los «delitos»; sin embargo, más allá de la inexistencia de distinción ontológica entre delito y falta ya denunciada, entiendo que así como el concepto de «penado» existente en el artículo 18 de la Constitución Nacional no impidió la asimilación de su texto para las sanciones administrativas, del mismo modo, tampoco podría admitirse la restricción del contenido garantístico de los preceptos citados.

Este último extremo debe proclamarse a la luz de lo dispuesto por el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reiterado en otros textos similares, en cuanto establece que: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado ... para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración», criterio que –por lo demás– encuentra correlato en el artículo 33 de la Constitución Argentina, en cuanto señala que «Las declaraciones, derechos y garantías que enmuera la Constitución no serán entendidos

³² ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA, *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, op. cit., p. 209.

como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Así, con base en los preceptos constitucionales y los Tratados internacionales que se han incorporado al texto de esa Ley Suprema, se hace necesario reconocer también en nuestro medio, y dentro del marco del principio de legalidad, la existencia de por lo menos cuatro subprincipios esenciales, a saber:

- a) El principio de reserva legal, según el cual no es posible la creación de la infracción ni de la sanción sin una norma legal expresa que las establezca.
- b) El mandato de tipificación, en cuanto establece que esa norma legal debe describir la conducta infractora y las características de la sanción que le corresponde.
- c) La prohibición de la retroactividad de la ley *in peius* y la obligación de admitir la retroactividad o ultraactividad de la ley más benigna.
- d) La prohibición de la analogía *in peius*.

Respecto de los dos primeros principios, la doctrina nacional ha señalado que es necesario que la ley describa, cuando menos, el núcleo principal de la conducta infractora, sin que pueda cuestionarse por la eventual remisión a la labor reglamentaria para su perfeccionamiento³³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, en este contexto, que: «Aun cuando las correcciones disciplinarias no importen el ejercicio de imponer penas, no cabe olvidar que las sanciones de esa índole requieren para su validez la observancia del principio de legalidad, de la defensa y de la indispensable intervención de un tribunal judicial...»³⁴, permitiendo comprender que se inicia un reconocimiento de principios que van más allá del Derecho Penal —que hasta ahora los reivindicara como propios— para instalarse en la zona de las pautas básicas del Derecho Público o de los principios generales del Derecho.

En lo que atañe a la procedencia de la colaboración reglamentaria, la doctrina nacional ha afirmado que ella no sólo exige una mera habilitación legal, es decir, la autorización expresa de la ley al reglamento

³³ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, 4.ª ed., tomo IV, pp. 595 y ss.; Bartolomé FIORINI, *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, pp. 129 y ss.

³⁴ Fallos 307:1779.

para acudir a completar la descripción de la infracción, sino también la remisión legislativa, o, dicho en otros términos, la existencia del núcleo descriptivo en la propia norma legal³⁵.

Este criterio doctrinal recibe confirmación en la letra expresa de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, ya que parece claro que el reconocimiento del principio de legalidad sólo autorizaría a pronunciarse a favor de la colaboración reglamentaria en caso de admitirse una especie de delegación legislativa que, si bien es especialmente consentida por la Ley Suprema en materia administrativa –como sería el ámbito que ahora nos ocupa–, por el artículo 76 de la Constitución, se encuentra supeditada a que el reglamento delegado se dicte «... dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca», exigencia que supone un mandato al legislador –establecer el modo en que ha de actuar el Poder Ejecutivo en la actividad delegada– y otro a la Administración –de mantenerse dentro de las «instrucciones» que surgen de la propia ley delegatoria–.

En cuanto a la prohibición de retroactividad de la ley *in peius* y de la aplicación retroactiva o ultraactiva de la ley más benigna, que en el orden jurídico positivo argentino y hasta 1994 sólo resultaba de rango legal (art. 2 del Código Penal), a través del Pacto de San José de Costa Rica y los demás Tratados de derechos humanos se ha incorporado al texto constitucional, con el carácter de garantía, que también resulta aplicable al Derecho Administrativo sancionador.

La modificación de la jerarquía normativa del principio no es un tema baladí. Así, como se viera más arriba, la Ley 19359, reguladora del sistema de cambios en la República Argentina, establecía, en su artículo 20, inciso a), que el principio de la ley penal más benigna no resultaría aplicable en materia de las multas establecidas en su artículo 2.º.

El tema mereció un tratamiento especial en la jurisprudencia. Así, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió a su respecto que: «Las variaciones de la ley extrapenal que complementa la ley penal en blanco no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable», y que: «Si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del artículo 2.º del Código Penal, respecto de las leyes penales en blanco que se complementan con actos administrativos, de naturaleza eminentemente variable, importaría despojarlas a priori de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico

³⁵ Juan Carlos CASSAGNE, *En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal*, op. cit., loc. cit., p. 944, punto B).

desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlos»³⁶.

No puede ocultarse, sin embargo, que el criterio de la mayoría del Tribunal en el precedente recién citado tuvo la disidencia fundada de los Ministros Fayt, Boggiano y Bossert, quienes expresaron que: «El inciso a) del artículo 20 de la ley 19359, que establece que no será aplicable el principio de la ley penal más benigna previsto en el Código Penal a los supuestos tipificados en el artículo 2.º que imponen pena de multa, es incompatible con el derecho de jerarquía constitucional que tiene el imputado a que se le aplique la ley penal más benigna, por no configurarse en la especie las excepciones previstas a dicho principio por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»³⁷.

En la disidencia del Ministro Enrique PETRACCHI se expresó también que: «No es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, ya que de otro modo, el camino de una interpretación amplia de este último, supuesto en el propósito de... que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones posteriores de la legislación... se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios»³⁸.

Poco tiempo más tarde, la Corte hubo de sostener que la pretensión de la autoridad administrativa de juzgar con un nuevo criterio hechos ocurridos con anterioridad a que aquél se manifestase, importa calificar de ilícitas conductas realizadas con sujeción al régimen que en esa época aquélla consideraba aplicable, lo cual configura un claro menoscabo de la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución en una materia que —como lo es la referente a las multas aduaneras— tiene naturaleza penal³⁹.

Similares consideraciones deben hacerse respecto de la interdicción de la interpretación analógica de la ley, que no puede considerarse un principio exclusiva del Derecho Penal, sino inherente a la regulación de toda potestad punitiva del Estado.

Tengo para mí que no ha de pasar mucho tiempo más sin que triunfe la tesis de la minoría de la Corte y se afirme que la violación de estos mandatos constitucionales trae como consecuencia la nulidad de

³⁶ Fallos 321:824, del voto de la mayoría de la Corte.

³⁷ Fallos 321:284, disidencia de los Ministros Fayt, Boggiano y Bossert.

³⁸ Fallos 321:284, disidencia del Ministro Enrique Petracchi.

³⁹ 7 de mayo de 1998, en ED, tomo. 179, p. 712; Fallos 321:1248.

la norma de creación de la infracción, del reglamento que excede a la habilitación o a la remisión legal y del acto sancionatorio particular, en su caso⁴⁰.

3. LA CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO CARDINAL DE LA SANCIONABILIDAD

La base constitucional de la exigencia de culpabilidad, como recaudo para la imposición de una sanción, era hartamente más dudosa hasta 1994. Aun cuando el principio de presunción de inocencia había sido reconocido por la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia como implícito en el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, su admisión no implicaba la exclusión estricta de la responsabilidad sin culpa.

A este respecto cabe recordar que, con anterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema había sostenido que en materia de infracciones al régimen de cambios, así como en otras de carácter penal administrativo, no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena en la forma prevista por leyes especiales⁴¹.

Tal aspecto, sin embargo, recibe una lectura distinta a partir del Pacto de San José de Costa Rica, que, en su artículo 8, dispone que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

No se me escapa que el planteo podría remitir al criterio con que el legislador habrá de definir el concepto «culpabilidad» sin embargo, entiendo que media respecto de éste una noción objetiva de validez universal, de la que no podrá prescindirse sin agravio a la «constitucionalidad».

En este orden debe inscribirse la posterior decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido que: «En el campo del derecho represivo tributario, rige el criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente», y que: «Al ser inadmisibles la existencia de responsabilidad sin culpa, si una persona ha cometido un hecho que encuadra en una descripción

⁴⁰ Pareciera inscribirse en esta dirección el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, del 15 de octubre de 1999, que estableciera que «la ley extrapenal integra la ley penal, de modo que la alteración de aquélla que beneficia al sujeto debe aplicarse retroactivamente, pues se trata de un caso de aplicación de la ley penal más benigna que debe regirse por los principios generales de esa retroactividad» (ver ED, tomo 187, p. 73).

⁴¹ Fallos 298:432.

de conducta que merezca sanción, su impunidad sólo puede apoyarse en la concreta y razonada aplicación al caso de alguna excusa admitida por la legislación vigente»⁴².

La doctrina nacional, en particular CASSAGNE, se encargó de señalar que el desplazamiento de la responsabilidad sin culpa requería: 1) la existencia del hecho del dependiente imputable a éste a título de dolo o culpa; 2) la tipificación legal; 3) el carácter exclusivamente patrimonial de la sanción; 4) la posibilidad de la demostración de su falta de responsabilidad por parte del solidario, y 5) la limitación de la responsabilidad solidaria.

No obstante, cabe tener en cuenta que la doctrina nacional y extranjera, con posterioridad al primero de los precedentes de la Corte antes transcrito, ya había destacado la procedencia de la revisión del viejo criterio de la responsabilidad por el solo hecho voluntario, exigiendo la acreditación de la culpabilidad, bien que con necesarias aclaraciones en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, y de sanciones solidarias, alternadas o acumuladas. En este marco adquiere especial vigencia la teoría del error de hecho y del error de prohibición, especialmente aplicable en el caso de infracciones administrativas, cuando se acredite su carácter invencible y la diligencia puesta para salvarlo.

Tampoco puede omitirse considerar que, en este ámbito, la garantía de la presunción de inocencia se impone a la presunción de legitimidad de los actos administrativos, con base en su mayor jerarquía normativa.

A pesar de todo lo antes expuesto, es evidente que el campo del Derecho Administrativo sancionador es típicamente el de la creación del riesgo y el de la imprudencia. En este orden, es a todas luces previsible la recepción de criterios propios del Derecho Civil que reinan en materia de polución ambiental o de actividades industriales riesgosas. Tampoco cabe soslayar que aquí se presentan principios que ya han ingresado al Derecho Penal, de la mano de JACOBS y de ROXIN, que se apartan de los viejos dogmas causalistas. Me refiero a las ideas de imputación objetiva, con sus principios estructurales de agravación del riesgo y concreción del riesgo en el resultado; sus principios eventuales, relacionados con el riesgo permitido, el ámbito de protección, la prohibición de regreso, el principio de confianza y la competencia de la víctima; y sus principios eventuales, como la adecuación social y el principio de insignificancia.

No podría dejar de mencionarse que en el ámbito que nos ocupa campea también el principio de privacidad, que resulta ínsito en el ar-

⁴² CSJN, Fallos 322:519.

título 19 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

4. LA INTERDICCIÓN DE LA DOBLE SANCIÓN POR LA MISMA FALTA

El principio del *ne bis in idem*, que tuviera recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema en Fallos 272:180, con anterioridad a la reforma constitucional, también ha recibido indirecta recepción en nuestra Ley Suprema, a través del artículo 8, párrafo 4, del Pacto de San José de Costa Rica, en el que se señala que el «inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos». Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia, aplicándolo –por ejemplo– a la doble incriminación tributaria y aduanera de la misma conducta, en extremo cuya extensión al ámbito del Derecho Administrativo sancionador parece necesario exigir⁴³.

Esta afirmación, no obstante su raíz constitucional actual, queda sometida a los criterios de la jurisprudencia anterior, que aplicara idéntico precepto con base legal y que afirmara que el recaudo exige la triple identidad del sujeto, de los hechos y de la causa de la sanción, extremo que guarda especial importancia en materia de Derecho disciplinario de la función pública, en el que se reitera el error de pretender soslayar la identidad entre algunos delitos e infracciones administrativas, en especial cuando aquéllos son agravados con fundamento en el hecho de la función pública o el carácter de funcionario del autor.

5. LA RAZONABILIDAD DE LA SANCIÓN COMO RECAUDO DE JURIDICIDAD

En cuanto al principio de proporcionalidad, alguna doctrina nacional ha pretendido extraer dicho principio de la cláusula general de la razonabilidad, prevista en el artículo 28 de la Constitución Nacional, en la proscripción de la confiscación de bienes y protección de la propiedad de su artículo 17, criterio que no resulta fácil compartir. Al respecto y por otra parte, cabe recordar que las sanciones administrativas en muchos casos guardan un importante valor de «comiso», «retiro de los efectos del delito» o «indemnizatorio», extremo que debe ser apreciado para examinar su proporcionalidad.

⁴³ C. N. Casación Penal, Sala IV, 9.12.1999, en ED, tomo 187, p. 566.

En este orden de ideas debe tenerse presente el sistema de carga de la prueba que impone alguna jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido que si no se ha demostrado la existencia de una inequidad manifiesta, o de un apartamiento írrito del principio de igualdad, el juicio referente a la proporcionalidad de la pena es de competencia exclusiva del legislador y ajeno a la competencia judicial⁴⁴.

V. LA TEORÍA DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Sin perjuicio de la aplicación de muchos de los principios ya expuestos a la sanción administrativa (tales como la reserva legal, el mandato de tipificación, la proporcionalidad y el *non bis in idem*), debo destacar que la doctrina nacional ha realizado una caracterización de las sanciones administrativas, clasificándolas en principales y accesorias y en paralelas, alternativas o conjuntas y, desde el punto de vista de su contenido, en privativas de libertad, de imposición económica o de pérdida de ventajas.

Valga destacar que el Derecho nacional no contiene una cláusula prohibitiva de la sanción administrativa de arresto, tal como está establecida en el Derecho positivo español. Esta sanción privativa de la libertad personal todavía es admitida en el campo del orden público, especialmente en la esfera provincial y municipal, y en otras infracciones relacionadas con el ejercicio de la policía del trabajo.

Como se ha visto, el Derecho Administrativo sancionador tiene aún un largo camino por recorrer en la Argentina. Para ello, será necesario no sólo un estudio profundo de su composición y principios fundamentales, sino también de su fenomenología, toda vez que toda regulación que prescinda de tales aspectos está condenada al más rotundo fracaso o al más estruendoso éxito, pues, como ha escrito BORGES en el epitafio de su poeta menor: «La meta es el olvido, yo he llegado antes».

⁴⁴ CSJN, 5.10.1999, in re «Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas c/Dirección Nacional de Migraciones», Fallos 322:2346.