

LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA Y LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL

The administrative sanction and the guarantees of Criminal Right
La pena amministrativa e le garanzie del Diritto Penale

Fernando R. García Pullés¹

Para citar este artículo:

García Pullés, F.R. (2020). “La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 263-279.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.263-279>

Resumen: En los tiempos que corren, se ejerce un poder de policía de emergencia excepcional por parte del Poder Ejecutivo. Aquí se intenta detener nuestra mirada jurídica sobre la potestad sancionatoria de las Administraciones públicas, una potestad ejercida por ellas, al menos en Argentina, a la sombra y amparo de la superficialidad con que, aquí, la doctrina y jurisprudencia analizan sus contenidos, límites y modalidades, liviandad de trato que opaca el peligro del uso desaprensivo de ese poder de sancionar para una república, para la división de poderes y, en particular, para la libertad de los ciudadanos. Este trabajo pretende convocar al lector a repensar esta materia.

Palabras clave: Garantías; Potestad Sancionatoria; Derecho Penal; Derecho Administrativo.

1 Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires; es profesor titular de Derecho Procesal Civil y Comercial en la carrera de grado de la Facultad de Derecho; profesor titular por concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en cursos de grado y posgrado y profesor titular de Derecho Procesal Constitucional y Control Judicial de la Administración Pública en el Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Correo electrónico: garciapulleff@eof.com.ar

Abstract: In these times, when an exceptional emergency police power is exercised by the Executive Power. Here we try to stop our legal gaze on the sanctioning power of public administrations, a power exercised by them, at least in Argentina, in the shadow and protection of the superficiality with which here, the doctrine and jurisprudence analyze its contents, limits and modalities, lightness of treatment that obscures the danger of the unscrupulous use of that power to sanction for a republic, for the division of powers and, in particular, for the freedom of citizens. This work tries to summon the reader to rethink this matter.

Keywords: Guarantees; Sanctioning Power; Criminal Law; Administrative Law.

Sommario: In questi tempi, quando il potere esecutivo esercita un eccezionale potere di polizia di emergenza. Qui si cerca di fermare il nostro sguardo giuridico al potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni, potere da esse esercitato, almeno in Argentina, all'ombra e alla tutela della superficialità con cui qui, la dottrina e la giurisprudenza ne analizzano contenuti, limiti e modalità, leggerezza di trattamento che offusca il pericolo di un uso spregiudicato di quel potere per sanzionare una repubblica, per la divisione dei poteri e, in particolare, per la libertà dei cittadini. Questo lavoro cerca di invitare il lettore a ripensare a questo argomento.

Parole chiave: Garanzie; Potere sanzionatorio; Diritto Penale; Diritto Amministrativo.

Introducción

En los tiempos que corren, en que se ejerce un poder de policía de emergencia excepcional por parte del Poder Ejecutivo, creo de especial importancia detener nuestra mirada jurídica sobre la potestad sancionatoria de las Administraciones públicas, una potestad ejercida por ellas, al menos en Argentina, a la sombra y al amparo de la superficialidad con que, aquí, la doctrina y jurisprudencia analizan sus contenidos, límites y modalidades, liviandad de trato que opaca el peligro del uso desaprensivo de ese poder de sancionar para una república, para la división de poderes y, en particular, para la libertad de los ciudadanos.

Un examen sobre esa potestad ha de recalar, necesariamente, en el contexto del deber de examinar las herramientas que el Derecho Administrativo utiliza para concretar el fin principal de la Administración pública, que no es otro que realizar el Derecho en la sociedad –pues de tal modo se

concreta en este medio la procura por el bien común—, pero también para erradicar las dificultades de la movilidad social y la pobreza. Del modo de ejercicio de aquella potestad se permitirá afectar dos de las variables más esenciales a tal fin, a saber: (i) asistir a los más vulnerables para alcanzarles aquello que el orden jurídico les atribuye en nombre del citado bien común —sabiendo que no estarán en condiciones de reclamarlo ante la jurisdicción si no les es dado oficiosamente—, y (ii) promover inversiones genuinas que aseguren generación de trabajo digno, que contribuirá a la consecución de aquella otra procura.

Estas dos vertientes se vinculan en gran medida con el diseño y el modo de ejercicio de la potestad sancionatoria, porque muchas veces se la utiliza para agravar la vulnerabilidad de los débiles y otras para perseguir irrazonablemente a las personas jurídicas que generan trabajo, como si fueran, por su sola condición, el paradigma de la explotación al vulnerable y de la subversión del poder estatal.

Este trabajo pretende convocar al lector a repensar esta materia, aunque escrita con estilo telegráfico, porque como indicara Borges, “en tiempos de auge, la conjetura de una existencia limitada puede entristecer o irritar; pero en tiempos que declinan, es la promesa de que ninguno oprobio y ningún dictador podrá empobrecernos indefinidamente”².

1) Función y características de la potestad administrativa sancionatoria

a) La obligación de cumplir la ley y la función de la sanción conminatoria

El tema de la causa eficiente de la obligación de cumplir la ley concreta uno de los campos de encuentro o distancia entre moral y Derecho, y se constituye en un punto central de debate, propio de la filosofía práctica.

En la doctrina escolástica clásica, Santo Tomás de Aquino trata el asunto en el artículo 4 de la cuestión 96, del Tratado de la Ley en General de su *Summa Teológica*, referido a “Si las leyes humanas obligan al hombre en el foro de su conciencia”. Expresa allí: “Las leyes dadas por el hombre, o son justas, o son injustas. En el primer caso tienen poder de obligar en conciencia en virtud de la ley eterna, de la que se derivan [...] Ahora bien, las leyes deben ser justas por razón del fin, es decir, porque se ordenan al bien

² Borges, J. L. (1936). “El tiempo circular”. En *Historia de la Eternidad*. Buenos Aires. Editorial Vial y Zona.

común; por razón del autor, esto es, porque no exceden los poderes de quien las instituye, y por razón de la forma, o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común [...]”³.

En los pensadores jurídicos norteamericanos prevalecen las fundamentaciones pragmáticas. Los autores de esta tradición de pensamiento invocan como fuentes de este deber de los ciudadanos frente a las normas: a) La obligación natural de afianzar las instituciones justas⁴; b) La necesidad como base o fundamento del deber de cumplir la ley⁵; c) La obligación de cumplir la ley como resultado del respeto hacia los Oficiales que ejercen autoridad; d) Una obligación originaria de cumplir la ley⁶; e) Una obligación genuina de cumplir la ley concebida en forma independiente de las consecuencias⁷.

Se trata de una visión actual de las ideas del pragmatismo inglés, según la cual: “Las convenciones de los hombres (acerca de las promesas) [...] crean un nuevo motivo [...] Después que estos signos son instituidos, quienquiera que los usa queda inmediatamente obligado por su propio interés a ejecutar sus compromisos, jamás debe esperar que confíen en él otra vez, si rehúsa cumplir lo que prometió [...] El interés (entendido como interés propio) es lo primero que obliga a la ejecución de las promesas”⁸.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el examen de la formulación de las normas de Derecho Positivo obliga a advertir que la sanción se presenta como un elemento accesorio, destinado a obtener el respeto de sus imperativos⁹.

Los ordenamientos jurídicos ordinariamente prevén un conjunto de respuestas distintas ante el apartamiento de sus mandatos. Algunas veces la reacción está destinada únicamente a restablecer, en especie o en sucedáneo, el “status quo ante” (nulidad o resarcimiento patrimonial). Otras, la reacción va más allá y se ubica en el ámbito retributivo, pues implica infligir un mal al infractor independiente de la recomposición.

3 Cfr. (1956). *Summa Teológica*. Vol. VI, Tratado de la Ley en General. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 183 y sigs.

4 Ver Rawls, John (1971). *Teoría de la justicia*. México. FCE, 24 y sigs. y 373 y sigs.

5 Honore, T. (1981). “Must We Obey? Necessity as a Ground of Obligation”. Citado por Greenawalt, H. *La obligación natural de cumplir la ley*, nota N° 49.

6 Mackie, J. (1981). *Obligations to Obey the Law*, 67 VA.L. Rev. Nro. 143. Ver también, del mismo autor (1977). *Ethics*.

7 Greenawalt, K. Ob. cit., 25 y sigs.

8 Hume, D. (1739). *A treatise of Human Nature*. Libro II, parte II, Sec. V “Of the Obligation of Promises”. Citado por Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 329, notas n° 3 y n° 4.

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

En este campo, la reacción jurídica se muestra de modos muy diversos. El territorio del Derecho Civil contempla la sanción de nulidad, de la inoponibilidad y del deber eventual de reparar como consecuencias de las violaciones al ordenamiento. En el reino de los Derechos Administrativo y Penal, la reacción ante el incumplimiento se concreta en la aplicación de una sanción, que debe ser entendida en su acepción más amplia, esto es: como privación de un bien, de un derecho o habilitación legal, o bien, la imposición de una obligación personal o patrimonial.

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 de prevención. En este orden, se ha dicho que toda consecuencia dañosa para un infractor, en cuanto no esté enderezada al restablecimiento de la situación anterior o al resarcimiento sustitutivo del daño, constituye genéricamente una sanción penal, cuya esencia es de carácter retributivo¹⁰.

Pero tampoco puede soslayarse que, tanto en el campo del Derecho Civil como en los otros, el ciudadano sujeto a las potestades aparece como titular y destinatario de unas especiales garantías, que también califican circunstanciadamente su vinculación con el ordenamiento y el poder público. Así, el deber de mitigar el daño —que también corresponde a la víctima— o la limitación del daño resarcible para impedir el enriquecimiento indebido del dañado son criterios que introducen la razonabilidad en la teoría de la reparación civil. En el campo del Derecho Público, el “poder” no puede ejercer sus prerrogativas sino en el marco de los límites dados por las leyes atributivas que otorgan las garantías a los ciudadanos. En este último campo, todo el entramado relacional se presenta como singularmente apartado de los caracteres de autonomía de la voluntad y conmutatividad característicos de las relaciones jurídicas de Derecho Privado.

b) Las potestades administrativas. Su base legal. Sus límites

Desde el terreno institucional y en el marco de la regulación normativa del ejercicio del poder, debe partirse del principio de legalidad en su vincu-

10 Carretero Sánchez, A.; Carretero Pérez, A. (1992). *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª. edición. Madrid. Ediciones de Derecho Reunidas, 7 y sigs.; ver también Gerónimo Rocha Pereyra, G. (2003). “Sobre el Derecho Administrativo sancionador”. *Revista de Derecho Administrativo*, 143 y sigs.

lación positiva, desarrollado por la doctrina alemana, y según el cual el Estado sólo puede hacer aquello que la ley manda, criterio que en nuestro caso viene corroborado desde el propio texto del artículo 19 de la Ley Suprema, que reconoce la libertad de los “habitantes” de no ser obligados (ni por otros ni por el poder estatal) a hacer lo que la ley no manda ni privados de lo que ella no prohíbe, criterio que hoy aparece también supeditado al respeto a la dignidad humana, en términos constitucionales.

Para conciliar aquella regla básica del Estado de Derecho y la necesidad inherente al cumplimiento de los fines estatales, surgió la técnica de atribución legal de potestades. Así, la ley –como instrumento idóneo para reglamentar razonablemente el ejercicio de las libertades y derechos– atribuye determinados poderes jurídicos a los órganos del Estado para hacer posible la consecución de sus fines¹¹, definiendo cuidadosamente sus límites. Entonces, toda acción administrativa resulta del ejercicio de un poder atribuido previa y circunstanciadamente por la ley¹².

Esta última afirmación, en nuestro caso, no sólo viene de la naturaleza de las cosas, sino aún del propio texto del artículo 75, inc. 32 de la Ley Suprema, que –a mi juicio– no refiere únicamente a las facultades implícitas del Congreso Federal sino también a la declaración del único origen constitucional o legal de las potestades de las instituciones republicanas. Bien se ha dicho, en este ámbito, que todas las actividades públicas “[...] arrancan necesariamente de una potestad y de un ordenamiento [...]”¹³.

Las “potestades” dadas a los órganos del Estado no pueden asimilarse a Derechos Subjetivos. Tanto los ciudadanos como el Estado tienen derechos, que ejercen conforme a las reglas que establece el ordenamiento. Y tanto los ciudadanos como los órganos del Estado reciben de la ley –en contados casos, los primeros, y de modo general, los segundos– poderes jurídicos para concretar cometidos que involucran la sujeción de otras personas, por las que deben velar, para obtener fines benéficos para éstas.

En el ámbito de las relaciones de familia, la patria potestad se traduce en un poder jurídico atribuido a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores, con el objetivo de hacer posible su protección y formación integral –cometidos que también se imponen como obligación a aquellos. La llamada patria potestad (hoy responsabilidad parental) no puede concebirse

11 Cfr. Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. 4ª edición. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 603 y sigs.

12 García de Enterría, E.; Fernández, T. R. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid. Civitas, 431 y sigs.

13 Nieto, A. (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª edición. Madrid. Ed. Tecnos, 22.

como un derecho¹⁴, aunque se exhiba como una prerrogativa y una correlativa sujeción, pues su ejercicio no es voluntario sino obligatorio, aunándose los conceptos de poder y deber, además de no reconocerse por la ley en interés de los padres, sino de los hijos y la familia¹⁵.

La naturaleza misma del Estado aparece calificada por su finalidad de procurar la protección de sus integrantes, asegurando su libertad, promoviendo su desarrollo integral y, en definitiva, promoviendo el bien común. Para ello se hace necesario dotar a esa organización de unos poderes jurídicos que le permitan el logro de sus cometidos.

Como bien explica González Pérez, el Estado y los entes públicos pueden desempeñarse con sujeción a las mismas reglas jurídicas que los particulares, adquiriendo y ejerciendo derechos, contratando, prestando servicios a través de empresas comerciales sujetas al Derecho Privado, pero por lo usual será que “[...] actúen en ejercicio de sus prerrogativas, sujetos a su Derecho, el Derecho Administrativo, que constituye su Ordenamiento ordinario y común”¹⁶.

En estos últimos casos, aparece una especial situación jurídica de los órganos estatales, derivada de una atribución explícita y circunstanciada de prerrogativas que realiza la ley, que se transforma en habilitación y carga para ellos y vínculo de sujeción general para los ciudadanos: la potestad.

Estas potestades de los órganos estatales se manifiestan como poderes de actuación que suponen una facultad de ordenación y un correlativo deber de sujeción, limitados por el ordenamiento jurídico que a) nace concretamente y en los límites específicos que le otorga el ordenamiento; b) no tiene contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico, la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio puedan devenir relaciones jurídicas particulares; c) no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan.

Las notas que caracterizan a la potestad, además de aquellas expuestas más arriba, pueden sintetizarse en que: a) su otorgamiento lo es en interés de la ley, de las instituciones jurídicas o de terceros distintos del titular; b) su ejercicio es obligatorio (se convierte en un poder-deber); c) son

14 Ver Cafferata, J. (1978). *La guarda de menores*. Buenos Aires. Ed. Astrea; ver también: Belluscio, A. C. (1988). *Manual de Derecho de Familia*. T. II. 5ª. edición. Buenos Aires. Ed. Depalma, 289 y sigs.; Zannoni, E. (1989). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. 2. 2ª edición. Buenos Aires. Ed. Astrea, 641 y sigs.

15 Ver Fleitas Ortiza de Rozas, A.; Roveda, E. G. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, 407.

16 González Pérez, J. (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3ª edición. Madrid. Civitas, 67.

intransferibles e inalienables; d) están limitadas en su extensión y modo de ejercicio por garantías dadas a los destinatarios de la sujeción.

c) La potestad del juez penal y la potestad sancionatoria de la Administración. Los contenidos de la potestad sancionatoria administrativa

El juez penal enfrenta el delito desde la estrictez de una ley formal que define la conducta punible, un tipo penal que el magistrado no puede ampliar por analogía. Es cierto que puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, pero nunca para generar una norma sancionatoria nueva que le permita condenar en una sentencia, ni establecer para sancionar en casos futuros. Es más, sus facultades de interpretación de la ley aparecen limitadas por la prohibición de analogía y el principio de legalidad penal.

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

La potestad sancionatoria que la ley entregó a la Administración para reprimir infracciones a bienes jurídicos teóricamente menos graves que aquellos que merecen su inclusión en el Código Penal, se distingue radicalmente de la conferida al Juez penal.

Ello se advierte con claridad cuando se repara en que esta potestad comprende un territorio con cuatro expresiones, a saber:

- (i) Un aspecto de creación normativa. El tipo infraccional y la sanción reclama una ley formal previa, pero la concreción del tipo y de la reacción pueden ser remitidas a la labor reglamentaria de la Administración (no ya a la cobertura legal sancionada en el fallo “Mouviel”¹⁷). Así, la Administración, mediante actos de alcance general –obviamente previos, escritos, públicos y de contenido previsible para los ciudadanos–, puede individualizar y actualizar las conductas sancionables.
- (ii) Un segundo momento en el que la Administración desarrolla una actividad investigativa, constata la existencia de la infracción y desarrolla una actividad probatoria –generalmente por sí y ante sí. Es cierto que, una vez colectada la prueba, puede el infractor presentar su descargo, pero para entonces el recupero de pruebas es

17 *Fallos*: 2278:636, en especial el dictamen del Procurador General Dr. Sebastián Soler.

difícil, dado el tiempo transcurrido. No hay aquí sistema acusatorio ninguno, ni fiscal ni querellante. Esta ausencia, según he anticipado ya, puede significar problemas para los ciudadanos y aún para el interés público, por el exceso o el defecto en la punición sin control eficaz¹⁸.

- (iii) En un tercer estadio, la Administración ejerce la potestad en su faz más esencial y aplica a los destinatarios de la norma la sanción, escogiendo entre alternativas igualmente legítimas que la ley ofrece. También ella, como el Juez penal, puede hacer una interpretación limitada de la norma, aunque la hermenéutica no solo se dirige a la ley penal, sino también a la norma reglamentaria a la que aquella remite. Pero además, algunos postulan que esa interpretación administrativa no está limitada por el principio de la prohibición de la analogía ni el de la ley penal más benigna, porque tales garantías no corresponden al campo infraccional sino solo al delictual.
- (iv) Sin embargo, todavía queda un cuarto momento en que la Administración, en uso de una de las prerrogativas típicas del régimen jurídico exorbitante, ejecuta por sí y ante sí la sanción, mientras los recursos no suspenden esa ejecución y, con una inconstitucional extensión de principios tributarios, exige supeditar el control judicial al previo cumplimiento de la sanción (*solve et repete*).

Examinar la potestad sancionatoria administrativa es, pues, analizar una facultad reglamentaria (que creo debe entenderse como facultad reglamentaria propia atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración); una actividad investigativa procedimental; una decisión cuasi-judicial de contenido sancionatorio explícito y una facultad ejecutiva. Posiblemente radique allí la dificultad de encuadrarla en los moldes ordinarios y la causa de los errores en que se incurre en la materia.

2) La titularidad de la potestad sancionatoria administrativa

La potestad sancionatoria de la Administración, como toda otra potestad que se atribuye a los órganos del Estado, deriva del ordenamiento jurídico. Es cierto que en un principio hay una potestad y un ordenamiento, pero

18 Ver García Pullés, F. “La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la Constitución Nacional”. *Revista de Derecho Administrativo, RAP*. España, Nros. 267-268, 501 y sigs.

ello sólo ocurre con la potestad constituyente, porque luego de su ejercicio, toda otra potestad deriva del ordenamiento y está sujeta a los límites y las condiciones de ejercicio impuestas por éste.

Este origen de las potestades es esencial para considerar el tema de su titularidad, en especial en un régimen federal como el de la República Argentina, en el que el gobierno federal solo tiene las facultades que las Provincias le han delegado a través de la Constitución Nacional.

En consecuencia, si el origen de la potestad deriva del ordenamiento, en nuestro Estado federal su titularidad corresponderá al gobierno federal, provincial o municipal, según que la materia haya sido o no objeto de delegación provincial a favor del gobierno federal en el marco de la Constitución argentina.

El Código Penal argentino se limitó a los delitos y no trató las infracciones y ello fue acertado, porque la materia no es propia de un “código de fondo”, sino de la regulación federal o provincial, según se trate.

No obstante, es evidente que el ejercicio de estas competencias por parte de las legislaturas provinciales no podrá hacerse en desmedro de las garantías que la Constitución Nacional y el ordenamiento federal o nacional otorga a los ciudadanos, porque esas garantías se inscriben en un orden jurídico superior que tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales y municipales tienen el deber de respetar, en el marco del Estado de Derecho, cuestión que se vincula estrechamente con el tema de la distinción entre delitos y faltas o contravenciones, al que aludiré más adelante.

El segundo problema de la titularidad consiste en determinar si la potestad sancionatoria administrativa es otorgada por el ordenamiento de modo directo a la Administración o si se trata de una delegación de funciones del Poder Judicial que el legislador ha realizado a favor del Poder Ejecutivo.

Entiendo que esta segunda solución no puede predicarse en nuestro sistema jurídico constitucional. El artículo 109 de nuestra Ley Fundamental establece la clara prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales y arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas, prohibición que no podría superar una delegación de jerarquía inferior.

3) Ámbito de aplicación de esta potestad administrativa

Nuestra Corte Suprema, setenta años atrás, ya dejó establecido un criterio que no ha sido modificado, según el cual: “La distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene base cierta que pueda fundarse en la

distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos¹⁹.

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

- (i) Por una parte, la irrupción de la doctrina minimalista en el ámbito penal, que ha predicado la idea de limitar todo cuanto sea posible las penas y los delitos y trasladar esas conductas al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, con penas pecuniarias que no consistan en la restricción de la libertad, al menos en los países del Europa;
- (ii) La inclusión de las personas jurídicas en el campo del Derecho Penal, que hoy exhibe penas para estos entes, que se aplican con criterios de solidaridad para con sus directores, administradores o apoderados, a los que sí les alcanzan penas restrictivas de la libertad, trastocando las ideas de culpabilidad subjetiva y reprochabilidad típicas del Derecho Penal;
- (iii) El deseo de las Administraciones de ampliar su territorio de poder, mientras ven en el Derecho Penal un obstáculo para la aplicación de sanciones a quienes vulneran sus técnicas disciplinarias (en términos de la biopolítica de Foucault). Ellas han proclamado la independencia de su derechos de castigar para eludir las garantías y exigencias de aquella rama del Derecho, en especial en algunos campos sensibles –como el ambiental, el lavado de dinero, las faltas tributarias o aduaneras, la regulación de la competencia en los mercados y la defensa del consumidor y hasta en la disciplina del empleo público–, para así proclamar principios tales como el de la analogía interpretativa *ex post facto*, la generalización de la responsabilidad objetiva y la solidaridad; la inversión del *onus probandi*; la exclusión del principio de la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna, del *in dubio pro reo*, y la extensión del *solve et repete* a materias absolutamente extrañas a la tributaria, en los casos de cuestionamiento de las sanciones. Para arribar a tal resultado se proclama la necesidad de proteger a la comunidad frente a los riesgos sociales (como si no los hubiera en el caso de los delitos del Derecho Penal) y la existencia de un *ius puniendi* de distinta especie en la potestad sancionatoria administrativa, que impide aplicar aquellas garantías.

19 Fallos: 205:173.

Todo ello ha llevado a una continua traslación de conductas del campo penal al de la potestad sancionatoria administrativa, extendiendo enormemente el territorio de esta última y provocando importantísimas discusiones, en particular en la Argentina, y dada la gravedad de las sanciones previstas, pues no existe aquí prohibición constitucional de establecer sanciones restrictivas de la libertad; pero aunque éstas son rarísimas, hay otras sanciones que podrían considerarse hasta más graves que la detención, como las que inhabilitan de modo permanente para la profesión, el comercio o la industria.

4) Fundamento jurídico y modalidades de ejercicio

La combinación de indiferenciación ontológica y falta de garantías es grave para los ciudadanos, porque si el legislador puede lícitamente declarar que una conducta es delito o infracción administrativa a su arbitrio, sin que tal decisión sea susceptible de control judicial, y se proclama que no existe sujeción de la potestad sancionatoria administrativa a los límites del Derecho Penal, podría usarse la traslación como arma de ataque para hacer realidad una derivación del “Derecho Penal del enemigo”: el “derecho infraccional del enemigo”, privando a los destinatarios de esas “infracciones” de los más elementales derechos que la Constitución y las leyes otorgan a los criminales más graves.

El derrotero de quienes postulan la exclusión de las garantías penales tiene su cenit al propiciar dos manifestaciones del “*ius puniendi* estatal”: uno de titularidad judicial y otro de titularidad administrativa, aunque no se aclara por qué no habrían de regirse por principios comunes, ganados en años de batallas por encauzar ese poder en el Derecho, pretendiéndose una regulación “liberadora” de esas victorias, ni qué condición especial otorga el derecho a la Administración pública para excluirla de las restricciones que desde hace más de doscientos cincuenta años se han impuesto al ejercicio de la jurisdicción por los monarcas y, más tarde, por los jueces.

Es que la proclama de un *ius puniendi* especial para la Administración, sujeto a sus propias reglas, no tiene, a mi juicio, fundamento ontológico, sino teleológico, pues no atiende a la naturaleza de las cosas sino a la finalidad que se pretende obtener de la distinción, escapar de las limitaciones que imponen las garantías del Derecho Penal.

Dada la Constitución, ninguna potestad pública es inherente a un órgano y solo puede surgir de la Constitución o las leyes. La Corte Suprema del Reino Unido, en el fallo que declaró la ilegalidad de la decisión del Primer Ministro británico de prorrogar el receso del Parlamento con motivo del “Brexit”, recordó que desde 1611 es principio del Derecho que aún el rey no

tiene otras prerrogativas que aquellas que “the law of the land” le otorga, principio claramente ratificado en 1649²⁰.

Estimo que 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; en cambio, sí existe la prohibición para que ejerza funciones judiciales o se arrogue el conocimiento de causas pendientes, disposición que –como ha sostenido Juan Carlos Cassagne²¹– recibimos de la Constitución de Cádiz y no de la de Estados Unidos.

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

Por estas razones, desde hace ya bastante tiempo²², vengo alertando que ante la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones y el peligro de una traslación perniciosa, es preciso volver la mirada sobre “el orden jurídico circundante” a delitos y faltas, indicando que mientras no exista una ley especial para el tratamiento de todas las faltas de este tipo y el ejercicio consecuente de la potestad sancionatoria, es preciso extender plenamente las garantías del Derecho Penal al campo del Derecho Administrativo sancionador y limitar gravemente “los matices en esa traslación” a los que alude la jurisprudencia española desde hace cuarenta años, y sobre cuyo alcance han discrepado mi maestro Alejandro Nieto García y Tomás Ramón Fernández.

20 En 1649, luego de la Revolución Inglesa y el triunfo de las tropas del Parlamento, el Rey Carlos I fue llevado a juicio. El barrister que llevara adelante la acusación: John Cook, sostuvo el principio del sometimiento de todas las personas del reino, incluido el Rey, a la ley de la tierra. Ese criterio fue contrapuesto al del Monarca, que sostenía que su poder provenía de Dios y no estaba sujeto a las regulaciones de las leyes. La Corte aceptó el criterio de Cook y condenó al rey a la pena de muerte.

21 Cassagne, J. C. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid. Ed. Reus.

22 García Pullés, F. (septiembre 2006). “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante. Una nueva y acertada doctrina de la Corte”. *Jurisprudencia Argentina*. Derecho Administrativo, 3 y sigs.

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

Sin embargo, los autores de esos fallos deberán ahora revisar sus criterios, en particular a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha proclamado que las garantías del Derecho Penal son aplicables íntegramente en el ámbito de las sanciones administrativas, criterio que empezó a delinearse en el fallo “Baena vs. Panamá”²³, se reiteró en “López Mendoza vs. Venezuela”²⁴ y se explicitó claramente en “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”²⁵ y en “Flor Freire vs. Ecuador”²⁶.

En este orden, estimo de absoluta claridad el criterio subyacente en la opinión del Señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Enrique Petracchi, en el fallo “Ayerza”²⁷, en abril de 1998, cuando sostuvo: “Que, por tanto, no es posible pretender que una rama del Derecho repressivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de ‘[...] que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación [...]’”.

Y acudo especialmente al criterio del Dr. Petracchi en “Ayerza”, porque ocho años después, en abril de 2006, la Corte se remitió a esa disidencia, que transformó en holding del Tribunal para declarar nula la aplicación de una sanción a “Cristalux Sociedad Anónima”²⁸ respecto de una infracción administrativa al régimen de cambios y la condena a una persona jurídica.

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

23 Fallo de la CIDH del 2 de febrero de 2001, en www.cidh.org.

24 Fallo de la CIDH del 1º de septiembre de 2011, en www.cidh.org.

25 Fallo de la CIDH del 3 de mayo de 2016, en www.cidh.org.

26 Fallo de la CIDH del 31 de agosto de 2016, en www.cidh.org.

27 *Fallos*: 321:824.

28 *Fallos*: 329:1053.

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

Me apresuro a advertir que no desconozco que en el territorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esas garantías sólo puedan ser invocadas por las personas antes llamadas físicas (con pequeñas excepciones). Sin embargo, entiendo que el postulado de la extensión de garantías del Derecho Penal al ámbito sancionador, recogido por la Corte Interamericana en el caso “Maldonado Ordóñez” ya citado, que es contrariado por alguna jurisprudencia reiterada al azar y sin reparar en los avances de los principios generales del Derecho que reconoce la comunidad internacional, debe extenderse a las personas jurídicas en el territorio nacional.

Ello así ya con fundamento en los Tratados sino con base en el ordenamiento constitucional argentino, porque así lo exige el principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Y esta extensión es imprescindible pues muchas veces ambas clases de sujetos son destinatarios de una sola causa penal o administrativa a raíz de la existencia de responsabilidades solidarias u objetivas.

Pero además, debo advertir que la supuesta inaplicación de garantías, con invocación de la necesidad de acudir al derrotero de examinar su inscripción en el Derecho Constitucional para más tarde volcarlas al campo administrativo, resulta un verdadero eufemismo, porque el conjunto garantístico surge también de la Ley Suprema, bien interpretada, en especial luego de la reforma de 1994.

Hace más de doscientos cincuenta años, Cesare Beccaria, en su *Tratado de los delitos y de las penas*, describió una decena de principios que constituirían cláusulas pétreas para el derecho de castigar a los ciudadanos, que no podríamos separar de la potestad sancionatoria administrativa, entre ellos:

- a) Solo las leyes pueden establecer delitos o fijar sus penas.
- b) La ley que crea la infracción y la pena debe ser previa, y previsible para ser digna de reproche.
- c) Ningún Magistrado puede decretar a su voluntad penas contra un individuo ni bajo pretexto de celo o de bien público.
- d) Las sanciones deben ser proporcionales a la ofensa y progresivas.
- e) Es necesario que acusador y acusado no decidan el conflicto, sino que lo haga un tercero imparcial.

- f) La sanción debe darse del modo más próximo posible al hecho.
- g) No es la crueldad de las penas la que actúa como prevención de los delitos, sino la vigilancia y la severidad de los Magistrados.

No olvido que la potestad sancionatoria administrativa reclama “matices”, pero esos matices deben limitarse a: la autorización de la remisión reglamentaria luego de la tipificación genérica de la conducta y de la sanción en la ley formal; la mayor relajación de la legalidad en los casos de algunas relaciones de sujeción especial; la admisión de la responsabilidad objetiva y solidaria y la inversión de la carga de la prueba cuando son establecidas por la ley. En ningún caso estas premisas reclaman borrar las garantías del Derecho Penal, ni mucho menos someter la responsabilidad a la interpretación postrera del aplicador, o el control judicial al previo pago.

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

5) Un llamado a la reflexión posterior

He intentado sembrar una idea para reflexionar cuáles garantías del Derecho Penal deben ser aplicables en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador y aún a las personas jurídicas.

Advierto que será difícil decir que estas garantías y las demás que hoy convocamos como propias del Derecho Penal no sean de la esencia del Derecho Constitucional, en especial desde que debemos leerlo con los anteojos de la interpretación dada por los Tratados de Derechos Humanos, porque solo ellos hacen desaparecer las cortinas de los ojos y nos muestran la mezquindad de nuestros criterios últimos, como en el caso del cuento de Borges, “El brujo postergado”, que para algunos debería ser de lectura obligatoria²⁹.

Bibliografía

- Belluscio, A. C. (1988). *Manual de Derecho de Familia*. T. II. 5ª. Edición. Buenos Aires. Depalma, 289.
- Borges, J. L. (1936). “El tiempo circular”. Incluido en *Historia de la Eternidad*. Buenos Aires. Editorial Vial y Zona.

²⁹ Borges, J. L. (1935). “El brujo postergado”. En *Historia Universal de la Infamia*. Buenos Aires. Emecé.

- Borges, J. L. (1935). "El brujo postergado". En *Historia Universal de la Infamia*. Buenos Aires. Emecé.
- Cafferata, J. (1978). *La guarda de menores*. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- Carretero Pérez, A.; Carretero Sánchez, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª. Edición. Ediciones de Derecho Reunidas, 7 y sigs.
- Cassagne, J. C. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*. Madrid. Ed. Reus.
- Fleitas Ortiza de Rozas, A.; Roveda, E. G. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis.
- García de Enterría, E.; Fernández, T. R. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid. Civitas, 431 y sigs.
- García Pullés, F. "La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la Constitución Nacional". En *Revista de Derecho Administrativo*, RAP. España, Nros. 267-268.
- García Pullés, F. (2006). "La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante. Una nueva y acertada doctrina de la Corte". *Jurisprudencia Argentina*. Derecho Administrativo, 3 y sigs.
- González Pérez, J. (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3ª edición. Madrid. Ed. Civitas, 67.
- Honore, T. "Must We Obey? Necessity as a Ground of Obligation". Citado por Kent Greenawalt, *La obligación natural de cumplir la ley*.
- Hume, D. "A treatise of Human Nature (1739)". Libro II, parte II, Sec. V "Of the Obligation of Promises". Citado por Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Mackie, J. "Obligations to Obey the Law", 67 V. L. Rev. Nro. 143. (1981) y "Ethics", ed. 1977.
- Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. 4ª edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Nieto, A. (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª edición. Madrid. Ed. Tecnos.
- Rocha Pereyra, G. (2003). "Sobre el Derecho Administrativo sancionador". En *Revista de Derecho Administrativo*.
- Summa Teológica*. Vol. VI, *Tratado de la Ley en General*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.
- Zannoni, E. (1989). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. 2. 2ª edición. Buenos Aires. Ed. Astrea.