

CUESTIONES PRELIMINARES PARA EL ESTUDIO DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

ANDRÉS ASCÁRATE

I. INTRODUCCIÓN

Como en todo andar, el tránsito del sendero de aproximación al fenómeno sancionatorio de la Administración se encuentra condicionado por los primeros pasos que se adopten. A fin de no iniciar ese recorrido con un paso en falso parece aconsejable abordar una serie de cuestiones que, a priori, condicionan las numerosas afirmaciones que abundan en la materia. Por ejemplo, suele decirse que los principios del Derecho Penal son aplicables a la infracción administrativa de forma atenuada y menos rigurosa, que el injusto penal y el administrativo poseen idéntica naturaleza criminal, que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho Penal. Pero, ¿qué quieren decir esas afirmaciones?, y sobre todo ¿cómo es que se llega a ellas?

Se propone a continuación que estas cuestiones condicionantes, es decir, planteos que deben ser despejados previos al estudio de este tema, son principalmente tres: *a)* la metodología científica de aproximación a la infracción administrativa; *b)* el clásico debate sobre la identidad ontológica entre los delitos y las sanciones administrativas. personificado en el orden local por SOLER y NUÑEZ y *c)* la cuestión terminológica.

II. CUESTIÓN FILOSÓFICA Y METODOLÓGICA

Explica GORDILLO que “sin un punto de partida claro acerca de qué es una definición en derecho, cuál es la relación de las palabras o designaciones que se utilizan en el mundo, qué son y para qué sirven las clasificaciones, qué es eso de la ‘naturaleza’ o la ‘esencia’ de una institución jurídica, sólo se puede escribir una obra logomáquica, es decir, una obra dedicada a la lucha de

palabras”¹. En otras palabras, siguiendo con la analogía planteada en la introducción, si el primero es un paso en falso se contribuirá inexorablemente esa disputa terminológica que deja un campo sembrado de institutos poco claros y estériles para el desarrollo del Derecho.

a) *Las nociones conceptuales y funcionales en el Derecho Administrativo*

La importancia de ese punto de partida queda evidenciada si se advierte una cuestión de carácter filosófico que subyace en el tema de la sanción administrativa, y que se repite como una constante a lo largo de diversos capítulos del Derecho Administrativo. El profesor MARCEL WALINE la sintetizaba de la siguiente manera: “Mi eminente colega, el profesor VEDEL, tiene la costumbre de oponer lo que él llama las nociones conceptuales a las nociones funcionales. *Una noción conceptual* corresponde a un concepto bien definido, por sus caracteres esenciales. *Una noción funcional* es una noción de que uno se sirve para arribar a algún resultado, pero que quizá no corresponde a un concepto bien definido. Hay aquí algo de ‘existencialismo jurídico’, pues se prefiere la existencia a la esencia; importa poco si una noción corresponde a sus trazos esenciales; basta que sea posible servirse de ella, lo cual demuestra que existe. Acerca de este punto ha habido una polémica entre un miembro del Consejo de Estado, M. CHENOT, que se ha hecho campeón de esta especie de existencialismo jurídico, y M. RIVERO que le ha respondido, defendiendo el valor de los conceptos y de las categorías jurídicas”² (la cursiva nos pertenece).

El debate se remonta a los orígenes del Derecho Administrativo, gestado por vía jurisprudencial sintetizando la dialéctica entre la defensa de las garantías individuales y el adecuado desarrollo del poder administrador. Así, PROSPER WEIL, al explicar el arbitraje entre la acción administrativa y su limitación, postulaba que la autonomía de esta rama del derecho tiene base en la singularidad de su método, por el cual la norma es elaborada extrayendo la regla general al mismo tiempo que se la aplica. Sostenía que el Consejo de Estado francés, sometido a sus conocidas vicisitudes históricas, se vio obligado desde sus inicios a construir esa norma buscando al mismo tiempo garantizar al ciudadano una protección contra el poder y procurando a la Administración los medios de acción necesarios para gestionar los intereses generales. Lo que pone de manifiesto la “ambigüedad de una disciplina que pretende ser a la vez

¹ AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. I-2.

² MARCEL WALINE, *La noción de servicio público*, LL 75-945.

protectora del ciudadano y garante de la acción administrativa”³. Concluía sus razonamientos manifestando:

“No puede entonces resultar extraño que el Consejo de Estado haya utilizado una metodología a menudo cambiante. En unas ocasiones da definiciones en términos aparentemente precisos, pero cuyo contenido necesita definirse en cada caso: es el procedimiento que se podrá denominar de *definiciones estables con contenido variable*. En otras, regímenes jurídicos diametralmente opuestos coinciden con conceptos antinómicos, en los que línea fronteriza está definida de una manera tal, que el juez puede moverla discrecionalmente en cada caso, de tal forma que el régimen deseado por el juez condiciona la determinación de la noción: fórmula que se denomina de *nociones limítrofes con fronteras variables*. A veces se tiene la impresión de que algunas ventajas se conceden en bloque para ser después retiradas en el detalle, o que un principio solemnemente establecido se encuentra vacío de contenido en su aplicación. *En muchos casos el juez se sirve de nociones en las que el contenido no está definido, o que es incluso indefinible*; el ‘existencialismo jurídico’ da la impresión de burlarse de categorías y esencias, y más de una fórmula parece servir para ‘enmascarar con la palabra lo arbitrario del juez’ (la cursiva nos pertenece).

Esta dicotomía entre las nociones funcionales y conceptuales, sobrevuela la buena parte del Derecho Administrativo y cala hondo en algunos debates concretos. Piénsese, por ejemplo, en la noción de función administrativa, en la cual prima la célebre frase de FORSTHOFF⁴. En este asunto, un sector de la doctrina busca una “noción conceptual” y enfatiza en la dimensión real (o material) del vocablo función, definiéndolo como una actividad: la actividad de administrar⁵. Otros, critican esa perspectiva por su deficiencia práctica, en tanto no aporta ningún dato cierto que permita resolver casos jurídicos; entonces, adhieren explícita o implícitamente al referido “existencialismo jurídico” y se embarcan en la construcción de una noción funcional que pone el foco en el régimen normativo de esa actividad⁶. Definen, así, a la función como el

³ PROSPER WEIL, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, ps. 51/53.

⁴ “...es la índole particular de la Administración, que se deja describir, pero no definir...”, en ROBERTO ENRIQUE LUQUI, *Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración pública*, LL 151-1081. LILIANA M. HEILAND, *Competencia de los tribunales nacionales en lo Contenciosoadministrativo Federal*, LL, 1989-E, p. 811.

⁵ Cfr. MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 35; HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Compendio de Derecho Administrativo*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 6.

⁶ Cfr. RODOLFO CARLOS BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 246; JULIO RODOLFO COMADIRA, *Procedimientos Administrativos: Ley Nacional de Procedimientos administrativos, anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p.1 y

régimen jurídico de la actividad material de administrar. A partir de allí divergen las corrientes entre aquellas que otorgan preponderancia al órgano (criterios orgánicos), a las características jurídicas de la actividad (criterios objetivos), o los que creen, como BARRA, que el régimen jurídico de una función se encuentra compuesto por la norma creadora el órgano estatal, las normas atributivas de competencia, que ligan una actividad determinada a ése órgano y las que regulan sus procedimientos de actuación. En el extremo de este funcionalismo se erige el denominado criterio *mixto*, que sin pretensiones ontológicas sobre los elementos esenciales de la función administrativa, elabora un concepto útil para identificar su régimen jurídico. Lo cual, ciertamente, explica la conveniente utilización simultánea de criterios objetivos, subjetivos y residuales.

Otro tanto sucede con la clasificación de los reglamentos que puede dictar el Poder Ejecutivo a la luz del régimen constitucional argentino, de la cual pueden extraerse diversos interrogantes: ¿la calificación de un decreto como autónomo, ejecutivo, delegado o de necesidad o urgencia, es previa o posterior a su régimen jurídico?; en otras palabras, cada uno de esos reglamentos, ¿es definido en función de su régimen jurídico?, o por el contrario, ¿de la definición, quizá supra-normativa y conceptual, se deriva, su régimen jurídico? Íntimamente vinculada a este problema, se encuentra la potestad para calificar a un reglamento dentro de la tipología constitucional: ¿es el Poder Ejecutivo el que, basándose en categorías conceptuales extraídas de la Constitución, encuadra el decreto en uno de esas especies?; ¿puede el Poder Judicial modificar esa calificación? Quizá en el fondo, el punto central subyacente es la metodología empleada para construir la definición de cada uno de esos reglamentos, así como la finalidad de esa noción.

De la misma manera, tal como expresa WALINE en el trabajo antes citado, el servicio público puede ser definido como una actividad del Estado, y así indagarse en su esencia en tanto realidad material (noción conceptual); pero también puede encararse esta institución con un sentido funcionalista, y utilizarla para definir a los funcionarios públicos, diferenciar la competencia entre autoridades administrativas y judiciales, autorizar un régimen regulatorio con mayor restricción de las libertades individuales en función del interés público comprometido⁷; o inclusive, para definir ese régimen regulatorio, en sí mismo.

Esto es exactamente lo que sucede, como se verá, con la noción de infracción administrativa. Buena parte de la jurisprudencia y los académicos

AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed, t. 1, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, p. IX, 2.

⁷ WALINE, *idem*.

han debatido desde hace siglos sobre una supuesta identidad ontológica o esencial entre delito e infracción con la finalidad de desentrañar la esencia de esta última. Mientras que otros, o saltean esas disquisiciones y se limitan a construir pautas para delinear su régimen jurídico, o elaboran un concepto útil para fines que generalmente exceden lo estrictamente jurídico: deslegitimar o convalidar el poder sancionatorio de la administración.

b) Ontología y funcionalismo en el Derecho. El rol de los institutos jurídicos

Más allá de los ejemplos citados, puede ensayarse, no sin cierta superficialidad, una respuesta al asunto de las nociones conceptuales y funcionales, a través de tres interrogantes que remiten a la Filosofía del Derecho. A saber: *a)* si el Derecho y sus instituciones jurídicas portan esencias susceptibles de ser desentrañadas por los intérpretes; *b)* si la labor del operador jurídico es descubrir esas esencias, o construir conceptos teóricos que sirvan a un fin útil; *c)* si tales esencias, o construcciones teóricas, se corresponden con una realidad material y tangible, o quizá con una realidad normativa, o con una realidad ideal o conceptual.

El tenor de estas cuestiones remite al concepto de Derecho, y a nociones estrictamente filosóficas. Sin embargo, podría sostenerse que, si se deja de lado una concepción iuspositivista, la pregunta por el sentido y la reflexión ontológica queda ubicada en un lugar central del análisis jurídico. Se ha dicho, así que “si se pretende que la crítica signifique algo más que la expresión de un deseo o de un parecer contrario, ha de fundarse, de un modo u otro, en el ser de las cosas y de las personas, o si se quiere, en la cuestión del sentido. No se puede adoptar un relativismo universal y, a la vez, sostener una actitud crítica del orden vigente que no esté traspasada de subjetivismo [...] La alternativa resulta ineludible: *o hay ontología, o todo es interpretación*. Las renunciadas a la ontología, ocultan en realidad una precisa, y pobre, posición ontológica [...] la renuncia a lo real priva de sentido a cualquier discurso acerca del Derecho, puesto que, en este contexto, tan absurdo resulta rendir culto a lo que se percibe como puro instrumento de coacción sistemática como rechazarlo. Por tal motivo el problema del sentido constituye uno de los grandes temas del pensamiento actual, y el teórico del Derecho no puede renunciar a abordarlo”⁸.

De lo cual cabe desprender como primera pauta de aproximación que el jurista ha de salir en busca una realidad con esencias más o menos

⁸ PEDRO SERNA, *Teoría del derecho y filosofía del derecho*, en *Persona y Derecho*, Revista del Instituto de Derechos Humanos del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, Nº 32-1995, ps. 293/295).

determinadas. Lógicamente, esto implica asumir que esa realidad existe por sí misma fuera del individuo, y que la interpretación de su significado tiene un límite por fuera del sujeto⁹.

Sin embargo, aun siguiendo esa línea filosófica, debe dejarse sentado que dichas esencias no son fácilmente distinguibles e identificables, ni tampoco están totalmente delineadas por sí mismas. Esto es, no son, lo suficientemente nítidas como para que el intérprete pueda aprehenderlas y con ello acabar su labor. Ello así: *a*) porque la actividad del jurista no puede ser considerada pasiva, es decir, meramente reconocitiva de un derecho dado; es inevitablemente creativa, y por lo tanto ha de ser considerada también normativa; esto es así, toda vez que aun cuando se proponga solo esclarecer el significado implícito de enunciados normativos, inevitablemente intervendrá atribuyéndoles un significado¹⁰; *b*) porque la observación de la naturaleza es más que una observación científica, no es neutra y pasivamente descriptiva, sino que implica el discernimiento de valores. Cuando el jurista atiende a las relaciones sociales, lo hace desde su condición de jurista, es decir, teniendo a la vista lo que le parece más justo; para ello, trata de separar de ese conjunto que constituyen las relaciones sociales aquello que es útil a sus fines y aquello que le permite corregirlas, todo ello subordinando su estudio a lo justo, que el jurista discierne en las cosas¹¹.

Por ello se reconoce la interpretación creativa como parte de la actividad del operador del Derecho. Este es el dato que aportó la corriente hermenéutica a la filosofía. Señalaba KAUFMANN que por medio la hermenéutica se ha puesto de relieve “una circunstancia esencial: que la comprensión desde un sentido lingüístico siempre implica primeramente una comprensión de sí mismo llevada a cabo por parte del sujeto de comprensión. El sujeto que comprende se confunde en el horizonte de comprensión, y es por eso que la reflexión metodológica no puede dirigirse solo hacia el ‘objeto’ sino que además, debe incluir al ‘sujeto’. El derecho (al contrario de la ley) no es estado, sino acto y por ese acto no puede ser ‘objeto’ de conocimiento por parte de un

⁹ Este debate epistemológico se traslada a la sociología, como explica ZAFFARONI, dividiendo la sociedad de la segunda mitad del siglo XX entre los “sistémicos”, que asientan su percepción de la realidad en la estabilidad y los “teóricos del conflicto”, que lo hacen en contradicciones o antinomias. Y agrega algo que es aplicable a lo que se viene tratando: “Quizá, muy en el fondo se trate de la versión sociológica del problema ontológico: Parménides o Heráclito” (EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 366/367).

¹⁰ FRANCESCO D’AGOSTINO, *Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica*, en obra colectiva, RENATO RABBI BALDI CABANILLAS, *Las razones del derecho natural*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2008, p. 350.

¹¹ STÉPHANE BAUZON, *El derecho natural según Michel Villey*, en idem, p. 248.

‘sujeto’ independiente de él. El derecho es más bien ‘producto’ de un proceso de desarrollo de sentido hermenéutico y de realización de sentido. Por consiguiente no puede haber absolutamente ninguna ‘corrección objetiva’ del derecho fuera del proceso de aplicación jurídica hermenéutica del derecho”¹².

De lo expuesto se deduce, entonces, que en la aproximación del jurista frente a la realidad coexisten dos aspectos compatibles: una búsqueda ontológica, es decir, del ser de ciertos fenómenos que se le presentan; y una concomitante construcción, cultural, normativa y lingüística del ordenamiento, del cual él también es parte.

De manera que, volviendo al debate inicial descrito por WALINE y WEIL, puede afirmarse que una noción conceptual adecuadamente abordada, debería ser, al mismo tiempo, funcional para el Derecho en su conjunto. Es decir, resulta tan válido descartar la indagación en categorías puramente teóricas desapegadas de la realidad, como desconocer la construcción de instituciones útiles que no respondan a esa realidad¹³.

Queda pendiente, por lo tanto, la tercera cuestión propuesta. Esto es, determinar cómo está compuesta la realidad que percibe el jurista. Sirven aquí las consideraciones que exponía VILLEY, quien rescataba el valor de las *Insitutitas* de GAYO, donde se describían las cosas (res) como la materia de las relaciones sociales. Es decir, las cosas eran, para ese jurisconsulto romano, los bienes corporales o las cargas, también llamados bienes incorporales. Sin embargo, el estudio de las cosas y de la fenómeno humano siempre remite a una relación social, puesto que ambos se perciben en la realidad subjetiva plural. Es por ello que “[e]n términos actuales puede decirse que el instrumento de la profesión del jurista, a saber la calificación, pasa en efecto por una clasificación de la naturaleza de las cosas. Y si bien algunas distancias ‘conceptuales’ se toman a partir de ciertos aspectos de la realidad, ello ocurre con el fin de asegurar la riqueza pero también el equilibrio de la naturaleza de las relaciones sociales. *Más allá de esta división entre cosas corporales e incorporales, la realidad social siempre conserva su complejidad [...] En las relaciones sociales, siempre existe una relativa mixtura de derecho real y de*

¹² ARTHUR KAUFMANN, *El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él*, en idem, p. 357 Sin embargo, esa interpretación no es indefinida e infinita. “La actividad del jurista intérprete es propiamente hermenéutica en los límites en que este presuponga la precedencia del derecho a la ley positiva” (D’AGOSTINO, op. cit., p. 355).

¹³ Piénsese, por ejemplo, el concepto de acto administrativo. Su éxito se debe, en cierta medida, a su utilidad para identificar el régimen jurídico del obrar de la Administración. Sin embargo, ello no quita que su elaboración dogmática partió del acto jurídico, que a su vez, es una categoría que se asienta en el acto humano, cuyo estudio corresponde ontológicamente a la filosofía y a la antropología. Es decir, el acto administrativo es un instituto en el que confluyen al mismo tiempo, nociones ontológicas y funcionales.

derecho personal, de cosas corporales y de cosas incorporeales”¹⁴ (la cursiva nos pertenece).

De donde se sigue que el jurista tiene frente a sí una realidad, el hombre en su relación social con el entorno y con otros seres humanos, y se trata de un fenómeno complejo, compuesto por personas, cosas, normas positivas, principios, etc.

Esto quiere decir, en pocas palabras, que el operador del Derecho aprehende toda esta realidad en busca de ciertas esencias y conceptos. En la gran mayoría de los casos, percibe situaciones que procura enmarcar en normas positivas, y sobre esta relación elabora y reelabora sus conceptos, en función de poner definiciones técnicas teóricas al servicio de una finalidad determinada. Estos elementos técnicos son las instituciones jurídicas. Como explica GARCÍA DE ENTERRÍA, las instituciones son el punto de encuentro entre lo que se conoce “como el Derecho natural o el orden político, con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares. *Ellas (las instituciones), y no las reglas aisladamente consideradas, constituyen el verdadero primer elemento del pensar jurídico, tanto científico como aplicativo [...] Son ellas los puntos de condensación a la vez de la experiencia tópica sobre un círculo determinado de problemas y del orden superior de valores que en el Derecho intenta realizarse, son el receptáculo unitario donde el saber jurídico se organiza y encuentra una articulación técnica definitiva. El progreso del pensamiento jurídico y el Derecho mismo como realidad social está justamente en la perfección y depuración de estos sutiles mecanismos, en función de esos dos polos que los presiden, valores superiores y experiencia tópica, y bajo cuya tensión recíproca viven*”¹⁵.

Esta postura, a la cual se adhiere, refina la respuesta a la cuestión metodológica planteada: la institución jurídica del Derecho Administrativo es en parte descubierta (si se quiere, a un nivel filosófico y ontológico) y en parte construida funcionalmente con el fin de resolver problemas concretos.

c) Síntesis

Recapitulando en lo recién expuesto, puede afirmarse que:

¹⁴ BAUZON, op. cit., ps. 254/255.

¹⁵ El pensamiento tópico al que refiere el autor, implica conceptualizar al Derecho Administrativo, y a todo el Derecho en general, como un conjunto de problemas concretos, tópicos. “El derecho es una ‘tópica’ de problemas, los cuales deben ser debatidos en su singularidad, aunque sea esencial para ello la determinación de analogías problemáticas y de lege artis, obtenidos de la experiencia reiterada de los mismos” (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid, 1984, ps. 58 y 64/65).

a) El operador del Derecho Administrativo parte de la observación de una realidad compleja, compuesta por elementos reales (el hombre, las cosas, el ordenamiento positivo, etc.) e ideales (conceptuales, reglas no escritas, principios, valores, etc.).

b) En esa observación, procura identificar ciertos elementos o esencias a veces claras y bien definidas y otras veces difusas y variables. Así aprehende nociones que se asimilan a lo que WALINE denomina nociones conceptuales, y descubre categorías ontológicas. Pero al mismo tiempo, a partir de esas ideas, construye conceptos a través de su interpretación, crea parte del ordenamiento que interpreta, y elaboran categorías teóricas. Esta construcción se lleva a cabo en función de una finalidad, y por ello son nociones útiles.

c) Teniendo en cuenta la compleja realidad jurídica, los conceptos pueden tener como fuente cualquiera de sus elementos. Los institutos pueden ser de orden primordialmente natural o real (la persona, las cosas, etc.), normativo (como el ilícito, los delitos, las infracciones), valorativo (los principios generales del Derecho), etc.

d) En rigor, no debiera existir contradicción entre una búsqueda lógica bien razonada, y la utilización de las categorizaciones a las cuales se arriba por medio de esa búsqueda para una finalidad determinada. Son igualmente criticables las elucubraciones abstractas infructuosas y las interpretaciones funcionalistas que culminan en mera retórica. Un claro ejemplo de instituto funcional, que se cimenta sobre bases ontológicas, es el acto administrativo¹⁶.

e) La finalidad para la cual se utilizan las categorías, que se transforman en instituciones jurídicas, es la solución de problemas concretos. El pensamiento tópico permite identificar esos casos o problemas, y poner al Derecho al servicio de su resolución.

Si se quisiera buscar una finalidad más genérica en la elaboración de dichas instituciones, seguramente se caería en debates propios de la teoría política, condicionados por la cosmovisión a la que cada uno adscriba. Ello no obstante, parece ser un lugar común, unánimemente aceptado por todos, la irrestricta defensa del Estado de Derecho.

Pues bien, trayendo a colación una vez más a GARCÍA DE ENTERRÍA, puede sostenerse que “todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales”¹⁷.

Pasemos entonces, de la metafísica a la técnica...

¹⁶ Ver nota al pie N° 13.

¹⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983, cap. I.

III. EL DEBATE SOBRE EL DELITO Y LA INFRACCIÓN

Lo hasta aquí expuesto tiene como fin aportar luz sobre lo que ya es un debate clásico en el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, esto es, la definición de la infracción administrativa en su comparación con el delito penal. Si bien es un dato anecdótico, es contundentemente gráfico del calibre de esta discusión el haber sido estudiada por HEGEL en 1821 en sus estudios sobre la Filosofía del Derecho, distinguiendo entre el injusto penal y el extrapenal, sin poder arribar a ninguna conclusión positiva¹⁸.

a) *Las diversas posturas doctrinarias*

A continuación se expone el criterio de diversos autores sobre este punto, para luego proceder a su análisis.

a) Suele citarse como caso arquetípico de teoría que distingue entre la naturaleza del delito y la infracción, a la doctrina elaborada por JAMES GOLDSCHMIDT. Esta se funda en que el Derecho Penal se ocupa de la delimitación de las esferas individuales (de los hombres como individuos) mientras que el bien público que sobrepasa lo individual es una cuestión que incumbe al orden administrativo del Estado. Partiendo de esta distinción entre el hombre como individuo y el hombre como miembro social, el autor alemán concluye que el delito es la lesión a los deberes que incumben a la primera calidad, en tanto que la lesión a los de la segunda configuran contravenciones administrativas¹⁹.

b) BIELSA, en la misma línea, consideraba al delito como un ataque al bien jurídico que la ley quiere restablecer, mientras que la contravención consiste en no cumplir el deber impuesto por la ley a todo administrado o vinculado a la Administración Pública por una obligación de colaborar en el interés colectivo, lo que lo hace pasible de una pena administrativa que está fuera del ámbito del código penal²⁰.

c) NUÑEZ sostiene que lo realmente valedero de esa teoría, es que a través de la diferenciación ontológica que propugna, conduce al verdadero ámbito de la solución del problema. Explica que las sanciones de naturaleza contravencional no tienen otra finalidad que la protección represiva del derecho que

¹⁸ GRECCO explica este dato, y agrega "...y eso que se trataba de la cabeza de HEGEL..." (CARLOS MANUEL GRECCO y GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 792).

¹⁹ ZAFFARONI, p. 178; FERNANDO GARCÍA PULLÉS, "La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante: una nueva y acertada doctrina de la Corte", JA, 2006-III, p. 1206.

²⁰ RAFAEL BIELSA, *Naturaleza jurídica de la multa administrativa*, JA, 60-24.

regula la actividad administrativa estatal, sea nacional, provincial, o municipal, lo que sin lugar a dudas, no se puede confundir con las sanciones de Derecho Penal que resguardan la Administración Pública. En otras palabras, sostiene que la sanción administrativa tutela la operatividad de las regulaciones administrativas, en tanto que los delitos contra la Administración Pública, cuando no se desvirtúa su esencia, resguardan el aparato administrador. Llega así a la conclusión de que “la contravención es una infracción a los deberes impuestos a los individuos por la legislación administrativa estatal”²¹. Ésta es la postura que sigue también FIORINI, quien definió al Derecho Penal Administrativo como la disciplina del poder represivo de la Administración Pública ante la antijuridicidad que afecte los deberes impuestos hacia ella²².

d) En una posición similar, RANELLETTI considera que las leyes penales castigan el incumplimiento de leyes que protegen un derecho determinado o de un bien específico, mientras que las leyes de policía castigan infracciones de normas establecidas para la tutela mediata del Derecho, de manera que protegen al orden jurídico en general²³.

e) Desde otra óptica, SOLER estimaba inaceptable la distinción intentada por JAMES GOLDSCHMIDT, según la cual las normas del Derecho Penal administrativo se dirigen al hombre como miembro de una comunidad, a diferencia de las del derecho criminal que se dirigen al hombre como individuo. Sostenía que todas las normas jurídicas están dirigidas a seres sociales. En su obra, naturalmente, se remite a su dictamen como Procurador General en el célebre caso “Mouviel” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y califica de “poco afortunada la tendencia que se empeña en subrayar la autonomía de esta clase de normas, a pesar de la efectiva existencia de algunas diferencias técnicas entre las multas convertibles en arresto y las invencibles, las primeras de las cuales responden plenamente a los principios generales del Derecho Penal común y las segundas no. Las mal llamadas contravenciones de policía que no vulneran un deber administrativo específico, responden plenamente a los principios comunes”²⁴.

²¹ RICARDO NUÑEZ, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, 4ª ed., Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, ps. 39/40.

²² JULIO RODOLFO COMADIRA, HÉCTOR JORGE ESCOLA, JULIO PABLO COMADIRA (colaborador), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p. 679.

²³ HORACIO FÉLIX ALAIS, *Régimen infraccional aduanero*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 16.

²⁴ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, 5ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987, p. 11.

f) Por su parte, DIEZ distingue ambas sanciones explicando que si el órgano que las aplica fuera administrativo, se estaría frente a una sanción administrativa; si, en cambio, fuere judicial, frente a un delito²⁵.

g) MARIENHOFF considera que delito e infracción ofrecen idénticos elementos constitutivos, y por ende, no vale fundamentar una distinción esencial. En rigor, propone examinar la cuestión “sin olvidar las particularidades de nuestra estructura jurídico-política, circunstancia que, como se verá, facilita la solución buscada. Si bien la Nación puede legislar sobre ‘delitos’, y en ciertos casos sobre ‘faltas’, las provincias sólo pueden legislar sobre faltas y en modo alguno sobre delitos”²⁶.

h) En sentido similar, SPOTA ponía énfasis en la necesidad de no confundir el Derecho Penal con el Derecho Penal Administrativo, ya que ello respondería a exigencias del ordenamiento constitucional argentino. Y explicaba que mientras el primero rige en toda la República, el segundo actúa en el ámbito local²⁷.

i) ESCOLA y COMADIRA, admiten que desde el punto de vista estructural delito y contravención son semejantes y no son sino una expresión diferente de reproche social ante situaciones diversas que ameritan punición. Algunas, más graves, se tipifican como delitos, mientras que otras de menor entidad, son calificadas como simples contravenciones. Será entonces el legislador el que determinará qué conductas configuran delitos y cuáles contravenciones”²⁸. En idéntico sentido, en la doctrina italiana, se expresa GIROLA²⁹.

j) Concordante con esta postura, CASSAGNE, siguiendo a RICARDO LEVENE (H), entiende que el problema debe resolverse “a través de la política legislativa según la gravedad e importancia que se le dé en un momento y lugar determinado, las razones de utilizad práctica y el sentimiento general predominante”³⁰.

k) En el mismo sentido, GARCÍA PULLÉS, propone enfocar el asunto no ya en una supuesta “directriz ontológica distintiva entre delitos y contravenciones”, sino en analizar las consecuencias de la elección de una u otra categoría por parte del legislador, que es a quien compete la decisión de custodiar un bien jurídico a través de un delito o una infracción. Esas consecuencias son lo

²⁵ MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Administrativo*, T. IV, 2ª ed. act., Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 93.

²⁶ MARIENHOFF, op. cit., T. IV, p. 230 (pto. 1546).

²⁷ ALBERTO SPOTA, *El Derecho Penal administrativo*, LL 26-898.

²⁸ COMADIRA y ESCOLA, *Curso...*, T. I, p. 683.

²⁹ ALAIS, op. cit., p. 16.

³⁰ JUAN CARLOS CASSAGNE, “En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal”, ED 143-929.

que el autor denomina el “régimen jurídico circundante” de las infracciones administrativas³¹.

l) ROXIN estima que los hechos punibles y las sanciones administrativas no se diferencian por la existencia o falta de una lesión al bien jurídico, pues ambos lo lesionan. Por ello puede deducirse que la delimitación entre un hecho delictivo y una infracción administrativa, empleando el principio de subsidiariedad, depende de la decisión legislativa, y no tiene un contenido legal obligatorio, pero que en el ámbito central de los hechos delictivos graves, su punibilidad está marcada por criterios de contenido³². Sin embargo, entiende que “no pertenecen al Derecho Penal, sino al Derecho Público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas de las del derecho criminal”, y pone el acento en la diferencias de penas que se aplican en uno y otro caso³³.

m) GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ advierten una identidad cualitativa entre delitos e sanciones. Sostienen que todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado, y explican que ambas categorías coexisten por una razón de orden político. Es decir, sólo razones de política criminal, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas. No obstante, destacan que, en general, las penas privativas de libertad corresponden a los delitos³⁴.

n) GRECCO, explica que aquellas conductas que aparecen sancionadas, o que se consideran infraccionales en los ordenamientos administrativos, difieren de aquellas conductas que aparecen tipificadas en el Código Penal exclusivamente en función de criterios apriorísticos que se mueven esencialmente en un plano político. Es decir, es una valoración política la que apunta la mayor o menor gravedad y las que en última instancia distingue entre falta penal y falta administrativa³⁵.

³¹ FERNANDO GARCÍA PULLÉS, *Sanciones de policía – La distinción entre los conceptos de delitos y faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la Administración*, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 755.

³² J. CEREZO MIR, *Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Madrid, 1975, p. 165, citado por ALAIS, op. cit., p. 18.

³³ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, T. I, trad. 2ª ed. por DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Civitas, Madrid, 1997, p. 44.

³⁴ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 1ª ed. argentina, Thomson Civitas, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 166.

³⁵ GRECCO, op. cit., p. 793.

o) ZAFFARONI, entiende que no existe otra diferencia entre delito y contravención que la puramente cuantitativa, los códigos contravencionales no pueden desconocer ninguno de los principios a que debe atenerse el ejercicio del poder punitivo conforme a la Constitución nacional. Y sostiene: “Las posiciones administrativistas llegaron al absurdo de relegar el respeto a la autonomía ética del ser humano a la ley nacional y dejar abierto el camino para su desconocimiento por parte de las provincias por vía contravencional”³⁶.

p) FONTÁN BALESTRA, considera que no existen diferencias ontológicas entre falta administrativa y delito. Sin embargo, procura dejar en claro que “admitir la existencia de un Derecho Penal Administrativo, no supone aceptar diferencias cualitativas entre los delitos y las faltas, como algunos entienden; una cosa es reconocer la existencia de hecho de dos ramas del ordenamiento jurídico y otra afirmar que las normas que los constituyen resulten de la distinta naturaleza intrínseca de las acciones que contemplan; una cosa es aceptar como innegable que en el ordenamiento jurídico argentino los delitos y las contravenciones están contenidos en normas, por diversos motivos diferentes, y otra afirmar que tales diferencias son reflejadas por los hechos que contemplan. Es distinto, por último, la existencia de un ordenamiento penal administrativo, de la autonomía científica de un Derecho Penal Administrativo”³⁷.

Este repaso de posturas permite advertir algunos elementos comunes. Así, se observa la intención de definir a la infracción administrativa en su comparación con el delito; lo cual presupone que se concibe, apriorísticamente, de una observación de ambos fenómenos, que delito e infracción no son idénticos pero sí similares. En consecuencia, se procura dotar de contenido al concepto de infracción administrativa, a través de una comparación con el delito penal que permita observar similitudes o diferencias. Algunos autores ven diferencias en elementos como la finalidad de la sanción o el bien jurídico protegido (GOLDSCHMIDT, BIELSA o NUÑEZ), y designan esta diferencia como “ontológica”. Mientras que otros consideran que no existe esa distinción, que también se suele denominar “cualitativa”, y explican discrepancias subjetivas (MARIENHOFF, DIEZ), en el tipo de sanción (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ), en decisiones políticas (COMADIRA, ROXIN, SOLER, GRECCO), en la gravedad de la protección o de la pena (ZAFFARONI, GARCÍA DE ENTERRÍA).

Tanto los que asimilan a la infracción y al delito como sus detractores reconocen la necesidad de incorporar al análisis la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias propia de nuestro país (v. gr. MARIENHOFF o ZAFFARONI vs. NUÑEZ o SPOTA).

³⁶ ZAFFARONI, op. cit., p. 179.

³⁷ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, pto. 3, II.

b) *La superación del debate*

El debate está en pos de ser superado y la necesidad de hacerlo es planteada por casi todos los autores. La vía más adecuada parece ser la que propone FONTÁN BALESTRA, esto es, distinguir las cuestiones debatidas, los tópicos involucrados. Quizá el autor que mejor ha explicado la necesidad de dejar atrás esta disputa es ALEJANDRO NIETO, quien se pregunta qué quieren decir los juristas cuando afirman que no existen diferencias ontológicas entre delitos e infracciones administrativas.

A fin de contestar ese interrogante, distingue la realidad física de la normativa. Sostiene que, aceptada esa dicotomía de planos, la identidad o distinción de los ilícitos puede tener lugar en el mundo de la realidad (fenómenos de la naturaleza) o bien en el mundo de las normas, porque estas así lo hayan dispuesto³⁸. A partir de esa dualidad, entiende que la asimilación ontológica de los delitos y las infracciones en el plano de lo real es superflua e innecesaria, debido a dos razones: a) porque “sucede que en la realidad no son ontológicamente ni iguales ni desiguales por la sencilla razón de que son conceptos rigurosa y exclusivamente normativos. El ilícito no existe en la realidad, es creado por la norma, de tal manera que sin norma no puede haber ilícito”³⁹; y b) porque aún suponiendo que existe similitud o diferencia de naturaleza, “nada impide al legislador tratar de modo igual a dos seres diferentes por esencia o tratar de modo desigual a dos seres ontológicamente iguales”⁴⁰. En pocas palabras, considera este debate inútil porque no resuelve el problema central y originario del Derecho aplicable⁴¹.

Y profundiza:

“en contra de lo que parece indicar nuestra jurisprudencia (se refiere a la que asimila ontológicamente delito e infracción), la norma es un prius y, en cuanto tal, libre, puesto que no existe nada previo que pueda condicionarla. Por ello, en lugar de decir que la ley debe regular por igual a los ilícitos porque son ontológicamente iguales, habría que decir –invirtiendo el planteamiento– que los ilícitos son iguales porque la ley les ha dado un tratamiento normativo igual. La norma es soberana para regular y, en su caso, para calificar, siendo notorio que utiliza tal potestad con harta frecuencia” [...] “dejemos de un lado

³⁸ ALEJANDRO NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 154. La postura de este autor es la que asume LICHT, luego de diversas consideraciones filosóficas críticas del positivismo, sin advertir que la posición de Nieto es filosóficamente normativista (MIGUEL NATHAN LICHT, *La potestad sancionatoria de la Administración y su control judicial de cara a la realidad normativa*, ED 193-703).

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Idem, p. 161.

la ontología, que sólo complicaciones puede traer a la dogmática jurídica y, si no se quiere renunciar a ella, adviértase al menos de inmediato que se trata de una ontología normativa, porque con esta sencilla precisión se evitarán muchas confusiones”⁴².

NIETO es contundente. Si lo que se pretende es delinear el régimen jurídico de la infracción administrativa, la discusión ontológica no tiene mayor sentido.

Ahora bien, si se recuerda lo expuesto respecto al pensamiento tópico, es dable suponer que este autor en todo momento pretende resolver el problema del régimen jurídico aplicable a la infracción administrativa. Cabe preguntarse entonces, ¿lo que pretenden administrativistas y penalistas es determinar el régimen jurídico de este instituto?; admitido ello, ¿ese régimen sólo emana del legislador?

La postura del autor parece adherir a una concepción iuspositivista, en la medida que parte de la inexistencia condiciones previas que limiten al legislador en la creación de las normas, y concluye que este es soberano para regular o calificar las situaciones reales a su discreción⁴³. Si, en cambio, como aquí se ha propuesto, el ordenamiento jurídico no sólo se encuentra compuesto por las normas que dicta el legislador, sino también por principios y valores que lo condicionan, este ya no podrá atribuir las consecuencias jurídicas que desee a los diferentes ilícitos, y todo el régimen de la infracción administrativa no será meramente normativo, sino también se encontrará imbuido de elementos no normativos. Ello así, aún cuando el concepto de *ilícito* tenga, indudablemente, ese carácter.

Partiendo de esta premisa, debe admitirse que la comparación entre el delito y la infracción no aporta certeza respecto del régimen jurídico aplicable a esta última. Sin embargo, sí tiene, por ejemplo, cierta utilidad para determinar cuándo el legislador opta por calificar un ilícito como delito, y otro como injusto administrativo. En efecto, si existen valores supranormativos a los cuales atenerse, ello implica que pueden ser buscados, identificados, sistematizados y así obtenerse criterios (normativos constitucionales, valorativos o empíricos y estadísticos) que permitan determinar, cuándo un injusto es calificado como infracción administrativa. De lo cual se desprende que esta discusión tiene como fin, más que la cuestión del régimen aplicable, la de aportar

⁴² Idem, p. 155.

⁴³ Si se observa al positivismo como propone BOBBIO, se advierte en la posición de NIETO una adhesión a la tesis legalista (NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, trad. cast. de R. de Asís y A. Greppi, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Debate, Madrid, 1993, p. 173).

criterios al legislador para adoptar uno u otro régimen (v.gr.: la jerarquía del bien jurídico protegido, el grado de protección a través de la pena, etc.).

Y si bien la búsqueda es compleja, eso no debiera condenarla a su extinción. Ello así, a pesar de que “después de haber estado analizando y discutiendo durante más de cien años la naturaleza y la identidad o desigualdad ontológica de los delitos e infracciones administrativas, se ha llegado a la conclusión de que todo este trabajo ha sido (casi) inútil por estar mal planteado, al haberlo centrado en el terreno metanormativo, que para nada vincula al legislador, quien puede cambiar de la noche a la mañana por criterios propios absolutamente coyunturales. Parafraseando a VON KIRCHMANN, un capricho innovador de una ley ha mandado al desván la biblioteca entera de MATTHES”⁴⁴. En efecto, si se recurre a la definición de principios constitucionales elaborada por ALEXY, se advertirá que estos tienen dos características principales que los diferencian de las reglas: admiten diversos grados de concreción y su no aplicación en un caso no implica su derogación⁴⁵. De donde se sigue que los principios supralegales que puedan emanar implícita o explícitamente de la Constitución para calificar un ilícito como delito o infracción, permanecen vigentes pese a los arbitrios del legislador.

Desde esta óptica deben tenerse en cuenta dos elementos que clarifican el análisis. En primer lugar, adviértase que las conclusiones a las cuales arriba NIETO no son del todo extrapolables al ordenamiento jurídico argentino, ya que la Constitución española porta una distinción entre delitos, faltas e infracciones administrativas que no se encuentra en la Constitución nacional⁴⁶. De manera que los legisladores argentinos y españoles no se ven igualmente condicionados al momento de calificar de una u otra forma a los ilícitos⁴⁷. En segundo lugar, no puede negarse que en el caso del ordenamiento jurídico argentino, el legislador se encuentra condicionado, por ejemplo, respecto a la pena a aplicar. En términos generales, se reconoce en nuestro país que las penas privativas de libertad no pueden ser aplicadas por la Administración⁴⁸. De manera que resulta inviable decidir tipificar como infracción un injusto penado con prisión, sin que, previamente, el Congreso sustituya la pena, frente a lo

⁴⁴ Ibid NIETO, op. cit., p. 160.

⁴⁵ JUAN CIANCARDO, *El principio de razonabilidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 129/130.

⁴⁶ Art. 25 de la Constitución española: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”.

⁴⁷ Cfr. LICHT, op cit. p. 727.

⁴⁸ Esto es, justamente, lo que genera buena parte de la polémica en torno a las sanciones que emanan de la Ley de Abastecimiento.

cual se encontraría limitado por el principio constitucional de proporcionalidad. A todo evento, salta a la luz que estos criterios no son, como propone buena parte de la doctrina jurídica que se ha citado previamente, exclusivamente propios de la “política legislativa”, sino parámetros jurídicos no normativos⁴⁹.

Sin perjuicio de ello, uno de los tantos aportes que la tesis de NIETO trae al debate, viene dado por la coherencia que implica reconocer que la discusión sobre una ontología real no aporta el elementos que sirvan para determinar el régimen jurídico positivo aplicable a la infracción administrativa. Ese régimen normativo y jurisprudencial se determinará, sencillamente, observando cómo ese fenómeno se desenvuelve en los tres poderes del Estado.

Por último, no puede obviarse que si bien todo lo expuesto tiene relación, no se confunde con dos asuntos independientes que se cuelan en el debate: *a)* la eventual existencia de un ordenamiento jurídico autónomo que rija a la sanción administrativa; *b)* la evolución de la dogmática jurídica a un punto tal que el estudio científico de este fenómeno sancionatorio pueda calificarse como una rama independiente del Derecho (v. gr. el Derecho Administrativo Sancionador o el Derecho Penal Administrativo).

c) Síntesis

De lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Los criterios que se han propuesto históricamente para distinguir o asimilar el injusto administrativo y el delito no resultan útiles para determinar el régimen jurídico del primero.

b) Sí sirven, en cambio, para iniciar un análisis de las razones por las cuales el legislador atribuye a un ilícito uno u otro carácter.

c) Ello quiere decir que el debate sobre el delito y la infracción puede ser reformulado, una vez más, y direccionado hacia el análisis de dos cuestiones concretas y menos comprometidas filosóficamente:

i) el régimen jurídico de la infracción administrativa; que sólo desde una perspectiva legalista puede concebirse como compuesto excluyentemente por normas positivas;

ii) los criterios que el legislador utiliza para enmarcar un ilícito dentro de ése régimen o el del delito penal; los cuales, además de la Política, pueden ser analizados por el Derecho, en tanto consiste en criterios constitucionales,

⁴⁹ En contra, MERKL sostenía que “si se pretende hallar una respuesta de validez general y anterior al derecho positivo, la cuestión planteada, entonces, encuentra su cauce en la política legislativa, aunque se revista de apariencias científico-jurídicas” (LICHT, idem).

principios generales, e inclusive un estudio empírico estadístico que demuestre el comportamiento histórico del legislador.

d) Ambas cuestiones, esto es, el régimen jurídico de la sanción administrativa y los parámetros utilizados por la ley para calificar un ilícito de una u otra manera, no pueden ser extrapoladas de un ordenamiento jurídico a otro, ya que se encuentran condicionadas no sólo por el carácter local del Derecho Público, sino también por el nivel de positivización de las categorías dogmáticas propias de este debate⁵⁰.

e) Por lo tanto, un estudio de esas dos cuestiones en el Derecho local, debe partir primero del análisis de la realidad jurídica argentina; y recién desde ahí observar los sistemas comparados.

f) La existencia de un ordenamiento jurídico específico y de una ciencia autónoma están relacionadas con lo anterior, pero son cuestiones independientes que se cuelan (y confunden) el debate sobre el delito y la infracción.

IV. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

El tercer orden de aclaraciones que podría efectuarse es el que se refiere a la terminología que se emplea en este asunto. Según CARLOS NINO muchos de los problemas más arduos pierden su misterio y la perplejidad que suscitan una vez que son traducidos a preguntas acerca del uso de ciertas expresiones del lenguaje⁵¹. Lo cual es singularmente predicable del debate recién analizado, ya que, si al encarar el estudio de la infracción administrativa se recurre, como hasta ahora, a su comparación con el delito, no debe olvidarse que según la extensión con que se usen ambos conceptos, podrán encontrarse entre ellos semejanzas o diferencias⁵².

BONZÓN RAFART sostiene que en el derecho argentino impera una notoria confusión respecto a la diferenciación de los ilícitos, que a veces son encuadrados como *delitos*, otras como *infracciones*, y otras como

⁵⁰ El caso típico es el ordenamiento alemán, en donde GOLDSCHMIDT se nutrió, a criterio de ZAFFARONI, del ordenamiento burocrático de Bismarck y del régimen monárquico de GUILLERMO II, influyendo en la jurisprudencia (ZAFFARONI, op. cit., p. 178). Un profundo estudio comparado de los ordenamientos inglés, francés, austríaco, suizo, italiano, alemán y español puede verse en PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, T. I, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, ps. 495/520.

⁵¹ CARLOS NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 251, citado por LICHT, op. cit., p. 729.

⁵² ENRIQUE R. AFTALIÓN, *Delito, tipicidad y analogía*, LL, Páginas de ayer, 2005-2, 15/3/2005, 29. El autor utiliza esta idea para analizar la analogía entre la tipicidad del delito y la tipicidad del contrato.

*contravenciones*⁵³; a lo cual se puede agregar los términos *falta* y *sanción*, también utilizados indistintamente. Se atribuye este desorden a una multiplicidad de factores, que tienen que ver con la distinción entre la pena aplicada por el Poder Judicial y la impuesta por la Administración, el origen nacional o local de la norma que crea la sanción, su destinatario y su finalidad⁵⁴.

Así, más allá de las siempre presentes variantes dogmáticas, no caben dudas de que se ha llegado a una noción técnica de delito compuesta de ciertos elementos básicos al día de hoy indiscutidos.

La contravención no sigue la misma suerte. Frente al delito, se erige un concepto que carece de contornos claros y sobre el cual no existen acuerdos mayoritarios, como es el de *sanción administrativa*.

Si se recurre a una aproximación etimológica de la noción *sanción administrativa*, se advertirá rápidamente que el término *sanción* es empleado como sinónimo de pena, entendidas ambas como un mal que se infringe a un sujeto infractor de una norma⁵⁵. Hasta allí, no hay nada que demuestre una diferencia con del Derecho Penal. Sin embargo, este castigo, esta pena, se caracteriza por ser *administrativa*. Calificación que remitiría al engorroso concepto de administración sobre el cual tanto se ha debatido, sino se recurre a un atajo intuitivo: parece claro que se emplea el término refiriendo a la Administración en sentido orgánico.

El verbo que vincula y sirve de nexo entre ambos términos surge también de forma intuitiva. La sanción administrativa se trata de una pena que *aplica* la Administración.

Pues bien, esa sanción puede ser aplicada por diversas razones, pero en tanto variante de un ilícito, implicará el incumplimiento de normas, que pueden ser creadas por el legislador o por la propia Administración. Por lo tanto, esta última puede vincularse a la sanción administrativa ya sea creando la norma tipificadora o aplicando la sanción. En otras palabras, existen dos poderes administrativos distintos, que podrían involucrar potestades distintas: el tipificador y el sancionador⁵⁶.

Ahora bien, la sanción puede corresponder a un grupo heterogéneo de ilicitudes, todas las cuales, en cuanto tales, son idénticas al delito. Allí es donde se advierte la dispersión terminológica, ya que se utilizan los términos infracción, contravención, falta, ilícito disciplinario. Una vez más: frente al delito, existe un cúmulo de calificaciones y nociones heterogéneas que sólo poseen

⁵³ JUAN CARLOS BONZON RAFART, *Sanciones administrativas y penales impuestas por la Administración. Distinto tratamiento jurídico*, ED, 197-830.

⁵⁴ Ibid; FONTÁN BALESTRA, op. cit., pto. 3, II.

⁵⁵ Diccionario de la Real Academia Española.

⁵⁶ GARCÍA PULLÉS, *Sanciones...*, op. cit., p. 759.

una sola característica común: en todas ellas, la Administración en sentido subjetivo, adquiere un rol protagónico que está ausente en el crimen penal.

Lo que aquí se propone es despejar el panorama, asignando un término a cada uno de los fenómenos sancionatorios de la Administración que, indudablemente, surgen del ordenamiento argentino. De esta manera dentro del término *sanción administrativa* se puede englobar al conjunto de designaciones referido.

Dentro de ese grupo de sanciones, la primera gran distinción de este género puede efectuarse en función del sujeto pasivo. Surgen así dos tipos de injustos a los cuales se les reconoce, pacíficamente⁵⁷, regímenes con ciertas diferencias: las *faltas disciplinarias* y las demás *infracciones administrativas*. Las primeras, son las represiones aplicadas en ejercicio de poderes inherentes, en el plano de la relación empleo público, a agentes (o ex agentes) de la Administración, con la finalidad de asegurar su adecuado funcionamiento⁵⁸. Responden a una particular manifestación del poder de la administración para lograr la ejecución y el cumplimiento de un contrato administrativo singular, como es el de empleo público⁵⁹, y están consagradas positivamente en un texto determinado⁶⁰. Mientras que las segundas son las penas impuestas por la Administración a los particulares, en general, variando desde aquellos que tienen una relación especial de sujeción (v. gr. concesionarios de servicios públicos, contratistas del Estado) a los simples ciudadanos.

La razón de ser de esta distinción entre lo que podría denominarse *faltas disciplinarias e infracciones administrativas* tiene que ver, estrictamente, con la clasificación explicada por GRECCO, siguiendo a RETORTILLO BAQUER, entre las sanciones administrativas de autoprotección del buen orden administrativo (dentro de las cuales se exponen las sanciones disciplinarias, las referidas al dominio público, las que obedecen a la revocación de actos administrativos favorables, y las sanciones tributarias) y aquellas sanciones con las cuales simplemente se procura una preservación del orden social colectivo del interés general de la sociedad⁶¹. La cual, a su vez, se entronca en una idea más profunda, explicitada por COMADIRA, quien destaca que el poder disciplinario es inherente a toda organización –y por ende a la Administración– y ejercitable en interés propio. Luego, “no es, necesariamente, una potestad, en el sentido en que concibieron a esta la doctrina italiana y española, esto es,

⁵⁷ CSJN; Fallos 210:453.

⁵⁸ MARIENHOFF, op. cit., T. IV, p. 562.

⁵⁹ MIRIAM IVANEGA, *Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la Administración*, EDA, 2006 -362.

⁶⁰ MARIENHOFF, idem, p. 1053.

⁶¹ GRECCO, op. cit., p. 792.

un poder jurídico utilizable en interés ajeno⁶². Quedan entonces fuera de la mentada *potestad sancionatoria*.

La segunda gran distinción, indiscutible en el reparto constitucional argentino, es la que tiene que ver con el federalismo. Como se ha visto, SPOTA, MARIENHOFF y NUÑEZ, entre otros, fincan en esta distribución de competencias la diferencia entre delito e infracción. Lo cierto es que las provincias, sea por haber retenido el ejercicio de policía, o por derecho constitucional consuetudinario, cuentan con su propia potestad sancionatoria. Este es un dato empírico. A su vez esa potestad, dentro de cada ordenamiento local, podría estar atribuida en mayor o menor grado los respectivos poderes judiciales o administrativos estadales. De donde se sigue que la discriminación entre sanciones administrativas federales y provinciales, no tiene que ver con el poder republicano que las aplica (Judicial o Ejecutivo), sino con el nivel estatal que las crea⁶³.

Teniendo en cuenta, como se ha visto, que los regímenes jurídicos de las sanciones administrativas no son extrapolables de un ordenamiento a otro, bien podría darse que las diversas provincias argentinas adopten criterios diferentes dentro de sus competencias. Entonces, correspondería denominar con distintas designaciones a lo que, efectivamente, no es igual: las manifestaciones punitivas federales y locales (quizá *infracciones administrativas* y *contravenciones*).

V. CONCLUSIONES

La visión del Derecho como una realidad compleja, no exclusivamente normativa, compuesta por elementos heterogéneos implica asumir que el jurista no se para frente a ella para efectuar un análisis puramente descriptivo. En tanto forma parte de esa realidad, que es social, participa creando el mismo fenómeno que analiza. Como dice KAUFMANN en el trabajo citado, “el sujeto que comprende se confunde en el horizonte de comprensión”. De manera que el Derecho no solo yace frente al jurista, sino que este lo crea en la medida que lo observa, analiza y sistematiza.

⁶² JULIO R. COMADIRA, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 561. En efecto, la noción de potestad, elaborada en un contrapunto con la derecho subjetivo, se caracteriza porque su ejercicio se realiza en beneficio de un tercero. Por lo que se las denomina “poderes fiduciarios”, “*entrusted power (given with trust)*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, t. I, ps. 431 y 432).

⁶³ Por otro lado, téngase en cuenta que existen faltas administrativas creadas por la Nación y aplicadas por las Provincias (v.gr.: régimen de la Ley de Defensa del Consumidor).

Esta interpretación, entonces, en tanto creativa, es tendencial. Es funcional. Se lleva a cabo en pos de un fin.

Si se adhiere a la idea de que el Derecho debe ser funcional a la solución de los conflictos y a la paz social como elemento primordial de un Estado de Derecho, resultará importante identificar esos conflictos.

Podría decirse que a nivel teórico sucede lo mismo: para saber si una categoría es útil, debería primero indagarse en el problema o conflicto que se pretende resolver. O en otras palabras, para evaluar la conveniencia del debate sobre la naturaleza de la infracción y su comparación con el delito, correspondería ver a qué fin es útil ese tópico, teniendo en cuenta que cada autor persigue con sus estudios una finalidad determinada según la noción del Derecho a la que adhiera.

Por ello no sirve sostener con NIETO que ese debate es infructuoso sin advertir que ése jurista procura identificar el régimen jurídico positivo de la infracción administrativa. Si se buscara indagar en los criterios que utiliza el legislador para atribuir una sanción penal o administrativa a un ilícito, el debate recobraría cierta utilidad.

Se trata entonces de hacerse las preguntas correctas; y el análisis de las tres cuestiones preliminares que se han propuesto permite entrever cuatro órdenes de interrogantes sobre la infracción administrativa:

a) ¿Cuándo el legislador califica un ilícito como delito o como infracción?; ¿qué pautas otorgan la Constitución nacional y los tratados internacionales?; ¿qué principios suele el legislador?; ¿a qué límites se atiene?. Estas preguntas corresponderían a la discusión dogmática sobre la naturaleza de la infracción administrativa.

b) ¿De qué se habla cuando se menciona a la “sanción administrativa?; ¿se incluyen las contravenciones locales?; ¿las faltas disciplinarias?; ¿las sanciones contractuales?; ¿o solo ciertas infracciones administrativas?; ¿por qué no denominar con distintas designaciones a los institutos que se encuentran regulados de forma diversa?. Cuestiones que, junto con las anteriores, sirven para delimitar por exclusión el concepto de infracción administrativa.

c) ¿Cuál es el régimen jurídico que sigue a tal calificación?; ¿quién crea el tipo infraccional?; ¿quién aplica la sanción?; ¿qué procedimientos sigue?; ¿hacia quién está dirigida?; ¿qué tipo de pena puede fijarse?; ¿cuáles son los valores y principios constitucionales en juego?; etc. Estos asuntos se vincularían al régimen del acto administrativo sancionador, o acto punitivo.

d) ¿Ese régimen jurídico ha sido positivizado?; ¿tiene suficiente autonomía del resto del Derecho?; ¿existe un Derecho Administrativo Sancionatorio o un Derecho Penal Administrativo?; ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una rama del Derecho para autonomizarse? Interrogantes

que apuntan a la ciencia del Derecho Administrativo Sancionador, su metodología y lógica intrínseca.

De esta manera quedan delineados los ejes centrales a partir de los cuales podría encararse el análisis del fenómeno de la sanción administrativa en el ordenamiento nacional de forma coherente y abarcadora de las diversas posturas doctrinarias que suelen plantearse.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina