

El derecho administrativo sancionatorio en la actividad financiera

Administrative law penalties in financial activity

Juan Carlos Cassagne*
Universidad Católica Argentina

Resumen:

Fenómenos como el nuevo constitucionalismo, la despenalización y la flexibilización del principio de legalidad han contribuido decisivamente en la concepción del Derecho Administrativo sancionador. Por esta razón, en el presente artículo se busca definir qué implican estas nuevas tendencias, a fin de trasladarlas al derecho penal administrativo. De esta manera, se evaluará la naturaleza jurídica de las sanciones penales administrativas y la viabilidad de la aplicación de los principios del derecho penal en ciertas materias, especialmente en policía financiera. Asimismo, bajo esta hipótesis será examinado el régimen sancionatorio de la actividad financiera en Argentina; para analizar las atribuciones de su ente regulador (el Banco Central de la República Argentina), su potestad sancionatoria y, finalmente, la naturaleza jurídica de sus sentencias.

Abstract:

Phenomena such as the new constitutionalism, decriminalization and flexibilization of the legality principle have decisively contributed to the conception of Administrative law penalties. For this reason, this article seeks to define what these new trends imply, in order to transfer them to administrative criminal law. In this way, the legal nature of administrative criminal sanctions and the feasibility of applying the principles of criminal law in certain matters, especially in financial police, will be evaluated.

Likewise, under this hypothesis, the sanctioning regime of financial activity in Argentina will be examined; to analyze the powers of its regulatory body (the Central Bank of the Argentine Republic), its sanctioning power and, finally, the legal nature of its sentences.

Palabras clave:

Derecho penal administrativo – Principios penales en materia de policía financiera – Régimen sancionatorio de la actividad financiera

Keywords:

Administrative criminal law – criminal principles in matters of financial police – sanctioning regime of the financial activity

Sumario:

1. Estructura del Derecho Administrativo Sancionador – 2. Hacia una nueva concepción interpretativa del Derecho – 3. Naturaleza de las sanciones penales administrativas y principios aplicables – 4. La distinción entre delitos y contravenciones, faltas o infracciones: vigencia y ocaso del llamado derecho penal administrativo – 5. El fenómeno de la despenalización – 6. La falta o contravención como figura típica del derecho penal administrativo – 7. Principios del derecho penal aplicables en materia de policía financiera – 8. Flexibilización del principio de legalidad – 9. El régimen sancionatorio de la actividad financiera en Argentina – 10. La naturaleza jurídica de las sanciones que aplica el BCRA a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del fuero contencioso administrativo federal – 11. Conclusiones – 12. Bibliografía.

* Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA. Miembro Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid. Contacto: jcc@cassagne.com.ar

1. Estructura del Derecho Administrativo Sancionador

En la mayor parte de los países europeos -como acontece en España- el Derecho Administrativo Sancionador ha sido construido sobre un conjunto de principios generales creados por la doctrina y la jurisprudencia. Su estructura "principalista" obedece al hecho de la dispersión e incoherencia que caracteriza al Derecho Administrativo Sancionador aunque, paralelamente, suele también atribuirse a la insuficiencia las normas escritas para cubrir los vacíos o lagunas que presenta el ordenamiento jurídico positivo¹.

Esta es, en realidad, la verdadera causa del fenómeno que ha originado una nueva concepción del Derecho Público, basada en la distinción entre principios generales y normas y en una serie de axiomas que, al complementar el sistema jurídico, implican el abandono de las reglas propias del positivismo legal, particularmente la aplicación de la teoría pura del Derecho sustentada por Kelsen.

En efecto, este fenómeno calificado en general de neoconstitucionalismo (que preferimos designar como nuevo constitucionalismo para descartar cualquier visión ideológica progresista) implicó una vuelta de campana de la concepción del positivismo legalista según el cual la ley era el centro del ordenamiento, que se consideraba constituido por una suerte de pirámide que, desde su cúspide (la norma fundamental) iba descendiendo de las normas superiores a las inferiores. La validez de la norma inferior estaba solo condicionada a que la ejecución coincidiera o se deduciera de una norma superior, sin distinguir entre normas y principios², sobre todo, sin importar si se trata o no de una norma injusta o inmoral.

Como este sistema chocaba contra la realidad y la justicia (que es siempre el objeto de la teoría del Derecho) y aunque muchos lo previeron, hubo que aguardar hasta la finalización de la segunda guerra mundial para que la doctrina y la jurisprudencia iniciasen el proceso de abandonar el barco del positivismo que había justificado las violentas atrocidades de los regímenes nazi y fascistas considerados legítimos según los cánones de los postulados del positivismo legalista.

Como es sabido, la pirámide jurídica kelseniana pronto se derrumbó y la estructura del Derecho Administrativo sancionador, lejos de abrigar una concepción holística de la especialidad, se articula actualmente en la nueva concepción del Derecho que distingue entre normas y principios generales. Su carácter especial, se desprende las peculiaridades que presentan los principios generales que constituyen algo así como la base de todo el sistema administrativo sancionador, informando la interpretación y dando lugar a la aplicación de determinados principios y garantías del Derecho Penal sustantivo, dada la naturaleza penal-administrativa de los ilícitos en juego y de las sanciones. En Uruguay, la concepción principalista es sostenida por Durán Martínez³, una de las fuentes que contribuyó a consolidar nuestro pensamiento, desarrollado hace unos años gracias al estímulo filosófico que recibimos de los profesores Barbe Pérez⁴, García de Enterría y González Pérez.

2. Hacia una nueva concepción interpretativa del Derecho

El proceso descrito conduce a reconocer, inevitablemente, mal que les venga a determinados sectores, adictos crónicos al positivismo legalista, incluso al ideológico o filosófico, la configuración de un nuevo sistema del derecho constitucional, abarcativo tanto de su estructura como, más singularmente, de los métodos utilizables para argumentar el derecho en el ámbito de la interpretación jurídica⁵.

Lo primero que resulta de esta nueva concepción, que agrupa la doctrina de los principales filósofos del Derecho (Ferrajoli, Dworkin, Alexy y Nino⁶ e incluso Finnis⁷), es la incorporación de los principios en la estructura del ordenamiento como fuente del derecho distinta a las normas o reglas (en sentido estricto), asignándoles un papel de prevalencia⁸ y obligatoriedad o bien, la función de justificar las reglas

1 Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed. (Madrid: Tecnos, 1994), 39.

2 Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., trans. de Eduardo García Maynes (México DF: Universidad Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1958), 143-146 y ss.

3 Augusto Durán Martínez, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* (Montevideo: La Ley, 2012), y su trabajo *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez*, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2007.

4 Héctor Barbe Pérez, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo uruguayo* (Montevideo, 1978).

5 En esta línea: Manuel Atienza, *Argumentación y constitución*, coord. Carlos Alarcon Cabrera y Rodolfo Luis Vigo, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2011) 79 y ss, y Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015), especialmente p. 225 y ss.

6 Atienza, *Argumentación y Constitución*, 88, nota 7, si bien en la lista no incluye a Finnis, adiciona los nombres de Maccormick y de Raz.

7 John Finnis, *Ley natural y Derechos naturales*, trans. Cristóbal Orrego (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), especialmente 313-316.

8 Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del Derecho Público (administrativo y Constitucional)* (Buenos Aires: La Ley, 2015), 37-39.

jurídicas o determinaciones particulares, además de su función orientativa e informadora⁹ de todo el ordenamiento.

No obstante que se trata de un concepto no compartido por grandes doctrinarios de esta nueva corriente consideramos que los principios constituyen reglas jurídicas, es decir, mandatos vinculantes, aun cuando su enunciado carezca del supuesto de hecho. En definitiva, sin perjuicio de ser diferente estructura lógica¹⁰ y la mayor jerarquía que poseen los principios generales, tanto éstos como las normas¹¹ en sentido estricto¹², pertenecen al género de las reglas jurídicas¹³. En sentido semejante, *Dworkin* distingue los principios en sentido estricto, de las normas y de las directivas políticas. Estas últimas marcan la orientación a seguir y se proponen alcanzar objetivos mientras que el principio es siempre vinculante y constituye una exigencia de la justicia, de la equidad o de la moral pública¹⁴.

A su vez, para Nieto, los principios carecen de la concreción propia de una norma y no son inequívocos (nosotros siempre hemos hablado de imprecisión¹⁵) pero tienen un carácter prescriptivo indudable¹⁶ y encierran fórmulas abstractas y neutrales sobre un valor, "sin pronunciarse sobre la preeminencia de ese valor sobre otros concurrentes en contrario"¹⁷.

Como puede advertirse, la diferencia que exhibe nuestra postura con relación a la de Nieto, al calificar a los principios generales como reglas jurídicas, no obedece a una discrepancia de fondo puesto que, para ambos, los principios generales del Derecho son prescriptivos y su aplicación se concreta recién con la solución aplicable al caso.

Una buena descripción de los rasgos que exhibe esta nueva concepción del derecho, ligada al enfoque argumentativo, ha efectuado, a nuestro juicio, el ius-filósofo español Manuel Atienza, que ha efectuado una labor de armonización y sistematización realmente notable¹⁸. En adición a la importancia de los principios, como ingrediente necesario para conocer la estructura y entender el funcionamiento del sistema jurídico, los rasgos de este nuevo enfoque pueden resumirse de esta manera: 1) la tendencia a comprender las reglas (normas y principios)¹⁹ no tanto desde la visión de su estructura lógica sino a partir del papel que cumplen en el ordenamiento; 2) la idea de que el derecho no consiste solo en un conjunto de normas y enunciados sino que comprende procedimientos, valores, acciones, agentes, etc., constituyendo una práctica social compleja; 3) en conexión con lo anterior, la trascendencia que se asigna a la interpretación, vista más que como un resultado, que como lo traduce una operación racional y conformadora del derecho; 4) el abandono del discurso descriptivo del derecho como consecuencia de reconocer el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, las que no pueden reducirse a un discurso basado en la diferenciación entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo; 5) la consideración de la validez de las normas en términos sustantivos y no meramente formales (lo que exige el respeto de los principios y derechos constitucionales); 6) la función judicial concebida no como la sujeción del juez a la ley sino conforme con los principios de la Constitución; 7) la conexión intrínseca entre el Derecho y la moral; 8) la tendencia a la integración entre las diversas esferas de la razón práctica (derecho, moral y política); 9) la idea de que la razón jurídica no es solo instrumental sino razón práctica que opera sobre medios y fines; por ello, la función del jurista no debe estar guiada exclusivamente por el éxito sino por el sentido de conexión, en suma, por la pretensión de justicia; 10) la relevancia de la necesidad de justificar racionalmente las decisiones como condición inherente de la sociedad democrática y que existen criterios objetivos (vgr. el principio de coherencia) que permiten atribuir carácter racional a la justificación de las decisiones, aunque no se acepte siempre una única respuesta para la resolución de un caso (*Dworkin*)²⁰.

9 Jesús Gonzalez Pérez, *La dignidad de la persona*, 1ª ed., (Madrid: Civitas, 1986), 78, ver también la 3ª ed., de esta obra, Madrid, 2017, 112 y ss, comentada por Alejandro Nieto, RVAP, número 107-I-Enero-Abril, 2017, 379-399.

10 Cassagne, *Los grandes principios del Derecho Público*, 33 y ss.

11 Véase: Juan Gustavo Corvalán, *Derecho Administrativo en transición* (Buenos Aires: Astrea, 2016), 250 y ss.; en este excelente libro desarrolla la distinción, siguiendo la terminología clásica para diferenciar las reglas de los principios.

12 *Ibidem*, 23.

13 Rodolfo Luis Vigo, *Los principios jurídicos* (Buenos Aires: Depalma, 2000) y del mismo autor *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis* (México: Distribuciones Fontamara, 2003), 131, nota 177.

14 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 72-73.

15 Juan Carlos Cassagne, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, reimpresión (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992), 28-29.

16 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 44.

17 Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 45.

18 Atienza, *Argumentación y Constitución*, en especial 87 y ss.

19 Debemos aclarar que Atienza utiliza la palabra regla como el equivalente a la norma en sentido estricto, como la mayor parte de la doctrina, atribuyendo valor normativo a los principios.

20 Atienza, *Argumentación y Constitución*, 88.

Resulta evidente que, en el campo de la filosofía del derecho y en el de la interpretación constitucional nunca ha habido una aproximación tan grande con los postulados del iusnaturalismo, en particular con los de la nueva escuela del derecho natural (Nedn) que encabeza John Finnis.

Al respecto, se habla del colapso de los métodos interpretativos²¹ y de la necesidad de su conversión en argumentos justificativos. Esta concepción comprende todos los elementos o componentes de la realidad jurídica, de la lógica del razonamiento práctico y de la justicia. Así en esta concepción del Derecho como práctica argumentativa desfilan muchos de los argumentos utilizados también con anterioridad para interpretar las leyes, aunque ahora con el objeto de cumplir la función más amplia de interpretar el Derecho y, particularmente, la Constitución²².

Con todo, subsiste el desacuerdo acerca de si la fuente del fundamento del derecho se encuentra solo en las normas o principios generales o si en el caso de lagunas del ordenamiento positivo puede acudir a los principios generales del derecho natural descubiertos por los jueces, cuando se genera una situación de injusticia²³.

Desde luego que los operadores jurídicos, particularmente los jueces, pueden producir verdaderos milagros y hacer que lo justo natural se convierta en positivo o que descubran nexos lógicos diferentes a los conocidos, pero, a menos que acontezca alguno de esos milagros, no vemos como podría resolverse una cuestión interpretativa de ese tipo sin acudir a los principios generales del derecho no positivos fundados en el derecho natural.

Esta última ha sido tendencia que dio nacimiento a la incorporación de los principios generales del Derecho a las fuentes del Derecho Administrativo en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, como lo ha explicado, hace años, con meridiana argumentación, el maestro Rivero²⁴.

En el caso del Derecho Administrativo sancionador, su núcleo está constituido por una gama de principios y de garantías que provee el derecho penal sustantivo, con las adaptaciones que se explican más adelante. En ese cuadro garantístico militan, entre otros, los principios de irretroactividad, de tipicidad, el “non bis in eadem”, el de proporcionalidad o razonabilidad y la prohibición de la analogía “in peus”, entre otros, que, en los derechos argentinos y uruguayo, tienen anclaje en la Constitución o en preceptos del Código Penal.

3. Naturaleza de las sanciones penales administrativas y principios aplicables

Existen pluralidad de formas mediante las cuales la Administración expresa su potestad sancionatoria.²⁵ El estudio de las sanciones que aplica la Administración Pública a los particulares en ejercicio de los poderes que surgen de las potestades atribuidas por el ordenamiento o que emanan de un vínculo jurídico convencional concertado en el marco del llamado régimen exorbitante²⁶, constituye uno de los capítulos centrales de la denominada parte dinámica del Derecho Administrativo.

En ese ámbito, se plantean dos cuestiones primordiales. La primera, se refiere a la naturaleza del ilícito objeto de la sanción, mientras que la segunda, concierne a los principios aplicables en materia sancionatoria.

21 Vigo, *Interpretación (argumentación)*, 225.

22 Vigo, *Interpretación (argumentación)*, 228, incluye los argumentos: a) autoritativo o normativo; 2) principialista; 3) axiológico o moral; 4) consecuencialista; 5) genético; 6) lingüístico; 7) doctrinario; 8) jurisprudencial; 9) lógico; 10) analógico; 11) a “fortiori”; 12) apagógico; 13) a contrario; 14) sistemático; 15) de coherencia; 16) plenitud; 17) económico; 18) teleológico o de justicia; 19) sociológico; 20) comparativo; 21) histórico; 22 retórico; 23) religioso; 24) científico no jurídico; 25) empírico, probatorio o fáctico; 26) conceptual o definicional; 27) pragmático.

23 Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 7ª ed. (Buenos Aires: La Ley), 68 y ss. En esta sección de la obra, cuya autoría pertenece al actualizador, se atribuye importancia a los principios generales del Derecho para suplir las lagunas de las leyes, afirmando que no pueden afectar la legislación escrita, circunscribiéndolos a los principios constitucionales positivos (op. cit., p. 70). Sin embargo, en algunos supuestos, reconoce la existencia de principios generales que no están expresados en regla constitucional alguna, como la separación de poderes, pero que surgen de la estructura de la Constitución y tienen el carácter de norma constitucional, que prevalece sobre la legislación y los actos administrativos que no pueden contradecirlos (op. cit. p. 71). Esta parte de la teoría que expone Luqui armoniza parcialmente con la postura que siempre hemos sostenido en otras obras y que mantenemos en este trabajo.

24 Jean Rivero, *Droit Administratif*, 8ª ed. (Paris: Dalloz, 1977), 76-78 y del mismo autor y Jean Rivero y Jean Waline, *Droit Administratif*, 19ª ed. (Paris: Dalloz, 2002), 64-66, destacan la preeminencia que han reconocido el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional francés a los principios generales del derecho sobre las leyes (op. cit., p. 66).

25 Fernando García Pullés, “La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución nacional,” *Documentación Administrativa*, no. 267-268 (septiembre 2003-abril 2004), 501-524.

26 Gerónimo Rocha Pereyra, “Sobre el derecho administrativo sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto),” *REDA*, no. 43, (2003), 123-161, esp ps. 142 y ss.

Por de pronto, en la doctrina se ha tratado de distinguir el ilícito penal, tanto del ilícito civil como del administrativo, sobre la base de que la diferencia se encuentra en la vulneración del ordenamiento que resulta infringido en cada caso²⁷.

Pero la clave para resolver este problema no se relaciona con esa conclusión, bastante elemental, por cierto, en razón de que el ordenamiento administrativo actúa como centro de confluencia de diferentes especies de sanciones. Así, mientras existe un tipo de sanción que tiene por objeto la retribución del daño o perjuicio que se causa al Estado, de naturaleza eminentemente patrimonial, al lado de ésta (llamada también civil) la Administración pone en marcha mecanismos represivos y preventivos²⁸ que tienden a sancionar tanto el incumplimiento del deber de los particulares de contribuir o colaborar con la Administración —deber que imponen las leyes por razones concernientes al bien común o interés general— como las infracciones al orden público, cuya protección la ley confiere primariamente a la Administración. Estas últimas constituyen *sanciones penales administrativas*, por su evidente sustancia punitiva y la circunstancia de regirse, en forma entremezclada, por normas y principios pertenecientes al Derecho Administrativo.

Las sanciones administrativas que poseen sustancia penal se pueden clasificar conforme a la materia en la que se imponen. Así existen desde sanciones de policía general y especial -incluidas las relativas a la policía que el Estado ejerce sobre los bienes del dominio público- hasta sanciones de naturaleza tributaria, cuyo régimen, en virtud de la autonomía adquirida por esta rama del derecho, se ha independizado actualmente del Derecho Administrativo Sancionador, sin perjuicio de que, al igual que este último, su naturaleza punitiva²⁹ torna aplicables una serie de principios que provienen del derecho penal, especialmente los que emergen de las disposiciones generales del Código Penal.

Lo contrario ocurre en materia de *sanciones civiles o patrimoniales aplicadas por la Administración*. En este ámbito, las reglas generales que gobiernan el procedimiento administrativo contienen suficientes garantías para el particular o administrado, compatibles con los intereses cuya tutela procura el ordenamiento y la finalidad de las sanciones.

En lo que respecta a las *sanciones disciplinarias*, ellas nacen del poder de supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y, en general, de proteger su estructura organizativa, tanto personal como patrimonial³⁰. Esta peculiaridad explica por qué motivo, si bien las sanciones disciplinarias ostentan también, en algunos casos, una sustancia represiva, se relativizan algunos de los principios del derecho penal (por ej., el principio que veda el doble juzgamiento o *non bis in idem*)³¹.

4. La distinción entre delitos y contravenciones, faltas o infracciones: vigencia y ocaso del llamado derecho penal administrativo

Lo expuesto en el punto precedente explica la configuración del denominado derecho penal administrativo, elaborado a partir de la obra de James Goldschmidt³² y afirmado posteriormente en la escuela alemana por Eberhard Schmidt³³. El eje de su construcción jurídica pasa por la idea de la distinción cualitativa entre delitos e infracciones administrativas (contravenciones), determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por

27 Miguel Montoro Puerto, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción* (Barcelona: Nauta, 1965), 116-118.

28 Para Garrido Falla la sanción constituye un medio represivo que se distingue de la coacción en que mientras la primera se pone en marcha porque la obligación no se ha cumplido la segunda se encamina al cumplimiento de lo ordenado en contra de la voluntad del obligado a ello (Fernando Garrido Falla, *Derecho Administrativo*, tomo II, 10ª ed. (Madrid: Tecnos, 1987), p. 137).

29 Véase García Belsunce, Horacio, "Régimen penal tributario. Concurso de sanciones", en LL, 1990-C, 918, sostiene que el ilícito tributario posee naturaleza penal no obstante que la sanción es administrativa.

30 Daisy Baro, *La relación de empleo público* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1982), 50, considera que la falta disciplinaria es "todo acto realizado por un funcionario, susceptible de causar daño directa o indirectamente al funcionamiento del servicio público".

31 El agente público que hubiera cometido un delito y recibido condena de la justicia penal puede ser pasible de sanciones disciplinarias; Vid. Benjamín Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, tomo I (Buenos Aires: Tea, 1949), 122; Manuel Díez, *Derecho Administrativo*, tomo I, 2ª edición (Buenos Aires: Plus Ultra, 1974), 276; Garrido, *Derecho Administrativo*, 141. Cfr. Diego Blanco O'Dena, "Principios aplicables al régimen disciplinario del empleo público," *REDA*, no. 51, (2005): 194-198, y la opinión sustentada por la PTN en el dictamen allí anotado.

32 Puede verse, James Goldschmidt, "El Derecho Penal Administrativo," *Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. 1-3, 1946, 93-187.

33 Véase Eberhard Schmidt, "Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania," (vers. en español de Werner Goldschmidt) *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1951-2, (1951): 280-293.

parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente intereses de tipo administrativo³⁴.

En la doctrina vernácula, si bien hubo quienes negaron la aludida distinción cualitativa entre delitos y contravenciones³⁵ y otros que la sostuvieron³⁶ lo cierto es que, por lo general, se ha admitido siempre la posibilidad de que la Administración aplique las llamadas penas contravencionales, aun cuando sin plantearse a fondo el problema de la despenalización, aspecto este que, en nuestra organización constitucional, adquiere un singular relieve en mérito a la potestad de las Provincias para legislar en materia contravencional³⁷.

Ahora bien, resulta evidente que el derecho penal administrativo no configura una disciplina autónoma³⁸. Sus fundamentos se encuentran hoy día superados (no hay que olvidar que esta concepción es la sucesora³⁹ de las teorías que sustentaron el llamado derecho penal de policía) toda vez que, si las sanciones poseen naturaleza represiva, por menos graves que ellas fueran, las contravenciones contienen, en estos casos, idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado⁴⁰.

De todo ello, se deduce que, si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye, en principio, una cuestión de grado y, por tanto, cuantitativa⁴¹, resultan aplicables en materia contravencional y en los llamados ilícitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el Código Penal, máxime cuando para estos últimos existe una disposición expresa del ordenamiento (art. 4º del Cód. Pen.) que así lo estatuye⁴². En tal sentido, si bien puede hablarse de una superación de las bases que hacen a la fundamentación autónoma del derecho penal administrativo y, especialmente, de los postulados de la escuela de Goldschmidt⁴³, no puede desconocerse que ella ha influido decisivamente en el proceso de despenalización, ocurrido tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Ese proceso de despenalización se caracteriza por conferir la atribución de aplicar penas a la Administración, al menos en una suerte de primera instancia y sujeta siempre a la revisión judicial. Ello plantea también entre nosotros la cuestión inherente a la concurrencia de potestades entre la Nación y las Provincias, en materia contravencional.

5. El fenómeno de la despenalización

Las aspiraciones de las diferentes administraciones públicas a poseer la titularidad de la potestad punitiva, al menos en la primera fase del procedimiento sancionatorio, se revelan constantemente en el derecho comparado, cuya evolución confirma la tendencia a excluir la figura de la contravención del ordenamiento penal, reservando su aplicación a los órganos administrativos, sin perjuicio de la posterior revisión judicial.

Sin embargo, dicha tendencia, lejos de soslayar la aplicación de los principios que informan el proceso penal y el derecho penal sustantivo⁴⁴ se orienta, significativamente, hacia una regulación análoga para los llamados ilícitos penales administrativos y los delitos, extendiendo a las infracciones penales administrativas las reglas

34 Ver: Heinz Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo: historia y derecho comparado*, (trad. del alemán de José María Rodríguez Devesa) (Jaén: Edersa, 1979), 229-230 y nota 363, apunta que dicho autor ejerció una notable influencia en la nueva configuración del derecho penal económico, atribuyendo a la Administración el poder de juzgar las llamadas infracciones o contravenciones administrativas, cuya satisfacción considera indispensable para realizar la división de poderes. En esta concepción de Schmidt se advierte un notorio retroceso doctrinario, ya que, con anterioridad, aun entre los seguidores de Goldschmidt, hubo algunos, como Wolf, que renunciaron "a tratar de concebir el derecho penal administrativo con características conceptuales u ontológicas, considerando el problema como una cuestión de referencia valorativa o normativa" (*op. cit.*, 208). Un criterio similar sostuvo entre nosotros Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, tomo I (Buenos Aires: Tea, 1956), 254.

35 Conf. Ricardo Levene, *Introducción al Derecho Contravencional* (Buenos Aires: Depalma, 1968), 37 y ss.; Luis Jiménez De Asúa, "Las contravenciones o faltas", *La Ley*, no. 56, p. 959; Villegas, *Derecho Administrativo*, 245 y ss. Con todo, en la obra de este último autor parece haber un resabio de la tesis cualitativa, en cuanto señala que el límite entre ambas figuras se halla en la ilicitud intrínseca y en la peligrosidad, que determinan (si bien relativamente) una mayor magnitud de la pena para el delito (*op. cit.*, t. I, p. 247).

36 Rafael Bielsa, *Estudios de Derecho Público*, tomo I (Buenos Aires: Depalma, 1950), 325.

37 Véase Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ta. ed., tomo I (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990), 169.

38 Tal como lo venimos sosteniendo en nuestras obras, ver: Juan Carlos Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 11a ed. (Buenos Aires: La Ley, 2016), 115-117.

39 Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, 494.

40 Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, 205, n. 272. Cfr. Fernando García Pullés, "La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución nacional," 508-509.

41 Horacio García Belsunce, *Derecho Tributario Penal* (Buenos Aires: Depalma, 1985), 58, 61 y 75.

42 Vid. Norberto Spolansky, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos," *La Ley* (1978-D): 235.

43 Véase: Aftalion, Enrique R., *Derecho Penal Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 75 y ss.; este autor sustenta una postura adversa al reconocimiento de la autonomía del derecho penal administrativo sosteniendo la unidad fundamental de todo el derecho represivo (*op. cit.*, p. 11 y ss.)

44 Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 168 y ss.

que gobiernan la imputabilidad, el concurso de infracciones, la culpabilidad (dolo o culpa), la tentativa y las causas de exclusión de la responsabilidad criminal⁴⁵ (vgr. estado de necesidad y legítima defensa).

Este fenómeno de la despenalización⁴⁶, que produce la quiebra del sistema que atribuía exclusivamente al poder judicial la aplicación de penas requiere, para no afectar el principio de la división de poderes, que se cumplan dos requisitos fundamentales:

- a) un control judicial suficiente⁴⁷ a través de la revisión de la sanción penal administrativa ante los tribunales judiciales, con amplitud de debate y prueba, y;
- b) la observancia de las garantías del debido proceso, lo cual comporta la no ejecutoriedad o, al menos, suspensión de la pena contravencional hasta tanto se pronuncie la justicia pues, hasta ese instante, rige la presunción de inocencia⁴⁸.

6. La falta o contravención como figura típica del derecho penal administrativo

La imposibilidad de establecer *a priori* diferencias sustanciales u ontológicas entre delitos y contravenciones conduce a que el problema se resuelva, en definitiva, a través de la política legislativa según “la gravedad e importancia que se le dé en momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante”⁴⁹.

La circunstancia de que cada una de las figuras delictivas del Código Penal se configura como una especie de círculo incomunicado, donde no existe propiamente continuidad ni analogía, hace que esas zonas de libertad puedan ser disminuidas o cubiertas mediante la creación de faltas o contravenciones⁵⁰. Esto último -aunque no afecta la naturaleza de la contravención de naturaleza penal, cuya estructura es, en principio, similar a la de los delitos⁵¹ al pertenecer al género común del ilícito penal⁵²- provoca, sin embargo, algunas diferencias en su régimen jurídico que la separan tanto del delito penal como de la mera infracción administrativa.

En efecto, mientras el juzgamiento de los delitos queda reservado a órganos del poder judicial que actúan conforme a las reglas del proceso penal —entre las que figuran las relativas a la cosa juzgada de la sentencia que dicta el juez— en el caso de las faltas o contravenciones (que algunos denominan delitos administrativos) el órgano administrativo que las aplique no se encuentra ceñido por la citada regla y siempre conserva la potestad revocatoria a favor del particular, que es propia de los actos administrativos. En tal sentido, el órgano administrativo posee competencia, aun después de impuesta una sanción, para reducirla o dejarla sin efecto, ya fuera de oficio o al resolver el recurso administrativo (v.gr. de reconsideración o jerárquico) que interponga el sujeto sancionado. Por esa causa, aun de configurarse un ilícito de naturaleza penal, en el juzgamiento de la contravención se aplican principios y normas del Derecho Administrativo Sancionador⁵³. Esta característica justifica un tratamiento separado para la materia penal administrativa, aun cuando la disciplina no goza de autonomía por las razones que hemos dado⁵⁴, lo que no obsta a la aplicabilidad de las garantías y los preceptos generales del Código Penal. En tal sentido, rigen -entre otros- los principios de tipicidad, imputabilidad, irretroactividad, antijuridicidad y culpabilidad⁵⁵, entre otros.

45 Así lo prescribe, en Alemania Federal, la ley del 24 de mayo de 1968 sobre ilícitos administrativos, véase al respecto: José Parada Vázquez, *Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid: Pons, 1989), 349-350; Mattes, *Problemas de Derecho Penal Administrativo*, 234 y ss.

46 Véase, asimismo, Rocha, “Sobre el derecho administrativo sancionador”, 133-135.

47 En el *leading case* de la jurisprudencia de la Corte Suprema el conocido caso “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José”, *Fallos*: 247:646 (1960), se estableció que “control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recursos ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial” (cons. 19).

48 Tal como ocurre en el derecho alemán; en cambio, en Italia el recurso contra una sanción carece de efectos suspensivos. Dice al respecto Parada Vázquez que “en todo caso, hay que destacar críticamente que el sistema italiano ofrece menos garantías que el alemán, ya que el recurso ante el juez no provoca la suspensión de la ejecución de la sanción”.

49 Conf. Levene, *Introducción al Derecho Contravencional*, 43-44.

50 Vid. Villegas, *Derecho Administrativo*, 257; Soler, *Derecho Penal Argentino*, 247 y ss.

51 Conf. Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 6ª ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997), 601, observa que ambos contienen idénticos elementos constitutivos.

52 Levene, *Introducción al Derecho Contravencional*, 44.

53 Un planteamiento similar formula Fabio Medina Osorio, *Diretto Administrativo Sancionador*, 2ª ed. (San Pablo: Revista dos Tribunais, 2005), 29 y ss.

54 Nos remitimos a Cassagne, *Curso de Derecho Administrativo*, 179-182.

55 La imputabilidad consiste en la atribución de un hecho u omisión a una persona determinada mientras que la antijuridicidad denota la lesión del bien jurídico que genera la ilicitud objetiva de cada conducta. A su vez, la culpabilidad implica un juicio de reproche subjetivo que, por una falla o defecto imputable por culpa o negligencia, o bien, por el obrar doloso del agente. Sin embargo, en la doctrina del derecho penal la imputabilidad se asimila a la capacidad de delinquir (véase: Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990), 139).

En cambio, en las infracciones administrativas de autoprotección (v.gr. imposición de una sanción con motivo de la ejecución de un contrato de la Administración; sanciones disciplinarias) basta con las garantías del procedimiento administrativo, sin perjuicio de reconocer que, muchas de ellas, encuentran su base de sustentación en principios de naturaleza penal que han tenido recepción en el Derecho Administrativo.

En algunas circunstancias y sólo cuando la ley lo establezca en forma expresa, se suelen consagrar, en materia contravencional, presunciones de culpabilidad que invierten el *onus probandi*, las que, excepcionalmente, se justifican en mérito a la menor gravedad que puede caracterizar a las faltas y contravenciones, especialmente, en la ejemplaridad y función preventiva que corresponde atribuir a las penas contravencionales y en la necesidad de que los administrados cumplan los deberes impuestos por las leyes. En cualquier caso, y con alguna aproximación a la situación existente en los países regidos por el "common law"⁵⁶, el Derecho Administrativo Sancionador debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo y, en general, los de todo el derecho⁵⁷.

7. Principios del derecho penal aplicables en materia de policía financiera

La unidad del derecho represivo y las garantías ínsitas en el Estado de Derecho conducen a la aplicabilidad a las infracciones financieras de los principios propios del derecho penal sustantivo. Si bien la mayor parte de esos principios provienen directamente del Código Penal, su base radica en los preceptos y garantías constitucionales, tanto nominadas como innominadas (v.gr. la garantía de razonabilidad). Su aplicación se efectúa, por lo general, en forma supletoria o directa, aun cuando en ciertos supuestos nada impide acudir a la técnica de la analogía, a condición de que ella opere en favor del administrado⁵⁸.

De ese modo, resultan aplicables diversos principios del derecho penal sustantivo, a saber:

7.1 El principio de tipicidad

Una de las principales garantías que poseen las personas en general (tanto físicas como jurídicas) se halla configurada por el principio de tipicidad consistente en la exigencia de que las conductas punibles se encuentren descritas o delimitadas por una norma de alcance general.

En este plano, la tipicidad aparece como un corolario obligado del principio de legalidad, que juega en un doble sentido, esto es como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito penal y como una forma de prevención individual y social, en la medida de que el conocimiento público y oficial de la acción punible desalienta la comisión de los hechos reprimidos por las normas. A este respecto, el principio de tipicidad requiere que se hagan públicas:

- A. tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención, así como;
- B. las penas a aplicarse en cada supuesto típico.

La razón de ser del principio de tipicidad en materia penal obedece a que el silencio del legislador se considera que configura un ámbito de libertad⁵⁹.

Por tal causa, el principio de tipicidad resulta incompatible con las fórmulas genéricas y abiertas que se emplean en algunas oportunidades para calificar la infracción penal⁶⁰.

7.2 La culpabilidad en las contravenciones y la responsabilidad de las personas jurídicas

Una consecuencia importante derivada de la aplicación de las reglas prescriptas en el Código Penal es la vigencia del principio *nulla pena sine culpa* en materia contravencional, es decir, de faltas o infracciones de naturaleza penal que no constituyen delitos.

56 Cfr. Medina, *Direitto Administrativo Sancionador*, 32-33.

57 Sobre los principios generales del derecho, véase: Mariano Brito, *Derecho Administrativo. Su permanencia –contemporaneidad-prospectiva* (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004), 37 y ss. Ha dicho el maestro uruguayo –en postura que compartimos– que "la positivización de los principios generales de derecho –manifestación como son de la naturaleza del hombre– viene reclamada por razón del proceso de perfección de aquéllas para su aplicación. De tal manera resulta improcedente la consideración de la relación entre derecho natural y derecho positivo en términos de oposición necesaria; antes bien, se reconoce, frecuentemente en el derecho positivo la concretización, en grado de perfección, de los principios generales. Estos, a su vez, y a su turno, operan para el contralor de legitimidad del derecho positivo" (op. cit. p. 48).

58 Levene, *Introducción al Derecho Contravencional*, 51.

59 Fontán, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 26.

60 Eduardo García De Enterria y Tomás Fernández, *op. cit.*, tomo II, 165-166.

Este principio de derecho natural, caro al sistema beccariano, tiende a proteger la libertad de las personas impidiendo que éstas puedan ser declaradas penalmente responsables por conductas o hechos ejecutados sin culpa o dolo, por más que las respectivas conductas les sean imputables a los sujetos de la acción violatoria del orden jurídico objetivo. La culpa se constituye entonces en el factor exclusivo de atribución de responsabilidad en el derecho penal.

No obstante, en materia contravencional, tanto el derecho argentino como el comparado, admiten, en ciertas circunstancias, una responsabilidad objetiva por extensión, en aquellos supuestos en que la ley asigna responsabilidades, incluso de naturaleza penal, por el hecho de otro.

La cuestión ha suscitado opiniones controvertidas en la doctrina⁶¹ particularmente en el caso de la responsabilidad solidaria establecida, entre otras, por la legislación fiscal y aduanera⁶² respecto de las personas jurídicas y los miembros de sus cuerpos directivos.

En la jurisprudencia inicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se impuso la tesis favorable a la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas sobre la base de que en las materias *de carácter penal administrativo no se aplican las reglas comunes a la responsabilidad por actos delictuosos, lo que permite dirigir la acción contra personas jurídicas a los efectos de su condena, en la forma prevista por leyes especiales*.⁶³ Más tarde, en el caso "Banco de Santander" el Alto Tribunal modificó el criterio precedente sosteniendo que la responsabilidad solidaria (en materia de infracciones cambiarias) de los administradores y directores no reviste carácter penal⁶⁴ soslayando de este modo la objeción de que el establecimiento de la solidaridad no implica consagrar la responsabilidad penal de las personas por actos de terceros, es decir, sin que medie imputación de culpa o dolo sobre los sujetos a quienes la ley declara responsables.

Claro está que esa objeción no se supera por el hecho de acudir al artilugio de decir que la sanción no es penal si al propio tiempo no se demuestra tal afirmación.⁶⁵ En efecto, si las sanciones previstas en el ordenamiento penal administrativo (v.gr. en materia fiscal, cambiaria y financiera) revisten, a la vez, naturaleza preventiva y represiva (y en modo alguno retributiva o reparatoria), ellas poseen una indiscutible sustancia penal, siendo aplicables en consecuencia, los principios típicos del derecho penal sustantivo relativos a la imputabilidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.

Pero, en esta materia, las leyes pueden legitimar un sistema de responsabilidad objetiva para ciertas infracciones donde el bien común reclama una solución diferente en orden a las mayores exigencias de la comunidad. Esta responsabilidad asume, sin embargo, un carácter excepcional y debe instrumentarse con ciertas cautelas, en particular, las que hacen a la observancia de la garantía constitucional de la razonabilidad de las leyes (art. 28, CN) y la aplicación irrestricta del principio de culpabilidad, como presupuesto inexcusable de la imputación de la infracción. En este sentido, existen dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶⁶ que sostienen dicha interpretación.

Con todo, el planteo de la cuestión que se suscita aparece centrado en una necesaria disociación entre imputabilidad, culpabilidad y antijuridicidad —por una parte— y el reconocimiento de una responsabilidad solidaria, de carácter objetivo, por la otra. Por ese motivo, en el supuesto de las personas jurídicas o ideales, antes que la aplicación de una sanción penal sin culpa, lo que ocurre es una atribución de responsabilidad solidaria por la sanción penal aplicada a un dependiente.⁶⁷

En rigor, más que una quiebra del principio de culpabilidad, que se mantiene incólume respecto del autor de la infracción penal administrativa, se opera una modificación en el factor atributivo de responsabilidad, desplazando la regla de la culpa por una atribución de responsabilidad de raíz eminentemente objetiva.

61 Véase el artículo de Spolansky antes citado que postula la incompatibilidad de las normas que atribuyen responsabilidad penal solidaria a las personas jurídicas y a los integrantes de sus cuerpos directivos por los hechos de sus dependientes, sobre la base de la violación de los principios del derecho penal sustantivo, fundamentalmente, del principio de culpabilidad.

62 Art. 19 de la ley 11.683 y art. 887 del Cód. Aduanero.

63 Vid. el caso "Wlodavsky Pedro y otros", *La Ley* 1978-A, 431. Allí se declaró la responsabilidad solidaria de una institución bancaria, juntamente con sus directores y el síndico titular, condenándolos a pagar una multa por infracciones cometidas por un dependiente, a quien también se le aplicó dicha sanción.

64 "Banco de Santander y otros", *Fallos*: 300:100 (1978), también en *La Ley* 1978-D, 231 y ss.

65 Spolansky, "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos," 239.

66 In re *Abbot Laboratories Argentina S.A.* del 20/11/2001 y *Laboratorios Andrómaco S.A.* del 07/06/2005, LL, 03/11/2015, 7, esta on-line en AR/JUR/2684/2005. En este último fallo, la Corte hizo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación, quien expresó que cabe la presunción de culpabilidad y que por ella se debe responder por la infracción, dado que el principio que la misma prevalece cuando se alega y prueba que determinada conducta es reprochable a título de culpa.

67 No obstante, la impropia redacción de las leyes 19.359 y 10.184 que prescriben que "sin perjuicio de la responsabilidad de los autores, la persona jurídica será sancionada con la pena de multa... que se aplicará en forma solidaria a la sociedad... y a sus directores".

Ahora bien, la admisión de esa responsabilidad objetiva reconoce algunas limitaciones que es necesario establecer para no incurrir en una manifiesta degradación de principios y garantías constitucionales de jerarquía superior que operan a modo de válvulas que comprimen aquella responsabilidad a fin de hacerla compatible con los principios del Estado de Derecho, representados por la interdicción de la desigualdad y de la irrazonabilidad de los actos estatales y, particularmente, de la desigualdad.

En tal sentido, la extensión de la responsabilidad hacia personas físicas o jurídicas derivadas de sanciones penales aplicadas por hechos de sus dependientes no debe afectar la garantía de la razonabilidad (art. 28 CN) y el principio de igualdad —art. 16, Const. Nac.— (pues habría un grupo de ciudadanos que asumirían una responsabilidad penal sin culpa), requiriendo que se cumplan una serie de condiciones, a saber:

- (a) el hecho o la omisión del dependiente ha de constituir un acto ilegítimo que le sea imputable a título de culpa o dolo⁶⁸;
- (b) la tipificación de la conducta punible debe haberse efectuado en norma de rango legal (formal y material);
- (c) la responsabilidad solidaria establecida en la legislación penal administrativa que alcanza a las personas jurídicas y/o físicas por los actos de sus dependientes, se limita a las sanciones de índole patrimonial, no extendiéndose a las penas privativas de la libertad (ej. prisión o arresto) ni tampoco a las que afecten temporariamente el ejercicio de algunas de las libertades particulares que garantiza la Constitución en su art. 14 (v.gr. la inhabilitación para el ejercicio de la respectiva actividad);
- (d) los directivos de una persona jurídica pueden invocar la exención de responsabilidad (tal como sería la circunstancia de haber dejado constancia de su desacuerdo o disidencia con el hecho o conducta punible en un acta del directorio de la sociedad)⁶⁹;
- (e) por último —y no menos trascendente— la responsabilidad solidaria no puede ser ilimitada, pudiendo los jueces corregir el rigorismo de la ley con el auxilio de la equidad ya que resulta injusto que una persona llegue —sin incurrir en culpa— a una situación de ruina económico-financiera como consecuencia de un hecho punible cometido por otro.

7.3. Otros principios y supuestos especiales del Derecho Penal sancionatorio

El contenido sustancial del derecho penal sancionatorio no se agota con los principios fundamentales que han quedado expuestos y aun cuando entre todos ellos y los que se analizarán seguidamente existe una conexión y funcionamiento simultáneo, es posible deslindar algunos supuestos especiales que le otorgan a la materia una peculiaridad bastante atípica dentro del procedimiento administrativo de carácter general.

7.3.1. La interdicción de la analogía

Frente al vacío normativo que pueda ofrecer al ordenamiento penal sancionatorio no existe la posibilidad de acudir a la analogía en perjuicio del administrado, lo cual no es óbice para que pueda operar a su favor (*in bonam partem*) mediante la extensión de normas que se refieren a circunstancias desincriminatorias, atenuantes o causales de extinción de las penas.⁷⁰

La razón de la prohibición de aplicar analógicamente la ley penal reposa en la necesidad de preservar la “zona de libertad” a raíz del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* que sienta el art. 18 CN y de la consecuente regla de tipicidad que constituye su garantía específica.⁷¹ De lo contrario, si el intérprete pudiera ampliar o extender el ámbito de aplicación de una norma de naturaleza penal se conculcarían esos principios, al limitarse el ámbito de libertad a una zona indeterminada e imprecisa de figuras penales imposibles de conocer de antemano para captar, inclusive, la criminalidad de los actos propios.

68 C.S. in re *Abbot*, citado en nota 82.

69 Ver al respecto: Spolansky, “Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos,” 247-248, admite que la prueba contraria puede destruir o revocar la presunción de culpa que pesa sobre los directores y la sociedad. Aun compartiendo la solución práctica de Spolansky pensamos que el fundamento de la responsabilidad, en tales casos, no radica en una presunción de culpa sino en el factor objetivo de atribución previsto en la ley y es por ese motivo que no puede extenderse a las sanciones penales privativas de libertad, además de las razones que hemos expuesto precedentemente sobre el punto.

70 Levene, *Introducción al Derecho Contravencional*, 51; “Robba, Eugenio c/ Dir. Gral. Imp. Réditos”, *Fallos*, 195:56 (1943) y “Noel y Cía Ltda. SA c/ Dir. Gral. Imp. Réditos”, *Fallos* 195:119 (1943).

71 Soler, *Derecho Penal Argentino*, 145. La Corte Suprema, afirmó que “es concepto indudablemente recibido por el art. 18 de la Const. Nac. que el derecho penal, en cualquiera de sus ramas, es un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas que no tolera ningún tipo de integración por analogía, tendiente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley”, conf. “Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L. c/ DGI”, *Fallos*, 303:1548 (1981), esp. cons. 8°).

7.3.2. El principio de irretroactividad en materia penal y la aplicación de la ley más benigna

Otra de las garantías de recibo en el derecho penal administrativo se halla constituida por el principio de irretroactividad que consagra el citado art. 18 de la Const. Nac. al estatuir que ninguna persona pueda ser penada "(...) sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (...)".

Esta garantía encuentra también fundamento en el precepto contenido en el art. 19 de la Const. Nac., cuanto prescribe -a favor de las personas físicas- una porción de libertad implícita en el sentido de que todo lo que no se encuentra prohibido por las leyes⁷² se considera permitido.

El ámbito de la irretroactividad alcanza tanto a las nuevas incriminaciones de hechos que anteriormente se consideraban lícitos como a los preceptos que prescriban requisitos más rigurosos (ej.: carácter de la condena, prescripción, etc.) para los que sigue rigiendo ultractivamente la ley anterior⁷³.

Como excepción al principio de irretroactividad y a la consecuente ultractividad de la ley anterior, que continúa rigiendo para los hechos, cometidos durante su vigencia aun después de su derogación, se admite la aplicación retroactiva de la ley más benigna⁷⁴. Así lo prescribe, por otra parte, el art. 2º del Cód. Pen.⁷⁵, norma que resulta aplicable directamente a la materia penal administrativa. Esta regla ha sido reiteradamente acogida por la jurisprudencia⁷⁶.

7.3.3. La presunción de inocencia y sus proyecciones

En la totalidad de los sistemas del derecho occidental rige la llamada presunción de inocencia a favor del imputado o procesado por la comisión de un delito. En nuestro derecho, ella resulta un corolario obligado del ámbito de libertad consagrado en el art. 19 de la Const. Nac. Este principio, combinado con el de razonabilidad, impide que, por un mandato legislativo, una persona sea condenada sobre la base de una presunción pues, al carecerse de una prueba idónea que acredite el hecho cometido, el vacío no puede cubrirse mediante una deducción, por más lógica y racional que fuera, ya que, en caso de duda, el precepto conduce a elegir la solución más favorable al particular.

El Código Procesal Penal, en su art. 13, ha consagrado una presunción de inocencia que prevalece sobre la que pudiera existir respecto de la culpabilidad de las personas⁷⁷. Este precepto se aplica en forma directa en materia de faltas o contravenciones.

A su vez, una consecuencia trascendente de esta presunción, que viene dada por la necesidad de que se pruebe de una manera efectiva la culpabilidad del particular, consiste en el desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad de los actos administrativos que, de mantenerse, conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia, lo que implica sumirlo en una total indefensión⁷⁸.

7.3.4. El exceso de punición

De otra parte, la sanción penal administrativa ha de respetar el principio de proporcionalidad entre la pena prevista en la norma y la conducta del agente, sobre la base de la regla de razonabilidad cuya valoración debe responder a la realización del bien jurídico tutelado y su significado social, que configura la finalidad perseguida por la ley. Este vicio, en el procedimiento administrativo de carácter sancionatorio, traduce una nulidad absoluta y, al afectar la proporcionalidad inherente al objeto del acto que impone la sanción, vulnera la garantía innominada de razonabilidad, prevista en los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional⁷⁹.

72 La expresión "ley", que utiliza el art. 19 de la Const. Nac. debe ser interpretada con amplitud, a favor del principio de libertad que ella establece, comprendiendo toda clase de norma materialmente legislativa (v.gr. reglamentos).

73 García, *Derecho Tributario Penal*, 106.

74 Soler, *Derecho Penal Argentino*, 172 y ss.

75 El art. 2º del Cód. Pen. prescribe: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

76 Vid. entre otros: "Maskivker, Moisés s/ impuestos internos", *Fallos*: 211:443 (1948); Fontán, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 297 y ss.

77 El art. 13 del CPPN, prescribe que "en caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al procesado".

78 Conf. García De Enterría y Fernández, *op. cit.*, t. II, 169-170.

79 Conf. Miguel Marienhöf, "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público," *La Ley* (1989-E): 963; véanse, además: Juan Linares, *Razonabilidad de las leyes* (Buenos Aires: Astrea, 1970), 160 y ss.; Julio Comadira, "El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo," *REDA*, no. 4 (1990): 273 y ss.; Julio Comadira, *Derecho Administrativo*, 2da. ed., (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003), 83 y ss.

7.3.5. El principio *non bis in idem*

Según este principio, una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho. Se trata de un principio de derecho natural que configura una garantía constitucional innominada cuyo sustento se encuentra en el debido proceso legal prescripto en el art. 18 de la Const. Nac., como una consecuencia de la cosa juzgada penal.⁸⁰ Además, también se fundamenta en la garantía de razonabilidad de los actos estatales (art. 28, Const. Nac.) en virtud de que, al admitirse una segunda condena por un mismo hecho, se genera una evidente desproporción entre la falta o el delito cometido y la sanción. El carácter constitucional de esta garantía, que veda la doble persecución penal, ha sido admitido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, aun cuando sin profundizar mayormente en su fundamentación positiva⁸¹.

Por todo ello y no obstante lo prescripto en el art. 7º del CPPN⁸² el principio *non bis in idem* resulta aplicable a las faltas y contravenciones cuando la sanción posea naturaleza penal. Tal es lo que acontece en materia de los llamados ilícitos tributarios⁸³.

7.3.6. La prescripción de las acciones y los ilícitos penales administrativos

En esta materia no existe precepto alguno que consagre un principio general acerca del plazo de prescripción aplicable a las acciones y a las sanciones de naturaleza penal que aplica la Administración Pública. Pero, aun cuando hay dificultades para establecer un principio general de prescripción en el campo sancionatorio administrativo, derivadas del carácter local que poseen gran parte de los ordenamientos que legislan sobre faltas o contravenciones, lo cierto es que existen numerosos regímenes especiales, de carácter federal, donde la respectiva competencia constitucional ha sido atribuida a la Nación.

No obstante ello, y dada la sustancia preventiva y represiva que poseen las sanciones penales administrativas, que castigan la comisión de ilícitos de esa naturaleza, rigen todas las normas y principios que sobre prescripción contiene el Código Penal, en virtud de lo preceptuado en el art. 4º de dicho cuerpo orgánico.

Esta conclusión, que se ha impuesto en muchos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no fue la postura adoptada inicialmente por la jurisprudencia, que mostró sus vacilaciones y hasta criterios contrarios a la aplicabilidad de los preceptos del Código Penal. Para ello, el Alto Tribunal sostuvo que la omisión de disposiciones sobre la prescripción en materia de leyes de policía no se puede suplir con el auxilio de otras leyes, agregando también el argumento de que la prescripción en materia penal no procede de garantía constitucional alguna⁸⁴.

Esta interpretación no puede considerarse aceptable. Aquí no se trata de supuestos de analogía sino de la aplicación directa o supletoria de las normas por imperio de un mandato legal expreso (art. 4º, Cód. Pen.). No obstante, a idéntica conclusión habría que arribar de sostenerse que estos casos resultan regulados por la técnica de la analogía pues la analogía prohibida en materia penal no es —como se ha visto— la que juega a favor del particular.

Tampoco es posible aceptar el forzado argumento según el cual la prescripción no integra garantía constitucional alguna pues ella hace a la garantía de la defensa o del debido proceso, que se conecta con el denominado derecho a la libertad integral del ciudadano⁸⁵.

Años más tarde la Corte cambió ese criterio interpretativo al sostener que, a las infracciones de naturaleza penal-administrativa, les resultan aplicables las disposiciones generales del Código Penal⁸⁶.

80 García *Derecho Tributario Penal*, 918.

81 "L'Eveque, Ramón Rafael p/ robo", *Fallos*: 311:1451 (1988); "Taussig, Jorge F. s/ art. 109 y 110 del CP", *Fallos*, 314:377 (1991); "Moño Azul S.A. s/ ley 11.683", *Fallos*, 316:687 (1993); "Peluffo, Diego Pedro s/ promueve querrela", *Fallos*, 319:43 (1996); entre otros.

82 Que prescribe: "Nadie puede ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho. Sin embargo, el procesamiento y la condena de alguno, o su absolución, por la autoridad administrativa, con relación a una falta, no impedirán su procesamiento ni su condena ulteriores, por el mismo hecho, cuando éste sea constitutivo de delito; en cuyo caso, tampoco representará impedimento lo que hubiese decidido la autoridad judicial con relación a sanciones disciplinarias, a funcionarios o empleados permanentes de los Tribunales, o a otras personas que intervengan en los procesos".

83 García, *Derecho Tributario Penal*, 3.

84 "Fernández, Julio Alberto, Rey Gorrez, Dora Raquel c / Dos Muñecos SA", *Fallos*, 259:231 (1964).

85 Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 625.

86 "Miras, Guillermo SACIF c/ Administración Nacional de Aduanas", *Fallos*, 287:76 (1973); "Bigio, Alberto c/ Dirección Nacional de Aduanas", *Fallos*, 289:336 (1974); "Linch, Mauricio", *Fallos*, 290:202 (1974); "Nación c/ Rennis, Mario", *Fallos*, 295:307 (1976); "Rabinovich, José", *Fallos*, 300:716 (1978). En "Saud, Carlos Rubén", *Fallos*, 301:426 (1979) la Corte dijo que las disposiciones generales del Código Penal son aplicables a las infracciones cambiarias en tanto no se advierta incompatibilidad entre una y otras, con lo que parece aceptar la idea de la aplicación analógica.

8. Flexibilización del principio de legalidad

La materia penal administrativa requiere –para su efectividad– la utilización del instrumento de la delegación para incriminar las conductas punibles. Al respecto, en la mayoría de los países, la configuración de las infracciones y sanciones de naturaleza penal-administrativa se lleva a cabo por las entidades autárquicas o agencias reguladoras que reciben –por delegación– la potestad de configurar las infracciones y las penas, de una manera bastante amplia, siempre que la ley establezca algún “estándar intelible”, o las bases de la delegación (como actualmente lo contempla el art. 76 de la C.N.).

Empero, esta flexibilización se circunscribe solo al principio de legalidad y a la despenalización, pues siempre deberá respetarse el principio de tipicidad (que se conforma por delegación) y las demás garantías y principios propios del Derecho Penal⁸⁷.

9. El régimen sancionatorio de la actividad financiera en argentina

9.1. El Banco Central de la República Argentina y sus funciones

El órgano que ejerce el control de la actividad financiera es el Banco Central de la República Argentina (en adelante “BCRA”), entidad autárquica nacional, cuya misión primaria y fundamental es preservar el valor de la moneda⁸⁸.

Entre otras funciones le corresponde vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y demás normas que se dicten, actuar como agente financiero del Gobierno Nacional, concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos, y propender al desarrollo y fortalecimiento del mercado de capitales y ejecutar la política cambiaria⁸⁹.

Por otro lado, en la exposición de motivos de la Ley 21.526 de Entidades Financieras, se estableció que el BCRA posee facultades exclusivas de superintendencia y de manejo de política monetaria y crediticia sobre todos los intermediarios financieros, tanto públicos como privado, con exclusión de cualquier otra autoridad.

De lo expuesto, se desprende que el BCRA ejerce lo que se ha denominado “poder de policía bancario”.

En lo que hace a la procedencia de la delegación de la regulación de la actividad financiera y bancaria por el Estado Nacional al BCRA, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue acuñando un criterio uniforme. En ese sentido, admitió la delegación en el BCRA del llamado “poder de policía bancario”, con las atribuciones para aplicar ese régimen legal específico, dictar normas complementarias, ejercer funciones de fiscalización de las entidades bancarias y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen⁹⁰.

9.2. *Ámbito de aplicación*

Con respecto al ámbito de aplicación de la Ley 21.526 de Entidades Financieras, corresponde señalar que se encuentran obligadas a observar sus disposiciones, y por lo tanto sujetas al control del BCRA, todas las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas (de la Nación, de las provincias o municipalidades) que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros⁹¹.

Expresamente, se encuentran comprendidos: los bancos comerciales, bancos de inversión, bancos hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda y otros inmuebles, y cajas de crédito. Pero esta enumeración no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en el art. 1º de la Ley 21.526 se encuentren comprendidas en dicha ley⁹².

Finalmente, el régimen prevé que también quedan incluidas las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en la Ley 21.526, cuando a juicio del BCRA lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia⁹³.

87 Véase en esta línea el fallo “*Volcoff*”, Fallos: 334:1294 (2011), considerando 9º del voto de la mayoría. Una tendencia más estricta, en punto al principio de legalidad, puede verse en el caso “*D’Ambra*”, Fallos: 304:849.

88 Artículos 1º y 3º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Ley 20.539 (Texto sustituido por Ley 24.144).

89 Artículo 4º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Ley 20.539 (Texto sustituido por Ley 24.144).

90 Fallos 256:241; 256:366.

91 Artículo 1º de la Ley 21.526.

92 Artículo 2º de la Ley 21.526.

93 Artículo 3º de la Ley 21.526.

9.3. La potestad sancionatoria

Ahora bien, en ejercicio del referido “poder de policía bancario”, el BCRA se encuentra facultado por el art. 41 de la Ley 21.526 de Entidades Financieras a aplicar sanciones por las infracciones a esa ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el propio BCRA en ejercicio de sus facultades.

Las sanciones que establece el artículo mencionado en el párrafo anterior podrán consistir, en forma aislada o acumulativa, en:

- a) llamado de atención;
- b) apercibimiento;
- c) multas;
- d) inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria;
- e) inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la presente ley y;
- f) revocación de la autorización para funcionar.

Cabe poner de resalto que las sanciones mencionadas podrán recaer tanto en las propias entidades como en sus directivos o en ambos a la vez. Asimismo, previo a su aplicación deberá sustanciarse, en la sede del BCRA, un sumario administrativo que tiene por objeto garantizar el derecho de defensa de los involucrados, garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Con relación a la función de supervisión de la actividad financiera y cambiaria, el art. 43 de la Carta Orgánica del BCRA establece que será ejercida por intermedio de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, la que depende directamente del presidente de la Institución.

En el marco de dicha competencia, el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias se encuentra facultado para “aplicar las sanciones que establece la Ley de Entidades Financieras, por infracciones cometidas por las personas o entidades, o ambas a la vez, a las disposiciones de la misma”⁹⁴.

10. La naturaleza jurídica de las sanciones que aplica el bcr a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del fuero contencioso administrativo federal

10.1. Naturaleza administrativa de las sanciones

La cuestión sobre la naturaleza de las sanciones que aplica el BCRA en ejercicio del “poder de policía bancario” ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido que la naturaleza de dichas sanciones no es penal sino administrativa.

En una causa en la que se discutía la imposición de sanciones a ex autoridades y ex funcionarios del Banco Israelita del Río de la Plata, el Alto Tribunal dijo que “las sanciones que esta institución (El BCRA) puede aplicar de acuerdo con el art. 32 de la ley de Bancos tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal. (...)”⁹⁵. Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal tuvo especialmente en cuenta la peculiar naturaleza de la actividad bancaria, naturaleza que la diferencia de otras de carácter comercial, caracterizándose por la necesidad de ajustarse a las disposiciones y al contralor del BCRA. En esa inteligencia, dado el apartamiento por parte de las autoridades de la entidad financiera de la normativa que rige la actividad, el BCRA, en ejercicio de su facultad de contralor, aplicó a los infractores una sanción administrativa de contenido disciplinario.

En un similar pronunciamiento, la Corte Suprema descartó la naturaleza penal de las sanciones que aplica el BCRA. Allí, sostuvo que “en cuanto a la naturaleza de las sanciones que le Banco Central se encuentra habilitado para aplicar conforme a la ley, se ha resuelto que las mismas tienen carácter disciplinario (...)”⁹⁶. En ese decisorio, la Corte Suprema, hizo suyos los fundamentos del meduloso dictamen del Procurador

94 Artículo 47, inc. f) de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina.

95 Fallos 275:265.

96 Fallos 305:2130.

General de la Nación y consideró que la actividad que despliegan las entidades financieras “afecta en una y otra forma todo el espectro de la política monetaria y crediticia, en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido un sistema de contralor permanente, cuya custodia de ley ha delegado en el Banco Central, colocándolo como eje del sistema financiero”.

En un reciente fallo, la Corte Suprema reiteró su postura respecto al carácter administrativo (y no penal) de las sanciones que aplica el BCRA, en un caso en el que los directivos del Banco Extrader S.A. habían sido sancionados por el BCRA con multa e inhabilitación. En oportunidad de resolver los recursos ordinarios interpuestos por los sancionados, el Alto Tribunal desechó los remedios intentados por considerar que no existía interés económico sustancial del erario público que determine la procedencia de dichos recursos, dado que lo que se encontraba en juego era la aplicación de una sanción administrativa⁹⁷.

Al respecto, hay que destacar que la doctrina, en oportunidad de comentar un fallo reciente, observó que la Corte Suprema ha reiterado el reconocimiento de la potestad sancionatoria del BCRA como de índole administrativa y extrapenal⁹⁸.

De lo hasta aquí expuesto, queda claro que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado doctrina en el sentido de que las sanciones que aplica el BCRA no son de índole penal, sino administrativas.

10.2. La jurisprudencia de los tribunales inferiores

El criterio acuñado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido compartido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.⁹⁹

En base a los lineamientos establecidos por el Alto Tribunal, la Cámara Federal tiene dicho que “las sanciones que adopta el Banco Central de la República Argentina respecto de las personas físicas por infracciones a la ley 21.526 tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza represiva del Código Penal”¹⁰⁰, sosteniéndose que “esas sanciones encuadran en el ámbito del derecho administrativo antes que lo que en ellas puede haber de cercano al derecho penal stricto sensu”.

En otro fallo, la Cámara Federal reiteró su doctrina sobre la naturaleza administrativa disciplinaria y no estrictamente penal de las sanciones que aplica el BCRA. En esa oportunidad, el Tribunal sostuvo que “las sanciones que el Banco Central de la República Argentina puede aplicar, en virtud del art. 41 de la ley 21.526 tienen carácter disciplinario y no participan de la naturaleza de las medidas represivas del Código Penal”¹⁰¹. Para decidir en ese sentido, el Tribunal consideró que “la descripción del hecho punible por vía de reglamentaciones en manera alguna supone atribuir a la administración una facultad indelegable del poder legislativo, tratándose por el contrario del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria discernida por el art. 86, inc. 2º de la C.N.”.

Desde otra óptica, también se sostuvo que “el sobreseimiento en sede penal y la absolución en el incidente de calificación de conducta por el juez de la quiebra no incide en las sanciones impuestas a los directivos de la entidad financiera liquidada por tratarse de responsabilidades de distinta naturaleza”¹⁰².

En otro fallo se dijo que “las sanciones impuestas por el Banco Central, en los términos del art. 41 inc. 3 ley 21.526, son de naturaleza administrativa y no penal, por lo que, en principio, no resultarían estrictamente aplicables los principios propios de esa rama del derecho”¹⁰³.

11. Conclusiones

La línea que fija el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, en el sentido de que las sanciones que aplica el BCRA en los términos del art. 41 de la ley 21.526 son de naturaleza administrativa y no estrictamente penal, no es irrazonable, en términos generales, con las acotaciones que más adelante se puntualizan.

97 Fallos 326:4216.

98 Carlos Gercovich, “El régimen cambiario sancionatorio extrapenal en el ejercicio del poder de policía del BCRA.” *JA* (2005) I, 50.

99 Debe tenerse presente que dicha Cámara es la que posee la competencia de resolver los recursos interpuestos contra las sanciones establecidas en los incisos 3), 4), 5) y 6) del artículo 41 de la Ley 21.526.

100 CNCAF. Sala II. “Banco Regional del Norte Argentino S.A. s/ Resolución 287 del BCRA”, del 06.04.93.

101 CNCAF. Sala III. “FOINCO Compañía Financiera S.A. v. BCRA s/ Apelación Resolución 559/91”, del 17.08.95.

102 CNCAF. Sala III. “Caja de Crédito Alvear Coop. Ltda. v. BCRA Resolución 183/79”, del 12.09.95.

103 CNCAF. Sala III. “Castelli, Ricardo y otros v. BCRA”, del 17.12.2004.

La primera diferencia radica en que las sanciones estrictamente penales son aplicadas por los Jueces de la Nación, mientras que las sanciones previstas en el art. 41 de la ley 21.526 son aplicadas por una autoridad administrativa (el BCRA).

En esa inteligencia, las tareas de contralor que asume el BCRA no son equiparables a las de un “juez penal”, dadas las relaciones de índole administrativa que vinculan el órgano de control con las entidades sujetas a su fiscalización por la actividad que desarrollan. Por ello, sostener que las sanciones aplicadas por el BCRA son de índole exclusivamente penal atentaría contra la garantía del “juicio previo” contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la Corte Suprema tiene dicho que “no parece correcto equiparar el sumario a que se refiere la ley 21.526 con el que prevén los códigos de procedimientos penales y otras normas de ese carácter”¹⁰⁴.

La jurisprudencia ha sostenido también que en esta materia no resulta aplicable el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”). Nótese que el mencionado artículo versa sobre los derechos y garantías judiciales a los que toda persona tiene derecho en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. Sobre el punto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que “las sanciones de la ley 21.526 tienen carácter disciplinario y no participan de las medidas represivas del Código Penal, motivo por el cual no les son aplicables las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en especial el art. 8, inc. 1º de ese convenio internacional, que concierne a supuestos de ‘acusación penal’, a cuya naturaleza es ajena este procedimiento”¹⁰⁵.

No compartimos esta jurisprudencia. En efecto, el hecho de que no sean sanciones típicas de carácter estrictamente penal no impide que las correspondientes sanciones posean naturaleza mixta, es decir, que se trata de sanciones que integran el llamado Derecho Administrativo Sancionador¹⁰⁶ y que su naturaleza penal administrativa torna aplicable las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁷.

Ello no obsta a que el reconocimiento de la naturaleza dinámica de la regulación financiera apunte a justificar las técnicas de delegación y de despenalización, morigerando el carácter estricto del principio de la separación de poderes y de legalidad. Tampoco es óbice para que se apliquen a la materia sancionatoria de la actividad financiera, los demás principios del Derecho Penal y los principios generales del Derecho (v.gr. confianza legítima).

La principal consecuencia que se extrae de dicha conclusión es que resultan aplicables a dichas sanciones, con las peculiaridades que traducen la procedencia de la delegación en punto a los principios de legalidad y de tipicidad, las demás garantías sustantivas que rigen en el derecho penal, incluso las establecidas en tratados internacionales sin perjuicio de la aplicabilidad de todos los principios generales y normas del Derecho Administrativo de fondo.

11. Bibliografía

Atienza, Manuel. *Argumentación y constitución*, coord. Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Vigo. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

Barbe Pérez, Héctor. *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo uruguayo*. Montevideo, 1978.

Baro, Daisy. *La relación de empleo público*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1982.

Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. 7ª edición. Buenos Aires: La Ley.

Blanco O’Dena, Diego. “Principios aplicables al régimen disciplinario del empleo público.” *REDA*, no. 51 (2005): 194-198.

Brito, Mariano. *Estudios de Derecho Público*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1950.

104 Fallos 303:1790.

105 CNCAF, Sala I, “BASSI, Héctor v. BCRA”, 22-11-94; CNCAF, Sala II, 11-07-96. “BCRA v. Varas Armengol Florio s/ Ejec. Fiscal”; CNCAF, Sala III, “González Casanueva, José Luis v. BCRA”, 29-12-99, entre muchos otros.

106 Véase: Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 167 y ss.

107 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera) y otros c/BCRA s/Res. 178/93, de fecha 19/11/2013, publicado en LL 2014-C, 524, un proceso que duró más de veinte años, la Corte declaró que se había violado la garantía de la defensa en juicio y el derecho a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable.

- Brito, Mariano. *Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad- prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004.
- Cassagne, Juan Carlos. *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- Cassagne, Juan Carlos. *Los grandes principios del Derecho Público (administrativo y Constitucional)*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Cassagne, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 11a edición. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Comadira, Julio. "El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo." *REDA*, no. 4 (1990): 273.
- Comadira, Julio. *Derecho Administrativo*. 2da. edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- Corvalán, Juan Gustavo. *Derecho Administrativo en transición*. Buenos Aires: Astrea, 2016.
- Diez, Manuel. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 2º edición. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974.
- Durán Martínez, Augusto. *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. Montevideo: La Ley, 2012.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Finnis, John. *Ley natural y Derechos naturales*. Traducido por Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- García Belsunce, Horacio. *Derecho Tributario Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- García Pullés, Fernando. "La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la reforma de la Constitución nacional." *Documentación Administrativa*, no. 267-268 (septiembre 2003-abril 2004): 501-524.
- Garrido Falla, Fernando. *Derecho Administrativo*, tomo II, 10ª edición. Madrid: Tecnos, 1987.
- Gercovich, Carlos. "El régimen cambiario sancionatorio extrapenal en el ejercicio del poder de policía del BCRA." *JA* (2005) I, 50.
- Goldschmidt, James. "El Derecho Penal Administrativo." *Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba*, vol. 1-3 (1946): 93-187.
- Gonzalez Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. 1ª edición. Madrid: Civitas, 1986.
- Jiménez De Asúa, Luis. "Las contravenciones o faltas." *La Ley*, no. 56: 959.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. 2ª edición. Traducido por Eduardo García Maynes. México DF: Universidad Autónoma de México, Imprenta Universitaria. 1958.
- Levene, Ricardo. *Introducción al Derecho Contravencional*. Buenos Aires: Depalma, 1968.
- Linares, Juan. *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea, 1970.
- Luis Vigo, Rodolfo. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- Luis Vigo, Rodolfo. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015.
- Luis Vigo, Rodolfo. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. México: Distribuciones Fontamara, 2003.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ta. Edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- Marienhoff, Miguel. "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público." *La Ley* (1989-E): 963.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. 6º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- Mattes, Heinz. *Problemas de Derecho Penal Administrativo: historia y derecho comparado*. Jaén: Edersa, 1979.
- Medina Osorio, Fabio. *Direitto Administrativo Sancionador*. 2ª edición. San Pablo: Revista dos Tribunais, 2005.

Montoro Puerto, Miguel. *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*. Barcelona: Nauta, 1965.

Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, 39.

Parada Vázquez, José. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Pons, 1989.

Rivero, Jean, *Droit Administratif*, 8ª edición. Paris: Dalloz, 1977.

Rivero, Jean y Jean Waline, *Droit Administratif*, 19º edición. Paris: Dalloz, 2002.

Rocha Pereyra, Gerónimo. "Sobre el derecho administrativo sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)." *REDA*, no. 43 (2003): 123-161.

Schmidt, Eberhard. "Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania." *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1951-2, (1951): 280-293.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Buenos Aires: Tea, 1956.

Spolansky, Norberto. "Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos." *La Ley* (1978-D).

Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Tea, 1949.